

ERZİNCAN ÜNİVERSİTESİ

## Hukuk Fakültesi Dergisi



CİLT: XIV SAYI: 1 – 2 HAZİRAN 2010

**KAMU HUKUKU** ♦ AKTAŞ, Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı ♦ CEYLAN, Tunuslu Islâhatçılar ve Yeni Osmanlılar Hareketinde Anayasacılık ♦ KAYA, Eğitim ve Öğrenim Hakkının Bir Sınırı Olarak Evlenme Yasağı ♦ KAYA, İdari Yargıda Mahkeme Kararlarının Uygulanmaması Nedeniyle Manevi Tazminat İstemi ♦ ALDANMAZ, İnsan Onuru Işığında Kişisel Özerklik ve Yerellik İlkesi ♦ ÖZDEMİR, Yüksek Seçim Kurulu'nun Niteliği.

**ÖZEL HUKUK** ♦ TERCAN/RÜZGARESEN, Harçlar Kanunu m. 28/a ve m. 32'nin Mahkeme Kararları ve Yeni Kanuni Düzenlemeler Işığında Değerlendirilmesi ♦ ARI, Alacaklı veya Ortakların Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Doğrudan Zararlar Nedeniyle Açılacakları Davalarda Zamanaşımı ♦ BABAYİĞİT, Uluslararası Ticarete Kullanılan Belgeler ♦ ÖZDEMİR, İşyerinde İşçilerin İzlenmesi ve İşçinin Kişilik Haklarının Korunması ♦ RÜZGARESEN, Mirasbırakanın Borca Batık Olması ♦ TÜYSÜZ, Deniz Ticareti Hukukunda Hazırlık İhbarı ♦ GÖRGEÇ, Evlatlık İlişkinin Kaldırılması.

**ÇEVİRİLER** ♦ ÇAĞLAYAN, (Mimarî Eserlerde) Fikrî Haklar.

ERZİNCAN – 2010







**ERZİNCAN ÜNİVERSİTESİ  
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

CİLT: XIV SAYI: 1-2 YIL: 2010

**HAZİRAN – 2010  
ERZİNCAN**

IV

**SAHİBİ**

Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Adına  
Prof.Dr. Cem BAYGIN

**SORUMLU MÜDÜR**

Yılmaz ÖZKER

**DİZGİ VE MİZANPAJ**

Arş. Gör. Ahmet NAR

<b><u>İLETİŞİM ADRESİ:</u></b> ERZİNCAN ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ 24078 / ERZİNCAN	<b><u>TLF</u></b> : +90 446 225 17 41/42 225 17 43 <b><u>FAKS</u></b> : +90 446 225 17 45 <b><u>E-MAİL</u></b> : <a href="mailto:erchukuk@erzincan.edu.tr">erchukuk@erzincan.edu.tr</a> <b><u>WEB</u></b> : <a href="http://www.erzincan.edu.tr/hukuk">www.erzincan.edu.tr/hukuk</a>
--	--

**Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**  
yılda iki kez yayımlanan ve TÜBİTAK ULAKBİM (Ulusal Akademik Ağ  
ve Bilgi Merkezi) Ulusal Hukuk Veri Tabanına kabul edilmiş  
hakemli bir dergidir.

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

**Basım Yeri:** ERMAT OFSET, Vali R. Yazıcıoğlu Cd., No:57 / ERZİNCAN

**Basım Tarihi:** Ekim - 2011

## YAYIN İLKELERİ

---

1. Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi hakemli bir dergidir. Haziran ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki kez yayınlanır. Yayınlanması istenen makalelerin Haziran sayısı için 30 Nisan; Aralık sayısı için 31 Ekim tarihine kadar dergi editörlüğüne ulaştırılması gerekir.
2. Dergide yayımlanmak üzere gönderilen bilimsel nitelikli çalışmaların kamu hukuku, özel hukuk ve ekonomi-maliye alanlarına ilişkin ve daha önce başka bir yerde yayımlanmamış olması gerekir.
3. Yayımlanmak üzere gönderilecek çalışmalar, Times New Roman karakterinde ana metin 1,5 satır aralığında ve 11 punto, dipnotların ise 9 punto olarak hazırlanması ve 35 sayfayı geçmemesi gerekmektedir. Çalışmalar, bir nüsha çıktısı ile birlikte Office 97 ve üstü bir versiyonda yazılmış ve sayfa marjları A4 boyutu üzerinden üstten 6 cm., alttan 5 cm., sağ ve soldan 4,5 cm. olarak ayarlanmış bir şekilde dergi editörlüğü'ne gönderilmelidir. Gönderilen makalelerin İngilizce başlığı da yazılmalıdır. Word programındaki otomatik başlıklandırmalar kullanılmamalıdır. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve varsa e-mail adreslerini bildirmelidirler.
4. Yayın Komisyonunca ilk değerlendirmesi yapılan çalışmalar hakem ya da hakemlere gönderilir. Çalışmalar, isimleri saklı tutulan hakem heyeti içinden, yazarın akademik unvanına göre daha üst unvanlı bir hakemin görüşü alınarak, aynen veya değiştirilmek suretiyle yayınlanır. Hakemden "düzeltmesi kaydıyla yayınlanabilir" şeklinde gelen eserlerin yayımlanabilmesi için eser sahibinin hakem raporunda belirtilen düzeltmeleri yapması ve buna ilişkin bir dilekçeyi yayın komisyonuna vermesi zorunludur.

Hakem incelemesi sonucunda yayımlanması uygun görülmeyen çalışmalar ise yazarına iade edilir.

Süresi içerisinde hakem incelemesinden geri gelmeyen çalışmalar, yazarı tarafından aksi yönde bir talepte bulunulmadıkça derginin bir sonraki sayısında değerlendirilir.
5. Dergide yayınlanan eserleri değerlendiren hakemlerin isimleri iki sayıda bir yayınlanır.

**DANIŐMA KURULU**

---

**Prof.Dr. Mehmet Emin ARTUK**

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

**Prof.Dr. Nihat BULUT**

İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

**Prof.Dr. İhsan ERDOĞAN**

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

**Prof.Dr. Celal GÖLE**

Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakóltesi  
Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

**Prof.Dr. Zehra ODYAKMAZ**

Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakóltesi  
İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

**Prof.Dr. Rona SEROZAN**

İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi



## YAYIN KOMİSYONU

---

Prof. Dr. Cem BAYGIN  
Doç. Dr. Sururi AKTAŞ  
Doç. Dr. İbrahim ÖZBAY  
Doç. Dr. Ayhan DÖNER  
Yrd. Doç. Dr. Şafak NARBAY  
Arş. Gör. Ahmet NAR

## EDİTÖRLER

---

Prof. Dr. Cem BAYGIN  
(e-mail: cembaygin@yahoo.de)  
Doç. Dr. Sururi AKTAŞ

## DERGİNİN SÜREKLİ YAZARLARI

---

Prof.Dr. Cem BAYGIN, Prof.Dr. Nihat BULUT, Doç.Dr. Sururi AKTAŞ, Doç.Dr. Ayhan CEYLAN, Doç.Dr. Ayhan DÖNER, Doç.Dr. İbrahim ÖZBAY, Yrd.Doç.Dr. Alparslan AKARTEPE, Yrd.Doç.Dr. Oğuz CANER, Yrd.Doç.Dr. Meral EKİCİ, Yrd.Doç.Dr. Murat ERDEM, Yrd.Doç.Dr. Burhan Caner HACIOĞLU, Yrd.Doç.Dr. Veli KARAGÖZ, Yrd.Doç.Dr. Şafak NARBAY, Yrd.Doç.Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR, Yrd.Doç.Dr. Ahmet Cemal RUHİ, Yrd.Doç.Dr. M.Emin RUHİ, Yrd.Doç.Dr. Cumhuri RÜZGARESEN, Yrd.Doç.Dr. Hikmet TÜLEN, Yrd.Doç.Dr. Ayhan UÇAR, Yrd.Doç.Dr. Sabahattin YÜREKLİ, Arş.Gör. Elif AĞCA, Arş.Gör. Mustafa ARSLAN, Arş.Gör. Emrah BİLEZİKÇİ, Arş.Gör. Özge BÖLÜKBAŞI, Arş.Gör. Nazlı Kübra ÇELİK, Arş.Gör. Mustafa ÇİÇEK, Arş.Gör. Abdullah Sencer AKKOYUNLU, Arş.Gör. Nesrin DABANLIOĞLU ALANUR, Arş.Gör. Onur Kahan ARSLAN, Arş.Gör. Fatih AYDEMİR, Arş.Gör. Emre CAN, Arş.Gör. Tuğba ÇİFTÇİ, Arş.Gör. Mehmet Akif ETGÜ, Arş.Gör. Ömer GEDİK, Arş.Gör. Aybüke KARACA, Arş.Gör. Mücahit KELEK, Arş.Gör. Şengül AL KILIÇ, Arş.Gör. Sami KOCABIYIK, Arş.Gör. İsmail KÖKÜSARI, Arş.Gör. Şerife AKSAN NAR, Arş.Gör. Ahmet NAR, Arş.Gör. Nagehan OKUMUŞ, Arş.Gör. Tuba OKUMUŞ, Arş.Gör. Hatice Duygu ÖZER, Arş.Gör. Beyza ÖZTURANLI, Arş.Gör. Ercan SARICAOĞLU, Arş.Gör. Mehmet SAYDAM, Arş.Gör. Ayşenur ŞAHİN, Arş.Gör. Emel TEKTEN.

## TEŞEKKÜR

**Dergimizin C. XIII, S. 3–4, Aralık - 2009 ve C. XIV, S. 1–2, Haziran - 2010 basılarında hakem olarak katkıda bulunan aşağıda isimleri yazılı saygıdeğer öğretim üyelerine teşekkür ediyoruz\* ...**

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY, Prof. Dr. Veysel BAŞPINAR, Prof. Dr. Ahmet BATTAL, Prof. Dr. Cem BAYGIN, Prof. Dr. Nihat BULUT, Prof. Dr. Seyithan DELİDUMAN, Prof. Dr. Abdullah DİNÇKOL, Prof. Dr. Murat DOĞAN, Prof. Dr. Enver Alper GÜVEL, Prof. Dr. Hakan HAKERİ, Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ, Prof. Dr. Mahmut KOCA, Prof. Dr. Murat NİŞANCI, Prof. Dr. Murat SEZGİNER, Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK, Prof. Dr. M. Fadıl YILDIRIM, Prof. Dr. Şükrü YILDIZ, Prof. Dr. Cevdet YAVUZ, Doç. Dr. Sururi AKTAŞ, Doç. Dr. Hayri BOZGEYİK, Doç. Dr. Şaban KAYIHAN, Doç. Dr. İbrahim ÖZBAY, Yrd. Doç. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR, Yrd. Doç. Dr. Sebahattin YÜREKLİ.

---

\* Sıralama unvan ve soyadı esas alınarak yapılmıştır.

## İÇİNDEKİLER

### KAMU HUKUKU

#### Doç. Dr. Sururi AKTAŞ

Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı..... 1–28

#### Doç. Dr. Ayhan CEYLAN

Tunuslu Islâhatçılar ve Yeni Osmanlılar Hareketinde Anayasacılık..... 29–45

#### Doç. Dr. Cemil KAYA

Eğitim ve Öğrenim Hakkının Bir Sınırı Olarak Evlenme Yasağı..... 47–57

#### Doç. Dr. Cemil KAYA

İdari Yargıda Mahkeme Kararlarının Uygulanmaması Nedeniyle Manevi Tazminat İstemi ..... 59–77

#### Yrd. Doç. Dr. Orhan ALDANMAZ

İnsan Onuru Işığında Kişisel Özerklik ve Yerellik İlkesi ..... 79–109

#### Yrd. Doç. Dr. Gürbüz ÖZDEMİR

Yüksek Seçim Kurulu'nun Niteliği ..... 111–133

### ÖZEL HUKUK

#### Prof. Dr. Erdal TERCAN/Yrd. Doç. Dr. Cumhur RÜZGARESEN

Harçlar Kanunu m. 28/a ve m. 32'nin Mahkeme Kararları ve Yeni Kanuni Düzenlemeler Işığında Değerlendirilmesi..... 137–169

#### Yrd. Doç. Dr. Zekeriyya ARI

Alacaklı veya Ortakların Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Doğrudan Zararlar Nedeniyle Açılabilecekleri Davalarda Zamanaşımı.....171–198

#### Yrd. Doç. Dr. Sema BABAYİĞİT

Uluslararası Ticarete Kullanılan Belgeler.....199–229

X

**Yrd. Doç. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR**

İşyerinde İşçilerin İzlenmesi ve İşçinin Kişilik Haklarının  
Korunması .....231–270

**Yrd. Doç. Dr. Cumhur RÜZGARESEN**

Mirasbırakanın Borca Batık Olması..... 271–311

**Yrd. Doç. Dr. Mustafa TÜYSÜZ**

Deniz Ticareti Hukukunda Hazırlık İhbarı ..... 313–352

**Arş. Gör. Başak GÖRGEÇ**

Evlatlık İlişkisinin Kaldırılması..... 353–379

## **ÇEVİRİLER**

**Doç. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN**

(Mimarî Eserlerde) Fikrî Haklar..... 383–406

## CONTENTS

### **PUBLIC LAW**

**Assoc. Prof. Dr. Sururi AKTAŞ**

The Concept of Gab in Positive Law ..... 1–28

**Assoc. Prof. Dr. Ayhan CEYLAN**

Tunisian Reformers and Constitutionalism in Neo-Ottomans  
Movement ..... 29–45

**Assoc. Prof. Dr. Cemil KAYA**

Ban of Marriage as a Restraint of Education and Training Right..... 47–57

**Assoc. Prof. Dr. Cemil KAYA**

Claim to Damages for Pain and Suffering owing to the Abeyance of  
Judgements in Administrative Jurisdiction..... 59–77

**Asst. Prof. Dr. Orhan ALDANMAZ**

Individual Autonomy and The Principle Of Subsidiarity in Light of The  
Human Dignty..... 79–109

**Asst. Prof. Dr. Gürbüz ÖZDEMİR**

The Supreme Election Board's Characteristic ..... 111–133

### **PRIVATE LAW**

**Prof. Dr. Erdal TERCAN/Asst. Prof. Dr. Cumhuri RÜZGARESEN**

Assessment of Act of fees a.28/a and a.32 in Light of Judgements and New  
Legal Regulations..... 137–169

**Asst. Prof. Dr. Zekeriyya ARI**

Statute of Repose in Suits Brought by Obligees or Shareholders of Incorporation  
Company Against Executive Board Members owing to Proximate  
Damages..... 171–198

## XII

**Asst. Prof. Dr. Sema BABAYİĞİT**

Documents Which Used in International Trade..... 199–229

**Asst. Prof. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR**

Monitoring of Employees in the Work Places by the Employer and the Protection of Personal rights of the Employee..... 231–270

**Asst. Prof. Dr. Cumhur RÜZGARESEN**

Excessive Indebtednes of the Decedent .....271–311

**Asst. Prof. Dr. Mustafa TÜYSÜZ**

Notice of Readiness In The Maritime Trade Law ..... 313–352

**Research Asst. Başak GÖRGEÇ**

Abolition of Adoption Relationship..... 353–379

## **TRANSLATIONS**

**Assoc. Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN**

(Architecture Artifacts) Intellectual Property Rights.....383–406

**Kamu Hukuku**

---





# POZİTİF HUKUKTA BOŞLUK KAVRAMI

*Doç. Dr. Sururi AKTAŞ\**

## 1- Hukuk Sisteminde Boşluk Fikrinin Kabul Edilmesi

Bir hukuk sisteminde hukuk kuralı koymaya yetkili olanlar, koydukları kuralların, bilinçli olarak bıraktıkları hariç, gelecekte ortaya çıkacak olayların tümünü kapsamalarını hedeflerler. Ancak bu hedefe hemen hemen hiçbir zaman tam olarak ulaşamazlar. Bunun iki önemli ana nedeni vardır. Birincisi, yaşamın dinamik bir süreç olması; ikincisi, insan olarak kapasitemizin sınırlılığıdır. Diğer boşluk nedenleri, bu iki ana nedenden kaynaklanır. Dolayısıyla pozitif hukuktaki boşluk, toplumsal yaşamın genel niteliğinden ve insan doğasından kaynaklanır. Bu açıdan, *kanunilik* ilkesinin katı bir biçimde uygulandığı suç, ceza ve vergi yükümlülüğüne ilişkin bazı alanlar hariç, boşluk, hukuk sistemleri için doğal ve normal bir durumdur. Aksine, hukuk sistemlerindeki boşluğu kabule yanaşmamak veya hukuk sistemlerinin boşluk içermeyeceğini savunmak, doğal değildir. Çünkü böyle bir ön kabul, bir taraftan yasa koyucunun öngörüsünün mükemmel olduğu, diğer taraftan da bir hukuk düzeninin mükemmel bir yapı olduğu düşüncesini gerektirir. Bu düşünce, yargıçlara hukuk yaratma yetkisinin verilmesini engelleyerek, pozitif hukukun değişen şartlara intibakını olanaksız hale getirir.

Teorik düzeyde, XIX. Yüzyılda egemen olan kuvvetler ayrılığı düşüncesi, yargıçların rolünü, mevcut kuralları somut olaylara uygulamakla sınırlıyordu<sup>1</sup>. Bu yüzyılda Fransa'da egemen olan, şerhçi hukuk okulu, kanunlarda boşluk bulunamayacağını, yargıçların görevinin ise, mevcut kanunları yorumlayıp uygulamaktan ibaret olduğunu savunmuştur<sup>2</sup>. Yine aynı yüzyılda

---

\* Erzurum Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Öğretim Üyesi.

<sup>1</sup> Feteris, Eveline T., *Hukukî Argümantasyonun Temelleri*, 1. Baskı, Paradigma Yayını, İstanbul, 2010, s. 10.

<sup>2</sup> Edis, Seyfullah, *Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, Ankara Üniv. Hukuk Fak. Yayını, Ankara 1979, s. 98; Gözler, Kemal, *Hukuka Giriş*, Güncelleştirilmiş 5. Baskı, Ekin Yayıncılık, Bursa, 2008, s. 241; Güriz, Adnan, *Hukuk Başlangıcı*, 11. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara 2006, s. 249; Özsunay, Ergun, *Medenî Hukuka Giriş*, (gözden geçirilmiş) 5. Baskı, İst. Üniv. Hukuk Fak. Yayını, İstanbul 1986, s. 199-200; Tekinay,

Almanya'da da "kavram içtihatçılığı" ekolü, benzer tezleri savunmuştur. Bu anlayışta da yargıca biçilen rol, pozitif hukuku somut olaylara uygulamaktır. Kavramlar hukukçuluğu (içtihadı) açısından pozitif hukuktan çıkarılacak kavramlar yoluyla, her mesele halledilebilir<sup>3</sup>. Dolayısıyla gerek şerhçi okul gerekse kavramlar içtihadı, katı bir pozitivist tutumla, hukuk sisteminin kendi kendine yeten bir sistem olduğu ileri sürerek yargıçların hukuk yaratma fikrine karşı gelmişlerdir. XX. Yüzyılda yargıcın rolüne ilişkin düşüncelerde değişiklik olmuş; artık yargıçların hukuk yaratabilmesi fikri, kabul edilmeye başlanmıştır<sup>4</sup>. Bunun en önemli nedeni, ne kadar özenli olunursa olunsun, bir hukuk sisteminde boşluğun her zaman kaçınılmaz olduğu düşüncesidir<sup>5</sup>. Yargıçların rollerinin güçlendirilmesine ilişkin düşüncelerin ortaya çıkmasında, özellikle Fransa'da *şerhçi okulun* düşüncelerine, *Serbest Bilimsel Araştırma* yaklaşımıyla karşı gelen François Geny'nin<sup>6</sup>, Almanya'da ise *kavramlar içtihadı metoduna* karşı gelen *menfaatler içtihadı metodunu* savunan Philip Heck'in katkıları inkâr edilemez<sup>7</sup>.

Pozitif hukuk düzeyinde, İsviçre Medenî Kanunu'nun (ZGB) m. 1/2 hükmü, Türk Medenî Kanunu'nun m. 1/2 hükmü ve Avusturya Genel Medenî Kanunu'nun (ABGB) 7. paragrafı, pozitif hukukta boşluk bulunabileceğini kabul etmiştir. Özsunay, Fransız Medenî Kanunu'nun (Code Civil) da, kanunlarda boşluk bulunabileceğini öngördüğünü ileri sürmektedir<sup>8</sup>. Konuya ilişkin Fransız Medenî Kanunu (Code Civil) 4. maddesi şöyledir:

---

Selahattin Sulhi, *Medenî Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku*, Gözden Geçirilmiş İlaveli 6. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, s. 63.

<sup>3</sup> Edis, s. 98-99; Gözler, 241.

<sup>4</sup> Feteris, s. 10; ayrıca bkz. Aybay, Aydın / Aydın, Rona, *Hukuka Giriş*, (Gözden Geçirilmiş) 6. Baskı, Aybay Yayınları, İstanbul 2000, s. 234.

<sup>5</sup> Aybay, Aydın / Aydın, Rona, s. 234.

<sup>6</sup> Bkz. Can, Cahit, *Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi*, 1. Baskı, Seçkin yayını, Ankara 2002, s. 180-186; Oğuzman, Kemal/Barlas, Nami, *Medenî Hukuk (Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar)*, 15. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s. 102.

<sup>7</sup> Bkz. Can, s. 187 vd.

<sup>8</sup> Özsunay, s. 200.

“Yasanın sessiz kaldığı, kapalı veya yetersiz olduğu mazeretine dayanarak hüküm vermekten imtina eden yargıç hakkında, hüküm vermeyi reddettiği suçlamasıyla kovuşturma yapılır<sup>9</sup>”.

Bize göre, Fransız Medenî Kanunu (Code Civil), sadece yargıçların, kanundaki boşluk, belirsizlik ve yetersizliği ileri sürerek davaya bakmaktan imtina etmelerini yasaklamıştır. Bu hükümden, kanunda boşluk bulunamayacağı anlamı da çıkarılabilir. Çünkü söz konusu Kanun, boşlukların nasıl doldurulması gerektiğini öngörmemiştir. Yukarıda değindiğimiz gibi, Fransa’da Medeni Kanun’un (Code Civil) yürürlüğünü izleyen yıllarda *şerhçi okul*, bütün meselelerin kanunun yorumu suretiyle çözülebileceğini ileri sürerek<sup>10</sup> kanunlarda boşluk olabileceği fikrini reddetmiştir<sup>11</sup>.

Analitik hukukî pozitivismizin öncülerinden H.L.A Hart, hukuk sistemlerinin kendi kendine yeten kapalı bir sistem olmadığına işaret ederek, pozitif hukukta boşlukların olabileceği düşüncesini kabul eder. Hart, bu anlamda, bir hukuk sisteminin, açık dokulu/örgülü (open texture) bir yapıda olduğunu anlatmaya çalışır<sup>12</sup>. Hart, *genel standartlar yoluyla bazı davranış alanlarını önceden açıkça düzenlemeye kalktığımızda*, insan olmamızın bir gereği olarak, iki önemli engelle karşılaşacağımızı söyler<sup>13</sup>. Bunlardan birincisi, düzenleyeceğimiz olgulara ilişkin görelî/kısmî bilgisizliğimiz, diğeri de amacımızla ilgili kısmî bilgisizliğimizdir. Hart’a göre, eğer içinde yaşadığımız dünyayı sınırlı sayıda özellik belirleseydi ve bu özelliklerle birlikte, bu özelliklerin yer aldığı bütün biçimler tarafımızdan bilinseydi, yapacağımız düzenlemeler, bütün ihtimalleri kapsayacak nitelikte olurdu<sup>14</sup>. Her şeyi önceden bildiğimiz ve yaptığımız kuralların gelecekteki her şeyi kapsadığı bir dünya, mekanik hukuk bilimi için uygun bir dünya olurdu. Hart’a göre böyle bir dünya, bizim dünyamız değildir. Haklı olarak Hart, yasa koyucuların, gelecekte vuku bulacak bütün durumların bileşimlerini kapsayacak bir bilgi-

---

9 Bkz. Işıқтаç, Yasemin, “Yargıcın Hukuk Yaratma Fonksiyonu Üzerine Bir İnceleme”, *İstanbul Barosu Dergisi*, yıl. 1988, Cilt. 62, sayı 1-2-3, s. 83; Oğuzman/Barlas, s. 102.

10 Oğuzman/Barlas, s. 102; Özsunay, s. 199-200.

11 Gözler, s. 241.

12 Bkz. Hart, *The Concept of Law*, Second Edition, 1994, (with a Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz), Clarendon Press, Oxford 1994, s. 124 vd.

13 Hart, s. 128.

14 Hart, s. 128.

ye sahip olamayacaklarını söyler<sup>15</sup>. Hart, kurallar tarafından düzenlenmemiş bir mesele olduğunda, yargıcın yeni kural yaratabileceğini de savunmuştur<sup>16</sup>. Hart açısından, yargıcın hukuk yaratma girişimi, hukuk sistemi dışındaki standartlara başvurma yoluyla da olabilir<sup>17</sup>. Hart'a göre, eğer yargıç, önündeki mesele için biçimsel hukuk kaynaklarından bir hüküm getiremiyorsa, hukuk sistemi dışındaki kaynaklara, *inter alia* Digesta'ya veya bir Fransız hukukçusunun yazdıklarına başvurabilir<sup>18</sup>. Hart, bu kaynakları, ihtiyarî kaynaklar” (permissive sources) olarak nitelemektedir<sup>19</sup>. Böylece Hart, bir hukuk sisteminde boşlukların ortaya çıkmasının her zaman ihtimal dahilinde olduğunu kabul ederek, hukuk sistemlerini, kendi kendine yeten mükemmel bir sistem olarak algılayan pozitivist hukukçulardan ayrılmış olmaktadır.

Bununla birlikte Hart, *The Concept of Law* adlı eserinin 1994 baskısına eklenen *Postscript*'te, yargıcın hukuk yaratma yetkisinin, yasa koyucuya göre sınırlı olduğunu söyler. Yargıç, sadece belirli olaylarla sınırlı geçici çözümler getirir; yasa koyucu gibi, geniş ölçekli bir reform veya bir *code* niteliğinde bir kanun yapamaz. Ayrıca yargıcın hukuk yaratma yetkisi, maddî sınırlamalara tabidir. Hart, mevcut hukukun, doğru olarak düzenlemediği olaylarda da yargıcın hukuk yaratma yetkisini kullanmasını kabul eder. Ancak o, yargıcın keyfi davranamayacağını, vicdanına göre davranan bir yasa koyucu gibi yetkisini kullanması gerektiğini vurgular<sup>20</sup>. Hart'a göre, eğer bu şartlar sağlanırsa, yargıç, hukukun öngörmediği standartlara ve nedenlere (reasons) göre karar verebilir veya emsal kararlardan ayrılarak meseleyi çözebilir<sup>21</sup>.

---

15 Hart, s. 128.

16 Bkz. Hart, s. 172; Klatt, Matthias, “Taking Rights Less Seriously. A Structural Analysis of Judicial Discretion”, *Ratio Juris*, Vol. 20 No. 4 December 2007, s. 508.

17 Gardner, John, “Concerning Permissive Sources and Gaps”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 8, No. 3, (1988), s. 457.

18 Hart, s. 294; bkz. Gardner, s. 458.

19 Hart, s. 294; bkz. Gardner, s. 458.

20 Hart, s. 273.

21 Hart, s. 273.

## 2- Boşluk Kavramının Analizi

### a) Boşluk Kavramının Genel Özellikleri

Pierluigi Chiassoni, analitik bir bakış açısıyla, Kara Avrupası hukuk sisteminde boşluk kavramına ilişkin dört temel özellik saptamıştır<sup>22</sup>. Şimdi Chiassoni'nin saptadığı bu özellikleri kısaca gözden geçirelim:

a) Boşluk, pozitif hukuk sistemlerinin zorunlu değil, ihtimalî bir niteliğindedir. Bu, “boşluğun ihtimalî olması tezi” (*contigent existance thesis*) olarak ifade edilir<sup>23</sup>.

Anglo-Sakson geleneği içerisinde değerlendirebileceğimiz Joseph Raz ise, kendi hukuk teorisi açısından hukuk sistemindeki boşluğun, *ihimalî* değil, *kaçınılmaz* olduğunu söyler<sup>24</sup>. Salt mantık açısından baktığımızda, Chiassoni, uygulama açısından baktığımızda ise, Raz haklı gözükmektedir. Çünkü insan ve toplumun doğasına ilişkin koşullar başka türlü olsaydı, (örneğin insan zihinsel ve dil yeteneği açısından mükemmel olsaydı) boşluk olmazdı. Bundan dolayı pozitif hukukta boşluk salt mantık açısından *zorunlu* değil, *ihimalî* ya da *olumsal* (*contigent*)'dir. Ancak realitedeki insan ve toplum doğasının mükemmel olmayışı, pozitif hukukta boşluk durumlarını kaçınılmaz kılmaktadır. Dolayısıyla mevcut koşullarda hukukta boşluk durumu pratik bakımından kaçınılmazdır.

b) Batı hukuk geleneğinde, boşluk doldurmanın evrensel bir yolu yoktur. Aksine, her yargıç boşluğu kendi seçtiği tekniklere göre doldurur ve muhtemelen her bir yargıç farklı sonuçlara ulaşabilir. Buna, “tercihe bağlı boşluk doldurma tezi” (*optional filling-up thesis*) denir<sup>25</sup>.

c) Yargıç, hukuk sistemindeki bir boşluğu, salt mekanik ve mantıksal olarak belirleyemez (tanımlayamaz). Bu belirleme, doğrudan veya dolaylı olarak, empirik ve/veya yorumlayıcı bir faaliyet yoluyla olur. Dolayısıyla

---

22 Bkz. Chiassoni, Pierluigi, “A Tale From Two Traditions: Civil Law, Common Law, and Legal Gaps”, *Analisi e diritto* 2006. Ricerche di giurisprudenza analitica a cura di P. Comanducci e R. Guastini -G. Giappichelli Editore, Torino, 2007, s. 54.

23 Chiassoni, s. 54.

24 Raz, Joseph, *The Authority of Law*, Clarendon-Oxford University Press, Reprinted 2002, s. 77.

25 Chiassoni, s. 54.

boşlukları belirleme (tanımlama) faaliyeti, en azından bazı davalarda, değer yüklüdür (value-laden). Başka bir anlatımla, boşlukların belirlenmesi bazı durumlarda değer yargılarının etkisi altında gerçekleşir. Bu yaklaşım da, “tercihe bağlı belirleme tezi” (*optional identification thesis*) olarak adlandırılır<sup>26</sup>.

d) Uygulama açısından, değişik boşluk türlerini birbirinden ayırmak önem arz etmektedir. Bu da, “kavramsal çoğulculuk tezi” (*conceptual pluralism thesis*) olarak adlandırılır<sup>27</sup>.

## **b) Boşluk Durumunun Analizi**

### **aa) Öğretide Boşluk Durumunun Tanımlanması**

Hukuk biliminde boşluk kavramı bakımından önemli olan noktalardan biri, ne zaman bir boşluğun var sayılacağı ya da hangi koşulların varlığının, boşluk için zorunlu olacağı konusudur. Bu sorular, aynı zamanda boşluğun tanımlanmasıyla doğrudan ilgilidir. Ayrıca boşluk kavramının tanımlanması, boşluk türlerine göre değişiklik arz eder.

Örneğin, Edis, boşluk kavramını tanımlamaya çalışırken, *kanun boşluğu* ve *hukuk boşluğu* ayırımından hareket etmektedir. Edis’e göre, kanun boşluğu, “...gerekli ve zorunlu bir düzenlemenin kanun koyucu tarafından yapılmamış olması”dır<sup>28</sup>. Yazara göre hukuk boşluğu ise, “ Bir mesele hakkında ne kanunda, ne de örf adet hukukunda bir cevap bulunmaması hali”dir<sup>29</sup>.

Aral’a göre, objektif olarak değerlendirildiğinde, kanun kendi planına aykırı bir şekilde susuyorsa, kanunda bir boşluğun olduğu kabul edilir<sup>30</sup>.

İşıktaç/Metin de, hukuk boşluğu ve yasa boşluğu ayırımını dikkate alarak, yazılı hukukta bir olaya dair bir kural yoksa, bu durumu *yasa (kanun) boşlu-*

---

26 Chiassoni, s. 54.

27 Chiassoni, s. 54.

28 Edis, s. 107.

29 Edis, s. 109.

30 Aral, Vecdi, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1985, s. 157.

ğu; hem yazılı hukukta ve hem de örf adet hukukunda ilgili olaya ilişkin bir hüküm yoksa, bu durumu da *hukuk boşluğu* olarak tanımlamaktadırlar<sup>31</sup>.

Dinçkol, boşluğu, hukuk boşluğu olarak, “*bir hukukî sorun hakkında yasanın, örf-adet hukukunun ve diğer herhangi bir hukuk kaynağının cevap veremediği durumlar*” biçiminde tanımlamaktadır<sup>32</sup>.

Akipek/Akıntürk’e göre, kanun boşluğu, gerekli kanuni düzenlemenin yapılmamış olmasıdır. Bunun tespiti de, kanunun hem sözü ve hem de ruhundan/yorumundan hareketle yapılacaktır<sup>33</sup>.

Sözer de yasa (kanun) boşluğu ve hukuk boşluğunu ayrı ayrı tanımlamaktadır. Sözer’e göre yasa boşluğunda, “*konuya ilişkin bir yasa mevcuttur. Ancak, ilgili yasada- varlık nedeni dikkate alındığında- olması gereken bir kural bulunmamaktadır*”<sup>34</sup>. Sözer, hukuk boşluğunu ise, “*düzenlemeye ihtiyacı olan bir yaşam alanı için gerekli yasal düzenlemelerin mevcut olmadığı*”<sup>35</sup> bir durum olarak tanımlamıştır. Sözer takip eden açıklamasında, hukuk boşluğu için, *yasada ve örf adet hukukunda bir hüküm bulunmaması ve ayrıca bu durumun olumsuz bir düzenleme sayılmaması gerektiğini de şart koşmuştur*<sup>36</sup>.

Esener ise, boşluk kavramını, kanun boşluğundan hareketle tanımladıktan sonra, boşluk türlerinde tekrar *kanun boşluğu* (düzenleme boşluğu) ve *hukuk boşluğu* olarak da adlandırılabilceğini söylediği *kanun dışı veya kanun üstü boşluk* ayırımını yaparak tanımlamaktadır. Esener’e göre kanun boşluğu “*yasama organı tarafından bir düzenlemenin yapılmamış olduğunu ifade eder*”<sup>37</sup>. Aynı yazara göre kanun dışı ve kanun üstü boşluk (hukuk

---

31 Yasemin Işıktaç/Sevtap Metin, *Hukuk Metodolojisi*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2003, s. 227.

32 Dinçkol, Abdullah, *Hukuka Giriş*, Genişletilmiş Dördüncü Baskı, Der Yayınları İstanbul 2007, s. 271.

33 Akipek, Jale G./ Akıntürk, Turgut, *Türk Medenî Hukuku (Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku)* Cilt I, Yenilenmiş 6. Baskı, İstanbul 2007, s. 126.

34 Sözer, Ali Nazım, *Hukukta Yöntem Bilim*, 1. Baskı, Beta Yayını, İzmir 2008, s. 116.

35 Sözer, s. 116 ve 124.

36 Sözer, s. 124.

37 Esener, Turhan, *Hukuk Başlangıcı*, (yeniden gözden geçirilmiş) 7. Baskı, Alkım, İstanbul 2004, s. 256.

boşluğu) ise, “bir hukukî sorun hakkında ne kanunda bir hüküm ne de örf adet kuralı mevcut değilse”<sup>38</sup> söz konusu olur.

A. Aybay/R. Aybay ise, boşluk kavramını, *yasa (kanun) boşluğu* olarak, “somut olaya uygulanacak hükmün hiç olmaması ya da yetersiz olması”<sup>39</sup> biçiminde tanımlamaktadırlar.

Dural/Sarı, boşluğu, “bulunması gereken kanuni düzenlemenin yokluğu”<sup>40</sup> şeklinde tanımlamaktadırlar. Yine, bu yazarlar, boşluğun, “kanunun yapısıyla çelişen bir eksiklik”<sup>41</sup> olduğunu belirtmektedirler.

Öztan, boşluğu, *kanun boşluğu* olarak, “gerekli kanunî düzenlemedeki eksiklik”<sup>42</sup> şeklinde tanımlamıştır.

Kırca da boşluğu, kanun boşluğu olarak, “gerekli kanuni düzenlemenin yapılmamış olması”<sup>43</sup> biçiminde tanımlamıştır. Kırca, özellikle, bu tanımdaki “gerekli” kelimesinin önemli olduğunu, dolayısıyla, her düzenleme eksikliğinin boşluk sayılamayacağını; boşluk olduğunun kabul edilebilmesi için, düzenlenmesi gerekli olan bir meselenin düzenlenmemiş olmasını haklı olarak vurgulamaktadır<sup>44</sup>.

Joseph Raz, öncelikle boşluğu, *yargı boşluğu* (jurisdictional gap) ve *hukukî boşluk* (legal gap) olmak üzere ikiye ayırarak tanımlamaktadır. Raz’a göre *yargı boşluğu* (jurisdictional gap), *bir hukuk sisteminde mahkemelerin bazı hukuksal meseleler üzerinde yargı yetkilerinin olmadığı* durumları ifade eder. Başka bir anlatımla, *eğer mahkemelerin, bazı hukuksal meseleler üze-*

---

38 Esener, s. 257.

39 Aydın Aybay/Rona Aybay, s. 235; benzer bir tanım için bkz. Deryal, Yahya, *Hukukun Temel Kavramları* (genişletilmiş) 6. Baskı Trabzon 2008, s. 52.

40 Dural, Mustafa/Sarı, Suat, *Türk Özel Hukuku*, Cilt I, (Temel Kavramlar ve Medenî Kanununun Başlangıç Hükümleri), Filiz Kitabevi, İstanbul 2004, s. 108.

41 Dural/Sarı, s. 108.

42 Öztan, Bilge, *Medenî Hukukun Temel Kavramları*, 31. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2009, s. 143.

43 Kırca, Çiğdem, “Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Uygun Sınırlama”, *Ankara Üniv. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 2001, Cilt. 50, sayı 1, s. 91.

44 Kırca, s. 191.



*rinde yargı yetkileri yoksa, orada bir yargı boşluğu vardır*<sup>45</sup>. Hukukî boşluk ise, mahkemelerin yargı yetkisinde olan bir hukukî sorunun, ilgili hukuk sisteminde tam bir cevabının bulunmayışıyla (no complete answer) ilgilidir. Dolayısıyla Raz'a göre, bir hukuk sistemindeki mahkemelerin yargı yetkisindeki bir hukuksal soruna tam bir cevap bulunamıyorsa, hukukî bir boşluk var demektir<sup>46</sup>. Raz açısından hukukî boşluğun ortaya çıkma nedenleri ise, *belirsizlik* (indeterminacy)<sup>47</sup> ve *çözümeyen çatışmalar/ihtilaflar* (conflicts)'dir<sup>48</sup>. Belirsizlik, dil, niyet ve diğer olgulardan kaynaklanabilir<sup>49</sup>. Çatışmalar/ihtilaflar, hukuksal nedenler (legal reasons) arasındaki *çözümeyen çelişkilerden* kaynaklanır<sup>50</sup>. Buradaki hukuksal nedenleri, hukuksal normlar olarak anlayabiliriz. Dolayısıyla Raz açısından, normlar arasındaki *çözümeyen çatışmalar/ihtilaflar*, hukuksal boşluğun nedenlerinden biridir<sup>51</sup>.

Raz, kanunun, bir olay hakkında sessiz kalmasını boşluk olarak kabul etmez. Ona göre, kanunun sessiz kaldığı olaylarda, analitik doğrular niteliğindeki kapatma kuralları (closure rules) devreye girer ve boşluğun ortaya çıkmasını engeller<sup>52</sup>. Örneğin, "yasaklanmamış olan eylemlere izin verilmiştir" ilkesi, bir kapatma kuralı olarak, işlev görecektir<sup>53</sup>. Ancak her şey Raz'ın söylediği gibi kolay olmayabilir. Eğer kanunun susması, kendi normatif yapısı bakımından bir eksiklik ise, burada bir boşluğun olduğu kabul edilebilir<sup>54</sup>.

---

45 Raz, s. 70; Chiassoni, s. 70.

46 Raz, s. 70; bkz. Chiassoni, s. 70; Otakpor, N., "On Indeterminacy of Law", *Journal of African Law*, (1988), Vol. 32, No. 1, s. 113.

47 Raz, s. 72.

48 Raz, s. 74.

49 Raz, s. 73; Chiassoni, s. 71.

50 Raz, s. 74 vd.

51 Raz, s. 75; bkz. Chiassoni, s. 71.

52 Raz, s. 77.

53 Raz, s. 76.

54 Bkz. Kırca, s. 92.

**bb) Görüşümüz**

Biz, boşluğu, “pozitif hukukun, bir meseleyi düzenlemesi gerekirken kendi normatif düzenine aykırı olarak düzenlememiş olması” biçiminde tanımlıyoruz<sup>55</sup>. Yaptığımız bu tanım, hem yazılı hukuktaki boşluğu ve hem de örf-adet hukukundaki boşluğu kapsamaktadır. Doğal olarak pozitif hukukun her suskunluğu boşluk olarak değerlendirilmeyecektir. Bazı hallerde pozitif hukukun bir meseleye ilişkin suskunluğu, o meseleyi olumsuz (negatif) olarak karara bağladığı anlamına gelebilir<sup>56</sup>. Dolayısıyla, kanunda boşluk olduğu, bir meselenin sadece düz anlamı bakımından bir hükmün kapsamına girmediğinin tespitiyle değil, aynı zamanda zıt anlamı bakımından da bir hükmün kapsamına girmediğinin tespitiyle söylenebilir<sup>57</sup>. Örneğin, Medeni Kanun (MK), mutlak butlanla batıl olan evlenmeleri 145. maddesinde tüketici olarak saymıştır. Burada sayılanların dışında kalan nedenler, evliliğin mutlak butlanını gerektirmez<sup>58</sup>. Muvazaalı evlilikler, MK. m. 145. madde kapsamında kalarak evliliğin butlanını gerektirmeyen durumlara örnek teşkil edebilir. Yine aynı şekilde kanunî mirasçılarının kimler olacağı sınırlı sayı ilkesine göre Medeni Kanunda sayılmıştır (MK. m. 495-501). Bu mirasçılar dışında kalanlardan birisi (Hâtemi’nin örneğinde komşu), Kanunda boşluk olduğunu iddia ederek hâkimden bu yönde boşluğu doldurmasını isteyemez<sup>59</sup>. Dolayısıyla, bir hükmün mefhumu muhalifi (argumentum a contrario) açısından baktığımız zaman, bir mesele söz konusu hükmün dışında kalıyorsa, kanunda boşluk olduğundan söz edemeyiz<sup>60</sup>.

Kanunun başka kurallara atıf yapması halinde de boşluktan söz edemeyiz<sup>61</sup>. Serozan’ın konuya ilişkin verdiği MK 5. madde örneği konuyu aydın-

---

<sup>55</sup> Bkz. Aral, s. 157; Işıktaç/Metin, s. 228.

<sup>56</sup> Kırca, s. 91-92; Oğuzman/Barlas, s. 88; Işıktaç/Metin, s. 222; Dural/Sarı, s. 109; Tekinay, s. 64; Çağıl, s. 121; Akyol, Şener, *Medenî Hukuka Giriş*, İkinci Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006, s. 265.

<sup>57</sup> Oğuzman/Barlas, s. 88.

<sup>58</sup> Bkz. Serozan, Rona, *Medenî Hukuk (Genel Bölüm)* Genişletilmiş 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s. 124; Güriz, Adnan, *Hukuk Başlangıcı*, 11. Baskı, Siyasal Kitabevi, Eylül 2006, s. 104.

<sup>59</sup> Hâtemi, Hüseyin, *Medenî Hukuka Giriş*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1997, s. 74.

<sup>60</sup> Bkz. Oğuzman/Barlas, s. 88.

<sup>61</sup> Serozan, s. 126.

latacak niteliktedir<sup>62</sup>. MK. m. 5'e göre "Bu Kanun ve Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır". Buna göre, özel hukuk alanında düzenlenmeyen herhangi bir mesele, Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu'nun genel nitelikli hükümlerinin düzenlediği meselelerle uygunluk (veya benzerlik) arz etmesi halinde, düzenlenmeyen mesele konusunda boşluk olduğunu söyleyemeyiz. Çünkü bu gibi durumlarda Medeni Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri uygun düştüğü ölçüde diğer düzenlenmeyen özel hukuk ilişkilerine de uygulanır. Aslında MK'nın 5. maddesi kıyası öngörmektedir<sup>63</sup>. Dolayısıyla kanunun açıkça kendisinin kıyası öngörmesi ve kıyas yapılacak kurallara atıf yapması halinde boşluktan söz edilemez. Benzer bir örnek olarak BK'nın 217. maddesi verilebilir<sup>64</sup>. BK'nın. 217. maddesinde yer alan, "Menkul satımına müteallik hükümler, kıyas tarikiyle gayrimenkul satımına da tatbik olunur" düzenlemesi, tartışma konumuza örnek teşkil edebilir. Taşınmaz (gayrimenkul) satımına ilişkin düzenlenmeyen hususlar, taşınır (menkul) malların satımıyla ilgili hususlarla esaslı olarak benzerlik arz etmesi halinde, artık boşluktan söz edemeyiz. Çünkü, bu durumda menkul mallara ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla, taşınmaz malların satımına uygulanması Kanun gereğidir. Tekinay, daha ileri giderek, bir meseleye kanunun herhangi bir hükmü örneksene (kıyas) yoluyla uygulanabiliyorsa kanun boşluğundan söz edilemeyeceğini ileri sürmektedir<sup>65</sup>. Biz bu görüşe katılmıyoruz. Eğer kanun koyucu hangi kurallara göre kıyas yapılacağını kendisi atıf yoluyla göstermişse [BK. 217. (yeni BK. 246.) madde örneğinde olduğu gibi], bu halde boşluktan söz edilemez. Ancak hâkim, kendisi kıyasa karar verip kıyas yapılacak kuralları belirlemek durumunda ise, burada boşluk olduğunun kabul edilmesi gerekir.

Kanun hükmünde ahlâk ve âdâba veya yerel âdete yollama yapılmışsa, hâkimin hukuk yaratması gereken bir boşluktan değil, hüküm içi boşluktan söz edilir.

---

<sup>62</sup> Serozan, s. 126.

<sup>63</sup> Hâtemi, s. 69.

<sup>64</sup> BK'nın 217. maddesi, 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6098 sayılı ve 11/01/2011 tarihli yeni Borçlar Kanununun 246. maddesine karşılık gelmektedir. Yeni BK'nın 246. maddesi, "Taşınır satımına ilişkin kurallar, kıyas yoluyla taşınmaz satışında da uygulanır" biçimindedir.

<sup>65</sup> Tekinay, s. 64.

### 3-Boşluk Türlerinin Analizi

#### a) Aleksander Peczenik'in Analizi

Boşluk türleriyle ilgili olarak Aleksander Peczenik'in sınıflaması ilgi çekicidir. Bundan dolayı yazarın boşluk türlerine ilişkin sınıflamasına burada değinmeyi uygun buluyoruz. Peczenik, boşluğu, önce, *pozitif hukukun sözel anlamında ortaya çıkan boşluk* ve yorum yoluyla pozitif hukuktan elde edilen bir normlar grubunda ortaya çıkan boşluk olmak üzere ikiye ayırmaktadır<sup>66</sup>. Peczenik, pozitif hukuktan yorum yoluyla elde edilen normlar grubunda ortaya çıkan boşluğu *yorumlanan hukukta boşluk* (gaps in interpreted law) olarak tanımlamakta ve bu boşluk türünü klasik boşluk türlerinden ayırarak yorum bahsinde incelemektedir<sup>67</sup>. Pozitif hukukun sözel anlamında ortaya çıkan boşluk türlerini ise, *yetersizlik boşluğu* (insufficiency gap), *tutarlılık boşluğu* (inconsistency gap), *belirsizlik boşluğu* (indeterminacy gap) ve *aksiyolojik boşluk* (axiological gap) olmak üzere dört başlık altında toplamıştır<sup>68</sup>. Biz burada sadece, Peczenik'in, *pozitif hukukun sözel anlamında ortaya çıkan boşluk* olarak tanımladığı ve Türk hukuk doktrinindeki bazı boşluk türlerine karşılık gelebilecek boşluk türlerini, kısaca ele almakla yetineceğiz.

**aa) Yetersizlik Boşluğu** (Insufficiency Gap): Yetersizlik boşluğu, mevcut hukuk sisteminin belirli bir meseleyi (düzenlemesi gerektiği halde) düzenlemediği zaman ortaya çıkan boşluktur. Peczenik, bu boşluğu, Carlos Achourron ve Eugenio Bulygin'in<sup>69</sup> verdiği bir örnekle anlatmaktadır. Varsayalım ki, yazılı bir hukuk kuralı, şöyle bir düzenleme getirmektedir: “*Bir aynı hakkı, bir şey karşılığında devralan kişi iyi niyetli olsa bile, eğer bu hakkı devreden kişi kötü niyetli ise, o aynı hakkın iadesi zorunludur. Bir aynı hak, karşılıksız devredilmiş ise, iadesi zorunludur*”. Bu hüküm karşısında, yazar, şöyle bir olayın olduğunu varsaymaktadır: İyi niyetli bir kişi bir aynı hakkı bir şey karşılığında kötü niyetli birisine devretmektedir. Varsayımsal hukuk kuralımız, hakkı devralan kişinin iyi niyetli, devreden kişinin ise kötü

---

<sup>66</sup> Peczenik, Aleksander, *On Law and Reason*, Springer, 2008, s. 18.

<sup>67</sup> Bkz. Peczenik, s. 206-207.

<sup>68</sup> Peczenik, s. 18.

<sup>69</sup> Peczenik, bu örneği, Carlos Achourron ve Eugenio Bulygin'in *Normative Systems* (1971) adlı eserlerinden vermektedir.

niyetli olması durumunu düzenlemiş, bu olayın tersi olan durumu, yani, devreden kişinin iyi niyetli, devralan kişinin kötü niyetli olması durumunu düzenlememiştir. Acaba bu durumda, o aynı hakkın iadesi zorunlu mudur? Peczenik, varsayımsal hukuk kuralının bu soruna çözüm getirmediğini, dolayısıyla burada bir yetersizlik boşluğundan söz edileceğini belirtmektedir<sup>70</sup>.

**bb) Tutarsızlık Boşluğu** (Inconsistency Gap): Bu tür boşluklar, hukuk normlarının mantıksal tutarsızlığından kaynaklanır. Peczenik, bu boşluğa örnek olarak Danimarka Anayasasında yer alan iki normu göstermektedir. Bu normlardan birisi, parlamentonun ilk meclisinin (first chamber) 78 üyeden oluşacağını, diğer norm ise 79 üyeden oluşacağını öngörmektedir. Bu tür sorunlar, daha az genel norm, daha çok genel olan normun istisnası sayılabileceği ve dolayısıyla daha az genel normun tercih edilmesi gerektiği biçiminde çözülebilir. Ancak bazı durumlarda, hangi normun daha az genel veya daha çok genel olduğunu belirlemek olanaksız olabilir. Dolayısıyla Peczenik'e göre buradaki boşluğun doldurulması bir değer yargısını gerektirecektir<sup>71</sup>.

**cc) Belirsizlik Boşluğu** (Indeterminacy Gap): Belirsizlik boşlukları, bir hukuk normunun anlamındaki kapalılık (vagueness) veya muğlaklıktan (ambiguity) kaynaklanır. Peczenik, belirsizlik durumlarını boşluk olarak nitelendirmede tereddütlüdür. Peczenik'e göre, eğer belirsizlik durumları boşluk olarak kabul edilecekse, *belirsizlik boşluğunu doldurma* ile *bir hukuk kuralını yorumlama faaliyeti* birbirinden ayrılabilir. Ancak yazar böyle bir ayırımın da belirsiz olacağını söylemektedir<sup>72</sup>. Ancak bize göre, yorum yoluyla bir hukuk kuralının anlamını belirleyemiyorsak, burada bir boşluğun olduğu kabul edilmelidir.

**dd) Aksiyolojik Boşluk** (Axiological Gap): Aksiyolojik boşluk ise, ilgili hukuk kuralının belirli bir ahlaki değerle çatışmasından kaynaklanır. Eğer mevcut bir hukuk normu, bir meseleyi ahlaken (etik olarak) kabul edilemeyecek bir tarzda düzenlemişse, burada bir aksiyolojik boşluğun olduğu kabul

---

<sup>70</sup> Peczenik, s. 19.

<sup>71</sup> Peczenik, s. 19.

<sup>72</sup> Peczenik, s. 19.

edilecektir<sup>73</sup>. Peczenik'e göre değer yargılarına başvurulmadan bu tür boşluklar doldurulamaz<sup>74</sup>.

### b) Türk Hukuk Öğretisindeki Analiz

Türk hukuk öğretisinde genelde kabul gören boşluk türleri, *hüküm içi boşluklar-kanun boşlukları (kanun yanında/dışında boşluklar), gerçek boşluklar-gerçek olmayan boşluklar, bilinçli boşluklar-bilinçsiz boşluklar ve açık boşluklar-örtülü boşluklar* şeklindedir<sup>75</sup>. Biz bunlara ek olarak bazı yazarların üzerinde durduğu *çatışma boşluğuna*<sup>76</sup> ve kavram olarak benimsediğimiz *hukuk boşluğuna* da değineceğiz. Bazı yazarlar kanun boşluğu türlerine girmeden önce *kanun boşluğu-hukuk boşluğu* ayrımı yaparlar<sup>77</sup>.

**aa) Hüküm İçi Boşluk (Intra Legem Boşluk) Kavramı:** Hüküm içi boşluk durumlarında yazılı hukukta bir düzenleme vardır. Ancak, kanun koyucu ilgili hukuk normunu bir çerçeve şeklinde belirlemiş, içeriğinin doldurulmasını yargıca bırakmıştır<sup>78</sup>. Yargıç hüküm dışı öğelerle, söz konusu normu tamamlayacaktır<sup>79</sup>. Dolayısıyla bu tür boşluklar bilinçli olarak bırakılmış boşluklardır<sup>80</sup>. Hüküm içi boşlukta içeriğinin doldurulması gereken çerçeve bir norm olduğu için, bu tür bir boşluk, geniş anlamda bir boşluktur<sup>81</sup>. Çün-

<sup>73</sup> Peczenik, s. 20.

<sup>74</sup> Peczenik, s. 20.

<sup>75</sup> Bkz. Edis, s. 116-119; Işıktaç/Metin, 226-230; Kayıhan, Şaban, Hukukun Temel Kavramları, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2008, s. 177-180; Oğuzman/Barlas, s. 90-95; Esener, 256; 258; Özsunay, s. 201-204; Kırca, 93-97; Zevkliler, Aydın/Acabey, M. Beşir/Gökyayla, K. Emre, *Medenî Hukuk (Giriş, Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku)*, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2000, s. 97-101; Dural/Sarı, s. 110-112; Boşlukla ilgili olarak daha değişik bir sınıflama için bkz. Sözer, s. 116-127.

<sup>76</sup> Bkz. Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 100; Sözer, s. 122.

<sup>77</sup> Dural/Sarı, s. 108; Işıktaç/Metin, s. 227; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 96-97; Sözer, s. 116 ve 124.

<sup>78</sup> Kırca, s. 93.

<sup>79</sup> Işıktaç/Metin, s. 230; Edis, s. 117; Deryal, s. 52.

<sup>80</sup> Overbeck, Alfred E. Von, "Some Observation on The Role of The Judge Under The Swiss Civil Code" *Louisiana Law Review*, Vol. 37, Issue 3 (1976-1977), s. 686; Akyol, s. 274; Edis, s. 116; . Gözler, Kemal, *Hukuka Giriş*, Güncelleştirilmiş 6. Baskı, Ekin Yayını, 2009, s. 243-244.

<sup>81</sup> Özsunay, s. 201.

kü yazılı hukuk ilgili konuda tamamen susmuş değildir. Hüküm içi boşluklar, yargıçlara takdir yetkisi tanıyan boşluklardır<sup>82</sup>. Örneğin Medeni Kanunun 27. maddesinin 1. fıkrası, “*Adın değiştirilmesi, ancak haklı sebeplere dayanılarak hâkimden istenebilir*” biçiminde bir hüküm getirmiştir. Bu hükümdeki *haklı nedenler*’in ne olduğu belirlenmeyip, bunun takdiri yargıca bırakılmıştır. Yine, Borçlar Kanununun 47. maddesinin getirdiği, “*Hâkim, hususi halleri nazara alarak cismani zarara düçar olan kimseye yahut adam öldüğü takdirde ölünün ailesine manevî zarar namıyla adalete muvafık tazminat verilmesine karar verebilir*” biçimindeki hükmünde yer alan adalete muvafık tanımlamasının içi boştur. Yargıç, özel durumları dikkate alarak, *adalete uygunluğu* kendisi belirleyecektir. Hüküm içi boşlukta, genellikle, yazılı hukuk dışındaki ölçüt ve olgulara yollama yapılır<sup>83</sup>. Örneğin, Borçlar Kanununun 20. maddesinin 1. fıkrası, “*Bir akdin mevzuu gayri mümkün veya gayri muhik yahut ahlâka (âdâba) mugayir olursa o akit batıldır*” demektir. Bu hükümdeki ahlaka aykırılık, pozitif hukukun dışındaki bir ölçüttür; nelerin ahlaka aykırı olduğunu yargıç belirleyecektir.

Öztan, hüküm (kural) içi boşluğu üçe ayırarak ele almaktadır. Birincisi, bir kuralın, başka bir kurala atıf yaptığı durum; ikincisi, kuralın genel klozlar içermesi durumu; üçüncüsü ise, tanımlamadan kaynaklanan durumdur<sup>84</sup>. Yazar, kuralın başka bir kurala atfından kaynaklanan boşluğa MK 157. maddesi örnek vermektedir. MK. m. 157/2’ye göre, mahkemenin evliliğin butlanına karar vermesi durumunda “*Çocuklar ile ana ve baba arasındaki ilişkilere boşanmaya ilişkin hükümler uygulanır.*” Ancak, bir kuralın başka bir kurala atıf yaptığı durumda, atıf yapılan kurallar (örneğimizde olduğu gibi) açık ve olaya doğrudan doğruya uygulanabiliyorsa, hüküm içi boşluktan söz edemeyiz. Örnek olayda butlanına karar verilmiş evlilikten doğan çocukların ana ve babalarıyla ilişkisine MK. m. 157/2 gereği Medeni Kanunun boşanmaya ilişkin hükümleri uygulanacaktır. Burada, hangi kuralların uygulanacağına ilişkin yargıcın takdir yetkisine girecek bir husus söz konusu değildir; zira, hangi kuralların uygulanacağı bellidir. Dolayısıyla yazarın hüküm içi boşluk olarak değerlendirdiği bu durumda hüküm içi boşluktan söz edile-

---

82 Kayıhan, s. 175; Dinçkol, s. 273; Gözler, s. 244; Hâtemi, s. 83-84; Ayan, Mehmet, *Medenî Hukuka Giriş*, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Mimoza Yayını, Konya 2007, s. 57.

83 Edis, s. 117.

84 Öztan, s. 146.

mez. İkinci durumda, yani, yasa koyucunun genel klostara atıf yaptığı durumlarda, yargıcın takdir yetkisini kullanmasını gerektiren *haklı sebep* gibi olasılıklar söz konusudur<sup>85</sup>. Hüküm içi boşluğun tipik örneğini oluşturan bu durumlara yukarıda yer verdiğimiz için burada tekrar etmiyoruz. Yazara göre hüküm içi boşluğun kaynaklandığı üçüncü durum ise, kanun koyucunun yer verdiği bazı sözcüklerin tanımlanma ihtiyacıdır. Yazarın verdiği örnek, MK. m. 175/1’de geçen “yoksulluk” kavramıdır<sup>86</sup>. MK. m. 175/1’e göre, “Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf, kusuru daha ağır olmamak koşuluyla geçimi için diğer taraftan mali gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir”. Kimler için hangi durumların *yoksulluk* sayılacağıının her somut olayda belirlenmesi gerektiğinden, burada da bir tanımlama boşluğundan söz edilir<sup>87</sup>.

**bb) Kanun Boşluğu (Praeter Legem Boşluk) Kavramı:** Kanun boşluğu, *kanun yanında boşluk*, *kanun dışında boşluk*<sup>88</sup> veya *kural dışı boşluk*<sup>89</sup> olarak da ifade edilir. Kanun boşlukları (Praeter legem boşluklar) genelde bilinçli olmayan, yani iradi olmayan boşluklardır<sup>90</sup>. Kanun boşlukları, dar anlamda veya gerçek anlamda boşluklardır<sup>91</sup>. Bu tür boşluklarda, yapılması gereken kanuni düzenleme yapılmamıştır<sup>92</sup>. Dolayısıyla böyle durumlarda yargıcın hukuk yaratması gerekir. Hüküm içi boşlukların aksine, kanun boşlukları (praeter legem boşluklar) yargıçların takdir yetkisiyle doldurulabilen boşluklar değildir<sup>93</sup>.

**cc) Hukuk Boşluğu (Hukukta Boşluk) Kavramı:** Bazı yazarlar önce kanunda boşluk-hukukta boşluk ayrımı yapıp, daha sonra kanun boşluğu türle-

---

85 Öztan, s. 147.

86 Öztan, s. 147.

87 Bkz. Öztan, s. 147.

88 Özsunay, s. 201.

89 Dinçkol, s. 273; Öztan, s. 147; Gözler, s. 244.

90 Edis, s. 117; Öztan, s. 147.

91 Özsunay, s. 201.

92 Gözler, s. 244; Overbeck, s. 686.

93 Gözler, s. 244.



rini ele alırlar<sup>94</sup>. Bu yazarlar kanunda boşluğu, kanunda (yazılı hukukta) bir hüküm olmaması olarak, hukukta boşluğu ise, hem kanunda ve hem de örf-adet hukukunda bir kural olmaması olarak tanımlarlar<sup>95</sup>. Bizim görüşümüze göre boşluk, pozitif hukukun bir eksikliğidir. Bundan dolayı, hukuk boşluğu tanımlamasını terminolojik olarak doğru bulmuyoruz. Çünkü, hukukta boşluk olmaz<sup>96</sup>. Eğer hukukta boşluk olsaydı, bazı ihtilaflar çözümsüz kalırdı<sup>97</sup>. Oysa çağdaş hukuk sistemleri, olaya uygulanacak hukuk kuralının olmaması nedeniyle, yargıca, hüküm vermektен kaçınma imkânı tanımamışlardır. Örneğin, 1982 Anayasası “*Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz*” (AY. m. 36/2) hükmüyle, yargıçların görev ve yetkileri dahilindeki ihtilaflarda karar vermektен imtina etmelerini yasaklamıştır<sup>98</sup>. Oğuzman/Barlas’ın da belirttiği gibi, hukuk boşluğu, Medenî Kanunumuzun 1. maddesinin yargıca verdiği hukuk yaratma yetkisinden dolayı, hiçbir zaman var olmayacaktır<sup>99</sup>. Yukarıda belirttiğimiz gibi Fransız Medenî Kanununun 4. maddesi de, Kanunun, sessiz kalması belirsizliği ve yetersizliğini mazeret göstererek hüküm vermektен kaçınan yargıcın cezaî takibata maruz kalacağını hükme bağlamıştır.

94 Dural/Sarı, s. 108; Işıktaç/Metin, s. 227; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 96-97; Sözer, s. 116 ve 124.

95 Dural/Sarı, s. 108; Işıktaç/Metin, s. 227; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 96-97; Sözer, s. 124.

96 Çağıl, Orhan Münir, *Hukuk Başlangıcı Dersleri* (Birinci Kitap) İst. Üniv. Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1961, s. 119; Oğuzman/Barlas, s. 88.

97 Akyol, *Medenî Hukuka Giriş* (4. Baskı, 2006) kitabının 266. sayfasında “*Kanunda boşluk olur, hukukta boşluk olmaz*” dedikten sonra, 279. sayfada, hiçbir ihtilafların çözümsüz kalamayacağı anlamında “hukukta boşluk” kavramının, “kanunda boşluk” anlamına gelmeyeceğini, ancak, hukuk sistemindeki boşluğu anlatabilmek için “hukukta boşluk” kavramının kullanılabilmesini kabul etmektedir. Yazara göre, tüketicinin korunmasıyla ilgili Kanun çıkarılmadan önce, tüketicilerin korunması konusunda “hukuk boşluğu” vardı. (Akyol, s. 279). Ancak Akyol’un 279. sayfadaki tanımlamaları isabetli görünmüyor. Çünkü, hukukta boşluk tanımlaması, zaten kanunda boşluk kavramı yerine kullanılmamaktadır. Hem kanunda ve hem de örf-adet hukukunda bir boşluk varsa, hukukta boşluk kavramı (bazı yazarlarca) kullanılmaktadır. Diğer yandan Yazarın kullandığı “hukuk sisteminde boşluk” tanımlaması da isabetli görünmüyor. Çünkü yazarın verdiği örnekte, *pozitif hukuk* (de lege data) açısından bir boşluktan daha ziyade, *olması gereken hukuk* (de lege ferenda) açısından bir boşluk veya hukuku politikası bakımından bir eksiklik söz konusudur. (Bkz. Akyol, s. 266 ve 279).

98 Bkz. Dinçkol, s. 272; Serozan, s. 123.

99 Oğuzman/Barlas, s. 88.

**dd) Gerçek Boşluk Kavramı:** Gerçek boşluk, kanunda yer alması gereken bir düzenlemenin yapılmamış olması veya bir mesele hakkında herhangi bir kuralın yer almamış olması biçiminde tanımlanır<sup>100</sup>. Ancak, gerçek boşluk, örtülü boşluğu da kapsayacak şekilde tanımlanmalıdır. Bundan dolayı, hâkimin hukuk yaratmak zorunda olduğu her durumda, gerçek boşluk vardır. Gerçek boşluk, gerçek olmayan boşluğu anlatabilmek için başvurulmuş bir kavramdır. Aksi takdirde, hâkimin hukuk yaratması gereken diğer boşluk türlerinden ayrılması söz konusu olurdu. Oysa, nerede hâkim hukuk yaratmak zorunda ise, orada gerçek bir boşluk vardır.

**ee) Gerçek Olmayan Boşluk Kavramı:** Gerçek olmayan boşluk, kanunda yer alan bir düzenlemenin, yeterli ve tatminkâr bulunmamasıdır<sup>101</sup>. Gerçek olmayan boşluklar, yargıcın doldurması gereken bir boşluk değildir. Çünkü boşluk gibi görünen durumda kanuni düzenleme vardır. Ancak yasa koyucunun yanlış hukuk politikasından dolayı<sup>102</sup> ilgili hüküm tatminkâr değildir. Bazı yazarlar, *örtülü boşluğu*, gerçek olmayan boşluğun bir türü gibi algılamaktadırlar<sup>103</sup>. Oysa aşağıda göreceğimiz gibi örtülü boşluk, yargıcın doldurması gereken gerçek bir boşluktur. Bu doğrultuda bazı yazarlar haklı olarak örtülü boşluğu gerçek boşluk altında sınıflandırmaktadır<sup>104</sup>. Işıktaç/Metin'e göre, gerçek olmayan boşluk, kanuni düzenlemelerin istisnalarının iyi düzenlenmemesinden değil, yanlış hukuk politikasından kaynaklanmaktadır<sup>105</sup>. Bizim de benimsediğimiz bu yaklaşım açısından, gerçek olmayan boşlukta, *olması gereken hukuk* (de lege ferenda) açısından bir yetersizlik vardır. Bu yetersizliği ve tatminsizliği giderecek olan yasa koyucudur<sup>106</sup>. Yanlış hukuk politikasından kaynaklanan yetersizlikler boşluk olarak

---

<sup>100</sup> Özsunay, s. 202; Kayıhan, s. 179; Işıktaç/Metin, s. 118; Edis, s. 118.

<sup>101</sup> Edis, s. 118; Özsunay, s. 207; Oğuzman/Barlas, s. 94; Kayıhan, s. 179; Öztan, s.148; Akipek/Akıntürk, s. 127; Işıktaç, Yasemin, *Hukuk Başlangıcı*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2010, s. 204.

<sup>102</sup> Işıktaç/Metin, s. 229.

<sup>103</sup> Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 100; Edis, s. 118; Oğuzman/Barlas, s. 93-94; Öztan, s. 148; konuyla ilgili tartışmalar için bkz. Kırca, s. 95.

<sup>104</sup> Dural/Sarı, s. 111-112; Işıktaç/Metin, s. 230; Hatemi, s. 78; ayrıca bkz. Kırca, s. 96, dipnot, 35 ve s. 98.

<sup>105</sup> Işıktaç/Metin, s. 229.

<sup>106</sup> Oğuzman/Barlas, s. 94.

görülemez<sup>107</sup>. Eğer bu yetersizlik hakkın kötüye kullanılması sonucunu doğuruyorsa, burada bir örtülü boşluk vardır<sup>108</sup>. Bu durumda yargıç, hakkın kötüye kullanılması sonucunu doğuracak hükmü uygulamayarak kendisi hukuk koyacaktır<sup>109</sup>. Başka bir anlatımla, gerçek olmayan boşluk durumunda yetersiz normun uygulanması hakkın kötüye kullanılması sonucunu doğurmuyorsa yargıcın söz konusu normu değiştirme yetkisi olmamalıdır<sup>110</sup>.

Dolayısıyla bir taraftan *gerçek olmayan* sıfatını kullanmak, diğer yandan da gerçek boşlukta olduğu gibi burada da doldurulması gereken bir boşluk olduğunu kabul etmek kavramsal düzeyde bir çelişki olacaktır. Kırca da çeşitli karışıklıklara neden olmasından dolayı gerçek olmayan boşluk kavramından vazgeçilmesi gerektiğini önermektedir<sup>111</sup>.

**ff) Açık Boşluk Kavramı:** Kanunun, düz ve zıt anlam itibariyle bir olay hakkında hiçbir hüküm getirmediği açıkça görülüyorsa, açık bir boşluğun olduğu söylenir<sup>112</sup>. Açık boşluklara verilen yaygın örnek, terekesinde cenaze giderlerini karşılayacak malvarlığı olmayan kişinin cenaze masraflarının nasıl karşılanacağıdır. Medeni Kanun m. 507/2'ye göre, miras bırakanın cenaze giderleri terekesinden karşılanır. Ancak, terekesinde cenaze giderlerini karşılayacak mal varlığı yoksa, söz konusu giderlerin nasıl karşılanacağı düzenlenmemiştir<sup>113</sup>. İsviçre Federal Mahkemesi, buradaki boşluğu İsviçre Medeni Kanununun nafaka hükümlerini kıyas yoluyla uygulayarak doldurmuştur<sup>114</sup>. Türk Öğretisinde de bu boşluğun, Medeni Kanunun 364 ve 365. maddeleri kıyas yoluyla uygulanarak terekeden karşılanamayan cenaze giderlerinin nafaka borçlularına yüklenerek doldurulacağı kabul edilir<sup>115</sup>.

---

<sup>107</sup> Kırca, s. 92.

<sup>108</sup> Edis, s. 119; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 100.

<sup>109</sup> Oğuzman/Barlas, s. 94; Kayıhan, s. 180.

<sup>110</sup> Kayıhan, s. 180.

<sup>111</sup> Bkz. Kırca, s. 96.

<sup>112</sup> Dural/Sarı, s. 111; Işıқтаç/Metin, s. 227-228; Edis, s. 119; Oğuzman/Barlas, s. 92; Kayıhan, s. 178; Akyol, s. 278.

<sup>113</sup> Işıқтаç, *Hukuk Başlangıcı*, s. 202; Oğuzman/Barlas, s. 92-93; Serozan, s. 125; Kırca, s. 94; Akyol, s. 278.

<sup>114</sup> Bkz. Oğuzman/Barlas, s. 106.

<sup>115</sup> Serozan, s. 125-126; Kırca, s. 94.

**gg) Örtülü Boşluk Kavramı:** Kanunda bir olaya ilişkin bir kural olmasına karşın, gerekli istisnalara yer verilmeyip, kuralın kapsamının çok geniş tutulması dolayısıyla uygulanmasının adalete aykırı bir durumu ortaya çıkarıyorsa örtülü boşluk vardır<sup>116</sup>. Başka bir tanıma göre, bir hükmün uygulanmasının hakkın kötüye kullanılması sonucunu doğurması durumunda örtülü boşluktan söz edilir<sup>117</sup>. Öztan'a göre açık boşlukta "kural eksikliği" söz konusuysen, örtülü boşlukta "kural aksaklığı" söz konusudur<sup>118</sup>. Örtülü boşluk, Peczenik'in sözünü ettiği *aksiyolojik boşluğa* benzemektedir. Çünkü, yeterince ayrıksı duruma yer vermeyen hükmün uygulanması, etik bir sorun ortaya çıkarmaktadır.

Yukarıda belirttiğimiz gibi biz, örtülü boşluğu gerçek boşluğun bir türü olarak gören yazarların görüşlerini benimsiyoruz. Çünkü örtülü boşlukta, yargıcın hukuk yaratması gereken bir durum söz konusudur. Yargıç amaca uygun sınırlama yoluyla bu tür boşlukları dolduracaktır<sup>119</sup>. Eldeki olaya uygulanmak istenilen kural, bu olay bakımından bir istisna hükmüyle sınırlanarak uygulanacaktır<sup>120</sup>. Bu konuda verilen en çarpıcı örnek, ayırt etme gücü olmayanların, istisnalar hariç, yaptıkları hukukî işlemleri geçersiz sayan Medeni Kanunun 15. maddesidir. Bu maddeye göre, "*kanunda gösterilen ayrık durumlar saklı kalmak üzere, ayırt etme gücü bulunmayan kimse nin fiilleri hukukî sonuç doğurmaz*" (MK. m. 15). Ancak kanunda ayrık (istisna) tutulmayan bazı olasılıklar yüzünden kuralın uygulanması, adaletsiz sonuçlar doğuracaktır. Örneğin, ayırt etme gücüne sahip olmayan kişinin yaptığı geçersiz iş sözleşmesi gereği olarak çalıştığı işverenden ücretini isteyebilmesi durumu kanunda ayrık tutulmamıştır. Böyle bir durumda kanunun bu hükmünün olduğu gibi uygulanması adalet hislerini zedeleyecek ve hükmün bu şekilde uygulanmasına dönük işverenin talebi hakkın kötüye kullanılmasını oluşturacaktır. Dolayısıyla bu durumda, ayırt etme gücüne sahip olmayan tarafından yerine getirilen iş ediminin karşılığı olarak ücretini iste-

---

<sup>116</sup> Kırcı, s. 96; Işıktaç/Metin, s. 229; Serozan, s. 131; Tekinay, s. 64-65. Öztan, s. 149.

<sup>117</sup> Kırcı, s. 98; Edis, 119; Oğuzman/Barlas, s. 93; Kayıhan, s. 179; Işıktaç, *Hukuk Başlangıcı*, s. 203; Dinçkol, s. 272; Serozan, s. 123; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 100.

<sup>118</sup> Öztan, s. 149.

<sup>119</sup> Kırcı, s. 98-99; Işıktaç/Metin, s. 229-230; Serozan, s. 132.

<sup>120</sup> Serozan, s. 132.

yebilmesi bir istisna kabul edilip, hükmü amacına uygun daraltarak uygulamak gerekir<sup>121</sup>. Bu şekilde ortaya çıkan boşluk doldurulmuş olacaktır.

**hh) Bilinçli Boşluk Kavramı:** Bilinçli boşluklar, kanun koyucunun bir meseleyi iradi olarak ve bilerek düzenlemediği zaman ortaya çıkan boşluklardır<sup>122</sup>. Yukarıda da belirtildiği gibi, hâkimin takdir yetkisiyle dolduracağı hüküm içi boşluklar genel olarak bilinçli olarak bırakılmış boşluklardır<sup>123</sup>. Örneğin MK.'nın 128. maddesi, “*Hâkim, haklı sebep olmaksızın evlenmeye izin vermeyen yasal temsilciği dinledikten sonra, bu konuda başvuran küçük veya kısıtlının evlenmesine izin verebilir*” şeklinde bir hüküm getirmiştir. Ancak, bu maddede yer alan *haklı sebeplerin* neler olabileceğini yargıca bilinçli olarak bırakmıştır. Çünkü yasa koyucu, bütün haklı nedenleri önceden tüketici olarak sayamaz. Tüketici olarak sadece bazı haklı nedenleri belirlerse, bunlar dışındaki haklı nedenler dışarıda kalacak ve dolayısıyla kanun birçok benzer olaya uygulanma kabiliyetini kaybedecektir. Kanuna esneklik vermek ve gelecekte birçok olayı kapsayacak bir nitelik kazandırmak için, hüküm içi boşluklar bilinçli olarak bırakılırlar.

Kanun boşluklarının (praeter legem/kanun yanında/dışında boşlukların) bir kısmı da bilinçli boşluklardır. Türk hukukunda bu konuya sıkça verilen örnek, taşınır malları başkasına geçiren tasarruf işleminin illi olup olmadığı, yani geçerli bir sebebe bağlı olup olmadığı hususudur. Kanun koyucu taşınmaz mallara ilişkin tasarruf işlemlerinin hüküm doğurmasını geçerli bir sebebe bağladığı halde (MK. 716/1), taşınmaz mallara ilişkin tasarruf işlemlerinin geçerli bir sebebe bağlı olup olmadığını bilinçli olarak düzenlememiştir<sup>124</sup>. Bilinçli boşluklar genelde kanun koyucunun hukuk politikasından kaynaklanır. Kanun koyucu, bazı meselelerin doktrin ve yargısal içtihatlar yoluyla şekillenmesini isteyebilir<sup>125</sup>.

**ii) Bilinçsiz Boşluk Kavramı:** Bilinçsiz boşluklar, kanun koyucunun isteği dışında ortaya çıkan boşluklardır. Bilinçsiz boşlukların bazıları genel olarak kanun koyucunun ihmali, unutkanlık ve dikkatsizliğinden ileri ge-

---

<sup>121</sup> Bkz. Kırca, s. 103; Serozan, s. 133.

<sup>122</sup> Oğuzman/Barlas, s. 91; Edis, s. 117; Kayıhan, s. 122; Işıktaç/Metin, s. 228, Öztan, s. 150.

<sup>123</sup> Dinçkol, s. 272.

<sup>124</sup> Bkz. Oğuzman/Barlas, s. 91; Kayıhan, s. 177-178; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 99.

<sup>125</sup> Çağıl, s. 119; Işıktaç/Metin, s. 227.

lir<sup>126</sup>. Bu tür boşluklar, *ihmalden doğan boşluklar* olarak nitelendirilir<sup>127</sup>. Örneğin, MK 74/2'ye göre derneklerin, “*Olağan genel kurul toplantılarının en geç üç yılda bir yapılması zorunludur*”. Ancak bu süre içerisinde olağan genel kurul toplantısının yapılmaması halinde ne tür bir yaptırım uygulanacağı Kanunda yer almamaktadır. Burada tipik bir ihmalden doğan boşluk söz konusudur. Bazı boşluklar ise, öngörülemeyen ekonomik, toplumsal ve teknik gelişmelerin sonucu ortaya çıkabilir<sup>128</sup>. Bu tür bilinçsiz boşluklara ise *fiili boşluklar* denir<sup>129</sup>. Pozitif hukuktaki boşlukların çoğu bilinçsiz boşluklardır. Çalışmanın başında da belirttiğimiz gibi bilinçsiz boşlukların bir kısmının (kanun koyucunun ihmali hariç) ortaya çıkması kaçınılmazdır. Özellikle, yeni gelişmelerin aniden ortaya çıktığı dönemlerde, kanun koyucunun gerekli düzenlemeleri yapmasına kadar kanun boşlukları var olamaya devam ederler.

**jj) Çatışma Boşluğu:** Bilinçsiz boşlukların bazıları, hukuk kuralları arasındaki çatışmadan (çelişkiden) kaynaklanır<sup>130</sup>. Yukarıda belirttiğimiz gibi Peczenik, bu tür boşluğa, *tutarsızlık boşluğu* (inconsistency gap) demektedir<sup>131</sup>. Bazı yazarlar ise, kurallar arasındaki çelişkiden kaynaklanan boşluğa, çatışma boşluğu demektedirler<sup>132</sup>. Ancak kurallar arasındaki her çelişki (çatışma) boşluk durumuna neden olmaz. Hukuk kuralları arasındaki çelişkiden boşluk doğabilmesi için, kuralların, aynı anda yürürlüğü girmiş olması, ikisinin de ya genel ya da özel olması ve aralarında altlık-üstlük ilişkisinin olmaması gerekir<sup>133</sup>. Ancak bunlara başka bir ölçüt daha eklememiz gerekir. Bu ölçüt, kuralları birbirine tercih etmemizi sağlayan haklı bir nedenimizin olmamasıdır<sup>134</sup>. Örneğin amaca göre (gaî) yorum yaparak kuralların birini tercih edebiliyorsak yine boşluktan söz edilememesi gerekir. Gözler, hâki-

<sup>126</sup> Tekinay, s. 64; Kayıhan, s. 178; Işıktaç/Metin, s. 227.

<sup>127</sup> Oğuzman/Barlas, s. 91; Özsunay, s. 203.

<sup>128</sup> Aral, s.155; Işıktaç/Metin, s. 226; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 99.

<sup>129</sup> Oğuzman/Barlas, s. 92; Özsunay, s. 203.

<sup>130</sup> Çağıl, s. 122; Aral, s. 155; Işıktaç/Metin, s. 227.

<sup>131</sup> Peczenik, s. 19.

<sup>132</sup> Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 100; Sözer, s. 122.

<sup>133</sup> Gözler, s. 240.

<sup>134</sup> Bkz. Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 100; Işıktaç/Metin, s. 227.

min, aynı anda yürürlükte bulunan ikisi de özel veya ikisi de genel olan ve aralarında altlık-üstlük ilişkisi de olmayan iki kuralın birini diğerine tercih etme yetkisi bulunmadığını söylemektedir<sup>135</sup>. Akipek/Akıntürk de, bu durumlarda bir normun diğerine tercih edilmesinde haklı bir neden bulunmayacağına söylemektedirler<sup>136</sup>. Tekrar ifade edelim ki biz bu görüşe katılmıyoruz. Eğer, *hakkaniyet*, *menfaatler içtihadı* veya *amaca uygunluk* gibi kriterleri kullanarak aynı niteliklere sahip iki normdan birisini diğerine tercih edebiliyorsak, boşluk bulunduğu kabul edilmemesi gerekir. Çağıl, çelişen normlardan hangisi, hukuk düzeninin fikri yapısına, anlam ve amacına en iyi şekilde uyarsa, o normun tercih edileceğini, diğerinin ise yürürlükten kalkacağını düşünmektedir<sup>137</sup>. Yazara göre, eğer böyle bir tercih yapılamıyorsa, normlar birbirini yok edecek ve boşluk ortaya çıkacaktır<sup>138</sup>. Ancak bazı durumlarda bu tercihi yapamayabiliriz. Peczenik'in *tutarsızlık boşluğu*'na verdiği (makalenin başında zikrettiğimiz) örnek, bu durumu tasvir edebilir. Danimarka Anayasasının bir hükmü, Parlamentonun ilk meclisinin 78 üyeden, diğer bir hükmü, 79 üyeden oluştuğunu düzenlemesi halinde, iki kural genellik ve özellik bakımından aynı nitelikte ise, burada kurallardan birini diğerine tercih etmede haklı bir nedenimizin olduğunu söylememiz zor olacaktır, boşluk bulunduğundan söz edilebilir.

Eğer aynı seviyede iki hukuk kuralının yürürlük tarihleri farklı ise veya yürürlük tarihleri aynı olup da birisi genel diğeri özel ise, kurallar çelişiyor diye boşluktan söz edilemez. Bu ihtimallerde, hukuka özel mantık kuralları diye niteleyebileceğimiz, *lex posterior* veya *lex specialis* yöntemi devreye sokularak normlardan birisi uygulanır<sup>139</sup>. Kurallar arasında altlık-üstlük ilişkisi varsa, genelde *lex superior* (üstün kural) yöntemine göre çözümler<sup>140</sup>. Ancak bizim hukukumuzda göre Anayasa kuralları ile kanunlar arasında çatışma olduğunda mahkemelerin doğrudan Anayasa kuralını uygulamak yerine, konunun ya iptal davası veya somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesinin önüne getirilmesi gerekir. Ancak bir kanunla tüzüğün veya

---

135 Gözler, s. 240.

136 Akipek/Akıntürk, s. 127-128.

137 Çağıl, s. 123.

138 Çağıl, s. 123.

139 Gözler, s. 236-237.

140 Gözler, s. 234.

yönetmeliğin çatışması halinde doğrudan (lex superior gereği) kanunun uygulanması gerekir<sup>141</sup>.

#### 4- Boşluk Doldurma Yöntemlerine Pozitif Hukuklardan Örnekler

Yukarıda da işaret ettiğimiz gibi, pozitif hukuktaki boşlukların doldurulmasıyla ilgili olarak çeşitli yöntemler vardır. Her hukuk sistemi kendine özgü bir usul benimsemiştir. Roberto G. MacLean bu yöntemleri dört başlık altında toplamıştır<sup>142</sup>. Ancak biz bunlardan tipik olan üçüne kısaca değinmekle yetineceğiz.

Birincisi, 1907 yılında kabul edilip, 1912 tarihinde yürürlüğe giren *İsviçre Medeni Kanununun* (ve dolayısıyla 1926 ve daha sonra da 2001 tarihli Türk Medeni Kanununun) benimsediği yöntemdir. İsviçre Medeni Kanununun m. 1/2 hükmü (aynı şekilde Türk MK'nın 1/2 hükmü), yargıcın, yazılı hukuk ile örf-adet hukukunda bir meseleye dair bir hüküm bulamaz ise, kanun koyucu gibi davranıp, söz konusu meseleye dair bir kanun koyarak uyumsuzluğu çözeceğini öngörmüştür<sup>143</sup>. Ancak İsviçre Medeni Kanunu m. 1/3'deki hüküm, yargıcın, boşluk doldurmak için kanun koyucu gibi hareket ederken, *kabul edilmiş doktrin ve gelenekleri (bewährter Lehre und Überlieferung)* takip edeceğini öngörmüşken, Türk Medeni Kanunu m. 1/3'deki hükümde hâkim, kanun koyucu gibi hareket ederek hukuk yaratırken, *bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından* yararlanacağı hükme bağlanmıştır. Fakat hem İsviçre hukukundaki "*kabul edilmiş doktrin ve gelenekler*" ve hem de Türk hukukundaki "*bilimsel görüşler ve yargı kararları*", gerek İsviçre Medeni Kanunu ve gerekse Türk Medeni Kanunu açısından bağlayıcı olmayan yardımcı kaynaklardır. Her iki kanun açısından sadece "kanun koyucu gibi hareket etme" hükmü, yargıcı bağlayacaktır<sup>144</sup>. Ancak, "kanun koyucu gibi hareket etme", başvurulması gereken bir kaynak değil, yargıcın benimsemesi gereken bir davranış biçimidir.

İkincisi, boşluk doldurma durumunda olan yargıcın, hukukun genel ilkelere başvurmasını öngören yasaların benimsediği yöntemdir. Buna örnek

---

<sup>141</sup> Bkz. Gözler, s. 234-235.

<sup>142</sup> MacLean, Roberto G., "Judicial Discretion in The Civil Law", *Louisiana Law Review*, (1982-1983), vol. 43, s. 51-55.

<sup>143</sup> MacLean, s. 51-52.

<sup>144</sup> Değerlendirme için bkz. Oğuzman/Barlas, s. 103.



olarak da 1869 tarihinde kabul edilip, 1871 yılında yürürlüğe giren *Arjantin Medeni Kanunu* örnek gösterilebilir<sup>145</sup>. Bu Kanunun 16. maddesi (article 16) şöyledir:

*“Bir medenî hukuk sorunu, bu Kanunun söz ve ruhuna göre çözülemiyorsa, kıyas yoluyla varılan ilkeler izlenecektir; eğer sorun hâlâ şüpheli bir durumda kalmaya devam ederse, durumun koşulları dikkate alınarak, hukukun genel ilkelerine göre çözülecektir”.*

Avustura Genel Medenî Kanunu-ABGB (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch) da benzer bir hüküm getirmiştir. Bu Kanunun 7. maddesi boşluk durumlarında nasıl hareket edilmesi gerektiğini şöyle düzenlemektedir:

*“Bir dava kanunun sözünden ve doğal anlamından hareketle karara bağlanamıyorsa, yasaların karara bağladığı benzer davalar ile, diğer yasaların bunlara benzer gerekçeleri dikkate alınmalıdır. Dava hâlâ şüpheli bir durumda kalmaya devam ederse, dikkatlice derlenmiş ve iyi incelenmiş durumlar (vakıalar) dikkate alınarak, doğal hukuk ilkelerine göre karar verilmelidir”<sup>146</sup>.*

Görüldüğü gibi Avusturya Genel Medenî Kanunu, kanunda boşluk olması halinde, önce kıyasa başvurulması gerektiği, kıyasın da çözüm olamaması halinde ise, meselenin doğal hukuk ilkelerine göre çözülmesi gerektiğini öngörmüştür<sup>147</sup>.

Üçüncü yöntem, boşluk durumlarında yargıcı, hakkaniyete (equity) göre hüküm vermeye çağırın yaklaşımıdır. Buna da, 1987 tarihinde kabul edilen ve 1988 tarihinde yürürlüğe giren *Louisiana Medeni Kanunu* örnek verilmektedir<sup>148</sup>. Bu Kanunun 4. maddesi (Article 4) boşluk durumlarında yargıcın ne yapması gerektiğini şöyle düzenlemektedir:

*“Belirli bir durum için yasamadan (yazılı hukuktan) veya örf ve âdetten bir kural bulunamıyorsa, mahkeme, hakkaniyete göre davayı görmek zorundadır. Hakkaniyete göre karar vermek, adalete, akla ve yaygın uygulamalara müracaat etmektir”.*

---

<sup>145</sup> MacLean, s. 52.

<sup>146</sup> Benzer bir çeviri için bkz. Edis, s. 132..

<sup>147</sup> Bkz. Edis, s. 132; Özsunay, s. 123; Oğuzman/Barlas, s. 103.

<sup>148</sup> MacLean, s. 53.

Konumuzla ilgili olarak anılmaya değer diğer bir düzenlemeyi Rusya Federasyonu Medeni Kanunu (Civil Code of Russia Federation)<sup>149</sup> getirmiştir. Bu Kanunun 6. maddesi, boşlukların nasıl doldurulması gerektiğine ilişkin olarak şöyle bir düzenleme getirmiştir:

*“Bu Kanunun 2. maddesinin 1 ve 2. paragrafında düzenlenen ilişkilerle ilgili meseleler, yasama organı veya taraflarca yapılan sözleşme tarafından doğrudan düzenlenmemiş ve bu hususlara uygulanacak ticarî örf-adet kuralı da yoksa, benzer meseleleri düzenleyen medeni yasa kuralları, nitelikleriyle çelişmemek koşuluyla, yasa kıyas yoluyla (analogy of statute) bu meselelere de uygulanır.*

*Yasa kıyasının (analogy of statute) mümkün olmaması durumunda, tarafların hak ve görevleri, Medeni Kanunun (civil legislation) genel prensipleri ve ruhundan hareketle yapılan hukuk kıyası yoluyla (analogy of law) ve iyi niyet, akla uygunluk ve adaletin gerekleriyle belirlenir”.*

Görüldüğü gibi, Rusya Federasyonu Medeni Kanunu çok ilginç bir düzenleme getirmiştir. Söz konusu Kanunun 6. maddesi, dereceli olarak iki tür kıyasa yer vermiştir: Bunlar, Yasa kıyası (analogy of statute / analogia lex) ve hukuk kıyası (analogy of law / analogia juris)’dır<sup>150</sup>. Rus Yargıcı önce, Kanunun 2. maddesinin 1 ve 2. paragrafındaki meseleler için, yazılı hukukta veya tarafların yaptığı sözleşmelerde *doğrudan* uygulanacak bir hüküm bulamaz ise, ticarî örf-adete başvuracak, orada da bir hüküm bulamaz ise, *Rusya Federasyonu Medeni Kanununun* benzer meseleleri düzenleyen hükümlerini kıyasen (yasa kıyası yoluyla) uygulayacaktır. Böyle bir kıyasın mümkün olmaması durumunda, yani, yasa kıyasının mümkün olmaması durumunda,

<sup>149</sup> Sovyetler Birliği sonrası Rusya Federasyonu Medenî Kanunu, dört kısımdan oluşmaktadır. Birinci Kısım 21 Ekim 1994 yılında Rusya Parlamentosunda (Duma’da) kabul edilip, 1995 yılında yürürlüğe girdi. İkinci Kısım, 22 Aralık 1995’te kabul edilerek, 1996 yılında yürürlüğe girmiştir. Üçüncü Kısım, 26 Kasım 2001’de kabul edilerek 2002 yılında yürürlüğe girmiştir. Dördüncü Kısım ise 2008 yılında yürürlüğe girmiştir. (Bkz. *The Civil Code of The Russian Federatio : Parts 1 and 2*, with an Introduction by A.L. Makovsky and S.A. Khokhlov, Edited and Translated by Peter B. Maggs and A. N. Zilthzov, ME Sharpe, Inc. 1997, s. xlix; *The Civil Code of The Russian Federation:Part 3*, With Amendments toThe First and Second Parts, Edited and Translated,With Introductory Commentary by Peter B. Maggs, ME Sharpe, Inc, 2002, s. xiii; *Russian Civil Legislation*, Editet, Compiled and Translated by William E. Butler, Simonds&Hill Publishing, Kluwer Law International 1999, s. xiv.)

<sup>150</sup> Türk hukukunda “olağan/basit kıyas” ve” hukukî kıyas (ilke kıyası)” ayrımı için bkz. Serozan, s. 129.

tarafların hak ve görevleri, Medeni Kanunun genel prensipleri ve ruhundan (general principles and sense of civil legislation) hareketle yapılan hukuk kıyası (analogy of law) yoluyla ve *iyi niyet, akla uygunluk* (reasonableness) ve *adaletin* gerekleriyle belirlenecektir. Burada dikkatimizi çeken şey, Kanunun genel prensiplerinin ve ruhunun (sense) kıyas yoluyla uygulanmasının öngörülmesidir. Böyle bir kıyasla (analogy of law) eşdeğer ve buna paralel olarak da *iyi niyet, akla uygunluk* ve *adaletin* gerekleri, yargıcın başvuracağı bir kaynak olarak öngörülmüştür<sup>151</sup>.

Ancak Rus yargıcı, yasa kıyasına (analogia lex) sık sık başvurduğu halde, hukuk kıyasına (analogia juris) nadiren başvurmaktadır<sup>152</sup>.

Yargıcın hukuk yaratmasıyla ilgili sınırlamalar, hukuk sistemlerine göre değişmektedir. Anglo-Saxon hukuk dünyasının (common law) kendi içerisinde bile farklar vardır. Amerikan yargıçlarının, hukuk yaratmada, İngiliz yargıçlara göre daha etkin olduğu ileri sürülmektedir<sup>153</sup>. İngiliz yargıcının hukukla ilgili hassasiyeti (önceliği), esneklik değil, kesinlik/belirlilik (certainty)'dir. İngiliz hukukunda kesinlik/belirlilik, yasaların dar yorumu, mevcut hukuk kurallarının kıyasa dayanan yorumu ve emsal kararlara bağlılıkla sağlanmaya çalışılmaktadır<sup>154</sup>. Doğal olarak, İngiliz hukukuna ilişkin bu tespit, Amerikan Hukuku esas alınarak yapılmıştı. Kara Avrupası hukukuyla karşılaştırıldığında, İngiliz hukukunda yargıçların hukuk yaratma yetkisi Kara Avrupası yargıçlarına göre çok daha geniştir. Bundan dolayı, İngiliz hukuku için, "yargıçların yarattığı hukuk" tanımlaması yaygın bir görüştür<sup>155</sup>.

---

<sup>151</sup> Rusya Federasyonu Medenî Kanunundan ayrı olarak, 2002 tarihli *Rusya Federasyonu Medenî Usûl Kanunu* (madde 11/3) ile yine ticaret davalarına uygulanan 2002 tarihli *Rusya Federasyonu Arbitrazh Usul Kanunu* (13/6) da kıyasla ilgili hükümler içermektedir. (Bkz. Vereshchagin, s. 65, dipnot 19). Rusya Federasyonu Ceza Kanunu, 3. maddesiyle *suçta ve cezada kanunilik ilkesi* getirerek, bir ceza yasasının kıyas yoluyla uygulanmasını yasaklamıştır.

<sup>152</sup> Vereshchagin, Alexander, *Judicial Law-Making in Post-Soviet Russia*, Routledge Cavendish Publishing, 2007, s. 65.

<sup>153</sup> Vereshchagin, s. 75.

<sup>154</sup> Vereshchagin, s. 75.

<sup>155</sup> Bkz. Gözler, s. 134.

### 5- Sonuç

Suç, ceza ve vergi yükümlülüğü gibi *kanunilik* ilkesinin katı uygulandığı bazı alanlar hariç, pozitif hukukun boşluklara sahip olabileceği artık çağdaş hukuk sistemleri tarafından reddedilen bir durum değildir. Hukuk sistemlerinde, yargıçların hukuk yaratmak yoluyla doldurabilecekleri boşlukların olabileceğinin kabul edilmesi, yazılı hukukun veya kodifikasyonlar sonucu ortaya çıkmış kanunların (kodların) kendi kendine yeten mükemmel yapılar olmadığı anlayışının güçlendiğini göstermektedir. Böyle bir durum, yazılı hukuk sistemlerinin kendi kendilerini besleyen kapalı sistemler olduğuna dair XIX. yüzyıldaki katı pozitivist yaklaşımın artık kabul görmediğine işaret etmektedir.

Yukarıda da açıkladığımız gibi “boşluk”, pozitif hukukta ortaya çıkan bir durumdur. Dolayısıyla “hukukta boşluk” kavramı isabetli bir tanımlama değildir. Eğer hukukta boşluk olsaydı, ortaya çıkan bazı hukukî meselelerin çözümü hiçbir şekilde olanaklı olmazdı. Bundan dolayı hukuk boşluğu, bir boşluk türü olarak kabul edilmemelidir.

Hukukta boşluk kavramını kabul eden sistemler, genelde yargıçlara hukuk yaratma yetkisini vermişlerdir. Ancak, hukuk sistemleri, yargıçların neye göre boşlukları dolduracağı konusunda, bazı benzerliklere sahip olsalar da, birbirinden ayrılmaktadırlar. Örneğin, Türk Medeni Kanunu m. 1/2’de yargıcın hukuk yaratma yetkisi kabul edildiği halde, *kanun koyucu gibi hareket etmesi* gerektiği zorunlu tarzı dışında, boşlukları dolduracağı bağlayıcı bir kaynak gösterilmemiştir. Sadece boşluk dolduran yargıcın, *bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından* yararlanacağına işaret edilmiştir. Bilimsel görüşler ve yargı kararları, boşluk doldurmada bağlayıcı kaynak değildir. Oysa Avusturya Genel Medeni Kanununun 7. maddesinde (paragrafında), boşluk durumunda yargıcın, önce kıyasa başvuracağı, kıyasın da mümkün olmaması durumunda, doğal hukuk ilkelerine göre davayı karara bağlayacağı hükme bağlanmıştır. Türk Medeni Kanunu, 4. maddesi yargıcın (hüküm içi boşluklarda) takdir yetkisini kullanırken hukuka ve hakkaniyete göre karar vereceğini hükme bağlarken, kanun boşluklarında bağlayıcı bir ölçü veya kaynak göstermemesi eleştirilebilecek bir konudur.

# TUNUSLU ISLÂHATÇILAR VE YENİ OSMANLILAR HAREKETİNDE ANAYASACILIK\*

*Doç.Dr. Ayhan CEYLAN\*\**

## I- Giriş

İç ve dış dinamikler XIX. yüzyılın ilk döneminde Osmanlı Devleti'ni zorunlu bir ıslâhat süreciyle karşı karşıya getirmiştir. Islâhatın gerekli görüldüğü ve yansıdığı alanlardan belki de en önemlisi tebaa ve siyasal iktidar ilişkisinin düzenlenmesiydi. Bu kapsamda ilan edilen Tanzimat ve Islâhât Fermanları, Osmanlı Devleti'nde modernleşme döneminde yürürlüğe konulan anayasacılıkla ilgili önemli belgelerin ilkleri olarak kabul edilmektedir.

1860 yılıyla birlikte Türkçe özel gazetelerin yayın hayatına başlaması, Osmanlı topraklarında düşüncelerin geniş kitleye ulaştırılmasında daha önce benzeri görülmedik bir imkân sunmuştur. Bu şartlarda ortaya çıkan Yeni Osmanlılar, gazeteci olmalarının da sağladığı imkânlarla fikirlerini kamuoyuna aktarmışlardır. Bir ıslâh projesi olarak Tanzimat'ı yeterli bulmayan hareket, yeni bir yönetim anlayışı bağlamında anayasacılıkla ilgili düşünceler ileri sürmüştür.

Osmanlı Devleti'nin Tanzimat projesini eyaletlerde uygulama çabası, buna ilave olarak eyaletlerin kendi dinamiklerinden kaynaklanan ıslâhat süreci, anayasacılık hakkındaki görüşlere ve tartışmalara belli ölçüde merkezin dışındaki Osmanlı coğrafyasını da dâhil etmiştir. Bu dönemde, hatta daha öncesinde, Osmanlı topraklarında İstanbul dışında anayasacılık düşüncesi ve hareketleri bakımından belki de en dikkat çekici saha Tunus olmalıdır. Zira, Tunus'ta 1857 yılında, Tanzimat ve Islâhât Fermanları'ndan yararlanılarak Ahdü'l-Emân adlı bir belge ilan edilmiş, 1861 yılında İslam-Osmanlı coğrafyasında ilk modern anayasa olarak kabul edilen Kanunu'd-Devle yürürlüğe konmuştur. Bu iki belgenin hazırlanmasında da önemli rol oynayan Tu-

---

\* Bu makale, İrcica tarafından 7-10 Mayıs 2008'de İstanbul'da gerçekleştirilen "100. Yılında İkinci Meşrutiyet Milletlerarası Kongresi"nde bildiri olarak sunulmuştur.

\*\* Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

nuslu ıslâhatçılar, anayasacılıkla alakalı düşüncelerini eserlerinde dile getirmişlerdir. Tunus bu yönleriyle anayasacılık bakımından ayırddedici bir özelliğe sahip görünmektedir.

Bu makalede, İmparatorluğun, biri merkezde, diğeri uzak eyaleti Tunus'ta yer alan iki farklı ıslâh grubunun anayasal düşünceleri incelenmeye çalışılacaktır.

## II- Anayasacılık Kavramı

Anayasacılık (constitutionalism) veya anayasalandırma; siyasal iktidar ve onun kurumsallaşmış şekli olan devletin belli bir kuruluş ve işleyiş düzeyine, “statü”ye kavuşturulması, keyfilik yerine sınırlı bir iktidarın öngörülmesi olarak ifade edilmektedir<sup>1</sup>. Flanz, anayasacılık teriminin XIX. yüzyılın başında ortaya çıktığını belirtmektedir<sup>2</sup>. Bununla birlikte, modern anayasacılıkla ilişkisi tartışılmalı<sup>3</sup>, terminolojik anlamından öte bir anayasacılık geleneğinden bahsedilmekte ve kavram oldukça eskiye götürülmektedir. İlk Çağ'dan itibaren, farklı toplum ve devletlerin değişen özelliklerde bu anayasal gelişim sürecine katkısına işaret edilmiş<sup>4</sup>; Eski Yunan, Roma ve Ortaçağ'daki yönetim uygulamalarının ve tabii hukuk düşüncesinin Avrupa anayasacılığını beslediği ve desteklediği vurgulanmıştır<sup>5</sup>. Ancak, Eski Yunanlılar ve Romalılar, normal kanunlardan farklı olarak, bir devlet düzeni oluşturan “ana kanun” fikrine sahip olmakla birlikte, bu düzeni yazılı bir metin haline getirme seviyesine ulaşmamışlardı<sup>6</sup>. İktidarın hukuki statüsünü çizen ve kişilerin hak ve hürriyetlerini etkili bir şekilde güvence altına alan

1 Charles Howard McIlwain, *Constitutionalism Ancient and Modern*, Ithaca 1987, s. 21-22; Tarık Zafer Tunaya, *Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku*, İstanbul 1975, s. 52-55; Mustafa Erdoğan, *Anayasal Demokrasi*, 4. Baskı, Ankara 2001, s. 7-8; Gisbert H. Flanz, *XIX. Asır Avrupasında Anayasa Hareketleri*, çev. N. Erder-Ş. Mardin-A. Sinanoğlu, Ankara 1956, s. 6; Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, İstanbul 1986, s. 135-136.

2 Flanz, s. 6.

3 Erdoğan, s. 5; Flanz, s. 9.

4 Ali Fuad Başgil, *Hukukun Ana Mesele ve Müesseseleri*, İstanbul 1946, s. 12; Hüseyin Nail Kubalı, *Anayasa Hukuku Dersleri*, İstanbul 1969, s. 1-2.

5 McIlwain, s. 23-121; Erdoğan, s. 4-7; Francis D. Wormuth, *The Origins of Modern Constitutionalism*, <http://www.constitution.org/cmt/wormuth/wormuth.htm>, 09.04.2008; Flanz, s. 8-17.

6 Kubalı, s. 2.

“constitution” (anayasa) adı verilen yazılı metinler, Batı’da ilk defa, XVIII. yüzyılın sonlarına doğru, önce Amerika’da, sonra Fransa’da görülmeye başlanmıştır<sup>7</sup>.

Siyasal iktidar ve kurumlaşmanın kendine özgü nitelikler taşıdığı Türk-İslam devletleri ve toplumları bakımından tarihsel gelişim farklı olmuştur. İslam öncesi Türklerde görülen töre ve toy/kurultay geleneği iktidarı sınırlandırıcı bir mahiyet göstermiştir. Başlangıçtan itibaren nazarî dayanakları mevcut ve ilk dönemde uygulaması da görülmekle birlikte, iktidar yetkisinin çerçevesinin çizilmesi, kendi dinamiklerinden de kaynaklanan çeşitli nedenlerle<sup>8</sup>, İslam yönetim geleneğinde uzun dönem kurumsal bir mekanizmaya bağlanamamıştır<sup>9</sup>. Bu coğrafyada, anayasa, Medine Vesikası’nın kendine has özellikleri bir yana bırakılacak olursa<sup>10</sup>, 1861 yılında Tunus’ta ve de Batı’dan esinlenerek ilk yazılı örneğini ortaya koyabilmiştir<sup>11</sup>. Kısa süreli bu deneyimin ardından, bir imparatorluk çatısı altında ve kesintiye uğramakla birlikte daha uzun soluklu bir uygulama, 1876 yılında Osmanlı Devleti’nde Kanun-i Esasî ile ortaya çıkmıştır.

Ancak anayasacılık, anayasal metinlerin varlığının ötesinde, siyasal iktidarın sınırlandırılmasına yönelik her türlü düşünce, araç, yöntem, kural ve kurumları da içermektedir<sup>12</sup>. Buradan hareketle, modern anayasacılık öncesi anayasacılığın önemli görünümlerinden biri, nazarî ve pratik düşüncelerin dile getirildiği “siyâsetnâme” türü eserler olarak dikkat çekmektedir. Eski Hint-İran geleneğinde; Andarnâme ve Pendnâme adı altındaki kitaplar, Eski Yunan’da; Platon’un “Politeia”, Aristo’nun “Politika”, modern Avrupa siyasal düşüncesinde; Machiavelli’nin “Prens”, Thomas Morus’un “Ütopya”, Hobbes’un “Leviathan”, Locke’un “Hükümet Üzerine İki Deneme” ve

<sup>7</sup> Kubalı, s. 2; Teziç, s. 136; Erdoğan, s. 7.

<sup>8</sup> Bu nedenler için bkz. M. Akif Aydın, “Anayasa”, md., *DİA*, c. 3, İstanbul 1991, s. 154-155; Salih Tuğ, *İslam Ülkelerinde Anayasa Hareketleri*, İstanbul 1969, s. 47 vd.

<sup>9</sup> Ayhan Ceylan, “İslam’da Siyasal İktidar (Velâyet-i Âmme)”, *Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. VII, sy. 1-2, Erzincan 2003, s. 96 vd.

<sup>10</sup> Medine Vesikası’nın hukuki niteliği üzerinde kesin bir birlik olmamakla birlikte; “maddi anlamda anayasa”, hatta, tespit edilebilen “ilk yazılı anayasa” olma özelliğinden bahsedilmiştir. Vesikanın metni ve bu çerçevedeki değerlendirme için bkz. Tuğ, s. 35-47; Aydın, s. 153.

<sup>11</sup> Tuğ, s. 20, 47, 55.

<sup>12</sup> Zühtü Arslan, *Anayasa Teorisi*, Ankara 2005, s. 21.

Montesquieu'nun "Yasaların Ruhu", Türk ve İslam geleneğinde; Yusuf Has Hâcib'in Kutadgu Bilig, Gazâlî'nin Nasihatü'l-Mülûk, Nizâmülmülk'ün Siyâsetnâme ve Koçi Bey'in Risâle adı altındaki nasihatnâme ve siyâsetnâme türündeki çalışmaları; devlet başkanı ve üst düzey devlet adamlarına yol gösterir veya siyasal yönetime ilişkin fikirler öne sürerken, esasında, buldukları şartlarda siyasal iktidarın çerçevesini belirlemeye çalışan anayasacılıkla ilgili düşünceler ortaya koymaktadırlar<sup>13</sup>. Yöneticilere nasihat ve pratik bilgiler sunan siyasî, ahlakî ve dinî bu eserler, XIX. yüzyıl Osmanlı coğrafyasında, bir evrime işaretler; geleneksellik yanında, Batılı siyaset düşüncesi ve pratiklerini de yansıtmaktadırlar. Tunuslu ıslâhatçıların eserleri bu türün XIX. yüzyıldaki görünümüleri olarak nitelenebilir. Yeni Osmanlı Hareketi temsilcileri, bu tarz yerine düşüncelerini daha çok, Batılı görüşlerle sentez içinde, aydın-gazeteci kimliği altında muhalif bir dille gazetelerde ortaya koymuşlardır.

### III-Tunus'ta İslâh Hareketi ve İslâhatçılar

XIX. yüzyılın ilk yarısında Tunus'un içerisinde bulunduğu sosyal, siyasal, hukukî, askerî ve ekonomik durum ıslâhat için uygun bir zemin oluşturmuştur. Buna dış dinamiklerin de katkısıyla, Tunus'ta ilk ıslâhat girişimi, Osmanlı Devleti ile bağlantılı ve işbirliği halinde askerî alanda gerçekleştirilmiştir. II. Mahmud'un Yeniçeri Ocağının kaldırılmasından sonra oluşturduğu ve tüm Osmanlı coğrafyasında uygulamasına büyük önem verdiği yeni askerî nizam Tunus'ta da uygulamaya konulmuştur. Tunus valisi Hüseyin Bey (1824-1835) ve özellikle de Ahmed Bey (1837-1855) döneminde, II. Mahmud ve Mehmed Ali Paşa örnek alınarak askerî alanda ıslâhata ağırlık verilmiştir<sup>14</sup>.

Ahmed Bey'in ıslâhatları askerî alanla sınırlı kalmamıştır. Ahmediye Kütüphanesi'nin kurulması, Zeytun Camisi'nde geleneksel eğitimin ıslâhı, Hanefî ve Mâlîkî uleması arasında eşitliğin sağlanması ve fabrikalar açılması gibi; eğitim, kültür ve iktisadî alanda da yenilikler yapılmıştır. Ancak, askerî

<sup>13</sup> Ayferi Göze, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, 5. baskı, İstanbul 1989, s. 17 vd.; Ahmet Uğur, *Osmanlı Siyaset-Nâmeleri*, İstanbul 2001, s. 1-9; Zencânî, *Sultana Öğütler*, haz. H. Hüseyin Adalıoğlu, İstanbul 2005, s. 11-25.

<sup>14</sup> BOA, H.H., 293/17472, 29 Zilhicce 1242; BOA, H.H., 298/17695, 29 Zilhicce 1242; BOA, H.H., 457/22541-A, 9 Recep 1247.



karakteri ile öne çıkan Ahmed Bey'in ıslâhatları, bekleneni veremediği gibi, mâli açıdan da eyalet bütçesine çok büyük yük getirmiştir<sup>15</sup>.

İstenen hedeflere ulaştıramasa da, Ahmed Bey'in bu girişimleri, ıslâhat fikrini ve ıslâhata taraftar seçkin bir zümreyi ortaya çıkarmıştır. Köken açısından Tunusta ıslâhat taraftarları iki temel grupta toplanabilir. Bunlardan ilki, İbrahim Reyyâhî, Mahmud Kâbâdo, Ebû Diyâf, IV. Muhammed Bayram ve Tayyib b. Selâme gibi Hammûda Paşa'nın ihya ettiği geleneksel medreseden yetişen ulemâdan oluşmaktadır. Bunlar dinî, ilmî ve kazâî önemli makamlarda bulunmaktaydılar<sup>16</sup>. İkincisi, Hayreddin Paşa, General Hüseyin ve Vezir Rüstem gibi Ahmed Bey'in kurduğu Bardo'daki modern harb okulu mezunları veya askerî eğitim alan asker ve devlet adamlarından meydana gelmektedir. Bu okuldan mezun olanlar da ileride önemli askerî ve siyasi makamlara yükseleceklerdir. Her iki gruptaki ıslâh fikrinin temelinde ve şekillenmesinde, Tunus beylerinin bazısının da fikirlerinden etkilendiği İbni Haldun'un etkisi görülmektedir<sup>17</sup>.

Tunuslular, iletişim halinde buldukları; İstanbul, Mısır ve Avrupa'da meydana gelen yenilikleri takip etmekteydiler. Kapı kethüdâsı gibi görevlilerin payitahttaki gelişmeleri eyalete bildirmeleri yanında, ulemâ ve devlet adamları İstanbul'u ziyaretleri esnasında yapılan ıslâhatları bizzat görmekteydiler. Tanzimât Fermanı ilan edildiğinde, ne anlam ifade ettiği ve neler getirdiği Tunus'ta kavranmıştı<sup>18</sup>. Mısır'daki gelişmeler yakından izlenmekte, Paris'e giden ve gözlemlerini aktaran Mısırlı ıslâhatçı Tahtâvî ve eseri<sup>19</sup>,

<sup>15</sup> Şeybânî Binbelgîs, *Buhûs ve Dirâsât fî Târihi Tûnusi'l-Hadîs ve'l-Muâsır*, et-tabatü's-sânî, byy. 2003, s. 23-24; Habib el-Cinhânî, "Hareketü'l-İslâhiyye fî Tûnis Hilâle'n-Nisfi's-Sânî mine'l-Karni't-Tâsia Aşer", *Havliyyât el-Câmiati't-Tûnisîyye*, el-adedü's-sâdis, 1969, s. 120-126; Ali es-Sülî, *ed-Din ve'd-Devle ve'l-Müctema' fî Mevâkıf ve Âsârı Muhammed Bayram el-Hâmîs*, Suriye 2003, s. 317.

<sup>16</sup> Tunus'ta ulemâ hakkında geniş bilgi için bkz. Arnold H. Grien, *el-Ulemâü't-Tûnisîyyün*, trc. Hafnâvî Amâyiriyye-Esmâ Muallâ, Tûnis 1995.

<sup>17</sup> Mustafa et-Tevâtî, *Tûnisu'n-Nâhida:mîne't-Teccdîd ila't-Tahtâs*, Tûnis 2002, s. 38, 51-52; Binbelgîs, *Buhûs*, s. 18-32; Cinhânî, s. 119.

<sup>18</sup> Şeybânî Binbelgîs, *en-Nizamü'l-Kazâi fî Bilâdi't-Tûnisîyye 1857-1921*, Sfaks 2002, s. 77; Ahmed Tıveylî, *Dirâsât ve Vesâik ani'l-Hareketi'l-İslâhiyye bi Tûnis*, Tûnis 1992, s. 10 vd.

<sup>19</sup> Rifâa Râfî et-Tahtâvî, *Tahlîsü'l-İbrîz fî Telhîsi Bâriz*, Bulak 1849. Eserin Türkçe neşri için bkz. Rifâ'a Râfî' Tahtâvî, *Paris Gözlemleri*, haz. Cemil Çiftçi, İstanbul 1992.

Tunuslu ıslâhatçılar tarafından bilinmekteydi<sup>20</sup>. Başta Ahmed Bey olmak üzere, Avrupa'ya seyahat eden Ebu Diyâf, General Hüseyin ve Hayreddin Paşa gibi ıslâhatçılar gördükleri düzen, gelişme ve özgürlükten etkilendiler. Islâhatçıların önde gelen isimlerinden Hayreddin Paşa, görev dolayısıyla 1853-1857 yılları arasında uzunca bir dönem Fransa'da bulunmuş ve yenilikleri yakından görme fırsatı elde etmişti<sup>21</sup>. Islâhat taraftarı ulemâ ve devlet adamlarının Osmanlı başkentine, özellikle de Avrupa'ya yönelik seyahatleri, onları, modernizm fikrinin ve adaptasyonunun kendi toplumları lehine yararlar getireceği noktasına götürmüştü<sup>22</sup>.

#### IV- Tunuslu Islâhatçılarda Anayasacılık

Tunuslu ıslâhatçıların anayasal düşüncelerini belirlemede önde gelen iki ıslâhatçının bizzat kaleme aldıkları iki eser, temel kaynak niteliğindedir. Bunlardan ilki, Ebu Diyâf'a<sup>23</sup> ait; "İthâfu Ehli'z-Zamân bi Ahbâri Mülûki

<sup>20</sup> Tevâfi, s. 38; Krieken, s. 16-17.

<sup>21</sup> Atilla Çetin, *Tunuslu Hayreddin Paşa*, 2. baskı, Ankara 1999, s. 40-46; Muhammed Salah Mzali-Jean Pignon, *Tunuslu Hayreddin Paşa'nın Hatıraları*, çev. Belma Aksun, İstanbul 1997, s. 22-24; Binbelgîs, *Nizamü'l-Kazâ*, s. 78; Tevâfi, s. 35; Ahmed Emîn, *Zuemâü'l-İslâh*, Beyrût, ts., s. 154.

<sup>22</sup> Kenneth J. Perkins, *Tunisia*, Colorado 1986, s. 72.

<sup>23</sup> Ahmed b. Ebu Diyâf, 1217/1802-1803'de Tunus'da doğdu. İçerisinde tanınmış ehl-i mutasavvıfın bulunduğu saygı gören bir aileye mensuptu. Babası bürokraside baş katiplik görevine kadar yükselmiştir. Babası, ilimle meşgul olmasını teşvik etmiş ve Tunus'un tanınmış ulemasından ders aldirtmiştir. Dini ilimler, belagat ve tarih yanında, uygulamasında yer aldığı siyaset konusundaki bilgisiyle dikkat çekti. 1822'de Beylik bürokrasisinde göreve başlayan Ebu Diyaf, katip olmasıyla birlikte önemli yazışmaların ve hukukî metinlerin yazımında görev almakla kalmadı, kısa zamanda dini ve siyasî meselelerde Beylerin istişâre ettikleri önemli bir şahıs konuma yükseldi. 1830 ve 1842'de görevle İstanbul'a ve 1846'da Ahmed Bey'in seyahati dolayısıyla Fransa'ya gitti. 1857 Ahdü'l-Emân ve 1861 Anayasası'nın yazımında yer aldı. Anayasa döneminde (1861-1864) oluşturulan yeni kurumlarda görev üstlendi. 1861'de Meclis-i Ekber üyesi seçildi. Aynı yıl yabancılarla Tunuslular arasındaki davalara bakmak üzere kurulan Meclis-i Vaktî'nin başkanlığına atandı. Muhammed Sâdık Bey tarafından vezir payesi ve "emirü'l-ümerâ" rütbesine layık görüldü. 1864 İsyanı ve sonrasında Mustafa Haznedâr'ın yönetim üzerindeki etkisi dolayısıyla yıldızı sönmeye başlayınca görevinden istifa etti. 1874 yılında da vefat etti (Ahmed b. Ebi'd-Diyâf, *İthâfu Ehli'z-Zamân bi Ahbâri Mülûki Tûnis ve Ahdi'l-Emân*, Tûnis 1999, c. I/1, Giriş).

Tûnis ve Ahdi'l-Emân"<sup>24</sup>, ikincisi; Tunuslu Hayreddin Paşa'nın<sup>25</sup> ünlü "Akvemü'l-Mesâlik fî Marifeti Ahvâli'l-Memâlik"<sup>26</sup> adlı eseridir.

- 24 Ebu Diyâf, İthâf'ın yazımına 1862 yılında başlar ve 1872'de tamamlar. Bu yıllar aynı zamanda 1864 isyanı sonrası Sâdık Bey'in Mustafa Haznedar'ı desteklediği, islâhatçı olduğu için ona mesafeli olduğu tedricen saraydan uzak kaldığı yaşlılık dönemine rastlar. İthâf'ın ilk basım girişimi XIX. yüzyılın başında Ebu Diyâf'ın siyaset düşüncesini dile getirdiği Mukaddime bölümünün neşriyle gerçekleşmiştir. Daha sonra kitabın kısmen veya tamamen pek çok defa basılmıştır. Mukaddime bölümü sonrası, eser, İslam fethinden 1872 yılına kadarki Tunus tarihini incelemesiyle oldukça önemli bir yere sahiptir. Bunun yanında Ebu Diyâf'ın; "Risâletü İbn Ebu'd-Diyâf fî'l-Mer'eh" ve "Resâilü İbn Ebu'd-Diyâf ilâ Hayreddin" gibi küçük çaplı eserleri de mevcuttur (*İthâf*, c. I/1, Giriş).
- 25 Hayreddin Paşa'nın; ailesi, doğum tarihi, çocukluk ve gençlik yılları hakkında fazla bilgi bulunmamaktadır. Mevcut malumatın bir kısmı da ihtilâfıdır. Bununla birlikte, Paşa, muhtemelen 1822-1823 yıllarında Kafkasya'da doğmuş ve kendi verdiği bilgiye göre de Çerkes kökenlidir. Kafkasya'daki sosyal ve siyasal sıkıntılar sonrası İstanbul'a getirildi ve köle olarak Nâkibü'l-Eşraf Tahsin Bey'in konağına yerleştirildi. İlk eğitimi orada aldı. Daha sonra açıkça bilinmeyen bir sebeple 1839 yılında Tunus valisi Ahmed Bey'in sarayına köle olarak verildi. Sarayda İslâmî ilimleri tahsil etti. Orduda hizmeti uygun görülerek askeri eğitim aldı. Askerî rütbelerin en yükseği olan ferikliğe yükseltildi. Sonrasında sivil olarak devlet hizmetine devam etti. Tunus hükümetinin çıkarlarını savunmak için 1853-1857 yılları arasında Paris'de bulundu. Dönüşünde eyalet Bahriye Nazırlığı'na atandı. Anayasa çerçevesinde oluşturulan Meclis-i Kebir'in başkanlığına getirildi. Bu yıllarda, hukukî reformların hazırlanmasında ve çeşitli komisyonlarda görev aldı. 1862 yılında nazırlıktan ve meclis başkanlığı görevlerinden istifa etti. İsrarlara rağmen uzunca bir dönem yönetimde görev üstlenmedi. Ancak bu dönemde geçici görevlerle pek çok Avrupa ülkesine ve İstanbul'a gönderildi. Meşhur eseri Akvemü'l-Mesâlik'i bu dönemde kaleme aldı. 1869-1878 yılları arasında Tunus yönetiminde sorumluluk üstlendi ve yönetimde ikinci adam olarak 1870'te Vezir-i Mübâşir tayin edildi. Bu esnada önemli islâhatlar gerçekleştirdi. 1877 yılında görevinden istifa etti. 1878 yılında II. Abdülhamid kendisini İstanbul'a davet etti ve vezir payesiyle âyân üyesi olarak atadı. 4 Aralık 1878-29 Temmuz 1879 yılları arasında Osmanlı sadrazamı olarak görev üstlendi. Sadarettten ayrılmasından sonra da padişah islâhatlar hakkında kendisinden layihalar istedi. 1890 yılında İstanbul'da vefat etti (G. S. Van Krieken, *Hayrüddin ve'l-Bilâdü't-Tûnisî (1850-1881)*, çev. Beşîr b. Selâme, Tûnis 1988, s. 10 vd.; Çetin, s. 19 vd.; Mzali-Pignon, s. 21 vd.).
- 26 1867 yılında yazımı tamamlanan eser, Muhammed Bey'e sunuldu. Bey'in muhtevasını uygun görmesiyle 1868 yılında Tunus'da resmi matbaada parça parça basılmaya başlandı. 18 Ağustos'da basımı tamamlanan kitap, mukaddime, birinci kitap, ikinci kitap ve ek'ten oluşmaktadır. Daha sonra yazılan takrizler de kitaba ilave olunmuştur. Uzun sayılabilecek Mukaddime bölümünde Paşa, Tunus'u da kapsayan Osmanlı İmparatorluğu yönetimi altındaki İslam coğrafyasının islâhına yönelik "siyaset düşüncesi"ni ortaya koymaktadır. Birinci kitapta, Osmanlı Devleti'ni de içine alan 20 Avrupa Devleti; siyasi, sosyal, kültürel ve ekonomik yönleriyle tek tek ele alınmaktadır. İkinci kitapta, dünyanın çeşitli bölümlerindeki coğrafya hakkında bilgiler verilmektedir. Ekte, milâdî ve hicrî takvimler arasında mukayeseli tarih cetveline, takrizlerde ise, dönemindeki tanınmış 27 kişinin eserle ilgili yazdıkları övgü yazılarına yer verilmiştir. Eser, Fransızca'ya, İngilizce'ye ve Türkçe'ye çevrilmiştir. Mukaddime bölümünün Türkçe tercümesinin baskısı

Tunuslu ıslâhatçılar, Ebû Diyaf'ta daha açık bir şekilde görüldüğü üzere, aklî ve dinî temellere dayandırarak siyasal bir iktidarın varlığını gerekli görürler. Ancak bu iktidar, zora, baskıya ve korku salarak yönetmeye dayalı hale gelmemelidir. Gerek akıl ve gerekse din “zulme” dayanan ve medeniyetleri tahrip eden böyle mutlak ve keyfi yönetime karşı çıkmaktadır. Bu şekilde, zulümle hakimiyet sağlayıp adaletten sapan, hak ve hürriyetlere yer vermeyen yönetimler keyfî ve mutlak yönetim olarak değerlendirilmiştir<sup>27</sup>.

Tarih boyunca iyi yönetimin; Pers ülkesinde, Amerika ve Avrupa'da akla dayanan siyaset ve kanunlarla, İslam dünyasında ise hem şerî hem de aklî esaslara dayanan kanunlarla mümkün olduğu söyleyen Tunuslu ıslâhatçılar, yönetimlerin yöneticilerin kişisel özelliklerine bağlı olmaktan kurtarılarak hukukî bir çerçeveye kavuşturulmasını öngörmektedirler. Böylece, anayasa ile statüsü çizilmiş, kurumlaşarak teminat oluşturmuş bir iktidar anlayışına ulaşırlar. Bu yönetim, keyfi bir yönetime işaret eden “mutlak iktidar”ın zıddı, hukukla bağlı bir yönetimin mukabili olarak “el-mülkü'l-mukayyed bikanun” olarak isimlendirilmektedir<sup>28</sup>. Hayreddin Paşa tarafından “siyasi tanzimat” olarak adlandırılan “konstitüsyon”un, yani anayasanın, ülkeleri uygarlıkta en yüksek noktalara taşıdığı bizzat gözlemlendiği Tunuslu ıslâhatçılarca ifade edilmiştir<sup>29</sup>.

Yöneticileri ve yönetenleri bağlayan anayasal düzen, âdil bir yönetim tesis etmeye ve temel hak ve hürriyetleri teminat altına almaya yönelik bir sistem öngörmelidir. Avrupa'da aklî esaslara dayandırılan hukuk düzeni, Tunuslu ıslâhatçılarca, İslam ülkelerinde hem aklî hem de naklî esaslara dayandırılmıştır<sup>30</sup>.

Anayasal meşrûfî bir düzen kurgulayan ıslâhatçılar, İslam siyaset düşüncesindeki ve Batıdaki kavram ve uygulamalardan hareket ederek sentezci bir

---

1296/1880 yılında yapılmıştır. Bkz. Hayreddîn et-Tûnisî, *Akvemü'l-Mesâlik fî Marifeti Ahvâli'l-Memâlik*, Temhîd ve Tahkîk, Munsîf eş-Şennûfî, tab'atü's-sâniye, Tûnis 2000, c. I, s. 21-24; Krieken, s. 118; Çetin, s. 91-93; Mümtaz'er Türköne, *İslamcılığın Doğuşu*, 2. baskı, İstanbul 1994, s. 103; *Mukaddime-i Akvemü'l-Mesâlik fî Marifeti Ahvâli'l-Memâlik*, müt. Abdurrahman Efendi, İstanbul 1296.

<sup>27</sup> *İthâf*, c. I/1, s. 6-8; *Akvemü'l-Mesâlik* c. I, s. 107.

<sup>28</sup> *İthâf*, c. I/1, s. 8, 32 vd.; *Akvemü'l-Mesâlik*, c. I, s. 106, 116-118.

<sup>29</sup> *Akvemü'l-Mesâlik*, c. I, s. 194; *İthâf*, c. I/1, s. 46.

<sup>30</sup> *İthâf*, c. I/1, s. 44; *Akvemü'l-Mesâlik*, c. I, s. 205.

yapıya ulaşırlar. Bu anayasal düzen, üç temel üzerine oturtulmaktadır: 1-Hükümdar, 2-Ulema ve âyandan oluşan ehlü'l-hal ve'l-akdin yönetime katılımı, 3-Kanunlar çerçevesinde ve ülkenin şartları gözetilerek yönetimde hükümdara karşı sorumlu vüzeranın bulunması. Ehlü'l-hal ve'l-akd olarak isimlendirilen meclisin; oluşumu, seçim şekli, seçen ve seçilenlerin nitelikleri ve sayısının ülkelere göre değişebileceği vurgulanırken, muhtemelen Tunus'un yapısı dikkate alınarak düşünülen meclis yapısında halkın temsili öngörülmemiştir<sup>31</sup>.

İslam'da keyfi bir yönetim yerine, adalet ve istişâre gibi esaslara dayalı, hukuka bağlı sınırlı bir iktidara yer verildiği belirtilmiştir. Raşid halifeler ve onların izinden giden yöneticilerin bu esaslara uygun hareket ettiği, ancak zamanla yönetimin mutlak bir yönetime dönüştüğü dile getirilmiştir. Kanunî Sultan Süleyman'ın koyduğu kanunlarla adalete dayanan hukukî bir düzen oluşturarak keyfi yönetime son verdiği, Osmanlı Devleti'nin bundan dolayı güçlenerek uzun zamandır hükmettiği, ancak daha sonra Sultan Süleyman'ın kanun temelli düzeni geliştirilemeyip zaafa uğrayınca tekrar keyfi yönetime döndüğü ifade edilmiştir. 1839 yılında ilan edilen Tanzimat Fermanı ile boşluğun telafi edilmeye çalışıldığı, ancak bazı bölgelerde hareketlerine sınırlama getirmesi dolayısıyla yöneticilerin Tanzimat uygulamasına karşı çıktıkları vurgulanmıştır. Tanzimat'ın İslam'a aykırı olmadığı, hal ve zamanın onu gerektirdiği gerekçeleriyle ortaya konmuştur<sup>32</sup>.

Tunuslu ıslahatçılar, hükümdar ve vüzeranın sorumluluğu üzerinde de durmuşlardır. İktidarın kaynağını İslamî biat anlayışına ve akla dayandırmalarının bir sonucu olarak, hükümdara itaatin şerî ve siyasi kanunlara bağlı kaldığı müddetçe olabileceği, aksi halde 1861 tarihli Kanunu'd-Devle'de de düzenlendiği üzere; yönetici kasden hukuka aykırı hareket ederse kendisine biat yani uyma yükümlülüğü kalmayacağı ve Meclis'e karşı bundan sorumlu olacağı ifade edilmiştir (K.D. m. 9, 11). Vüzerâ, da hükümdarın izniyle tassarufta bulunmakta, hükümdara ve Meclis'e karşı sorumlu tutulmaktadır (K.D. m. 20)<sup>33</sup>.

31 *İthâf*, c. I/1, s. 67-68; *Akvemü'l-Mesâlik*, c. I, s. 109.

32 *İthâf*, c. I/1, s. 34 vd.; *Akvemü'l-Mesâlik*, c. I, s. 135 vd.

33 *İthâf*, c. I/1, s. 31, 44.

### V- Yeni Osmanlılar Hareketi

Yeni Osmanlılar, birdenbire ve kendiliğinden ortaya çıkmış bir topluluk değil, XIX. yüzyıl ve öncesine kadar gidebilen bir sürecin sonucudur. Dağılmaya yüz tutmuş İmparatorluğun ayakta tutulması ve bu doğrultuda yönetimin ıslâh edilmesi hareketin ortak amacı olarak gözükmektedir.

Örgütlü muhalefetin ilk temsilcileri olarak ortaya çıkan Yeni Osmanlıların ortak doktrininden bahsetmek mümkün değildir. Çünkü türdeş bir grup olamamışlardır. Bununla birlikte, Namık Kemal, Ziya Paşa ve Ali Suavi'den müteşekkil önde gelenleri içerisinde, hareketin tipik temsilcisi ve belki de en derinlikli olanı Namık Kemal'dir<sup>34</sup>.

Yeni Osmanlılar siyaset nazariyelerini oluştururken İslâmî ve Batılı kaynaklardan yararlanmışlardır. Bununla birlikte, Yeni Osmanlılar, siyasi fikirlerini açıklamış oldukları yazılarında büyük ölçüde İslam siyaset nazariyesinin diline başvururlar. Adalet, biat, icma-i ümmet ve meşveret sıkça kullandıkları kavramlar arasındadır. Yeni Osmanlıların siyaset düşüncelerinin anlaşılabilmesi, öncelikle bu kavramların manasının bilinmesiyle ve daha sonra da, kullandıkları klasik İslâmî terminolojinin aslî anlamlarını koruyup korumadıklarıyla yakından ilgilidir<sup>35</sup>.

Yeni Osmanlıların etkilenecek aktardıkları Batılı düşünce ve kurumların, Osmanlı bünyesinde ve geleneğinde çoğu zaman tam karşılıkları yoktur. Bu nedenle, İslam, bu yeni fikirlere meşrûiyet sağlayıcı bir dayanak olarak görülür. Yeni Osmanlılar, Batıdan gelse bile her yeni düşünceyi, İslâmî sınırlar çerçevesinde ifade edilmek ve bir yer bulmak şartıyla meşrû görmüşlerdir<sup>36</sup>. Öte yandan, yenilikleri kabul ettirmek istedikleri bir topluma, meşrû gördükleri ve aşına oldukları kavramlarla hitap etmeleri mantıklı bir yol olarak gözükmektedir.

<sup>34</sup> Şerif Mardin, *Yeni Osmanlı Düşüncesinin Doğuşu*, çev. M. Türköne/F. Unan/İ. Erdoğan, red. ve haz. Ömer Laçiner, İstanbul 1996, s. 315 vd.; Türköne, s. 95.

<sup>35</sup> Mardin, s. 95-96. Bunlar yanında, daha doğru bir değerlendirme için Yeni Osmanlıların siyaset teorilerinin kaynaklarının da bilinmesi gerekir. Batı etkisi yanında, İslâmî siyaset teorisi kaynakları: Müfessirler, İslam bilginlerinin siyasi felsefeleri, İslâmî siyasetnamelelerin oluşturduğu pratik tavsiyeler, seküler kanunlar ve devletin yüceliği konusundaki Türk-İran-Moğol nazariyeleri olarak görülür. Bunlar içerisinde onlar daha çok, kendilerine destek sağlayan, müfessirlerin yorumları ve gelenekçi yazarlar tarafından şekillenen İslâmî yönetimle ilgili idealize edilmiş tasvirlerdeki örneklere dayandılar (age, s. 96).

<sup>36</sup> Türköne, s. 96 vd.

Yeni Osmanlıların tamamı gazetecidir. Fikirlerini daha çok gazetelerdeki yazılarında dile getirmişlerdir. O dönem için, gazetenin kamuoyunu etkileyen en önemli kitle iletişim aracı olduğu ve Yeni Osmanlıların bunu iyi kullandıkları görülmektedir. Kimi yurt içinde, kimi yurt dışında, bazıları bu gruba dahil bir kişi, bazıları da grup mensupları tarafından ortaklaşa çıkartılan pek çok gazete yayınladılar<sup>37</sup>.

Düşüncelerini daha rahat ifade edebilecekleri ortamı yurt dışında bulan Yeni Osmanlılar, burada yaptıkları toplantı sonucunda bir gazete yayınlamayı kararlaştırdılar. 31 Ağustos 1867'de Londra'da, Yeni Osmanlılar adına Ali Suavi tarafından "Muhbir Gazetesi" çıkarıldı. Daha sonra, Londra'da Hürriyet, Paris'te Ulum ve İttihad, Lyon'da Muvakkaten Ulum Müşterilerine ve Cenevre'de de İnkılab gazeteleri yayımlandı. Bu gazetelerdeki yazılarda; Âli Paşa'ya karşı olmak, Osmanlı yönetiminin bozukluğu, meşrûtiyet ve meşveret yönetiminin kabul edilmesi, devlet harcamalarında yolsuzluğun önlenmesi, israfın önüne geçilmesi, vergi adaletinin sağlanması ve ayaklanmaların önüne geçilmesi gerektiği ele alınan ortak noktalar olarak göze çarpmaktadır<sup>38</sup>. Yeni Osmanlı düşünürleri, karşı çıkarken ileri gitmemişler, eylemlerinin aracını da kılıç değil, söz oluşturmuştur<sup>39</sup>. Burada, Yeni Osmanlılarca, padişahın şahsının hükümetten ayrı tutulduğu ve saygıdeğer bulunduğunu belirtmek gerekir.

Kendilerini devletin çöküş sürecini durdurmakla görevli sayan Yeni Osmanlılar, azınlıklar meselesinin gündemde olduğu dönem, İslamlık yanında daha geniş bir çatı olan Osmanlılık kavramı altında birliktelik aramışlardır<sup>40</sup>.

## VI- Yeni Osmanlılar Hareketi'nde Anayasacılık

Yeni Osmanlılar'ın anayasacılıkla ilgili düşüncelerini anlamada, geleneksel yönetimleri değerlendirmede de ölçü alınan "adalet" kavramından hareket etmek önemli bir başlangıç noktası olsa gerek. Onlara göre, adaletin

---

37 M. Kaya Bilgegil, *Yakın Çağ Türk Kültür ve Edebiyatı Üzerine Araştırmalar I. Yeni Osmanlılar*, Ankara 1976, s. 106.

38 M.Nuri İnuğur, *Basın ve Yayın Tarihi*, İstanbul 1978, s. 205; Hürriyet, No. 8, 17 Aout 1868.

39 Mardin, s. 442-443.

40 Tarık Zafer Tunaya, *Türkiye'nin Siyasi Hayatında Batılılaşma Hareketleri*, İstanbul 1960, s. 66.

zıddı zulümdür ve kişisel veya siyasi hak ve hürriyetlerin tanınmadığı yönetim; zulüm yapan, keyfi davranan bir istibdat yönetimidir. Bu durumda, anayasacılık bakımından da önemli olan hürriyet-iktidar ilişkisinin Yeni Osmanlı hareketinde hangi temellere dayandığının anlaşılması gerekir. Yeni Osmanlılar bu kavramları izah ederken, Batılı ve İslamî kavram ve uygulamalara dayanarak bir sonuca ulaşmışlardır. İnsan, hürriyete doğuştan sahip bir varlıktır. Bu hürriyetin toplumdaki diğer fertlere karşı korunabilmesi için siyasi iktidara ihtiyaç vardır. Namık Kemal burada siyasal iktidarın kaynağı, elde edilişi ve meşrûyetine değinmektedir. İktidar, kendi ifadesiyle hakimiyet hakkı, topluma ait olup, toplumun ise bizzat bu hakkı icrası mümkün olmadığından siyasi iktidarın oluşturulması zaruridir. Bu ise, esasında toplumun yönetme yetkisini icraya başkasını “tevkil” etmesidir<sup>41</sup>. Nitekim buradan hareketle, Namık Kemal, Rousseau’nun toplum sözleşmesi ve İslam’daki biat sözleşmesinden yararlanarak sınırlı bir iktidar anlayışına ulaşmıştır. Sözleşmeye dayanan siyasal iktidar anlayışı bazı farklılıklarla Ziya Paşa’da da görülmektedir<sup>42</sup>. Yeni Osmanlılar, İslam siyaset nazariyesinde yönetme yetkisini karşılayan “velâyet” kavramından hareket eder gözükmektedirler. İslam siyaset nazariyesinde, velâyet yani siyasal iktidar yetkisi, velâyet-i âmmeye sahip en üst organ olan halife veya imama, toplum adına ve ona izafetle ehlü’l-hal ve’l-akd denilen temsilcileri tarafından akd-i imâmet ve beyatle verilmektedir<sup>43</sup>. Bey’at, toplum adına ve ona vekaleten temsilcileri ile yönetici arasında yapılan ve karşılıklı yükümlülükler getiren bir sözleşmedir<sup>44</sup>. Bey’at eden; kendisi ve müslümanlarla ilgili işleri görmede yet-

41 Namık Kemal, *Külliyât-ı Kemal, Birinci Tertip III, Makâlât-ı Siyâsiye ve Edebiye*, İstanbul 1327, s. 165-166.

42 Kâmuran Birand, *Aydınlanma Devri Devlet Felsefesinin Tanzimatta Tesirleri*, Ankara 1955, s. 28-29; Mardin, s. 325-332, 380-384; Türköne, s. 116-117.

43 Velâyet ve velâyet-i âmme ile ilgili olarak bkz. Seyyid Bey, *Hilafetin Mahiyeti Şeriyesi*, Ankara ts., s. 35; Ali Himmət Berki, *Hukuk Tarihinden İslam Hukuku I*, Ankara 1955, s. 138; Abdurrezzâk Ahmed es-Senhûrî *Fıkhu’l-Hilâfe ve Tatavvuruhâ*, Tahkik Tefvîk eş-Şâvî-Nâdiye es-Senhûrî, Beyrut 2001, s. 159; A. Selçuk Özçelik, “İslam Hukukuna Göre Ferd ve Devlet Münasebetleri”, *A. Samim Gönensay’a Armağan*, İstanbul 1955, s. 542-543; Hüseyin Nail Kubalı, *Esas Teşkilat Hukuku Dersleri*, İkinci cilt, 1950-1951 Ders Yılı Takrirleri, İstanbul ts., s. 12.

44 Bey’at akdi ile ilgili olarak bkz. Ahmed Fuâd Abdülcevâd, *el-Bey’a inde Müfekkiri Ehli’s-Sünne ve’l-Akdü’l-İçtimâi fi’l-Fikri’s-Siyasiyyi’l-Hadîs*, Kahire, 1998; Süleyman ed-Demîci, *el-İmâmetü’l-Uzma*, çev. İbrahim Cücük, İstanbul 1996, s. 189 vd; İbn-i Haldun, *el-Mukaddime, et-tab’atü’r-râbia*, Beyrut 1398/1978, s. 209; Muhammed Faruk en-



kili kılmak, bu işlerde kendisine karşı çıkmamak, zorla da olsa görevlendirildiği işlerde itaat etmek üzere emire söz vermektedir<sup>45</sup>. İslam'da topluma ait iktidarın yöneticiye tevdi edildiği ve yöneticinin yetkisini aldığı kaynak olarak ifade edilen bey'at, halife ile temsilcileri aracılığıyla toplum arasında, halifenin iktidarı üstlenmesi hususunda yapılmış bir sözleşme olarak da ifade edilmektedir<sup>46</sup>.

Topluma vekâleten yerine getirilen iktidar yetkisinin çerçevesi, topluma, zamana ve mekana göre değişebilecektir. Ancak bu yetki her halde hürriyetin en az sınırlanabileceği bir çerçevede kullanılmalıdır. Bu belirlenen iktidar statüsünün teminat altına alınması için, bir "Nizamnâme-i Esâsi", yani anayasa ilan edilmesi ve keyfî yönetimi sınırlayacak anayasal araçların oluşturulması gerekecektir. Bu araçların en önemlileri; ahalinin oyuyla seçilmiş bir Millet Meclisinin kurulması ve vükelanın bu Meclise karşı sorumlu tutulmasıdır<sup>47</sup>. Yeni Osmanlılar'ın, üzerinde ittifak ettikleri en önemli husus, keyfî yönetimin sınırlandırılmasıdır. Tek bir kişinin veya dar bir grubun keyfî yönetimi, temsili bir Meclisin iktidara katılımı sağlanarak sınırlandırılacak, devlet işleri müzakere ve istişâre ile görülecektir. Yeni Osmanlılar, Batı'da örneklerini gördükleri ve Osmanlı Devleti için de öngördükleri meclis için geleneksel bir kavram ve uygulama olan meşvereti anahtar bir kavram olarak seçmişlerdir. Ancak meşveret kavramı, meşrûiyet sağlayıcı bir araç olarak, bazen meclis, bazen de iktidarın denetimi ve kontrolü gibi geleneksel anlamlarını aşan manalarda kullanılmıştır<sup>48</sup>. Öte yandan, Namık Kemal, Montesquieu'dan esinlenerek adil bir yönetim için kuvvetler ayrılığı ilkesini gerekli görürken, Ali Suavi kuvvetler ayrılığı ilkesine karşı çıkmaktadır<sup>49</sup>.

Siyasal iktidar hukuka aykırı davranışlara yönelir, hatta zulüm derecesine düşerse ne olacaktır? Namık Kemal, iktidar yetkisini halkın meşrû beyat

---

Nebhan, *İslam Anayasa ve İdare Hukukunun Genel Esasları*, ter. Servet Armağan, İstanbul 1980, s. 415.

45 *Mukaddime*, s. 209; Muhammed Hamidullah, *İslam Anayasa Hukuku*, ed. Vecdi Akyüz, İstanbul 1998, s. 29.

46 Nebhan, s. 415; Fethi Osman, "İmama Biat", *İslami Siyaset Teorisi ve Sorunlar*, ed. Mümtaz Ahmet, çev. Halim Sırçancı, İstanbul 1997, s. 89.

47 *Külliyât-ı Kemâl*, s. 167; Birand, s. 36; Emil, s. 182-183.

48 Emil, s. 182-183; Hüseyin Çelik, *Ali Suavi ve Dönemi*, İstanbul 1994, s. 568 vd.

49 Türköne, s. 121; Çelik, s. 588.

ile Âl-i Osman'a verdiğini belirtir. Biat iki tarafa sorumluluklar yükleyen bir akit olduğundan, padişah adaletin icrasından şer'an sorumlu tutulmaktadır. Bununla birlikte Yeni Osmanlılar padişahın şahsının sorumluluğuna oldukça ihtiyatlı yaklaşırlar. Namık Kemal, padişah kendi vazifesinden, vükela da kendi hareketlerinden sorumlu tutulsun der<sup>50</sup>.

İslam siyaset nazaraiyesinde zulme sarak meşrûiyetini kaybeden iktidara karşı direnme veya itaatsizlik söz konusu olabilmektedir. Namık Kemal, zulme yönelen hükümete karşı tavırlarının kılıçla değil kalemle mücadele şeklinde olduğunu, ancak bazı ayak takımının itidalli hareket edemeyeceğini ve zora başvurabileceklerinden de çekinilmesi gerektiğini belirtir<sup>51</sup>. Ali Suavi direnme ve itaatsizlikte daha da ileri gitmekte ve zaman zaman bir ihtilalcî görünümü vermektedir. Ancak, Ali Suavi de, Çırağan Hadisesi'ndeki tavrına kadar sertlik yanlısı bir direnme yaklaşımı benimsese de, padişahın şahsını ayırık tutmaya çalışmıştır<sup>52</sup>.

### VII- İki Hareketin Anayasacılık Görüşlerinin Karşılaştırılması

Osmanlı coğrafyasının iki farklı bölgesinde, hemen hemen aynı zamanda gün yüzüne çıkan bu iki ıslâhat hareketi, genel olarak, aynı sâiklerle yola çıkmaları ve aynı kaynaklara başvurmaları bakımından büyük benzerlikler taşırlar. Öncelikle, yaşadıkları toprakları ileri götürecek bir yönetim anlayışı üzerinde durmakta, siyaset düşüncelerini desteklemek üzere İslâmi kaynaklara ve Batılı -özellikle Fransız- yazarlara başvurmaktadırlar. Adalet ve kanun sisteminden övgüyle bahsedilen ve öngörülen anayasal sistemde önemli ölçüde model alınan Fransa, her iki ıslâhatçı grubun neredeyse tamamı tarafından bizzat görülmüştür.

Her iki grup birbirinden haberdardır. Özellikle, Hayreddin Paşa'nın Akvemü'l-Mesâlik adlı eserinin mukaddime bölümünün, yazımının tamamlanmasından kısa süre sonra Türkçe'ye çevirilmesi, Paşa'nın fikirlerinin Bâbîâli devlet adamları ve Yeni Osmanlılar tarafından bilinmesini sağlamıştır. İslâhatçı görüşleri ve terakki fikri Paşa'nın ilgi görmesinde ortak payda olmakla birlikte, Yeni Osmanlı temsilcileri, anayasal meşrûti bir yönetime,

<sup>50</sup> *Külliyât-ı Kemâl*, s. 178, 183.

<sup>51</sup> *Külliyât-ı Kemâl*, s. 214-215.

<sup>52</sup> Çelik, s. 557-562; Mardin, s. 408 vd.

özellikle de meşveret tezlerine kaynaklık ettiği için Paşa'nın eserine atıf yapmaktadırlar<sup>53</sup>. Hayreddin Paşa da eserinde Yeni Osmanlılar'a işaret etmekte, çok milletli Osmanlı yapısını göz önüne alarak, onların Osmanlı Devleti için aşırı hürriyetçi taleplerine ve halkın temsiline dayanan meclis düşüncesine ihtiyatla yaklaşmaktadır<sup>54</sup>. Paşa'nın, temsili meclis yapısına ihtiyatlı bakışı ve bunun gerekçelerini eserinde dile getirmesi, Âlî Paşa hükümeti nezdindeki itibarını arttırırken, muhtemelen Paşa'nın bu görüşleri Abdülhamid tarafından da okunmuş ve daha sonra Osmanlı sadrazamı olmasında belli ölçüde etkili olmuş olmalıdır. Ancak, Hayreddin Paşa'nın temsile dayanan meclis fikrine muhalefeti belli çekincelere dayanmakta, bunlar izale edildikten sonra temsile dayanan bir meclis için engel bulunmamaktadır. Nitekim Paşa, anayasal düzen askıya alındıktan sonra Sultan Abdülhamid'e sunduğu layihalarda, anayasal düzene dönüş ve Millet Meclisinin açılması gerektiğine vurgu yapmaktadır<sup>55</sup>.

Her iki ıslâhatçı ekip, hemen hemen tamamen yönetici elitten oluşmaktadır. Somut gerçeklerden hareket eden her iki harekette, Yeni Osmanlılar anayasacılık düşüncesini Osmanlı etrafında kurmakta ve geliştirmekte iken, Tunus merkezli hareket anayasacılık düşüncesini belli bir somut örnekte şekillendirmemekte, ancak hilafet merkezi olduğu ve genel Tanzimat modelinde bir örnek olduğu için Osmanlı uygulamasına yer vermektedir.

Yeni Osmanlılar, düşüncelerini, gazeteci olmalarının etkisiyle olsa gerek, devraldıkları fikrî gelenekte yer almayan, merkezî iktidara karşı etkili bir muhalefet şeklinde dile getirmişlerdir. Tunuslu ıslâhatçılar, belki de iktidar içinde görev almalarının etkisiyle, yönetime karşı açıkça muhalefet göstermemişlerdir. Görev almadıkları esnada da bu konuda genel olarak suskun kalmayı tercih etmişlerdir. Yeni Osmanlılarda açık, Tunuslularda daha gizli bir şekilde hükümeti uygulamaları hedef alınmakta ise de, padişah ve beyin şahsına saygıyla yaklaşmaktadır.

Her iki beldede ıslâhatçılar; Ziya Paşa ve Namık Kemal'in şahsında Yeni Osmanlılar'da, Ebu Diyâf ve Hayreddin Paşa örneklerinde Tunuslular'da,

---

<sup>53</sup> Mardin, s. 27, 435; Türköne, s. 103-105; Çelik, s. 513, 573.

<sup>54</sup> *Akvemü'l-Mesâlik*, c. I, s. 139-141.

<sup>55</sup> Çetin, s. 369 vd.

önde gelenleri aracılığıyla anayasa hazırlık komisyonlarında yer almak suretiyle anayasacılık düşüncelerini somuta aktarmak fırsatını elde edeceklerdir.

Yeni Osmanlılar, Batıdan kanun iktibasına olumlu yaklaşmayıp, şerî esaslara dayalı kanunlaştırma yapılması taraftarıyken<sup>56</sup>, Tunuslu ıslâhatçılar belli şartlarla Batıdan iktibası mümkün görmektedirler.

Tunuslu ıslâhatçılar ile Yeni Osmanlılar arasındaki bir fark da Tunuslu ıslâhatçıların siyaset düşünceleri ve bunları dile getirdikleri temel eserleri, Ahdü'l-Emân ve Kanunu'd-Devle tecrübesi esnasında veya sonrasında kaleme almalarıdır. Siyaset düşünceleri ve anayasacılık fikirleri bu anlamda belli ölçüde uygulanan bir tecrübeyi yansıtmaktadır. Oysa, Yeni Osmanlılar'ın fikirleri, denenmişliğe, siyasi bir tecrübeye sahip olmayıp, ancak 1876 Anayasasında belli ölçüde uygulama imkanı bulabilecektir<sup>57</sup>.

### VIII- Sonuç

Osmanlı İmparatorluğu'nun farklı bu iki bölgesindeki ıslâhatçıların anayasacılık düşüncelerine yön veren temel unsurlardan belki de en önemlisi, İslam esaslarına bağlı kalarak Batı ile İslam arasında bir senteze ulaşma fikridir. İslam aleminin içerisinde bulunduğu olumsuz durum temel olarak keyfî yönetime bağlanmış bunu izâle edecek çareler üzerinde durulmuş, araçlar ve yöntemler geliştirilmiştir. Çözüm, esas olarak, anayasaya bağlı, Meclise dayanan ve vüzeranın sorumluluğunu öngören bir yönetimdir. Her iki grupça, Batıdaki kavram ve kurumlar, siyasi geleneğin İslâmî değerler etrafında oluştuğu yetiştikleri ve yaşadıkları topluma; biat, meşveret, icmâ gibi İslâmî kavramlarla meşrûlaştırılarak sunulmuştur.

Her iki ıslâh grubunun anayasal düşünceleri belli ölçüde, hazırlık komisyonlarında da yer aldıkları anayasalara yansımıştır. Tunuslu ıslâhatçılar, ortaya koydukları fikirleri aynı zamanda 1861 Anayasası uygulamasıyla test etme imkanı bulmuşlardır. Fikirleri esasında bir anayasa deneyimini de yansıtmaktadır. Ancak, 3 yıl gibi kısa süren bu anayasa tecrübesi başarısız olmuş, belki de buna binaen Tunuslu ıslâhatçılar eserlerinde hiçbir şekilde bu uygulamadan bahsetmemişlerdir. Ancak, ortaya koydukları düşünceler ve

<sup>56</sup> Mardin, s. 184; İhsan Sungu, "Tanzimat ve Yeni Osmanlılar", *Tanzimat* 2, İstanbul 1999, s. 778-801, 815.

<sup>57</sup> Türköne, s. 97.

anayasa uygulaması kendilerinden sonra Tunuslu aydınları etkilemiştir. Anayasa tecrübesi, daha sonra Tunuslu milliyetçilerin anayasal bir düzen taleplerinde önemli bir başlangıç oluşturmuştur.

Yeni Osmanlılar da kısa vadede, halkın seçtiği meclise dayanan ve vüzeranın sorumluluğunu öngören düşünceleriyle, kısmen şekillendirdikleri bir anayasanın ilan edilmesinde öncülük etmişler, uzun vadede ise, yaptıkları propagandalar sonucu, Kanun-i Esasî'yi yürürlükten kaldıran Abdülhamid'in müstebit bir padişah olarak algılanmasını sağlamışlardır<sup>58</sup>.

---

58 Mardin, s. 448.



# EĞİTİM VE ÖĞRENİM HAKKININ BİR SINIRI OLARAK EVLENME YASAĞI

*Doç. Dr. Cemil KAYA\**

## GİRİŞ

Eğitim ve öğrenim hakkı ile evlenme hakkı bazı durumlarda karşı karşıya gelebilmektedir. Bu durumlarda bu iki temel hak arasındaki hassas denge sağlanması önem arz etmektedir. Gerçekten de bazı durumlarda bireylerin eğitim ve öğrenim görmeleri nedeniyle evlenmeleri yasaklanabilmektedir. Diğer bir ifadeyle eğitim ve öğrenim, belirli bir süreyle, evlenme hakkına bir sınır getirebilmektedir. Bu durumda devlet tarafından yapılacak olan düzenlemelerde, belirli bir süreyle de olsa, bireylerin bu haklardan birini diğerine tercih etmesi beklenmektedir. Hiç şüphesiz yapılacak olan bu düzenlemelerin en başta uluslararası standartlara ve kanunlara uygun olması ve de demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülü olması gerekmektedir.

İşte bu makalede kısaca eğitim ve öğrenim hakkı ile evlenme hakkına ilişkin olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan hükümlere, ulusal hukukta yer alan düzenlemelere ve konuyla ilgili *Danıştay* kararlarına yer verilecektir.

## I. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve Ulusal Hukukta Durum

1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde konuyla ilgili olarak bir taraftan "eğitim hakkı", diğer taraftan "evlenme hakkı" ön plana çıkmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1 Nolu Protokolünün "eğitim hakkı"na ilişkin 2. maddesinde, "*hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz. Devlet, eğitim ve öğretim alanında üstlendiği görevlerin yerine getirilmesinde, ana-babanın bu eğitimin kendi dini ve felsefi inançlarına göre yapılmasını sağlama hakkına saygı gösterir*" hükmü yer almaktadır<sup>1</sup>. Bu madde, diğerle-

---

\* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

<sup>1</sup> "No person shall be denied the right to education. In the exercise of any functions which it assumes in relation to education and to teaching, the State shall respect the right of

riyle birlikte, Sözleşmenin ek maddeleri olarak kabul edilir. Görüldüğü gibi madde, esas itibarıyla, herhangi bir ayırım yapmaksızın hiç kimsenin eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılamayacağını ifade etmekte ve bu konuda devlete pozitif bir yükümlülük getirmektedir.

2. Yine Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11 Nolu Protokolü ile değiştirilmiş “evlenme hakkı” başlıklı 12. maddesi, “evlenme çağına<sup>2</sup> gelen erkekler ve kadınlar, bu hakkın kullanımını düzenleyen ulusal yasalara uygun olarak, evlenme ve aile kurma hakkına sahiptir” hükmünü taşımaktadır<sup>3</sup>. Dikkat edileceği üzere burada, evlenme ile ilgili olarak “bu hakkın kullanımını düzenleyen ulusal yasalara uygun olarak” kaydı bulunmaktadır. O halde her şeyden önce evlenme konusunda ulusal mevzuatın öngördüğü kurallar geçerlidir.

3. Ulusal hukukta eğitim ve öğrenim hakkı ile ilgili olarak varolan düzenlemelere de kısaca değinilmelidir. Anayasanın “eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi” başlıklı 42. maddesinde “kimse, eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılamaz. / öğrenim hakkının kapsamı kanunla tespit edilir ve düzenlenir. ... / İlköğretim kız ve erkek bütün vatandaşlar için zorunludur ve Devlet okullarında parasızdır” hükmü yer almaktadır (m. 42/1-2 ve 5). Anayasa’da evlenme hakkına ilişkin doğrudan bir hüküm bulunmamakta; bununla birlikte 41. maddesinde “Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır” şeklinde aileye ilişkin bir hüküm bulunmaktadır.

4. 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu’nun<sup>4</sup> “genellik ve eşitlik” başlığını taşıyan 4. maddesinde “Eğitim kurumları dil, ırk, cinsiyet ve din ayırımı gözetilmeksizin herkese açıktır. Eğitimde hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz” hükmüne; “eğitim hakkı” başlıklı 7. maddesinde “İlköğretim görmek her Türk vatandaşının hakkıdır. / İlköğretim kurumlarından sonraki eğitim kurumlarından vatandaşlar ilgi, istidat ve kabiliyetleri ölçüsünde yararlanırlar” hükmüne; “fırsat ve imkan eşitliği”

---

parents to ensure such education and teaching in conformity with their own religious and philosophical convictions”.

2 Bu konudaki uluslararası belgeler için bkz. **Gemalmaz**, Mehmet Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, Legal Yayınevi, 7. Baskı, İstanbul 2010, s. 597 vd.

3 “Men and women of marriageable age have the right to marry and to found a family, according to the national laws governing the exercise of this right”.

4 RG. 24.06.1973, sy. 14574.



başlıklı 8. maddesinde “Eğitimde kadın, erkek herkese fırsat ve imkan eşitliği sağlanır. / Maddi imkânlardan yoksun başarılı öğrencilerin en yüksek eğitim kademelerine kadar öğrenim görmelerini sağlamak amacıyla parasız yatılılık, burs, kredi ve başka yollarla gerekli yardımlar yapılır. / Özel eğitime ve korunmaya muhtaç çocukları yetiştirmek için özel tedbirler alınır” hükmüne yer verilmiştir<sup>5</sup>. Kanunda, ilköğretimin 6-14 yaşlarındaki çocukların eğitim ve öğretimini kapsadığı ve ilköğretimin, kız ve erkek bütün vatandaşlar için zorunlu olduğu ve de Devlet okullarında parasız olduğu (m. 22); ortaöğretimin, ilköğretime dayalı, en az üç yıllık öğrenim veren genel, mesleki ve teknik öğretim kurumlarının tümünü kapsadığı (m. 26); ilköğretimini tamamlayan ve ortaöğretime girmeye hak kazanmış her öğrencinin, ortaöğretime devam etmek ve ortaöğretim imkânlarından ilgi, istidat ve kabiliyetleri ölçüsünde yararlanma hakkına sahip olduğu (m. 27) hüküm altına alınmıştır. Milli Eğitim Temel Kanunu’nda evlenme yasağı konusunda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır.

5. Türk hukukunda evlenme konusu esas itibarıyla 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nda<sup>6</sup> düzenlenmiştir. Bu doğrultuda Kanunun 124. maddesinde, “Erkek veya kadın onyedi yaşını doldurmadıkça evlenemez. / Ancak, hâkim olağanüstü durumlarda ve pek önemli bir sebeple onaltı yaşını doldurmuş olan erkek veya kadının evlenmesine izin verebilir. Olanak bulunduğu karardan önce ana ve baba veya vasi dinlenir” hükmü yer almaktadır. Maddede, evlenmek için kural olarak “onyedi” yaşın dolumu; şartların varlığı halinde ise “onaltı” yaşın dolumu aranmaktadır. Evlenmek için Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 12. maddesinde öngörülen “bu hakkın kullanımını düzenleyen ulusal yasalara uygun olarak” şartı madde ile belirlenmiştir.

6. Medeni Kanun uyarınca evlenme yaşına sahip bireylerin aynı zamanda öğrenci olabilmeleri mümkün müdür? Bu konuda herhangi bir engel bulunmakta mıdır? Yine, Medeni Kanun uyarınca evlenme yaşına sahip öğrencilerin evlenmeleri halinde eğitimlerine devam edebilmeleri mümkün müdür? Bu sorulara cevap verebilmek için milli eğitimi düzenleyen mevzuat-

5 Bu temel ilkelerin anlamı konusunda bkz. Yaşar, Nuri, İnsan Hakları Avrupa Sisteminde ve Türk Hukukunda Eğitim Hakkı ve Özgürlüğü, Filiz Kitabevi, İstanbul 2000, s. 113 vd.

6 RG. 08.12.2001, sy. 24607.

ta bakmakta fayda bulunmaktadır. Bir defa yukarıda da görüldüğü üzere Milli Eğitim Temel Kanunu'nda öğrenciler için evlenme yasağı getiren açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte, Milli Eğitim Bakanlığı Orta-öğretim Kurumları Yönetmeliği'nin<sup>7</sup> 28. maddesinde “*evli olanların kayıtları yapılmaz. Öğrenci iken evlenenlerin kayıtları silinerek okulla ilişkileri kesilir*” hükmü yer almaktadır. O halde, bu Yönetmeliğe göre herhangi bir ortaöğretim kurumu ayrımı yapılmaksızın ortaöğretim kurumlarında eğitim görmek isteyen evli kişilerin bu okullara kaydının yapılması mümkün olmamakta; bu okullarda eğitimlerini sürdüren öğrencilerin, Medeni Kanun uyarınca evlenme yaşına sahip olsalar bile, evlenmeleri halinde kayıtları silinmektedir. Milli Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Yönetmeliği'nin getirmiş olduğu bu sınırlama doğrultusunda ortaöğretime ilişkin diğer yönetmeliklerde de ya bu konuda açıkça yasak getirilmekte<sup>8</sup> ya da “bu yönetmelikte hüküm bulunmayan hallerde ortaöğretim kurumlarında uygulanan mevzuat hükümleri esas alınır” denilmek suretiyle dolaylı yasak getirilmektedir<sup>9</sup>.

7. Bunlar dışında mevzuatta polis öğrenciler ile ilgili olarak 4652 sayılı Polis Yüksek Öğretim Kanunu'nun<sup>10</sup> 15. maddesinde açıkça “*Fakülteye evli öğrenci alınmaz ve öğrenciler öğrenimleri süresince evlenemezler*” hükmü; Polis Koleji Yönetmeliği'nin 100. maddesinde “*Öğrenciler okulu bitirinceye kadar nişanlanamaz, evlenemez, herhangi bir kadınla nikahsız yaşayamaz,*

7 RG. 31.07.2009, sy. 27305.

8 Bkz. Milli Eğitim Bakanlığı Anadolu Öğretmen Liseleri Yönetmeliği (RG. 06.09.1998, sy. 23455) m. 8;

9 Bkz. Milli Eğitim Bakanlığı Açıköğretim Lisesi Yönetmeliği (RG. 14.01.2005, sy. 26023) m. 47; Milli Eğitim Bakanlığı Anadolu Liseleri Yönetmeliği (RG. 05.11.1999, sy. 23867) m. 21; Milli Eğitim Bakanlığı Fen Liseleri Yönetmeliği (RG. 10.01.1999, sy. 23579) m. 20; Milli Eğitim Bakanlığı Güzel Sanatlar ve Spor Liseleri Yönetmeliği (RG. 16.06.2009, sy. 27260) m. 17; Milli Eğitim Bakanlığı İmam-Hatip Liseleri Yönetmeliği (RG. 31.07.2009, sy. 27305) m. 38; Milli Eğitim Bakanlığı Mesleki Açık Öğretim Lisesi Yönetmeliği (RG. 24.12.2005, sy. 26033) m. 56; Milli Eğitim Bakanlığı Özel Akşam Liseleri Yönetmeliği (RG. 17.11.2003, sy. 25292) m. 22; Milli Eğitim Bakanlığı Sosyal Bilimler Liseleri Yönetmeliği (RG. 17.11.2003, sy. 25292) m. 21; Milli Eğitim Bakanlığı Yabancı Dil Ağırlıklı Liseler Yönetmeliği (RG. 20.08.1999, sy. 23792) m. 20; Galatasaray Lisesi ve Galatasaray İlköğretim Okulu Yönetmeliği (RG. 31.03.2003, sy. 25065) m. 31.

10 RG. 09.05.2001, sy. 24397.

*ilişkiye giremez ve hiç bir şekilde yüzük takamazlar*"<sup>11</sup> hükmü; Polis Koleji- ne Giriş Yönetmeliği'nin<sup>12</sup> Ek-1 kısmında yer alan Yüklenme Senedi ile öğrencilerden, diğerleriyle birlikte, polis kolejine kabul edildiği anda "*nişanlı veya evli olmadığını*", polis kolejinde okuduğu süre içerisinde ise "*nişanlanmayacağını veya evlenmeyeceğini*" taahhüt etmesi istenmekte; Polis Meslek Yüksekokulları Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nin<sup>13</sup> 27. maddesinde "*Öğrenciler, öğrencilikleri sırasında evlenemezler ve evlenme isteğinde bulunmazlar. Buna rağmen evlenen öğrencilerin ilişkileri, yönetim kurulunun kararı, yüksekokul müdürünün teklifi üzerine Başkan onayı ile kesilir*" hükmü bulunmakta; Polis Meslek Yüksekokulları Giriş Yönetmeliği'nin<sup>14</sup> 9. maddesinde yer alan "*kendisi veya evli ise eşinin sabıka kaydı olmadığına dair yazılı beyanı, istenir*" hükmü ile de polis meslek yüksekokullarına evli kişilerin kaydolabileceği kabul edilmektedir.

Bu hükümlerden de görüleceği üzere "yatılı" eğitim veren Polis Koleji, Polis Meslek Yüksek Okulu ve Polis Akademisi öğrencileri için evlenme yasağı bulunmaktadır. Polis Akademisine evli kişilerin öğrenci olarak kaydedilmesi dahi yasak iken; Polis Meslek Yüksekokullarına evli kişilerin öğrenci olarak kaydedilmesi mümkündür. Polis Kolejine evli ve nişanlı kişilerin öğrenci olarak kaydedilmesi yasak olup; kayıtlı öğrenciler için, ortaöğretim öğrencilerine benzer şekilde fakat biraz daha kapsamlı olarak, nişanlanma, evlenme ve birlikte yaşama yasağı bulunmaktadır. Polis Koleji öğrencileri için "nişanlanma" dahi yasak iken; Polis Akademisi ve Polis Meslek Yüksekokulları öğrencileri için "nişanlanma" yasağı bulunmamaktadır. Son olarak, Polis Meslek Yüksekokulları Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nde yer alan "*öğrencilerin öğrencilikleri sırasında evlenme isteğinde bulunamayacağı*" ibaresi ise hukuki açıdan isabetli bir hüküm değildir.

**8.** Mevzuatta askeri öğrenciler için Türk Silahlı Kuvvetleri Ortaöğretim Okulları Yönetmeliği'nin<sup>15</sup> 13. maddesinde bu okullara giriş koşulları arasında "*Evli, dul, nişanlı olmamak, bir kadınla nikahsız birlikte yaşamamak*"

---

<sup>11</sup> RG. 18.01.1996, sy. 22527.

<sup>12</sup> RG. 06.04.1998, sy. 23309.

<sup>13</sup> RG. 17.08.2008, sy. 26970.

<sup>14</sup> RG. 17.05.2008, sy. 26879.

<sup>15</sup> RG. 27.09.2001, sy. 24536.

hükmü ile okuldan çıkarılma hallerini düzenleyen 26. maddesinde “*Öğrenim süresince evlenen, nişanlanan veya bir kadınla birlikte yaşayan*” hükmü; Türk Silahlı Kuvvetleri Sağlık Meslek Lisesi Yönetmeliği’nin<sup>16</sup> 7. maddesinde bu okullara giriş koşulları arasında “*evli, nişanlı veya boşanmış olmamak*” hükmü ile okuldan çıkarılma hallerini düzenleyen 16. maddesinde “*okulda iken evlenen, nişanlanan veya bir erkekle birlikte yaşayanlar*” hükmü; Astsubay Meslek Yüksekokulları Yönetmeliği’nin<sup>17</sup> 44. maddesinde bu okullara giriş koşulları arasında “*Nişanlı, evli, dul, hamile, çocuklu olmamak veya herhangi bir kadınla veya erkekle nikahsız olarak birlikte yaşamamak*” hükmü ile disiplin ve okuldan çıkarılma başlıklı 61. maddesinde “*Astsubay meslek yüksek okullarına giriş koşullarını taşımadıkları öğrenimleri sırasında anlaşılanlar ile öğrenimleri süresince bu koşulları kaybedenler*” hükmü; Harp Okulları Yönetmeliği’nin<sup>18</sup> 44. maddesi’nde harp okullarına giriş şartları arasında “*Nişanlı, evli, dul, hamile, çocuklu olmamak veya herhangi bir kadınla veya erkekle nikahsız olarak birlikte yaşamamak*” hükmü; Gülhane Askeri Tıp Akademisi Sağlık Meslek Yüksekokulu Yönetmeliği’nin<sup>19</sup> bu okullara giriş koşulları arasında “*Evli veya dul olmamak yahut herhangi bir şekilde bir erkekle nikahsız yaşamamak*” hükmü ile okuldan çıkarma hallerini düzenleyen 46. maddesinde “*eğitim-öğretim süresi içinde evlenenler*” hükmü; Gülhane Askeri Tıp Akademisi Hemşirelik Yüksekokulu Yönetmeliği’nin<sup>20</sup> bu okullara giriş koşulları arasında “*Evli, dul veya nikahsız yaşıyor olmamak*” hükmü ile okuldan çıkarma hallerini düzenleyen 54. maddesinde “*Öğrenci niteliğini kaybettiklerine dair Yüksek Disiplin Kurulu tarafından haklarında karar verilenler*” hükmü; Gülhane Askeri Tıp Akademisi Yönetmeliği’nin<sup>21</sup> 72. maddesinde bu okullara giriş koşulları arasında “*evli veya dul yahut herhangi bir şekilde nikahsız yaşamamak*” hükmü ile çıkarılma hallerini düzenleyen 117. maddesinde “*Giriş ile ilgili nitelikleri taşımadıkları öğrenim sırasında anlaşılanlar ile eğitim-öğretim sırasında giriş ile ilgili niteliklerini değiştirenlerden Yüksek Disiplin Kurulu kararı ile hak-*

---

<sup>16</sup> RG. 06.05.1982, sy. 17686.

<sup>17</sup> RG. 16.10.2003, sy. 25261.

<sup>18</sup> RG. 03.05.2008, sy. 26865.

<sup>19</sup> RG. 29.04.1994, sy. 21911.

<sup>20</sup> RG. 27.11.1985, sy. 18941.

<sup>21</sup> RG. 14.07.1984, sy. 18458.

larında çıkarılma kararı verilenler” ve “eğitim-öğretim süresi içinde evlenenler” hükmü; Fakülte ve Yüksek Okullar Askeri Öğrenci Komutanlıkları ve Öğrencileri İle Fakülte ve Yüksek Okullardan Yetişen Subaylara Ait Yönetmeliğin<sup>22</sup> 9. maddesinde askeri öğrenciliğe giriş koşulları arasında “evli veya dul olmamak yahut herhangi bir kadınla birlikte nikahsız yaşamamak” hükmü ile öğrencilikten çıkarma hallerini düzenleyen 22. maddesinde “evlenenler” hükmü bulunmaktadır.

Bu hükümlerden de görüleceği üzere “yatılı” eğitim veren Türk Silahlı Kuvvetleri Ortaöğretim Kurumları, Astsubay Meslek Yüksekokulları, Harp Okulları, Gülhane Askeri Tıp Akademisi Sağlık Meslek Yüksekokulu, Gülhane Askeri Tıp Akademisi Hemşirelik Yüksekokulu, Gülhane Askeri Tıp Akademisi öğrencileri için evlenme yasağı bulunmakta; evli olanların bu okullara kayıtları dahi yapılmamaktadır. Ayrıca hemen hemen birbirine benzer şekilde bütün bu düzenlemelerde nişanlı, dul ve birlikte yaşayan kişiler açısından bu okullara kayıt yasağı bulunmakta; kayıtlı öğrenciler için ise bu niteliklere sahip olmak okuldan çıkarma sebebi sayılmaktadır.

## II. Danıştay Kararlarında Durum

1. Öncelikle, konu ile ilgili olarak *Danıştay*'ın yayımlanmış sınırlı sayıda kararı bulunduğu ifade edilmelidir. Bu kararlarda *Danıştay*'ın yaklaşımının, dava konusu uyuşmazlıklar bağlamında, kişiler lehine olduğu söylenebilir.

2. Konya Sağlık Meslek Lisesi son sınıfında beklemeli olan bir öğrencinin evlenmesi nedeniyle Sağlık Meslek Liseleri Genel Yönetmeliği'nin 89. maddesi uyarınca okuldan ilişkisi kesilmiştir. Bu işlemin iptali istemiyle davacı tarafından açılan davada *Danıştay*, “1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu'nun genellik ve eşitlik başlığını taşıyan 4. maddesinde Eğitim Kurumlarının dil, ırk, cinsiyet ve din ayrımı gözetilmeksizin herkese açık olduğu hükme bağlanmıştır. Temel Eğitim Kanunu'nda eğitim hakkı herkese tanınan ve her ne nedenle olursa olsun engellenmemesi gereken bir hak olduğuna göre ve davacının evlenmesinin eğitim görmesini engelleyen bir olay olmadığı gibi son sınıfta beklemeli öğrenci olan davacının okula devam zorunluluğu bulunmaması karşısında evlenmesi öğrenim yönünden herhangi bir sakınca yaratmayacağından evlenme nedeniyle okuldan kaydının silin-

---

<sup>22</sup> RG. 09.05.1977, sy. 15932.

mesi yönetmeliğin 89/A-C maddesinin amacına ve hukuka açıkça aykırıdır” gerekçesiyle işlemin iptaline karar vermiştir<sup>23</sup>.

3. Yine İstanbul Sekreterlik Okulunda okuyan bir öğrencinin, evlenmesi nedeniyle kaydının silinmesine ilişkin işlem ile bu işlemin dayanağı olan Sekreterlik Okulları Yönetmeliği'nin 31. maddesinin e bendinin iptali iste miyle açtığı davada *Danıştay*, “Anlaşmazlık konusu hüküm; Sekreterlik Okulları Yönetmeliği'nin 31 inci maddesinin (e) bendinde yer almakta ve bu hükme göre de, sözü edilen okullara kayıt ve kabul için, nişanlı, evli, boşanmış veya dul olmamak gerekmekte ve ayrıca bu şartların öğrenim süresince de devam edeceği aynı bendde belirtilmektedir. / Davalı Bakanlık tarafından verilen savunmada; sekreterlik okullarının ‘orta dereceli okul’ olduğundan bahisle bu okullara evli olarak devam etmenin eğitim bakımından sakıncalı olacağı nedeniyle yönetmelikte böyle bir hükme yer verildiği ileri sürüldüğünden; davada çözümü gereken sorun; bu okulların orta dereceli okul olup olmadığı hususudur. / 18/10/1971 günlü ara kararıyla sekreterlik okullarının orta dereceli bir okul olarak kabulünü gerektirecek hukuki dayanağı davalı bakanlıktan sorulduğu halde cevaplandırılmadığından, savunmada ileri sürülen görüş hukuki bir değer ifade etmekten yoksun kaldığı gibi, ayrıca lise ve dengi bazı okullardan sonra iki yıl öğrenim veren bir okulu orta dereceli okul olarak kabul etmeye hukuken de imkan yoktur. / Açıklanan tüm bu nedenlerle, sekreterlik okulları orta dereceli okul olarak kabul edilmeyeceğinden bu okullara evli olarak devam etmenin ileri sürülen sakıncaları doğuracağı görüşüne itibar edilemez. Bu itibarla hukuki mesnedi bulunmayan ve inandırıcı gerekçelere dayanmayan Sekreterlik Okulları Yö-

<sup>23</sup> D8D, E. 1982/314, K. 1982/1462, KT. 16.11.1982, DD, 1983, sy. 50-51, s. 342. **Azlık oyu şu şekildedir:** “1739 sayılı Kanun Türk Milli Eğitiminin düzenlenmesinde esas alınması gereken ilkeleri saptamıştır. Genel kuralı teşkil eden bu ilkelerden hareketle, yürütme organının görevli olduğu bir alanda ve özellik arzeden mesleki bir orta öğrenim kurumu nedeniyle yaptığı düzenleyici tasarrufla, öğrencilerin okula kayıt kabulü için gerekli şartları tesbit yönünden istisnai hükümler getiremeyeceği sonucunu çıkarmak mümkün değildir. Kaldığı adı geçen kanunda, evli, boşanmış veya nişanlı olanların orta öğretim kurumlarına kabul edilecekleri yönünde açık bir hükme de rastlanmamıştır. Böyle bir hüküm bulunmadığına göre, idarenin, öğrenciliğe medeni hal açısından sınırlama getirmesi doğaldır. Adı geçen kanun yürütme organınca bu şekilde yorumlandığı içindir ki yönetmeliğin 89. maddesine, bu yönde hüküm konulmuştur. Bu haliyle yönetmeliğin kanuna aykırı bir yönü bulunmadığından davacı hakkında uygulanan ilişik kesme işlemi yerinde görülmele davanın reddi gerekeceği oyu ile ekseriyet kararına karşıyım”.

netmeliği'nin anlaşmazlık konusu 31. maddesinin (e) bendi ile bu maddeye dayanılarak davacı hakkında tesis edilen işlemin iptaline" karar vermiştir<sup>24</sup>.

4. 1980 yılı Üniversitelerarası Seçme Sınavı sonucunda kayıt yaptıрма hakkını kazandığı Samsun Yüksek Öğretmen Okuluna evli olduğu gerekçeyle kaydı yapılmayan bir kişinin bu işlemin iptali istemiyle açtığı davada *Danıştay*, "Anayasanın 50. maddesinde Halkın öğretim ve eğitim ihtiyaçlarını sağlamanın Devletin başta gelen ödevlerinden olduğu hükme bağlanmış, 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Yasası'nın 'Fırsat ve İmkan Eşitliği' başlıklı 8. maddesinde de 'eğitimde kadın, erkek herkese fırsat eşitliği sağlanacağı'nın' öngörülmesi yanında bu temel ilkeyi kısıtlayan herhangi bir kurala yer verilmemiştir. / Öte yandan Sınıf Öğretmeni Yetiştiren Eğitim Enstitüleri Yönetmeliği'nin 38. maddesinde sadece 'yatılı öğrencilerde evli olmama' koşulu öngörülmüş, ayrıca 1980 yılı ÜSS Klavuzunda 'temel ilkeler' bölümünde anılan yüksek okula kayıt olabilmek için bu yolda bir koşul konulmamış ise de 1980-1981 öğrenim yılında yüksek öğretmen okullarına alınacak öğrencilerle ilgili 4/9/1980 gün ve 35496 sayılı genelge ile belirtilen okullara kesin kayıt yaptıracak bayan adayların 'evli olmaması' gerektiği belirtilmiştir. / Açıklanan sebeplerle 'evli olmak' öğrenime engel bir durum sayılmaması nedeniyle davacı hakkında uygulanan işlemin yasal dayanağı bulunmadığından dava konusu işlemin iptaline ... karar veril(miştir)"<sup>25</sup>.

5. İstanbul Teknik Üniversitesi Denizcilik Yüksekokulu'na kaydının yapılmamasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada İdare Mahkemesi tarafından verilen iptal kararının davalı idare tarafından temyizi aşamasında *Danıştay*, "3477 sayılı Yasayla İstanbul Teknik Üniversitesi Rektörlüğüne bağlanan Denizcilik Yüksekokulu'na girecek öğrencilerde aranacak koşulları düzenleyen 'Öğrenci Kayıt ve Kabul İşlemleri Hakkında Senato Esasları'nın 4/a-3 maddesinde evli veya dul olan veya herhangi bir biçimde nikahsız yaşayan öğrencilerin sözkonusu yüksekokula kabul edilmeyecekleri belirtilmiştir. / Davacının okuldan ilişişinin 1983-1984 öğretim yılında kesildiği ve o zaman bekar olduğu, daha sonra evlendiği, 3248 sayılı Yasadan yararlanarak kaldığı derslerden sınava girdiği ve notlarını yükselterek gerekli krediye sağladığı ve bir üst sınıfa geçtiği, kayıt yenileme işlemi sırasında

<sup>24</sup> D8D, E. 1971/225, K. 1972/2521, KT. 04.07.1972, DD, 1973, sy. 9-10, s. 327-328. Ayrıca aynı karar için bkz. *Danıştay Sekizinci Daire Kararları*, Ankara 1974, s. 362.

<sup>25</sup> D8D, E. 1980/3446, K. 1981/2692, KT. 15.09.1981, DD, 1982, sy. 46-47, s. 269-270.

evli olduğunun anlaşılması üzerine kaydının yenilenmediği anlaşılmaktadır. / Her ne kadar 3477 sayılı Yasaya göre çıkarılan senato esaslarının sözü edilen maddesinde evli öğrencilerin okula alınmayacağı koşulu getirilmiş ise de; davacının durumunun özellik gösterdiği, okuldan ayrıldığı bekar olduğunun ve sonradan bir af ile dönebileceğini bilmesine olanak bulunmadığından İstanbul Teknik Üniversitesi Denizcilik Yüksek Okulu Yönetim Kurulunun 30.10.1989 gün ve 89/24 sayılı kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır” gerekçesiyle kararı onamıştır<sup>26</sup>.

6. Konu ile ilgili olarak Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergilerinde de bir karara rastlanmıştır. Ancak dava konusu olayda askeri öğrenci mecburi hizmet yükümlülüğünden kurtulmak amacıyla evlenerek bizzat kendisi ilişkisinin kesilmesini idareden talep etmiştir. Şöyle ki, Fakülte ve Yüksek Okullar Askeri Öğrenci Komutanlığı emrinde Hacettepe Üniversitesi Devlet Konservatuarı Bölümünde öğrenci iken 30.06.1994 tarihinde mezun olan ancak mezun olmadan bir gün önce yani 29.06.1994 tarihinde bir bayanla evlendiğinden bahisle 30.06.1994 tarihinde idareye başvurarak okulla ilişkisinin kesilmesini isteyen askeri öğrencinin bu talebinin reddi üzerine açtığı davada *Askeri Yüksek İdare Mahkemesi*, “... davacının 30.6.1994 tarihinde okuldan mezun olduğu belirtilmekle beraber; davacının son bitirme sınavına 16.6.1994 tarihinde girdiği, dolayısıyla bu tarih itibarıyla fiilen okuldan mezun olduğu dosya kapsamı ile sabittir. ... Nitekim 926 sayılı TSK. Personel Kanunu’nun 35/C maddesinde, davacı gibi Silahlı Kuvvetler hesabına Fakülte Yüksek Okullarda okuyan askeri öğrencilerin Fakülte ve Yüksek Okulu

<sup>26</sup> D8D, E. 1991/71, K. 1991/816, KT. 30.04.1991, DD, 1992, sy. 82-83, s. 679. **Azlık oyu şu şekildedir:** “İstanbul Üniversitesi Denizcilik Yüksek Okuluna giriş koşullarını düzenleyen senato kararında Denizcilik Yüksek Okuluna girebilmek için evli olmamak koşulu öngörülmüştür. Bu koşul Denizcilik Yüksek Okulunun Ulaştırma Bakanlığına bağlı bulunduğu dönemde de ilgili yönetmelik maddesi ile saptanmış bulunmaktaydı. Yüksek Denizcilik Okulunun Üniversiteye bağlı diğer eğitim kurumlarına benzemediği yatılı bir okul olması ve harp okullarına veya polis akademisine benzer nitelikte kendine özgü koşulları olan ve öğrenciliği evli olmakla bağdaşmayan bir eğitim kurumu olduğu bellidir. Davacının bu eğitim kurumu ile ilişkisi kesildikten sonra evlendiği konusunda bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. / O halde davacı af yasasıyla yeniden okula kayıt yaptırabilme niteliğini kaybetmiş bulunmaktadır. Çünkü 3248 sayılı Af Yasası bir okuldan kaydı silinen kişinin mutlak olarak yeniden aynı okula kaydının yapılması yolunda herhangi bir kural içermemektedir. Bu yasa eğitim kurumlarına girebilmek için yönetmeliklerle belirlenen nitelikleri kaydı silinen öğrenciler yönünden ortadan kaldırmamaktadır. Bu durumda okuldan kaydı silindikten sonra evlenen davacı Yüksek Denizcilik Okuluna girebilme niteliğini kaybettiğine göre af yasasından yararlandırılmamasında hukuka aykırılık yoktur”.



bitirdikleri tarihten itibaren subay nasbedilecekleri, aynı sınıfta subaylığa nasbedileceklerin sınav tarihleri arasında fark bulunduğu takdirde nasıpların her sınav döneminin en son sınav tarihinde birleştirileceği hükme bağlanmıştır. Bu hükme göre davacının 16.6.1994 tarihinden itibaren 30.6.1994 tarihinden geçerli olmak üzere subay nasbına engel bir hal bulunmamaktadır. Öte yandan, davacının kendi yaptığı hesaba göre okulun ‘farazi’ olarak kabul ettiği mezuniyet tarihinden bir gün önceki bir tarih olan 29.6.1994 tarihinde, kendisinden 10 yaş büyük bir bayanla evlilik yaparak, subay nasbedilmeden önce askeri öğrencilikten ayrılma amacına yönelik davranışının, Medeni Kanunun 2 nci maddesinde ifadesini bulan objektif hüsnüniyet kurallarına da uyarlı olmadığı açıktır. İdare Hukuku öğretisi ve yargısal kararlarında da ferdin idare hukuku alanında da hüsnüniyet kurallarına uygun hareket etmesi gerektiği kabul edilğinden; davacının sözkonusu davranışının bu değerlendirilmede de hukuka uygun olduğu kabul edilemez. ...” gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir<sup>27</sup>.

## SONUÇ

1. Milli Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Yönetmeliği, ortaöğretim kurumu ayrımı yapmaksızın, ortaöğretim kurumlarında eğitim görmek isteyen evli kişilerin bu okullara kayıt yaptırmasını yasaklamakta; bu okullarda eğitimlerini sürdüren öğrencilerin, Medeni Kanun uyarınca evlenme yaşına sahip olsalar bile, evlenmeleri halinde kayıtlarının silineceğini öngörmektedir. Bu düzenleme esas itibarıyla isabetlidir. Bununla birlikte, Türk Medeni Kanunu uyarınca gerekli evlenme yaşına sahip olmak kaydıyla, yurarda *Danıştay* tarafından da ifade edildiği üzere, devam zorunluluğu bulunmayan ortaöğretim kurumları açısından böyle bir sınırlama getirilmemelidir.

2. Polislik ve askerlik gibi belli bir mesleğe yönelik eğitim veren okullar açısından evli kişilerin bu okullara öğrenci olarak kabul edilmeleri ve bu okullarda öğrenci olarak bulunanların evlenmeleri yasaktır. Hatta bu yasak daha katı bir şekilde bulunmaktadır. Bu yasak, bu tür okulların “yatılı” eğitim vermeleri ve zorunlu olarak “disiplini” daha da ön planda tutmaları gerekçeleriyle mazur görülebilir.

---

<sup>27</sup> AYİM2D, E. 1994/1475, K. 1995/332, KT. 03.05.1995, AYİMD, 1996, sy. 10, s. 497-500.



# İDARİ YARGIDA MAHKEME KARARLARININ UYGULANMAMASI NEDENİYLE MANEVİ TAZMİNAT İSTEMİ

*Doç. Dr. Cemil KAYA\**

## GİRİŞ

İdarenin mahkeme kararlarını uygulaması ve bu kararların gereklerine göre işlem ya da eylemde bulunmak zorunda olması “hukuk devleti” ilkesinin bir gereğidir. Diğer bir ifadeyle idarenin hukuka uygun davranmasını sağlamada en etkili araç olan idari yargı yerlerince verilen kararların idare tarafından uygulanması zorunluluğu “hukuk devleti” ilkesinin bir gereğidir<sup>1</sup>. Bu ilke karşısında idarenin mahkeme kararlarını uygulamaktan başka bir seçeneği bulunmamaktadır. *Danıştay* tarafından da ifade edildiği üzere, “idarenin yargı kararlarını maksadına uygun biçimde uygulaması zorunluluğu, toplumda korunması gereken hukuk düzenince kişilere sağlanan hukuk güvenliği ve devlet işlemlerindeki istikrarın sonucudur”<sup>2</sup>.

Anayasa’da “*yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez*” (m. 138/4) hükmü yer almaktadır. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nda da “*Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemeleri-*

---

\* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

<sup>1</sup> D5D, E. 1986/1394, K. 1987/1740, KT. 09.12.1987, DD, 1988, sy. 70-71, s. 289; D7D, E. 1992/2106, K. 1993/3827, KT. 30.09.1993, DD, 1995, sy. 89, s. 464; D5D, E. 1993/2932, K. 1996/1469, KT. 08.04.1996, DD, 1997, sy. 92, s. 448; D5D, E. 1997/2609, K. 2000/437, KT. 09.02.2000, DD, 2001, sy. 104, s. 276; D5D, E. 2000/3316, K. 2004/3372, KT. 29.09.2004, DD, 2005, sy. 110, s. 179; DİDDK, E. 2006/1258, K. 2006/804, KT. 28.09.2006, DD, 2007, sy. 114, s. 46; D5D, E. 2007/81, K. 2009/1103, KT. 09.03.2009, DD, 2009, sy. 121, s. 228; D13D, E. 2007/15262, K. 2009/1606, KT. 10.02.2009, DD, 2009, sy. 121, s. 464; D2D, E. 2009/656, K. 2009/3376, KT. 06.10.2009, DD, 2010, sy. 123, s. 168.

<sup>2</sup> D10D, E. 2002/4061, K. 2004/5219, KT. 28.05.2004, DKD, 2005, sy. 6, s. 239.

nin esasa<sup>3</sup>ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur. Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez” (m. 28/1) kuralı bulunmaktadır. Benzer bir kurala 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu’nda “Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, altmış gün içinde işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur” (m. 63/2) hükmü ile yer verilmiştir.

Bununla birlikte, Anayasal ve yasal zorunluluk bu kadar açık olmasına rağmen idari yargıda mahkeme kararları bazen idareler tarafından uygulanmamaktadır. Bu durum ceza hukuku açısından suç olduğu gibi tazminat hukuku açısından da mali sorumluluk gerektirmektedir. İşte bu makalede Danıştay ve AYİM kararlarından hareketle ve genel olarak manevi tazminat davaları da dikkate alınarak idari yargıda mahkeme kararlarının uygulanmaması üzerine davacıların açtıkları tazminat davalarında talep ettikleri “manevi tazminat” istemleri ele alınacaktır.

## I. Tazminat Davalarında Manevi Tazminat İstemi

1. Mahkeme kararlarına göre işlem tesis edilmeyen veya eylemde bulunulmayan hallerde idare aleyhine maddi<sup>4</sup> ve manevi tazminat davası açılabilir (İYUK m. 28/3)<sup>5</sup>. Mahkeme kararlarının uygulanmaması nedeniyle manevi tazminat istemini (de) içeren tazminat davalarında, manevi tazminat ödenip ödenmeyeceği, ödenecekse miktarının nasıl takdir edileceği, faiz yürütülüp yürütülmeyeceği, yürütülecekse hangi tarihten itibaren yürütüleceği, kimlere ödeneceği önem arz etmektedir.

3 “Hukuk dilinde esas karar tanımı, yargı yerlerince ilk derece mahkemesi sıfatıyla verilen ve davanın tarafları arasındaki maddi uyumsuzluğu çözümlleyen kararlar için kullanılır”. D3D, E. 1998/1136, K. 1998/1337, KT. 22.04.1998, DD, 1999, sy. 98, s. 235.

4 “Maddi tazminat; idarenin belli bir eylem veya işleminden dolayı kişilerin malvarlığında meydana gelen eksilmeyi karşılama amacına yöneliktir”. D12D, E. 1978/1386, K. 1979/4784, KT. 13.12.1979, DD, 1980, sy. 38-39, s. 414. Aynı yönde bkz. D10D, E. 1983/945, K. 1984/663, KT. 28.03.1984, DD, 1985, sy. 56-57, s. 407; D10D, E. 1999/2162, K. 2000/5120, KT. 11.10.2000, DD, 2003, sy. 105, s. 557; D10D, E. 2007/8532, K. 2008/1231, KT. 18.03.2008, DD, 2008, sy. 119, s. 335.

5 Bkz. Altay, Evren, İdari Yargı Kararlarının Uygulanmamasından Doğan Uyuşmazlıklar, Turhan Kitabevi, Ankara 2004, s. 337 vd.

2. Her şeyden önce manevi zarar ve tazminat, maddi zarar ve tazminat-  
tan tamamen bağımsızdır<sup>6</sup>. Maddi ve manevi tazminat davalarının konuları,  
kapsamları ve amaçları birbirinden farklıdır. Maddi ve manevi zararların<sup>7</sup>  
tazminine karar verilebilmesi için gereken ölçütler de birbirinden farklıdır.  
Şöyle ki “bir hukuk süjesinin mal varlığında görülen ve parayla değerlendirile-  
bilen azalmanın veya çoğalma olanağından yoksunluğun idarenin hukuka  
aykırı eylem veya işlemiyle doğan zarar arasında nedensellik bağının bu-  
lunması halinde, maddi tazminat davasının konusunu oluşturacak olmasına  
karşılık, manevi tazminat, gerçekte bir tazmin aracı değil doyurma (tatmin)  
aracıdır. İdarenin hukuka aykırı eylem veya işlemi nedeniyle manevi değer-  
lerinde bir eksilme meydana gelen, duyduğu acı (elem, ıstırap), üzüntü ve  
sarsıntı nedeniyle yaşama zevki azalan kişiye manevi tazminat adı ile bir  
miktar para verilerek, onun bu yoldan doyurulması (tatmin edilmesi) sağla-  
nır”<sup>8</sup>.

3. Salt mahkeme kararlarının uygulanmaması idarenin tazminatla yü-  
kümlü tutulacağı anlamına gelmemektedir. Mahkeme kararlarının uygulan-  
maması idarenin ağır hizmet kusuru işlediği anlamına gelmekle birlikte bun-  
dan dolayı maddi ve manevi tazminat ödemekle yükümlü tutulabilmesi için  
sorumluluğun bütün şartlarının mevcut olması gerekmektedir. Bu itibarla  
ortada gerçekleşmiş/ihtimale dayalı olmayan “gerçek bir zararın”<sup>9</sup> mevcut  
olması, zararı doğuran olayın idareye yüklenebilir nitelikte bulunması ve  
zarar ile mahkeme kararının uygulanmaması arasında illiyet bağının bulun-  
ması gerekmektedir.

4. Mahkeme kararlarının uygulanmaması nedeniyle manevi tazminata  
hükmedilmesi açısından *Danıştay*'ın, olayda idarenin ağır hizmet kusurunu  
arayan kararları da bulunmaktadır. Bu kararlarda *Danıştay*, “... işlerin *Da-  
nıştay Dava Daireleri Kurulunun 17.1.1975 gün ve 1975/9 sayılı kararı ile*

---

6 **Güran**, Sait, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'ne Göre Manevi Tazminat, İÜSBFD, yıl  
1, 1983, sy. 1, s. 158-159.

7 Zarar deyimi, “bir hukuk süjesinin maddi veya manevi varlığında o süjenin isteği dışı  
ortaya çıkan kayıp ve eksiklikleri ifade eder”. D12D, E. 1976/2124, K. 1978/3879, KT.  
09.01.1978, DD, 1979, sy. 34-35, s. 588.

8 D5D, E. 1988/470, K. 1990/929, KT. 08.05.1990, DD, 1991, sy. 81, s. 179.

9 “Gerçek zarar ise; idari eylemin meydana geldiği an itibarıyla uğranılan ve tesbit edilebi-  
len zarar tutarıdır”. D10D, E. 2002/2036, K. 2004/91, KT. 12.01.2004, DKD, 2004, sy.  
5, s. 272.

*iptal edildiği halde davalı idarelerce bu iptal kararı icaplarına göre işlem yapılmadığı dosyada bulunan bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır. ... olayda davacıya manevi tazminat verilmesini gerektirecek nitelikte idarenin ağır bir hizmet kusuru görülmediğinden, davanın manevi tazminata ilişkin kısmının reddine*<sup>10</sup> ve “... olayda manevi tazminat verilmesini gerektirecek nitelikte idarenin ağır hizmet kusuru görülmediğinden manevi tazminata ilişkin istemin reddine” karar vermiştir<sup>11</sup>. Ancak, manevi tazminat açısından kusurun derecesinin ya da varlığının önemi olmamalıdır. Yani, idarenin ağır hizmet kusuru olmasa ya da olayda idarenin kusursuz sorumluluğuna<sup>12</sup> dayanıl- sa da manevi tazminata hükmetmek mümkün olmalıdır<sup>13</sup>.

## II. Manevi Tazminatın Konusu

1. Manevi tazminatın konusunu oluşturacak hususların nelerden ibaret olduğunu *Danıştay* kararlarından hareketle ortaya koyabiliriz. *Danıştay*, çeşitli kararlarında, genel olarak manevi tazminat istemiyle açılan davalarda, manevi tazminata yol açabilecek durumları şu şekilde ortaya koymuştur: “Manevi tazminat idarenin mevzuata aykırı olan eylem ve işlemi sonucunda şeref ve haysiyetin rencide edilmesi veya maddi ve manevi elem ve ızdırap husule gelmesi halinde bahis konusu olur”<sup>14</sup>. “İdare hukuku ilkelerine göre manevi tazminata, bir kişinin (mal varlığına dâhil olmayan) şöhret, şeref, telif hakkı, hayat hakkı, bedensel bütünlük gibi kişiliğine sınımsız bağlı haklara yöneltilmiş bir zararın varlığı halinde hükmolunur”<sup>15</sup>. “Manevi tazminat için esas olan düşünce, kişinin ruhi ve bedeni huzurundaki bozulmayı imkân

<sup>10</sup> DDDK, E. 1975/315, K. 1976/182, KT. 25.06.1975, DD, 1977, sy. 24-25, s. 139.

<sup>11</sup> Örnek olarak bkz. DDDK, E. 1979/371, K. 1981/960, KT. 16.10.1981, DD, 1982, sy. 46-47, s. 151.

<sup>12</sup> **Aksi yönde bkz.** “Bir idari işlemin iptali sebebiyle ilgili lehinde manevi tazminata hükmedilebilmesi, işlemin tesisinde idarenin kusurunun tesbitine bağlıdır. Davacının görevden alınmasına dair Bakanlar Kurulu kararı, dayanağını teşkil eden davacı işlemleri ve davranışlarının değerlendirilmesi yerinde görülmeyerek maksat yönünden iptal edilmiş bulunduğu cihetle bir hizmet kusurundan bahsedilemeyeceğinden, davacının manevi tazminat talebi yerinde görülmemiştir”. DDDK, E. 1967/727, K. 1969/78, KT. 31.01.1969, DKD, 1970, sy. 131-134, s. 142.

<sup>13</sup> **Akyılmaz,** Bahtiyar, İdari Yargıda Tazminat Şekilleri ve Hesaplanması, Selçuk Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Süleyman Arslan’a Armağan, c. 6, 1998, sy. 1-2, s. 207.

<sup>14</sup> D5D, E. 1972/3452, K. 1977/152, KT. 24.01.1977, DD, 1978, sy. 28-29, s. 378.

<sup>15</sup> D13D, E. 1976/1291, K. 1977/1434, KT. 27.04.1977, DD, 1978, sy. 28-29, s. 730.

nisbetinde gidermek, çekilen üzüntü ve ıstırapı telafi edebilmektir”<sup>16</sup>. “Manevi tazminat, idarenin işlem veya eylemlerinden kaynaklanan zarar nedeniyle duyulan elem ve ızdırabı belirlemek ve karşılığında hiçbir şekilde parayla giderilmeyecek olan bu elem ve ızdırabı kısmen de olsa hafifletmek amacını taşımaktadır”<sup>17</sup>. “İdare hukuku ilkelerine göre, manevi tazminata hükmedilebilmesi için idarenin işlem veya eylemi sonucunda ağır bir elem ve üzüntünün duyulmuş olması ya da ilgilinin şeref ve onurunun zedelenmesi gerekir”<sup>18</sup>. “Manevi tazminat gerçekte bir tazmin aracı değil, tatmin aracıdır. Manevi değerlerinde bir eksilme meydana gelen duyduğu acı, elem, ızdırıp, üzüntü ve sarsıntı nedeniyle yaşama zevki azalan kişiye manevi tazminat adı altında verilecek miktardır”<sup>19</sup>. “İdare hukuku ilkelerine göre manevi tazminata hükmedilebilmesi için, idarenin hukuka aykırı bir işlemi veya eylemi sonucu ağır bir elem ve üzüntünün duyulmuş olması ya da ilgilinin şeref ve onurunun zedelenmiş bulunması veya kişinin fizik yapısını zedeleyen, yaşama ve kazanma gücünün azalması sonucunu doğuran olayların meydana gelmesi gerek(ir)”<sup>20</sup>. “Manevi tazminat, sadece kişinin şeref ve haysiyeti gibi manevi değerlerin değil; yaşam, beden tümlüğü, sağlık gibi kişilik haklarına dâhil olan bedensel değerlerinin ihlali halinde de ilgilinin duyduğu elem ve üzüntünün kısmen giderilmesini sağlayan manevi bir tatmin aracıdır”<sup>21</sup>. “Manevi tazminat, sadece manevi değerlerde meydana gelen eksilmelerle sınırlı bir giderim yolu değildir. Aynı zamanda kişinin, yaşamında ortaya çıkan olumsuzluklar nedeniyle duyduğu her türlü sıkıntı ve üzüntüden kaynaklanan manevi zararların da manevi tazminat ödenerek giderilmesi gerekir”<sup>22</sup>. “Manevi zarar, kişinin fizik yapısını zedeleyen, yaşa-

---

<sup>16</sup> D12D, E. 1976/2956, K. 1978/5326, KT. 29.12.1978, DD, 1979, sy. 34-35, s. 585.

<sup>17</sup> D10D, E. 1983/945, K. 1984/663, KT. 28.03.1984, DD, 1985, sy. 56-57, s. 408.

<sup>18</sup> D5D, E. 1988/3291, K. 1988/2865, KT. 06.12.1988, DD, 1989, sy. 74-75, s. 313.

<sup>19</sup> D10D, E. 1994/7359, K. 1995/3559, KT. 12.07.1995, DD, 1996, sy. 91, s. 1114.

<sup>20</sup> D5D, E. 1998/2407, K. 1999/222, KT. 02.02.1999, DD, 2000, sy. 101, s. 382. **Aynı yönde bkz.** DİDDGK, E. 1996/635, K. 1998/649, KT. 11.12.1998, DD, 1999, sy. 100, s. 61; D10D, E. 2002/4177, K. 2003/1089, KT. 25.03.2003, DKD, 2003, sy. 2, s. 341; D13D, E. 2005/1819, K. 2005/4728, KT. 26.09.2005, DD, 2006, sy. 111, s. 390; D5D, E. 2007/1088, K. 2007/4905, KT. 26.09.2007, DD, 2008, sy. 117, s. 154-155; D10D, E. 2004/11213, K. 2007/4449, KT. 28.09.2007, DD, 2008, sy. 117, s. 280.

<sup>21</sup> D10D, E. 1997/3244, K. 1999/4801, KT. 12.10.1999, DD, 2001, sy. 103, s. 883.

<sup>22</sup> D5D, E. 1999/2053, K. 2002/3798, KT. 11.10.2002, DKD, 2003, sy. 1, s. 199.

ma gücünü azaltan olaylar nedeniyle duyulan acıyı, ıstırabı veya kişilik haklarının zedelenmesi nedeniyle şeref ve haysiyetinin rencide edilmesini ifade ettiği gibi; günlük yaşamı zorlaştıran belli ağırlıktaki her türlü üzüntü ve sıkıntıyı da kapsamaktadır”<sup>23</sup>. “Diğer taraftan, tazminat sadece maddi değerlerde meydana gelen eksilmelerle sınırlı bir giderim yolu değildir. Aynı zamanda kişinin, yaşamında ortaya çıkan olumsuzluklar nedeniyle duyduğu her türlü sıkıntı ve üzüntüden kaynaklanan manevi zararların da manevi tazminat ödenerek tazmini Anayasal ve yasal düzenlemelerin içi(dir)”<sup>24</sup>. Son yıllarda manevi tazminatın kapsamını daha geniş tutan bir Danıştay kararında ise şu saptamada bulunulmuştur: “Manevi tazminat, elem ve ızdırıp duyulması, haysiyet ve şerefın rencide edilmesi, manevi değerlerin ve yaşama zevklerinin azalması nedeniyle uğranılan manevi zararlarla sınırlı olmayıp, hukuka aykırı herhangi bir olumsuz tavır ve eylem nedeniyle ilgilinin günlük yaşamını etkileyecek ölçüde üzüntü ve sıkıntı duyulması şeklindeki manevi zararların da giderilmesi amacını taşımaktadır”<sup>25</sup>.

Bir kararında *Danıştay*, mahkeme kararlarını uygulamama nedeniyle manevi tazminata hükmedilebilmesi için “idarenin hukuka aykırı bir işlemi veya eylemi sonucu ağır bir elem ve üzüntünün duyulmuş olması ya da ilgilinin şeref ve onurunun zedelenmiş bulunması veya kişinin fiziki yapısını zedeleyen, yaşama ve kazanma gücünün azalması sonucunu doğuran olayların meydana gelmesi gerek(tiğine)” hükmetmiştir<sup>26</sup>.

<sup>23</sup> D10D, E. 2007/3301, K. 2008/2939, KT. 29.04.2008, DD, 2008, sy. 119, s. 330.

<sup>24</sup> D5D, E. 2000/3316, K. 2004/3372, KT. 29.09.2004, DD, 2005, sy. 110, s. 180. Aynı yönde bkz. “... davacının Genel Başkanı olduğu [Türkiye Kızılay Derneği] derneğin ve dernek yönetimi ile ilgili tasarrufların kamuoyu tarafından yakından izlenmesi nedeniyle davacı hakkında tesis edilen işlemler kamuoyunun bilgisi dahilindedir. Bu nedenle davacı hakkında verilen yargı kararının uygulanmamasının davacının kişisel haklarının zedelenmesine ve üzüntüsüne neden olduğu açıktır. Bu nedenle, davalı idarenin olaydaki ağır hizmet kusuru dikkate alınarak manevi tazminatın manevi tatmin aracı olma niteliği de gözönünde bulundurulmak suretiyle, davacının duyduğu acı ve üzüntünün kısmen de olsa giderilmesi amacıyla takdiren 30.000 YTL (otuz bin YTL) manevi tazminatın davalı idare tarafından yasal faiziyle birlikte davacıya ödenmesi gerektiği sonucuna varılmıştır”. D10D, E. 2004/13990, K. 2007/739, KT. 27.02.2007, DD, 2007, sy. 116, s. 305-306.

<sup>25</sup> D10D, E. 2005/7545, K. 2007/5333, KT. 20.11.2007, DD, 2008, sy. 118, s. 324.

<sup>26</sup> DİDDGK, E. 1996/623, K. 1998/276, KT. 12.06.1998, DD, 1999, sy. 98, s. 52; D2D, E. 2007/1297, K. 2007/3247, KT. 13.07.2007, DD, 2008, sy. 117, s. 106.



O halde şöhret, şeref, onur ve haysiyetin rencide edilmesi, elem, ızdırap, acı, üzüntü ve sarsıntı duyulması, telif hakkı, yaşam hakkı, bedensel bütünlük ve sağlık hakkının ihlal edilmesi manevi tazminata yol açmaktadır. Çünkü bu durumlar kişinin fizik yapısının, ruhi ve bedeni huzurunun bozulmasına, yaşama zevkinin azalmasına, kazanma gücünün azalmasına, kişilik haklarının zedelenmesine neden olmaktadır.

2. Mahkeme kararlarının uygulanmaması nedeniyle manevi tazminat istemli olarak açılan davalarda *Danıştay*, mahkeme kararının 10 gün gecikmeli uygulanması nedeniyle Şubat dönemi sınavlarına girmesi engellenen öğrenciye 200.000 lira manevi tazminat ödenmesine hükmeden İdare Mahkemesi kararını onamıştır<sup>27</sup>. Yine bir uyuşmazlıkta idarenin mahkeme kararını değiştirerek uygulaması/aynen uygulamaması nedeniyle davacının, idarenin bu tutumundan dolayı duyduğu *üzüntünün* giderilebilmesi amacıyla 1.000.000 TL manevi tazminata hükmetmiştir<sup>28</sup>. Yurt dışı görevden yurt içi göreve atanmasına ilişkin işlemin iptal edilmesiyle mahkeme kararının uygulanmaması üzerine açılan manevi tazminat davasında “... olayın ilgilinin onur ve saygınlığını incitecek bir yönü bulunmaması ve doğurduğu üzüntünün manevi tazminatı gerektirmeyeceği” gerekçesiyle istemin reddine karar vermiştir<sup>29</sup>. Bir diğer uyuşmazlıkta, “memuriyet intibakına ilişkin yargı kararını 6 ayı aşan süre içinde idareye uygulatabmayan davacının, idarenin bu hukuk dışı tutum ve davranışı nedeniyle üzüntü ve sıkıntı çektiği, böylece manevi zarara uğradığı açık olup; olayın oluşumu ve niteliği dikkate alınarak takdir edilecek manevi tazminatın da ağır hizmet kusuru bulunan idareden tahsili gerekir” şeklinde karar verilmiştir<sup>30</sup>. Yine “... işlemin iptali yolundaki ... yargı kararının uygulanmaması nedeniyle davacının, idarenin bu hukuk dışı tutum ve davranışı nedeniyle üzüntü ve sıkıntı çektiği, böylece manevi zarara uğradığı açık olup, olayın oluşumu ve niteliği dikkate alınarak, manevi tazminat takdir edilmesi gerektiği açıktır. / ... davacı hakkında verilen yargı kararının uygulanmaması nedeniyle takdiren 5.000.000.000 lira manevi tazminatın davalı idare tarafından davacıya ödenmesi gerektiği sonucuna

---

<sup>27</sup> D8D, E. 1987/287, K. 1988/921, KT. 24.11.1988, DD, 1989, sy. 74-75, s. 512-513.

<sup>28</sup> D10D, E. 1995/216, K. 1997/1560, KT. 05.05.1997, DD, 1998, sy. 94, s. 722-723.

<sup>29</sup> D5D, E. 1976/7868, K. 1977/4694, KT. 19.10.1977, Danıştay Beşinci Daire Kararları, Ankara 1983, Birinci Kitap, (1970-1981), c. II, s. 503-504.

<sup>30</sup> D5D, E. 1999/2053, K. 2002/3798, KT. 11.10.2002, DKD, 2003, sy. 1, s. 199.

varılmıştır”<sup>31</sup>. Lise 3. Sınıfta girdiği tarih dersi tek ders sınavının geçersiz sayılması suretiyle diploma verilmemesi işlemine karşı açılan davada *Danıştay*, verilen yürütmeyi durdurma kararının uygulanmaması nedeniyle duyulan “*elem ve ızdıraba*” karşılık 1.000 TL manevi tazminata hükmetmiştir<sup>32</sup>. Mahkeme kararının uygulanmaması nedeniyle duyulan üzüntü, davacının toplumsal durumu ve mesleki özelliği<sup>33</sup>; duyulan manevi ızdırap ve mesleki onur ve saygınlığının zedelenmesi<sup>34</sup> dikkate alınarak manevi tazminata hükmedilmesine karar verilmiştir. Bunlar gibi mahkeme kararının uygulanmaması nedeniyle duyulan “üzüntü” nedeniyle manevi tazminata hükmeden *Danıştay* ve *AYİM* kararları bulunmaktadır<sup>35</sup>.

- 
- <sup>31</sup> D5D, E. 2000/3316, K. 2004/3372, KT. 29.09.2004, DD, 2005, sy. 110, s. 180. **Aynı yönde bkz.** “... davacının Genel Başkanı olduğu [Türkiye Kızılay Derneği] derneğin ve dernek yönetimi ile ilgili tasarrufların kamuoyu tarafından yakından izlenmesi nedeniyle davacı hakkında tesis edilen işlemler kamuoyunun bilgisi dahilindedir. Bu nedenle davacı hakkında verilen yargı kararının uygulanmamasının davacının kişisel haklarının zedelenmesine ve üzüntüsüne neden olduğu açıktır. Bu nedenle, davalı idarenin olaydaki ağır hizmet kusuru dikkate alınarak manevi tazminatın manevi tatmin aracı olma niteliği de gözönünde bulundurulmak suretiyle, davacının duyduğu acı ve üzüntünün kısmen de olsa giderilmesi amacıyla takdiren 30.000 YTL (otuz bin YTL) manevi tazminatın davalı idare tarafından yasal faiziyle birlikte davacıya ödenmesi gerektiği sonucuna varılmıştır”. D10D, E. 2004/13990, K. 2007/739, KT. 27.02.2007, DD, 2007, sy. 116, s. 305-306.
- <sup>32</sup> D11D, E. 1979/54, K. 1980/129, KT. 14.01.1980, *Danıştay Onbirinci Daire Kararları* (1971-1981), Ankara 1984, s. 295-296. **Aynı yönde bkz.** D12D, E. 1969/749, K. 1969/1774, KT. 27.11.1969, *Danıştay Onikinci Daire Kararları, Birinci Kitap*, c. II, Ankara 1976, s. 265; D10D, E. 1968/708, K. 1968/2032, KT. Yok, *Danıştay Onuncu Daire Kararları*, Ankara 1972, s. 308; D10D, E. 1968/475, K. 1968/2193, KT. Yok, *Danıştay Onuncu Daire Kararları*, Ankara 1972, s. 308; D10D, E. 1968/45, K. 1969/18, KT. Yok, *Danıştay Onuncu Daire Kararları*, Ankara 1972, s. 308-309; D10D, E. 1968/1522, K. 1969/824, KT. Yok, *Danıştay Onuncu Daire Kararları*, Ankara 1972, s. 310; D5D, E. 1970/5017, K. 1971/898, KT. 01.03.1971, *Danıştay Beşinci Daire Kararları*, Ankara 1983, *Birinci Kitap*, (1970-1981), c. II, s. 499; D5D, E. 1976/5291, K. 1978/3368, KT. 28.11.1978, *Danıştay Beşinci Daire Kararları*, Ankara 1983, *Birinci Kitap*, (1970-1981), c. II, s. 504-505.
- <sup>33</sup> D5D, E. 1970/6268, K. 1970/5782, KT. 14.12.1970, *Danıştay Beşinci Daire Kararları*, Ankara 1983, *Birinci Kitap*, (1970-1981), c. II, s. 498.
- <sup>34</sup> D5D, E. 1970/5017, K. 1971/898, KT. 01.03.1971, *Danıştay Beşinci Daire Kararları*, Ankara 1983, *Birinci Kitap*, (1970-1981), c. II, s. 499.
- <sup>35</sup> D8D, E. 1968/4096, K. 1969/4139, KT. 25.11.1969, *Danıştay Sekizinci Daire Kararları*, Ankara 1974, s. 426. **Aynı yönde bkz.** D10D, E. 1968/921, K. 1968/1929, KT. Yok, *Danıştay Onuncu Daire Kararları*, Ankara 1972, s. 307-308; D5D, E. 1970/6268, K. 1970/5782, KT. 14.12.1970, *Danıştay Beşinci Daire Kararları*, Ankara 1983, *Birinci Kitap*, (1970-1981), c. II, s. 498; D5D, E. 1969/3681, K. 1971/1761, KT. 07.04.1971, Da-

Buna karşılık, akaryakıt istasyonuna ruhsat verilmemesi işlemine karşı açılan davada verilen yürütmeyi durdurma kararının geç uygulanması nedeniyle uğranılan kar mahrumiyeti ve ticari itibarın sarsılmasından dolayı açılan maddi ve manevi tazminat davasında maddi tazminat istemini uygun bulan *Danıştay*, davacının ticari itibarını sarsan ve manevi varlığını tehdit eder nitelikte bir zararın mevcut olmadığı gerekçesiyle manevi tazminat istemini uygun bulmamıştır<sup>36</sup>. Aynı şekilde müsteşarlıktan müşavirliğe atanmasına ilişkin işlemin iptal edilmesine rağmen davacının, kararın uygulanmaması nedeniyle “onurunun kırıldığına” dayalı manevi tazminat istemi reddedilmiştir<sup>37</sup>.

### III. Manevi Tazminatın Fonksiyonu

1. *Danıştay* içtihatlarına göre manevi tazminat, “temelde gerçek bir tazmin aracı olmayıp doğrudan doğruya bir manevi tatmin aracıdır. Bir idari işlem veya eylem nedeniyle ızdırap duyan kişiye sadece tatmin aracı olan bir miktar para verilerek bu üzüntü ve sıkıntının tam olmasa bile bir miktar azaltılması temel amaçtır”<sup>38</sup>. Diğer bir ifadeyle manevi tazminat, “patrimuanda meydana gelen bir eksilmeyi karşılamaya yönelik bir tazmin aracı olmayıp, manevi tatmin aracıdır. Başka türlü giderim yollarının bulunmayışı veya yetersiz kalışı, manevi tazminatın parasal olarak belirlenmesini zorunlu hale getirmektedir”<sup>39</sup>. O halde manevi tazminat, uğranılan zararı tazmin işlevi

---

nıştay Beşinci Daire Kararları, Ankara 1983, Birinci Kitap, (1970-1981), c. II, s. 499-500; AYİM2D, E. 1986/80, K. 87/124, KT. 24.06.1987, AYİMD, 1993, sy. 7/2, s. 1070.

<sup>36</sup> D11D, E. 1973/1350, K. 1976/2732, KT. 31.05.1976, Danıştay Onbirinci Daire Kararları (1971-1981), Ankara 1984, s. 295.

<sup>37</sup> D5D, E. 1972/6341, K. 1973/4069, KT. 11.06.1973, Danıştay Beşinci Daire Kararları, Ankara 1983, Birinci Kitap, (1970-1981), c. II, s. 500-501.

<sup>38</sup> D6D, E. 2001/1396, K. 2002/2298, KT. 16.04.2002, DKD, 2003, sy. 1, s. 249. **Benzer şekilde bkz.** D6D, E. 1999/1643, K. 2000/2469, KT. 26.04.2000, DD, 2001, sy. 104, s. 316; DİDDK, E. 2009/901, K. 2010/903, KT. 29.04.2010, DD, 2010, sy. 125, s. 46.

<sup>39</sup> D5D, E. 2000/3316, K. 2004/3372, KT. 29.09.2004, DD, 2005, sy. 110, s. 180. **Aynı yönde bkz.** D10D, E. 2002/4177, K. 2003/1089, KT. 25.03.2003, DKD, 2003, sy. 2, s. 341; D6D, E. 2004/359, K. 2004/1691, KT. 19.03.2004, DKD, 2004, sy. 5, s. 187; D10D, E. 2002/6052, K. 2004/472, KT. 21.01.2004, DKD, 2005, sy. 6, s. 275; D5D, E. 2000/3316, K. 2004/3372, KT. 29.09.2004, DD, 2005, sy. 110, s. 180; D10D, E. 2004/11213, K. 2007/4449, KT. 28.09.2007, DD, 2008, sy. 117, s. 280; D10D, E. 2005/7545, K. 2007/5333, KT. 20.11.2007, DD, 2008, sy. 118, s. 324; D10D, E. 2004/6540, K. 2007/4237, KT. 19.09.2007, DD, 2008, sy. 118, s. 327.

görmesinden ziyade zarar gören kişinin manevi açıdan tatmin edilmesi fonksiyonu görür.

#### IV. Manevi Tazminat Talebinde Bulunacak Kişi

1. Genel olarak manevi tazminatın zarar görenin bizzat kendisi veya ona çok yakın olan kişiler tarafından talep edilebileceği kabul edilmektedir. Bu anlamda eşler, usul ve fûru ve kardeşler manevi tazminat talebinde bulunabilir<sup>40</sup>.

2. *Danıştay*, genel olarak, şartların varlığı halinde tüzel kişilerin de manevi tazminat talebinde bulunabileceklerini kabul etmektedir<sup>41</sup>. Yüksek Mahkemeye göre, “idari eylem ve işlemde zarar gören, gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir ve tüzel kişinin uğradığı maddi ve manevi zarar, idare hukukunun tazminat ile ilgili kuralları çerçevesinde idarece giderilir”<sup>42</sup>. Yine bir siyasi partiye ait telefon konuşmalarının mahkeme kararı olmaksızın dinlendiğinden bahisle uğranıldığı öne sürülen zarara karşılık 20.000.000.000 TL manevi zararın tazmini istemiyle açılan davada *Danıştay*, İdare Mahkemesi tarafından hükmedilen 1.000.000.000 lira manevi tazminat kararını, temyiz üzerine onamıştır<sup>43</sup>. Aynı şekilde bir şirketin ihalelere katılmaktan yasaklanması işlemini iptal ettirmesi üzerine 100.000 TL maddi ve 100.000 TL manevi zararın yasal faiziyle birlikte tazmini istemiyle açtığı davada, İdare Mahkemesi’nin davayı reddetmesi üzerine kararın temyizi aşamasında *Danıştay* şu gerekçelerle manevi tazminata hükmedilmesi gerektiğine karar vermiştir<sup>44</sup>: “Manevi tazminat, kişilik haklarının ihlali halinde meydana gelen eksilmenin, başka türlü giderim yolunun bulunmaması nedeniyle uğranılan manevi zararın kısmen de olsa giderilmesini sağlayan bir manevi tatmin aracıdır. Tüzel kişilerin kişilik haklarını, saygınlık, ticari itibar, sosyal ilişkiler bakımından sahip olunan değer, diğer kurumlar

<sup>40</sup> Atay – Odabaşı, s. 194.

<sup>41</sup> Esin, Yüksel, *Danıştay’da Açılacak Tazminat Davaları*, İkinci Kitap: Esas, İdarenin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 1973, s. 453. Bu konuda özel hukuktaki tartışmalar için bkz. Genç Arıdemir, Arzu, *Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat*, XII Levha, İstanbul 2008, s. 187 vd.

<sup>42</sup> D12D, E. 1977/3288, K. 1979/2828, KT. 28.06.1979, DD, 1981, sy. 40-41, s. 383.

<sup>43</sup> D10D, E. 2002/6052, K. 2004/472, KT. 21.01.2004, DKD, 2005, sy. 6, s. 275.

<sup>44</sup> D13D, E. 2007/10326, K. 2008/8324, KT. 26.12.2008, DD, 2009, sy. 121, s. 484-485.

nezdindeki algılanış, mesleki çevrelerdeki konum, güvenilirlik gibi değerler oluşturmaktadır. Tüzel kişiliğin, saygınlığını yitirmesine, değer kaybına uğramasına veya amaçlarını gerçekleştirmek bakımından zor duruma düşürülmesine yol açan hukuka aykırı tasarrufların manevi zarara yol açtığı kabul edilerek bu tür zararların tazmini gerektiği kuşkusuzdur. / Davacı şirket tarafından, NATO güvenlik belgesine sahip olduğu, vergi dairesince yapılan yasaklama kararından önceki yıla ait Kurumlar Vergisi sıralamasında 3. sırada yer aldığı, davacının yıllardır saygın bir kuruluş olarak tanınan ve tercih edilen bir firma olduğu, ancak yasaklama kararının verilmesinden sonra belli istekliler arasında yapılan ihalelere ve askeri kurumlarca yapılan ihalelere davet edilmediği, yıllar süren emekle elde edilen ün ve itibarın kaybedildiği, Nato güvenlik belgesinin işlevsiz hale geldiği, iş ve müşteri çevrelerinde davacı şirkete şüpheyile bakıldığı, şirketin iflas etme ihtimali karşısında şirket ortakları ve çalışanlarının büyük moral çöküntü içine girdikleri ve işlerini kaybetme korkusu ve gelecek endişesi yaşadıkları, bu durumun davacı şirketin manevi şahsiyetini yıkıcı derecede olumsuz etkilediğinin ileri sürülmesi, yasaklama işleminin davacı şirketin ihalede hile yaptığı ileri sürülerek tesis edilmesi karşısında hukuka aykırı olduğu yargı kararıyla belirlenmiş olan yasaklama kararı nedeniyle davacı şirketin ticari itibarının ve saygınlığının zedelendiğinin, manevi zarara uğradığının kabulü gerektiğinden manevi tazminatın niteliği ve meydana gelen zararın ağırlığı da dikkate alınarak belirlenecek manevi tazminatın ödenmesi yönünde hüküm kurulması gerekirken İdare Mahkemesince, ihalelere katılmaktan yasaklamaya ilişkin işlemin idarenin olağan işlemlerinden olduğu ve manevi tazminata hükmedilmesini gerektirir nitelikte bulunmadığı gerekçesiyle manevi tazminat isteminin reddine karar verilmesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır”.

**3. Danıştay,** mahkeme kararlarının uygulanmaması nedeniyle gerçek kişiler yanında şartların varlığı halinde tüzel kişilerin de manevi tazminat isteminde bulunabileceklerini kabul etmektedir. Danıştay’ın bu yaklaşımı isabetlidir. Zira bir mahkeme kararının uygulanmaması nedeniyle bir tüzel kişinin ticari itibar ve ününün zedelenmesi mümkün olabilir. Elektrik Mühendisleri Odası tarafından açılan bir davada *Danıştay* tarafından verilen iptal kararının davalı idare tarafından uygulanmaması nedeniyle kamuoyunda imajının zedelendiği ve değer kaybına uğradığı iddiasıyla manevi tazminat istemiyle açtığı davada *Danıştay*, olayda idarenin mahkeme kararını uygulamaması durumunun gerçekleşmediği tespitini yaptıktan sonra, “yargı kara-

rının idare tarafından uygulanmaması nedeniyle açılan manevi tazminat davalarında, tazminata hükmedilebilmesi; yargı yerlerince verilen kararın idare tarafından uygulanmamasıyla birlikte ancak bir manevi zararın mevcut olması halinde mümkün olabilecektir. / Manevi tazminat; kişinin manevi değerlerinde meydana gelen eksilme ile duyulan acı, üzüntü ve sarsıntının bir miktar parayla kısmen de olsa hafifletilmesini sağlamak amacıyla yönelik olup, bir manevi tatmin aracıdır. / Manevi tazminatın bu niteliği dikkate alındığında, manevi tazminata hükmedilmesini gerektirecek zarar; ölüm, bedensel zarar ve kişilik haklarına saldırı hallerinde söz konusu olabilecektir. Gerçek kişiler yanında, tüzel kişilerin de kişilik haklarına yönelik bir saldırı nedeniyle manevi zarara uğrayabilecekleri, bu tür zararların da tazmini gerektiği açıktır. / Ancak, idare hukuku çerçevesinde, bir tüzel kişiliğin manevi zararından söz edilebilmesi için, idari tasarrufun hukuka aykırı oluşu tek başına yeterli değildir. İdarenin, hukuka aykırı tasarrufuyla, tüzel kişiliğin itibarını zedelemesi veya tüzel kişiliğin faaliyetlerini açıkça olumsuz biçimde etkilemesi halinde, idarenin manevi tazminat sorumluluğunun varlığı kabul edilebilir. / Dava dosyasının incelenmesinden; davacı Elektrik Mühendisleri Odası tarafından, Bakanlar Kurulunun ... Resmi Gazetede yayımlanan Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kuruluşu ve İşletilmesi Hakkındaki ... kararı ile Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının anılan Kararnamenin Uygulama Usul ve Esaslarına İlişkin Tebliğinin iptali istemiyle açılan dava, dairemizce verilen ... yürütmenin durdurulması kararından sonra, dönemin Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanının çeşitli basın kuruluşlarında yer alan, yap-işlet-devret modeli için ayrı yasa hazırlandığı ve ihalelerin sonuçlandırılacağı şeklindeki beyanatlarının davacı tarafından, Danıştay kararının uygulanmaması anlamına geleceği, bundan dolayı manevi zarara uğranıldığı belirtilerek, tüzel kişilik olan davacı oda tarafından, manevi tazminat istemiyle, bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır. / Bu durumda, Elektrik Mühendisleri Odasının kişilik haklarına yönelik doğrudan bir saldırı hali mevcut değilken, Danıştay kararının davalı idarelerce uygulanmaması sonucunda kamuoyunda imajının zedelenmesi ve değer kaybına uğraması söz konusu olamayacağından, olayda, manevi tazminat verilmesini gerektirecek koşullar bulunmamaktadır. Kaldı ki, dosya içeriğinden, Danıştay kararının davalı idarelerce uygulanmaması durumunun da gerçekleşmediği sonucuna var(mıştır)<sup>45</sup>.

---

<sup>45</sup> D10D, E. 1997/3081, K. 2000/1961, KT. 27.04.2000, DD, 2003, sy. 105, s. 561.

## V. Manevi Tazminatın Hesaplanması

1. İdare hukukunda manevi tazminat “mahkemenin takdirine<sup>46</sup> taalluk” eder<sup>47</sup>. İdare hukukunda manevi tazminatın dayanağını yargı içtihatları oluşturur. Bu itibarla, idare hukukunda Borçlar Kanunu hükümlerine dayanarak manevi tazminata hükmedilemez<sup>48</sup>. Manevi tazminat hesaplanırken zarara uğrayanın çektiği, katlandığı ve duyduğu manevi zararlar ile ileride çekeceği, katlanacağı ve duyacağı manevi zararlar dikkate alınmalıdır<sup>49</sup>. Manevi tazminat, çekilen acı ve üzüntüyü tamamen ortadan kaldırmamakla birlikte, kısmen de olsa telafi edebilecek nitelikte olmalıdır<sup>50</sup>. Manevi zararın parasal anlamda tam bir karşılığını tespit etmek mümkün olmamakla birlikte, bu tür zararların tazmini para ile gerçekleşmekte; tabiri caizse, ödenen para ile uğranılan manevi zararların izlerinin silinmesi amaçlanmaktadır<sup>51</sup>. Şu da bir gerçektir ki kişinin iç dünyasında gerçek zararını saptamak ne kadar imkânsız ise bunu tazminatla gidermek de o kadar imkânsızdır<sup>52</sup>. Buna rağmen manevi tazminat davalarında idari yargı organları, davacı ve davalının durumunu isabetli ve objektif şekilde değerlendirerek bir karara varmalıdır<sup>53</sup>.

---

46 Bu durumun Anayasa'nın 138. maddesinde yer alan hâkimlerin vicdani kanaatlerine göre karar verme ilkesinin doğal sonucu olduğu ifade edilmektedir. **Güran**, Sait, Türk İdare Hukukunda Tazminat Miktarının Saptanması, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, (Ankara, 12-13 Mayıs 1979), İstanbul 1980, s. 164.

47 D12D, E. 1976/2956, K. 1978/5326, KT. 29.12.1978, DD, 1979, sy. 34-35, s. 585; DİDDK, E. 2003/57, K. 2005/237, KT. 14.04.2005, DD, 2005, sy. 110, s. 53; D10D, E. 2003/630, K. 2006/1981, KT. 20.03.2006, DD, 2006, sy. 113, s. 313; DİDDK, E. 2004/753, K. 2007/2323, KT. 22.11.2007, DD, 2008, sy. 118, s. 85.

48 D5D, E. 1991/3619, K. 1991/2346, KT. 05.12.1991, DD, 1992, sy. 84-85, s. 347. “İdari rejimde, idari yargı yerlerinin, idarenin sorumluluğunu düzenlemeyen özel hukuk hükümlerine dayanarak karar vermesi doğru değildir. Bu hükümlerden, idarenin sorumluluğu konusunda, ancak esinlenilebilir”. **Akyılmaz**, s. 218.

49 **Güran**, Tazminat Miktarının Saptanması, s. 157. “Zaten bu yüzden hem zarar, hem de manevi tazminat miktarı ‘takteren’ hesaplanıp, ‘kısmen telafi, tahfif, tatmin’ etmek üzere hükümlenmektedir”. **Güran**, Tazminat Miktarının Saptanması, s. 157.

50 **Akyılmaz**, s. 204.

51 **Atay**, Ender Ethem – **Odabaşı**, Hasan, Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2010, s. 191.

52 **Güran**, Tazminat Miktarının Saptanması, s. 156-157.

53 **Güran**, Tazminat Miktarının Saptanması, s. 161.

2. Manevi tazminat hesaplanırken, “manevi tazminatın manevi tatmin aracı olmasından dolayı zenginleşmeye<sup>54</sup> yol açmayacak miktarda; fakat idarenin olaydaki kusurunun niteliği ve ağırlığını ifade edecek ölçüde belirlenmesi, miktar itibarıyla hukuka aykırılığı özendirmemesi gerektiği de açıktır”<sup>55</sup>. Yine manevi zararın tazminine hükmedilirken “ilgililerin sosyal ve ekonomik durumu dikkate alınarak olay nedeniyle duyduğu elem ve ızdırabın kısmen giderilmesini ifade edecek, idarenin hukuka aykırılığının ağırlığını ortaya koyacak ve hukuka aykırılığı özendirmeyecek bir miktarın belirlenmesi gerekmektedir”<sup>56</sup>. Manevi tazminata hükmedilirken, duyulan manevi zarar kuşkuyla yer vermeyecek nitelikte olmalıdır<sup>57</sup>.

3. Manevi tazminat istemleri, her somut olaya göre ayrı ayrı ele alınmalıdır. Bu doğrultuda ya mahkeme kararının uygulanmaması nedeniyle davacının duyduğu elem ve ızdırabın karşılığı olarak bir miktar tazminata hükmedilmesine karar verilmeli; aksi hallerde ise verilmemelidir.

<sup>54</sup> *Candan*'a göre, “manevi tazminatın miktarının belirlenmesinde ölçüt, mağdur yönünden zenginleşme vasıtası olup olamayacağı değil, belirlenecek tazminat miktarının yaptırım gücünün bulunup bulunmadığı olmalıdır. Biz, manevi tazminatın zenginleşme vasıtası olamayacağı düşüncesinin, aracın paraya tahvil edilemeyeceği düşüncesi kadar eskide kalması gerektiğini düşünüyoruz. Manevi tazminatın yaptırım gücü ise; ancak, idarenin, karşı karşıya kalacağı manevi tazminat yükünü düşündüğünde, hukuk içinde kalmayı, gereği gibi örgütlenmeyi ve düzgün işlemeyi tercih etmesi halinde vardır”. *Candan*, Turgut, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2009, s. 192.

<sup>55</sup> D10D, E. 1995/4650, K. 1996/7153, KT. 07.11.1996, DD, 1997, sy. 93, s. 507-508. Aynı yönde bkz. D6D, E. 2001/1396, K. 2002/2298, KT. 16.04.2002, DKD, 2003, sy. 1, s. 249; D10D, E. 2001/323, K. 2003/703, KT. 25.02.2003, DKD, 2003, sy. 2, s. 343; D6D, E. 1999/1643, K. 2000/2469, KT. 26.04.2000, DD, 2001, sy. 104, s. 316; D5D, E. 2000/3316, K. 2004/3372, KT. 29.09.2004, DD, 2005, sy. 110, s. 180; D10D, E. 2003/630, K. 2006/1981, KT. 20.03.2006, DD, 2006, sy. 113, s. 313; D10D, E. 2004/7285, K. 2007/212, KT. 29.01.2007, DD, 2007, sy. 115, s. 334; D2D, E. 2007/1297, K. 2007/3247, KT. 13.07.2007, DD, 2008, sy. 117, s. 106; DİDDK, E. 2004/753, K. 2007/2323, KT. 22.11.2007, DD, 2008, sy. 118, s. 85-86; D10D, E. 2007/6322, K. 2010/5981, KT. 13.07.2010, DD, 2010, sy. 125, s. 333; D10D, E. 2008/2007, K. 2010/1843, KT. 09.03.2010, DD, 2010, sy. 125, s. 349.

<sup>56</sup> D10D, E. 2002/4177, K. 2003/1089, KT. 25.03.2003, DKD, 2003, sy. 2, s. 341; D13D, E. 2005/1819, K. 2005/4728, KT. 26.09.2005, DD, 2006, sy. 111, s. 390; D10D, E. 2004/11213, K. 2007/4449, KT. 28.09.2007, DD, 2008, sy. 117, s. 280; D10D, E. 2004/6540, K. 2007/4237, KT. 19.09.2007, DD, 2008, sy. 118, s. 327.

<sup>57</sup> *Atay – Odabaşı*, s. 194.



4. İdari yargıda fazlaya ilişkin haklar saklı tutularak dava açılmayacağı gibi<sup>58</sup> mahkemeler, “*taleple bağlılık ilkesi*”nin (*ultra petita/ultra petitur*) sonuçlarından biri olarak talepten fazla tazminata da hükmedemez<sup>59</sup>. Yani taleple bağlılık, manevi tazminata hükmedilmesinde de geçerlidir.

## VI. Manevi Tazminata Faiz Yürütülmesi

1. Bir *Danıştay* kararında da ifade edildiği üzere *faiz*, “konusu para olan borçlarda, alacaklının bu paradan mahrum kaldığı süre içinde uğrayacağı kayıpların, başka bir anlatımla bu paranın kullanılmamasından dolayı yoksun kalınan kazancın karşılığıdır”<sup>60</sup>. *Danıştay*’ın genel olarak manevi tazminata faiz yürütülüp yürütülmeyeceği<sup>61</sup> konusundaki içtihadı istikrarsızdır. Bununla birlikte, özellikle son yıllardaki *Danıştay* kararları, genel itibarıyla, manevi tazminata faiz yürütülmesi gerektiği yönündedir.

2. *Danıştay*’ın manevi tazminata faiz yürütülemeyeceği yönündeki bazı kararlarının gerekçeleri şu şekildedir: “Belli bir zarar karşılığı olmayıp, olay

<sup>58</sup> Bu konuda bkz. D8D, E. 1988/340, K. 1989/747, KT. 09.10.1989, DD, 1990, sy. 78-79, s. 421-422; D10D, E. 1991/2716, K. 1992/2050, KT. 15.05.1992, DD, 1993, sy. 86, s. 576; D6D, E. 1993/722, K. 1993/2694, KT. 24.06.1993, DD, 1995, sy. 89, s. 366-367; D6D, E. 1999/2712, K. 2000/2819, KT. 11.05.2000, DD2003, sy. 105, s. 340-342; D11D, E. 2007/2473, K. 2007/3869, KT. 13.04.2007, DD, 2007, sy. 116, s. 351-352.

<sup>59</sup> Örnek olarak bkz. D9D, E. 1987/3908, K. 1989/707, KT. 07.03.1989, DD, 1990, sy. 76-77, s. 622. Bu kuralın eleştirisi için bkz. **Akyılmaz**, s. 218; **Güran**, Tazminat Miktarının Saptanması, s. 168; **Güran**, Manevi Tazminat, s. 162.

<sup>60</sup> D11D, E. 2004/1236, K. 2004/2781, KT. 11.06.2004, DKD, 2005, sy. 6, s. 296. **Yine bkz.** “faiz, borçlunun böyle bir süreden faydalanması dolayısıyla alacaklıya, kanun veya sözleşme gereğince ve bir oran dâhilinde olmak üzere ödenmesi gerekli olan para miktarıdır”. D11D, E. 2000/10610, K. 2003/929, KT. 26.02.2003, DKD, 2003, sy. 1, s. 462; “En basit biçimiyle, ödünç olarak verilen ‘para’nın fiyatı olarak tanımlanan ‘faiz’; hukuksal anlamda, alacaklının nakdinden bir süre için yoksun kalması nedeniyle, nakdin kullanılması olanağını borçluya bırakması karşılığında elde ettiği; miktarı yasa ile ya da hukuksal işlemle belirlenmiş bir ödentidir. İdarenin tazmin borcu bağlamında ise; idarenin tazmin sorumluluğu bulunduğu yargı kararıyla saptandığı durumlarda, kişilerin, idarenin eylem ve/veya işlemlerinden dolayı uğradıkları zararların giderilmesi istemiyle idareye başvurdukları tarihte ödenmeyip, yargı kararıyla idarenin tazminata mahkûm edilmesi sonucunda; yani belirli bir gecikme ile ödenmesi nedeniyle, paranın bu dönemdeki satınalma gücündeki azalmayı karşılamaya yöneliktir”. D10D, E. 2005/9252, K. 2007/3211, KT. 11.06.2007, DD, 2008, sy. 117, s. 288.

<sup>61</sup> Bu konuda ayrıntılı olarak bkz. **Kaplan**, Gürsel, *Danıştay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Manevi Tazminata Faiz Yürütülmesi Sorunu*, AÜHFD, c. 55, 2006, sy. 2, s. 128 vd.

nedeniyle duyulan üzüntünün kısmen giderilmesi amacını taşıyan manevi tazminata ise özelliği nedeniyle faiz yürütülmesine olanak bulunmamaktadır<sup>62</sup>, “Manevi tazminatın maddi zararlarla bir ilgisi ve dolayısıyla mal varlığında meydana gelen eksilmeyi karşılamak gibi bir amacı bulunmadığından hükmedilen manevi tazminata faiz yürütülmesinin haklı bir yönünden de söz edilemez”<sup>63</sup>; “... manevi tazminata niteliği itibarıyla yasal faiz işletilmesine olanak görülmemektedir”<sup>64</sup>; “Yasal faiz verilmemek kaydıyla manevi tazminat isteminin de kabulü gerekir”<sup>65</sup>; “.. manevi tazminat için faiz yürütülmesine yer olmadığına ... karar veril(miştir)”<sup>66</sup>.

3. Diğer taraftan *Danıştay*'ın, isabetli olarak, özellikle ilgililerin “*uğradıkları zararların gerçek anlamda karşılanabilmesi açısından*” manevi tazminata faiz yürütülmesi gerektiği konusunda bir hayli kararı da mevcuttur<sup>67</sup>.

4. Burada mahkeme kararlarının uygulanmaması nedeniyle manevi tazminat istemli olarak (da) açılacak tazminat davalarında faizin başlangıç tarihi konusu üzerine de durulmalıdır. Öncelikle, genel olarak tam yargı davalarında, farklı ihtimallere göre manevi tazminata faiz yürütülmesinin başlangıç tarihi açısından farklı yönde *Danıştay* kararlarının bulunduğu ifade edilmelidir<sup>68</sup>. *Danıştay*, esas itibarıyla, mahkeme kararlarının uygulanma-

<sup>62</sup> D10D, E. 1982/2908, K. 1985/26, KT. 16.01.1985, DD, 1986, sy. 60-61, s. 462.

<sup>63</sup> D5D, E. 1988/3291, K. 1988/2865, KT. 06.12.1988, DD, 1989, sy. 74-75, s. 313.

<sup>64</sup> D10D, E. 1990/3954, K. 1992/1362, KT. 10.04.1992, DD, 1993, sy. 86, s. 585; D6D, E. 1993/722, K. 1993/2694, KT. 24.06.1993, DD, 1995, sy. 89, s. 367; D10D, E. 1994/3258, K. 1995/2379, KT. 03.05.1995, DD, 1996, sy. 91, s. 1122.

<sup>65</sup> D5D, E. 1999/2771, K. 2002/2723, KT. 10.06.2002, DKD, 2003, sy. 1, s. 211.

<sup>66</sup> D10D, E. 1982/2483, K. 1983/1106, KT. 11.05.1983, DD, 1984, sy. 52-53, s. 496.

<sup>67</sup> D10D, E. 2004/7285, K. 2007/212, KT. 29.01.2007, DD, 2007, sy. 115, s. 335; D8D, E. 1982/1857 (D11D, E. 1981/3080), K. 1984/1618, KT. 24.12.1984, DD, 1985, sy. 58-59, s. 304; D10D, E. 2001/323, K. 2003/703, KT. 25.02.2003, DKD, 2003, sy. 2, s. 344; D6D, E. 2004/359, K. 2004/1691, KT. 19.03.2004, DKD, 2004, sy. 5, s. 187; D5D, E. 2004/1224, K. 2004/3364, KT. 29.09.2004, DKD, 2005, sy. 6, s. 138-140; D10D, E. 2002/6052, K. 2004/472, KT. 21.01.2004, DKD, 2005, sy. 6, s. 275; DİDDK, E. 2004/2413, K. 2005/249, KT. 14.04.2005, DD, 2005, sy. 110, s. 50; D10D, E. 2003/630, K. 2006/1981, KT. 20.03.2006, DD, 2006, sy. 113, s. 313; D10D, E. 2004/11213, K. 2007/4449, KT. 28.09.2007, DD, 2008, sy. 117, s. 281; D10D, E. 2004/6540, K. 2007/4237, KT. 19.09.2007, DD, 2008, sy. 118, s. 327.

<sup>68</sup> Örnek olarak bkz. D6D, E. 1980/966, K. 1983/3726, KT. 23.11.1983, DD, 1984, sy. 54-55, s. 238; D6D, E. 1980/659, K. 1983/3724, KT. 23.11.1983, DD, 1984, sy. 54-55, s.

ması nedeniyle manevi tazminat istemini (de) içeren tazminat davalarında, ülkemizde yaşanan (yüksek) enflasyon olgusunu da dikkate alarak, manevi tazminata, “tazminat davasının açıldığı tarihten itibaren” yasal faiz işletilmesine karar vermektedir. Diğer bir ifadeyle, mahkeme kararlarının uygulanmaması nedeniyle açılan tazminat davalarında faizin başlangıç anı olarak dava tarihi esas alınmaktadır<sup>69</sup>: “... mahkeme, imar planı ve inşaat ruhsatının iptaline ilişkin idare mahkemesi kararının davalı idareye tebliğini izleyen günden itibaren hesaplanacak yasal faizin davacıya ödenmesine karar vermiş ise de, yerleşmiş yargısal içtihatlarla göre, tazminata dava tarihinden itibaren yasal faiz işletilmesi gerekmektedir”. Bu konudaki kararlarında *Danıştay*, tazminat davalarının yargı denetimiyle amaçlanan sonuca ulaşılabilmesi açısından zararın gerçekçi biçimde tazmin edilmesi zorunluluğuna dikkat çekmekte; zararın gerçekçi biçimde tazmininin ise ekonomik koşullara göre belirlenebileceğini ifade ederek tazminat davalarında hükmedilen maddi ve manevi tazminatın dava tarihinden itibaren işletilecek yasal faizle birlikte ödenmesine hükmetmektedir<sup>70</sup>. AYİM ise bir kararında işlem tarihini esas alarak tazminata hükmetmiştir<sup>71</sup>: “Hükmedilen maddi ve manevi tazminata davacının Işıklar Askeri Lisesinden ilişığının kesildiği tarih olan 28.1.1985 tarihinden, ödemenin yapılacağı tarihe kadar %30 oranında kanuni faiz yürü-

---

240; D10D, E. 1989/2476, K. 1990/1342, KT. 07.06.1990, DD, 1991, sy. 81, s. 357; D5D, E. 1991/938, K. 1991/877, KT. 13.05.1991, DD, 1992, sy. 84-85, s. 349; D5D, E. 1990/442, K. 1991/1024, KT. 29.05.1991, DD, 1992, sy. 84-85, s. 367; D10D, E. 1996/10292, K. 1998/1190, KT. 18.03.1998, DD, 1999, sy. 97, s. 683; D6D, E. 1999/1643, K. 2000/2469, KT. 26.04.2000, DD, 2001, sy. 104, s. 316; D5D, E. 2000/623, K. 2002/1607, KT. 10.04.2002, DKD, 2003, sy. 2, s. 213; D6D, E. 2004/359, K. 2004/1691, KT. 19.03.2004, DKD, 2004, sy. 5, s. 187; D10D, E. 2004/11213, K. 2007/4449, KT. 28.09.2007, DD, 2008, sy. 117, s. 281; D10D, E. 2007/8532, K. 2008/1231, KT. 18.03.2008, DD, 2008, sy. 119, s. 336; D11D, E. 2007/2109, K. 2008/7719, KT. 16.09.2008, DD, 2009, sy. 121, s. 392-393.

<sup>69</sup> D6D, E. 1999/1643, K. 2000/2469, KT. 26.04.2000, DD, 2001, sy. 104, s. 316. Aynı yönde bkz. D6D, E. 2001/1396, K. 2002/2298, KT. 16.04.2002, DKD, 2003, sy. 1, s. 249; D6D, E. 1999/1643, K. 2000/2469, KT. 26.04.2000, DD, 2001, sy. 104, s. 316; D2D, E. 2007/1297, K. 2007/3247, KT. 13.07.2007, DD, 2008, sy. 117, s. 107. Aksi yönde bkz. D5D, E. 1995/3611, K. 1997/2485, KT. 10.11.1997, DD, 1998, sy. 96, s. 221.

<sup>70</sup> D5D, E. 2000/3316, K. 2004/3372, KT. 29.09.2004, DD, 2005, sy. 110, s. 180. Danıştay’ın mahkeme kararlarını uygulamama nedeniyle açılan tazminat davalarında esas hakkındaki kararın idareye tebliğ tarihinden itibaren kanuni faizin ödenmesine ilişkin kararları da bulunmaktadır. D7D, E. 1968/1152, K. 1970/2092, KT. 15.12.1970, Danıştay Yedinci Daire Kararları, Birinci Kitap (1965-1976), Ankara 1977, s. 451.

<sup>71</sup> AYİM2D, E. 1986/80, K. 87/124, KT. 24.06.1987, AYİMD, 1993, sy. 7/2, s. 1070.

tülmesine (karar verilmiştir)”. Mahkeme kararlarının uygulanmaması nedeniyle manevi tazminat istemli olarak (da) açılacak tazminat davalarında faizin başlangıç tarihi olarak “karar tarihi” esas alınmalıdır. Zira, manevi tazminatın takdiri mahkemeye ait olduğundan, manevi zarar esas itibarıyla mahkemenin karar tarihi itibarıyla “gerçek” şekilde ortaya çıkmaktadır.

5. Mahkeme kararlarının uygulanmaması nedeniyle manevi zarara uğrayan kişinin talep edebileceği faiz, “kanuni faiz”dir. Ancak *Akyılmaz*’a göre, “tazminat davalarının hukuk devleti ilkesinin gerektirdiği sonuçları doğurabilmesi, uğranılan ‘gerçek zararın’ tesbiti ve giderilmesiyle mümkündür. Bu anlamda tazminat faizine, kanuni faiz oranını uygulamak, gerçek zararın belirlenmesi ilkesine uygun düşmemektedir. İdari yargı yerleri, tazminat davalarında tazminata faiz uygulamasında, ‘gerçek zararın belirlenmesi’ ilkesine uygun olarak, mutlaka, ülkemizde yaşanan ve artık ‘kronik’ hale gelen enflasyon olgusunu da dikkate alarak tazminat faizini belirlemelidirler”<sup>72</sup>.

## SONUÇ

Mahkeme kararlarını olduğu gibi ve gecikmeksizin uygulamak idare için bir zorunluluktur. Aksi davranış mahkeme kararının “ademi infazı” anlamına gelir. “Hukuk Devleti ilkesinin doğal gereği olan bu zorunluluğa uyulmaması, idare tüzel kişiliğinin hukuki ve idare ajanlarının da hukuki ve cezai sorumluluğunu doğurur”<sup>73</sup>. Bir hukuk devletinde mahkeme kararlarını aynen ve gecikmeksizin uygulamaktan başka bir seçeneği olmayan idarenin mahkeme kararlarını uygulamaması, karar gereklerine göre işlem tesis etmemesi veya eylemde bulunmaması ya da şekli (biçimsel) uygulamalarla mahkeme kararlarını etkisiz ve geçersiz kılması kabul edilemez. Kısacası, idarenin maddi ve hukuki açıdan uygulanabilir nitelikte olan bir mahkeme kararını aynen ve gecikmeksizin uygulamaktan başka bir seçeneği yoktur.

Mahkeme kararlarının uygulanmaması, diğerleriyle birlikte, idarenin “tazmin sorumluluğu”nu da beraberinde getirir. Tazminat davaları adı altında karşımıza çıkan bu halde maddi ve/veya manevi tazminat talep edilmesi söz konusu olur. Manevi tazminat, malvarlığında meydana gelen bir eksilmeyi karşılamaya yönelik bir tazmin aracı değil, manevi tatmin aracıdır.

<sup>72</sup> *Akyılmaz*, s. 218.

<sup>73</sup> D5D, E. 1974/5266, K. 1975/2770, KT. 14.05.1975, DD, 1976, sy. 20-21, s. 358.

Şöhret, şeref, onur ve haysiyetin rencide edilmesi, elem, ızdırap, acı, üzüntü ve sarsıntı duyulması, telif hakkı, yaşam hakkı, bedensel bütünlük ve sağlık hakkının ihlal edilmesi manevi tazminata yol açar. Mahkeme kararlarının uygulanmaması nedeniyle gerçek kişiler yanında, şartların varlığı halinde, tüzel kişiler de manevi tazminat talebinde bulunabilir. Diğer hallerde olduğu gibi mahkeme kararlarının uygulanmaması halinde açılacak manevi tazminat davalarında kanuni faize de hükmedilmelidir. Kanuni faizin başlangıç tarihi olarak ise mahkemenin karar tarihi esas alınmalıdır.



# İNSAN ONURU İŞİĞİNDA KİŞİSEL ÖZERKLİK VE YERELLİK İLKESİ

*Yrd. Doç. Dr. Orhan ALDANMAZ\**

## ÖZET

Bu çalışma, modern sonrası çağımızın sosyal, siyasal ve kültürel yaşamının temel ilkeleri olarak kabul edilen insan onuru, bireysel veya grup özerkliği ve yerindelik ilkesi kavramları arasındaki ilişkiyi incelemektedir. Bu konuda yazmanın temel sebebi, bu üç kavram arasında potansiyel bir gerilimin varlığıdır; çünkü onlar rekabet halindeki çıkarları, farklı türdeki özgürlükleri ve hakları temsil edebilirler. Bu olgu, kendisini farklı bölgesel ve uluslararası toplumlar ve bireyler arasındaki siyasal ve sosyal yaşam çatışmalarında belli etmektedir. Bunun yanında, bu kavramlar, statik değildirler ve ebedi olarak tanımlanmamışlardır. Onlar çok sayıda açıklığa kavuşturulmasını gerektiren içsel gerilim ve doğalarından gelen çelişkiler de içermektedirler. Şu sonuç çıkarılabilir ki, insan onuru, özerklik ve yerindelik ilkesi birbirine yakın durmaktadırlar, fakat onlar arasında bir potansiyel gerilim de mevcuttur. Bununla beraber, hepsi birlikte, bütün medeni toplum üyeleri için insan onuruna uygun bir sosyal yaşamı mümkün kılmaktadırlar. Onlar onurlu bir yaşamı, bireylerin ve grupların çeşitli özgür davranışları arasındaki adaleti temin etmektedirler ve düşünülebilecek herhangi bir camianın birlik ve beraberliğinin ön şartı olan çok çeşitli özgürlük alanları arasında bir denge oluşturmaktadırlar.

**Anahtar Kelimeler: İnsan onuru, özerklik, yerindelik, özgürlük, kendi kaderini tayin etme**

## ABSTRACT

This work examines the relationship between concepts of human dignity, individual or group autonomy and the principle of subsidiarity which can be regarded as the main principles of social, political and cultural life in our

---

\* Şırnak Üniversitesi, İ.İ.B.F. Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

post modern age. The main reason for writing on this subject is that there is a potential tension between these three conceptions, because they may represent competing interests, various kinds of freedoms or liberties and rights. This is evident in conflicts between the different regional and international communities and individuals in political and social life. Beside that, these concepts are not static and not precisely defined for ever. They contain also many internal tensions and inherent contradictions that need to be clarified. It can be concluded that the human dignity, autonomy and subsidiarity stay close to each other, but there is a potential tension between them, as well. Nevertheless, they all together make a social life according to human dignity for all members of civil society possible. They provide for a dignified life, for the equilibrium between different free behaviour of individuals and groups, and create a balance between many kinds of realm of freedoms which are the preconditions for the integrity of any conceivable community.

**Keywords: Human dignity, autonomy, subsidiarity, liberty, self determination**

## I. GİRİŞ

Her siyasi topluluğun temelinde ortakça paylaşılan barış, güvenlik, özgürlük, hukuk ve insan haklarına saygı gibi belirli değerler ve bu değerleri yaşamın çeşitli alanlarında gerçekleştirmek için birlikte bir çaba yatar<sup>1</sup>. Günümüzde sosyal ve siyasal birlikleri ve ortak anlayışı mümkün kılan şey, bu paylaşılan değerleri açıkça belirten, onları uygulanabilir hukuk normlarına ve hukuk kurumlarına dönüştüren anayasalardır. Ancak bir tür toplumsal mutabakat olan bu anayasal normlar çerçevesinde bütün bireyler ve devlet vatandaşları kendi yaşamlarını barış, özgürlük, saygı, medeniyet, karşılıklı birbirlerinin haklarını tanıma ve dayanışma içerisinde yaşayabilirler<sup>2</sup>. Birlikte yaşam ilkeleri, vatandaşların özlemlerini, çıkarlarını, emellerini ve temel değerlerini de açıklar. Hukuksal normlar, toplumun insan yaşamına yaklaşımını ve hangi hayat tarzını seçtiği hakkında ipuçları verebilir. Örneğin, anayasa, devletin yapısını, organlarının kuruluşunu,

---

1 Steven V. Hicks, The prospects of World Order: A hegelian Approach, Interpretation, a Journal of political philosophy, volume 3, Issue 1, Fall 2002, P. 49 (53).

2 Hicks, s. 53.



işleyişini, vatandaşların devletle olan ilişkilerini ve bireylerin ya da birey topluluklarının kendi aralarındaki bütün ilişkileri genel olarak belirler<sup>3</sup>. Böylece hukuki normlar, insanların iradelerinin, daha da önemlisi onların değerlerinin bir ürünü ya da yansımasıdır<sup>4</sup>.

Anayasalar, bütün tarafların karşılıklı birbirlerinin birer hak öznesi olduklarını tanımaları gerekir ve onların iradelerinin ortak ürünü olmalıdır. Günümüzde insanların bütün dünyayı kuşatan bir alanda her yönü ile aktif olmaları ve dünyanın küçülmesi, halkların gittikçe iç içe geçişi ve sınırların anlamsızlaşması, artık dünya çapında bir tür küresel anayasa denebilecek anayasaları gündeme getirmektedir. Böyle bir durumda sadece ulusal düzeyde değil, evrensel düzeyde de uluslararası haklar, ödevler, politikalar, dava usulleri ve yöntemleri bir kurala bağlanıp açıklanabilir ve adalet dağıtımı mümkün olur.

Bireysel özerklik, insanın doğadaki bütün diğer varlıklardan ayrılıp tür olarak özgünleşmesi ve bir kişinin de diğer türdeşlerinden ayrışıp ayrı bir kişilik kazanması ile yakından ilgilidir; o temelde özgür olmanın bir sonucudur. Belirtilen bu özelliği ile bireysel özerklik kavramı, insan onurunun korunması ve haysiyetli bir şahsiyetin oluşumunda korunmaya alınmış bir özgür eylem alanı görevini görmektedir. Yerindenlik ya da yerellik olarak da bilinen subsidiarite ilkesi ise, sosyal ve siyasal yaşamda kültürel üst kademede ki organizasyonların ve yönetim birimlerinin insan onuruna duyulan saygı gereği yerel ya da alt kademelerdeki insanları ilgilendiren kararların ve uygulamaların bu kişiler tarafından alınması ve yürütülmesi esasına dayanmaktadır. Bu olgunun sonucu olarak insan onuru, bireysel özerklik ve yerindenlik ilkesi; felsefi, hukuki, siyasi ve dini bakımdan karşılıklı bir ilişkiler ağı içerisinde düşünülmelidir. Fakat bu karmaşık ilişkiler ve bu terimlerin birbirilerini sınırlama, tamamlama ve hatta birbirilerini şart koşma durumlarını ayrıntılı açıklamadan önce, onların genel anlamlarını ve çalışmada kullanılan biçimlerine değinmek yararlı olacaktır.

## II. İNSAN ONURUNU TANIMLAMA ÇABALARI

Çok sık kullanılması ve insanlar üzerinde içsel bir kontrol işlevi görmesinden yola çıkarak denebilir ki, insan haysiyeti her birey için içsel bir değer

---

<sup>3</sup> Michael Mitias, *The Possibility of World Community, Coexistence*, 1990, P. 203.

<sup>4</sup> Mitias, *age.*, s. 203.

de ifade etmektedir; kişiliğin merkezi olan insan vicdanıyla sıkı bir bağlantı içerisinde. İnsanların genelde çok sayıda içsel, ahlâki, etik ve mantık veya kendisinin ya da içinde yaşadığı toplumun yaşam tasarılarına dayanan içsel değerleri varsa da, bu değerlerin tümü aynı derecede etkili değildir. İnsan onuru<sup>5</sup>; günümüzün pozitif hukukunda, ahlaksal ve doğal hukuk öğretilerinde en üstün ve vazgeçilmez bir değer olarak anlaşılmakta ve insanın yaşama hakkından bile daha üstün sırada tasavvur edilmektedir. İnsan onuru ile diğer kişisel ya da toplumsal değerler arasında bir karşılaştırma yapılacak olursa, insan haysiyetinin diğer göreceli değerlerden farklı olarak mutlak bir değere sahip olduğu ortaya çıkacaktır. Bundan ötürü herhangi bir değer yargılamasında bulunulduğunda karar, konunun bir değişir ya da göreceli değerler grubuna veya insan onuru kategorisine ait olmasına göre verilecektir<sup>6</sup>.

Bir anlayışa göre birbirine bağlı olarak bir sistem oluşturan amaçlar imparatorluğu ya da krallığında (Reich der Zwecke) her şeyin ya bir pazar değeri vardır ya da bir onuru vardır. Pazar değeri olan şeylerin yerine ona eşit başka şeyler konabilir; birbiriyle değiştirilebilir. Her çeşit pazar değerinin üzerinde yer alan ve bir değiş tokuşa uygun olmayan şeylerin ise bir haysiyeti vardır<sup>7</sup>. Burada da görüldüğü gibi, bireyin en yüksek içsel değeri kişiliğin odak noktası olarak kabul edilmektedir ve bu da onur olarak ifade edilmektedir. Tüm insanlık camiası için en yüksek değer olarak kabul edilebilmesi için, insan onurunun zorunlu birtakım ölçütlere göre evrensel olduğuna toplumların inandırılması gerekir.

Bu ölçütlerden birisi, kişinin özgür iradesinin ya da istem özgürlüğünün mutlak bir değer olarak kabul edilmesidir. Söz konusu kıstasa göre, insanlar istemeden edemez; çünkü bir istemde bulunmaktan vazgeçmek de bir istemdir ve özgür iradeyi şart koşar.

Evrensellik kıstasına göre, insan onurunun genel kabul görmesi için sadece öznenin bireysel irade özgürlüğü değil, karşıdaki yabancı iradelerin de

---

<sup>5</sup> Orhan Aldanmaz, Wehrdienstverweigerung als Menschenrecht, Regensburg, S. Roderer Verlag, 2006, s. 47.

<sup>6</sup> Paul Tiedemann, Der Begriff der Menschenwürde, Eine Anfrage an die Sozialphilosophie, e-Journal der Psychologie, 2006, s. 11.

<sup>7</sup> Immanuel Kant, Metaphysik der Sitten, Tugend Lehre, Werke in 10 Bänden, Bd 7, düzenleyen Wilhelm Weischedel, Immanuel Kant, Königsberg, Wissenschaftliche Buch Gesellschaft 1993, (1797), s. 94 ve 77.

mutlak değer olarak kabul görmesi gerekir<sup>8</sup>. Başkasının irade özgürlüğünün temeli, kişinin kendi irade özgürlüğünün içerisinde aranmaktadır. Buna göre, bizim kendi irade özgürlüğümüz ve onurumuz, bizim kendimizle yürüttüğümüz diyalogdan kaynaklanmaktadır. Böylece biz, kendimizin bir kişi olarak farkına varırız. Fakat bu iç diyalogu biz kendi kendimize doğuştan öğrene-meyiz. Böyle bir refleksif düşünme ve kendimizi bir düşünme konusu ve diyalog muhatabı olarak görmeyi, biz başkasıyla olan ilişkilerimizden ve onlarla olan diyaloglarımızdan öğrenmekteyiz<sup>9</sup>.

Kendisini başkalarının üzerinde tasarruf ettiği bir eşya ve araç olarak gö-ren kişiler, diyalog yürütemezler; özbilinç ve özsaygı<sup>10</sup> geliştiremezler ve onlar da bu kez karşındakileri eşya olarak görmeye başlarlar.

Yukarıdaki uzun açıklamalardan şu sonuç çıkarılabilir. Bir kişinin kendi onurunun bilincinde olması, zorunlu olarak daima başkasının onurunun bi-linciyle bağlantılıdır. Biz, ancak karşımızdakinin özgür iradesini en üstün bir değer olarak telaki ederek kendi irademizi mutlak bir değer olarak kabul edebiliriz<sup>11</sup>.

Bugünkü Federal Almanya Anayasası'nın<sup>12</sup> birinci maddesinde "Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten ist Aufgabe aller staatlichen Gewalt." diye bir hüküm var ve şöyle tercüme edilebilir. "İnsan onuruna dokunulamaz. Onu saymak ve korumak tüm devlet otoritelerinin görevidir." Bu hüküm o kadar önemli ki, aynı Anayasa'nın 79. maddesinin 3. fıkrasında değiştirilemez hükümleri arasında sayılmış ve (ebedilik ilkesi) parlamento tarafından değiştirilemez ve de ortadan kaldırılamaz. 19 Aralık 1966 tarihli Uluslararası Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesinin giriş bölümünde insan hakla-rının insan fitratında yer alan, doğuştan gelen onurundan kaynaklandığı ifade edilmektedir. Yine Avrupa Temel Haklar Şartı'nda "Human dignity is

---

8 Gotfried Höffe, Ein transzendentaler Tausch: Zur Anthropologie der Menschenrechte, in: Philosophisches Jahrbuch 99, 1992, s. 1.

9 Tiedemann, age., s. 15

10 John Rawls, Political Liberalism, New York, Columbia University Press, 1993, P. 319.

11 Tiedemann, age., s. 16.

12 Informationsdienst, Juristische. *dejure.org*. 2 1 2011. <http://dejure.org/gesetze/GG> (01 17, 2011 tarihinde erişilmiştir).

inviolable. It must be respected and protected.” Yani “İnsan onuruna dokunulamaz. Ona saygı gösterilmeli ve korunmalıdır.” Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun 10 Aralık 1948 tarihinde kabul ettiği Evrensel İnsan Hakları Bildirisi her ne kadar bağlayıcı ve tavsiye niteliğinde ise de önemli, evrensel düzeyde kapsamlı bir bildiridir. Hatta 10 Aralık dünya insan hakları günü olarak kutlanmaktadır. Söz konusu bildirinin başlangıç bölümünde insanın özünden, tabiatından yani doğuştan gelen insan onuru, eşit, vazgeçilmez ve devredilmez insanlık ailesinin tüm üyelerinin temel hakları dünyadaki özgürlüğün, adaletin ve barışın temeli olarak sunulmaktadır<sup>13</sup>.

Avrupa İnsan Hakları Şartı’nda insan onurunun kendisi sadece bir hak değildir; o aynı zamanda temel hakların gerçek temelini oluşturmaktadır. Nitekim söz konusu temel haklar şartının birinci maddesinde başlık olarak ‘insan onuru’ (Die Würde des Menschen) yer almakta ve “Sie zu achten und zu schützen” diye bir hükme bağlanmaktadır. Yani “insan onuruna dokunulamaz. O korunmalı ve sayılmalıdır”<sup>14</sup>.

Görüldüğü gibi insan onuru, en azından demokratik ülkelerde, insan haklarının temelini oluşturmaktadır<sup>15</sup>. Bu kavrama yüklenecek her anlam ve onun yorumu insan hakları anlayışını da etkileyecektir. Sözlük anlamına bakıldığında insan onuru, insanın kendisine duyduğu özsaygı biçiminde izzetinefis ya da bir insana başkalarının gösterdiği saygının<sup>16</sup> dayandığı kişisel değerler biçiminde açıklanmaktadır. Burada kısaca, değerli kılınan şeyler akla gelir<sup>17</sup>. İnsan haysiyeti denilince bireylerin birer şahıs olarak en yüksek akli, ahlâki ve etik değerleri ya da dokunulmaz, devredilmez, kişiliğin ayrılmaz parçası olan değerler akla gelir<sup>18</sup>. İnsan onuru aynı zamanda insanın akli, ahlâki yeteneklere sahip olması, bir seferlik ve kendisine has bir şahsi-

13 Başbakanlık. *Aday Memurların Temel Eğitim Ders Notları*, (2) 6. Baskı . Ankara: T.C Başbakanlık Basımevi, Nisan 2009, s. 279.

14 (Amtsblatt der Europa’ischen Gemeinschaften, 18.12 2000 c 36419 (de)).

15 Aldanmaz, age., s. 350

16 İlyas Doğan, Alman Öğretisinde İnsan Onuru ve Güncel Sorunlar Hakkında Kısa Bir Giriş, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 13, Sayı 2, Konya 2005, s. 53.

17 Karl Steuerwald, Türkçe-Almanca Sözlük, 1. Baskı, İstanbul, 1993, ABC Kitapevi A. Ş., s. 712.

18 Nihat Bulut, Eski Yunan’dan Aydınlanma Çağına İnsan Onuru Kavramının Gelişimine Genel Bir Bakış, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XII, no 3, 3 Aralık 2008,s. 2.

yetinin olması ve bireye saygı gösterilmesinin temelini oluşturmaktadır. Kişi, kendi ahlâki anlayışı çerçevesinde kendi kaderini kendisi belli etme, kendisini kendisine has bir biçimde dışsal algılamalar ve içsel duyular ışığında gerçekleştirme hakkını elde eder ve insanın özerkliği ve varlık temeli de bu sayılan yetiler ve özgür olma özelliğinin kaçınılmaz sonuçları olarak tasavvur edilmektedir. Kişisel vicdanın bir yansıması ve böylece insanoğlunun vazgeçilmez değeri olan insan onuru üzerindeki hak, kültürel, sosyal ve hukuksal dış müdahalelere karşı insanın kişiliği önünde bir koruyucu zırh görevi üstlenmektedir<sup>19</sup>.

İnsanın bu özelliği, sadece onun dünyayı kendine özgü duyularıyla algılaması gerçeğine dayanmıyor. Diğer canlılardan farklı olarak o, kendisini ve çevresini aynı zamanda bir düşünce konusu yapabilme ve her şeyi aklıyla kavrama yeteneğine sahiptir. Bu nedenle insanoğlunun duyuları algılama yanında bir çeşit kavrama ve idrak etme yeteneği de vardır. O, bu haliyle yalın bir düşünsel varlıktır. Buna dayanılarak denebilir ki, insanın bir anlama ve akıllı olma özelliği vardır, bu sıfat o deneysel yollardan elde ettiği bilgileri akıl süzgecinden geçirir ve sadece düşünce ve mantık kıstaslarına göre karar verir<sup>20</sup>. Sayılan bu özellikler bireylere kendine özgü, başkalarından farklı karakterler kazandırır ve işte bireyin özerk olma ihtiyacı da kendini burada hissettirir. Çünkü insan bu noktada, ampirik ve duygulardan gelen verileri yeniden düzenler; âdeta gerçek dünyayı aklıyla yeniden inşa eder. Böyle bir düşünce öznesi, tüm evreni yeniden düzene sokar ve âdeta doğadan ve ilkel topraktan kendisini koparıp, sadece akılsal ya da düşünsel bir varlık olmuştur. İnsan hakları teorilerinde ya da felsefi ve dini öğretilerde insan onurun insanın akıllı bir varlık olmasına dayandırılması biraz da bu sayılan nedenlerden ve kendi varlığının bilincinde olmaktan, kısaca özbilinçten kaynaklanmaktadır. Zaten saf ve ilksel ya da temelden olan özbilinç, kişiliğin, varlığın çok değişik şekillerdeki algılama süreçlerinde hep aynı kalmasını, adeta bir sabite olmasını da öngörür<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> Oğuz Şimşek, *Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması*, düzenleyen Danışman Prof. Dr. Zafer Göner, İzmir Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, 1999, s. 46.

<sup>20</sup> Immanuel Kant, *Kritik der Reinen Vernunft*, Hamburg, Felix Meiner Verlag, 1971, s. 533.

<sup>21</sup> Kant, *age.*, s. 782.

Söz konusu olan insanlığın en yüksek değeri, kişinin sadece insanlık ailesi içinde yer almasıyla ona kendiliğinden doğal hukuk ya da tanrı tarafından bahşediliyor<sup>22</sup>. İnsan onuru ilkesi, anayasalarda ve uluslararası sözleşmelerde insanın varlık âleminde kendisine verilen hakları ve yüklenen yükümlülükleri kullanabilmesi ve yerine getirebilmesi için gerekli olan hukuksal araçları sağlamaktadır<sup>23</sup>.

Hukukçuların büyük çoğunluğu şu konuda hemfikirdir ki, insan değerli bir öznedir ve o basit bir nesne, araç veya değiş-tokuş konusu olan temsil edilebilir bir pazar değerine indirgenmediğinde onun haysiyeti de zedelenir<sup>24</sup>. Sistem teorilere dayanan öğretilere göre insan onuru böyle kendi başına bir değer değildir ve hukuk tarafından güvenceye alınan somut bir koruma ve talep hakkı sağlamaz<sup>25</sup>.

Şüphesiz insan onuru anayasalarda en önemli ilke olarak kabul edilince, içi boş bir formüler (şablon) bile olsa önemli siyasal, sosyal ve hukuksal işlevi yerine getirir. Hukuksal bir kavram ve bağlayıcı bir norm olarak pozitif hukukta düzenlenince, belki bu ilke hukuk güvenliği sağlar ve herkesi bağlar; fakat meşruiyeti garanti edemez. Soyut değerler olarak düzenlendiğinde ise, böyle anayasal ilkeler bireysel talep hakkı sağlamaz ve hukuksal açıdan bağlayıcı olmaz; fakat devletin eylem ve işlemlerinin meşruiyetini

---

22 Bkz. Doğan, age., s. 53.

23 Aldanmaz, Wehrdienstverweigerung, s. 252.

24 Günter Dürig, Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. I in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetzes, in Archiv des öffentlichen Rechts (AÖR), no 81 (1956), s. 127; Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Cilt III Allgemeine Lehre der Grundrechte, 1. Cilt, München, C.H. Beck 1988, s. 24; Peter Haberle, Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft, Bd. I, in: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, von Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Heidelberg, C.F. Müller, 1995, s. 848.

25 Niklas Luhman, Grundrechte als Institutionen, Ein Beitrag zur politischen Soziologie, Berlin, Drucker&Humblot, 1999, s. 67; Bernhard Giese, Die Würde-Konzept, Eine Normfunktionale Explikation des Begriffs Würde in Art. 1 Abs. I GG, Berlin, Drucker&Humblot, 1975, s. 75; Dieter Suhr, Entfaltung der Menschen durch die Menschen, Zur Grundrechtsdogmatik der Persönlichkeitsentfaltung, Übungsgemeinschaft und des Eigentums, Berlin, Drucker&Humblot, 1976, s. 85 vd.

sağlayabilir. Zaten insan onurunun, siyasal düzenin istikrarını sağlama işlevini de ancak bu biçimde yerine getirdiğine inanılmaktadır<sup>26</sup>.

Avrupa ve Avrupa dışındaki ülkelerde insan onuru ya anayasaların giriş kısmında ya da kurallar bölümünde değişik şekillerde düzenlenmiştir<sup>27</sup>. 2709 sayılı ve 18.10.1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının başlangıç bölümünde her Türk vatandaşının “onurlu bir hayat” sahibi olmasından ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olmasından söz etmektedir. Böyle bir söylem, insanın en yüksek değerinin, kaynağını doğal hukuktan aldığına işaret eder<sup>28</sup>. Aynı Anayasanın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında “kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz” diye bir hüküm var. Türkiye’nin Birleşmiş Milletler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmelerine dâhil olduğu düşünüldüğünde bu hükümdeki insan haysiyeti ile uluslararası hukukta kastedilen insan haysiyetinin aynı anlamda anlaşılması gerektiği sonucuna varılabilir. Öyle ise, bütün insanlar “insan onuru” ilkesinin şemsiyesi altında korunmaya alınmıştır; en azından şekil bakımından.

### III. İNSAN ONURUNUN BİR GEREĞİ VE VİCDAN ÖZGÜRLÜĞÜNÜN YANSIMASI OLARAK BİREYSEL ÖZERKLİK

İnsana değer veren ve onu diğer canlılardan üstün kılan şey, onun kişiliğinin bir sembolü olan insan onuru ise, bireye sadece devlete karşı değil, içinde yaşadığı tüm toplumsal yapılanmalara karşı bir korunma sağlanmalıdır. Şahsiyeti özgün kılan şey, şahsiyet sahibi öznenin akli ve ahlâki yetilerine<sup>29</sup> sahip olmasıdır ki, bunlar insana kişilik katıp onu bağımsızlaştıran yeteneklerdir. İnsan onuru, salt insan olmaktan kaynaklanan bir değerdir. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinde “İnsanlık ailesinin bütün üyelerinde bulunan onurun ve onların eşit ve vazgeçilmez haklarının tanınmasının dünyada öz-

---

26 Erhard Denninger, Staatsrecht, Einführung in die Grundprobleme des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Cilt 1, Die Leitbilder: Leerformeln? Lügen? Legitimation? Rowohlt 1973, s. 25 vd.

27 Thomas Schmitz, Die Menschenwürde als Grundwert der freiheitlich-demokratischen Ordnung-eine Übersicht über die Wichtigsten Rechtsquellen, 2007.

28 Celal Ülgen (Editör), T.C Anayasası 3. Bası, İstanbul Eylül 2009, s.3.

29 Richard Heinzman, İnsan ve İnsan Onuru- Toplumsal Yaşam İçin Etik ve Ahlak 2010, www.konrad.org.tr/İslam (Erişim tarihi:02.08.2010).

gürlük, adalet ve barışın temeli ...”<sup>30</sup> olmasından bahsedilmektedir; fakat her halükârda özgür ve bağımsız olmak, onurun olmazsa olmaz koşuludur. Çünkü özgür olmayan birey, başka öznelerin üzerinde tasarruf ettiği bir eşyadan başka bir şey değildir<sup>31</sup>. İnsanı eşya konumundan çıkarıp ahlâki ve akli özerkliğe kavuşturan ve böylece kişiyi dış dünyada bağımsız kılan şey insan haysiyetidir. Bu ilke öyle ileri gider ki, insanın yalnız başına olma ve yalnız başına bırakılma hakkının yanında, her bireyin dokunulmaz bir kişiliğe sahip olma hakkını da kapsar. Dokunulmaz kişilik olarak da bilinen kişisel özerklik, insan kişiliğinin bağımsızlığını, kutsallığını ve bütünlüğünü garanti eder. Değinen anlayışla vatandaşlarına yaklaşan toplumsal ve kamusal aktörler, insanları, özünde biricik, kendine has ve kendi kaderini kendisi belirleyen söz sahibi özneler olarak kabul ederler ve vatandaşlarını da birer tebaa olarak görmezler<sup>32</sup>.

Öyle ise toplumsal ve kamusal organların, bireyin özgürlüğünü ortadan kaldıracak davranışlardan alıkonulması gerekir<sup>33</sup>. Özgürlük, bireylere özerk ve özgür alan sağlayan ve devletin müdahalelerine temelde kapalı olduğu düşünülen negatif özgürlükler, başka bir deyişle negatif statü hakları ifade eder. Devletin burada yapması gereken tek şey, bireyin özgürlük alanından geri çekilmesi ve onu rahat bırakmasıdır. Bireyin özel alanının kabulü, devletin artık vatandaşlarının üzerinde bir malik gibi tasarruf edemeyeceği anlamına gelir. Nitekim liberaller, temel hak ve özgürlükler arasında en önemli hak olarak “kendi kaderine sahip olma hakkı”nı görürler. Demek ki, söz konusu anlayışa göre bireyler, kendi bedenlerinin, yaşamlarının kişisel değer ve kaynaklarının biricik sahipleridirler ve yaşamlarını diledikleri biçimde şekillendirme hakkına sahiptirler<sup>34</sup>.

---

30 Aydın Aybay ve Rona Aybay, Hukuka Giriş, 5. Baskı Eylül 2008 İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, s.373.

31 Şimşek, age., s. 46.

32 Rita Manning C., Liberal and Communitarian Defenses of Workplace Privilege, Journal of Business Ethics, 16:817-823 (1997), www.springerlink.com (Erişim Tarihi: 12.02.2010).

33 Mehmet Yüksel, Mahremiyet Hakkına ve Bireysel Özgürlüklere Felsefi Yaklaşımlar, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi dergisi, 2009, s.280; Bkz. John Stuart Mill, Özgürlük Üstüne, İstanbul 2000, İstanbul Belge Yayınlar, 11, 12.

34 Colin Bird, Myth of Liberal Individualism, Cambridge 1999, Cambridge University Press, s. 32-40.



Bu gibi öğretilerde insana onurundan dolayı verilen değer, bireyin kamuya karşı ve toplumsal üst birimlerden özerkliğini mümkün kılmaktadır. Liberteryenlar'ın "self-ownership" dedikleri kendine sahip olma hakkı, bireyin sahip olduğu değerleri nasıl edineceği ve kullanacağı hakkında karar verme hakkını ve başkalarını bu konuda karar vermekten alıkoyma hakkını kapsamaktadır. Bireyler başkalarının her tür zararlarından alıkonulmalı ve onlara kendi özgürlük alanlarında serbestçe davranma imkânı verilmelidir<sup>35</sup>. İnsan onurunu sosyal birlikte yaşamın temeli olarak kabul eden bir toplum, nesnel olarak neyin iyi neyin kötü olduğunu mutlak bir biçimde tayin edemez. Bilakis, çağdaş demokratik bir toplum daha gevşek ve esnek bir iyi teorisini benimser ve bireylere neyin iyi olduğuna ilişkin karar vermede özerklik tanıır<sup>36</sup>.

Biraz anarşizme ve klasik liberalizme yaklaşan bir öğretiyeye göre asıl olan birey ve onun haklarıdır. Birey dışındaki bir toplumsal grubun gerçekliği yoktur, bu nedenle onun haklarından söz edilemez. "İyi olan devlet hiç olmayan devlettir."<sup>37</sup> Liberalizme göre de devlet, sadece insanları koruyan bir teşkilattır; onun esas görevi vatandaşların kendileri için iyi olduğuna karar verdikleri bir tarzda hayatlarını idame edebilmeleri için gerekli ortamı, yani barış, güvenlik ve huzuru sağlamakla sınırlıdır<sup>38</sup>.

Unutulmamalıdır ki, bireysel özgürlük tek bir özgürlük alanından oluşmaz. Vicdan özgürlüğü<sup>39</sup>, kişiliğin çekirdek alanı olarak insan onurunu yakından ilgilendirirse de, birey özgürlüğü aynı zamanda insan bilincinin iç alanlarındaki duyuş, zihinsel, bilimsel, sanatsal, ahlâki ve dinsel konularda mutlak düşünce ve duyuş özgürlüğünü kapsar. Dahası birey tek başına kendi yaşamını yürütemediğinden, kendi çıkar ve tercihlerini paylaşan diğer insanlarla beraber olup belli bir amaç için topluca davranma ve dayanışma özgürlüğüne sahiptir. Çağdaş demokrasilerde bireyin iradesi dışında herhangi bir şeye zorlanmasının ve bir davranışta bulunmaya engel olunmasının gerekçesi, başkalarının özgürlük ve temel haklarını korumaktır. Böylece hak ve öz-

---

35 Colin, age., s. 142.

36 Rita Manning C., age., s. 817-818.

37 Mümtaz'er Türköne, Siyaset, 10. Baskı İstanbul, Ekim 2009, Opus Yayınları, s. 88.

38 Türköne, age., s. 90 vd.

39 Aldanmaz, Wehrdienstverweigerung, s. 143.

gürlükler arasında bir denge sağlanmış olur. Fakat insanların davranışı sadece kişisel çıkarlarla ilgiliyse ve başkalarına doğrudan zarar verecek özellikler taşımıyorsa, bireyin toplumdan ve siyasal kurumlardan bağımsız yaşama özgürlüğü, mutlak bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>40</sup>.

Sadece bireyin özerkliğine dayanan Liberalizm, toplumsal düzen ve değerleri gözardı etme konusunda eleştirilebilirse de; sağlıklı, özgür ve güçlü bir birey olmadan sağlıklı ve özgür bir toplumun ortaya çıkması ve yaşama-ya devam etmesi mümkün değildir. Kişisel aşırılıkları törpülemek için bu akımın karşısında topluma vurgu yapan fikirler de, kolektivizmden komünitaryanizme kadar farklı düşünce sistemleri etrafında toplanırlar. Bu nedenle, mutlak bireysel otonomi ya da toplumsal özerklik yerine bunlar arasında bir denge kurulması yolu tercih edilmelidir. Özellikle toplumsal sorumluluğu ön plana çıkaranlara göre, belli bir toplumda yaşayan insanların sadece hakların değil, aynı zamanda o toplumun mensupları olarak birbirlerine ve topluma karşı sorumlulukların da sahibidirler. Türkiye Cumhuriyeti'nin 1982 Anayasasının 12. maddesinde<sup>41</sup> de buna benzer bir hüküm düzenlemiştir:

“Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir.

Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder.”

Dünyayı ve dahası bütün evreni yaşayan ve devamlı devinim halinde algılayan görüşler, özeli düşünenlerden ayrılıp büyük sosyal yapılanmaları içine alan öğretiler, insanı ve doğayı ayrı değil, canlı bir bütün olarak görürler<sup>42</sup> (Aldanmaz, Küreselleşme Bağlamında Şırnakta Kültürel ve Sosyal Değişiklikler 2010, 436). Hal böyle olunca, birbirlerinin kopyası olan insanların oluşturdukları küçük toplumsal gruplanmalar, farklılıkları kabul edemez, hoşgörüden yoksun ve insan soydaşlarını ötekileştirip ayrımcılığı meşrulaştırabilirler (Brint, Gemeinschaft Revisited, A Critique and Reconstruction of the Community Concept 2001, 112-113). Belki de bu

---

<sup>40</sup> Mill, age., s. 11, 12.

<sup>41</sup> Ülgen, age., s.7.

<sup>42</sup> Orhan Aldanmaz, Küreselleşme Bağlamında Şırnakta Kültürel ve Sosyal Değişiklikler, Şırnak sempozyumu Bildirisi, Şırnak 2010, s. 447.

endişeden olsa gerek, bireyi ön planda tutan öğretiler büyük ilgi görmüştür. Birey toplumun basit bir parçası değil, karar verme, iyi ile kötü, yanlış ile doğru arasında karar verme yeteneğine sahip, sorumluluk taşıyabilen bir öznedir. İnsanoğlu, bu özelliği ile doğanın evrensel dizgesinden ayrılmış, kendi başına işleyen yani özerk, canlı bir alt dizge oluşturmuştur.

Kişi özerkliğinin ve özgürlüğünün sosyal ve siyasal olarak gerçekleşmesi ve korunabilmesi için, bireyin aykırı kararlarına ve hayat tarzına tahammül edebilen siyasal ve sosyal yapıların olması da gerekir. Öyleyse, müsamaha<sup>43</sup> hem ahlâki veya etik hem de sosyal, siyasal ve gerekirse dinsel bir ilke olarak kabul edilmeyi gerektirmektedir. Farklı ve alışılmış doktrinlere ters bireysel kararlar ve yaşam tarzlarına tahammül etmek, onun vereceği muhtemel acılara katlanmak birey özerkliğinin amacına hizmet eder. Esasında müsamaha, herhangi bir hareketsiz kalma değil, bilakis ahlâki bir zihniyete, özel koşullar ve olaylar demetine dayanan ilkeli bir duruştur. Yoksa herhangi bir duyarsızlık ve nemelazımcılık anlayışı değildir<sup>44</sup>. On altıncı ve on yedinci yüzyılda reform hareketleri sırasında ortaya çıkan müsamaha ilkesi, daha sonra dinsel hoşgörüden ahlâki, siyasal ve hukuksal yaşama da yayıldı ki, bu da nihayetinde bireyin özgürlük alanını genişletme etkisi yaparak onu özerk kılabilirdi<sup>45</sup>.

Toplumun en önemli çıkarları tehlikede değilse, nasıl yaşanılmasına ilişkin değerlendirmelerde kararların bizzat birey nezdinde verilmesi gerekir; çünkü siyasal otoriteler, doğrunun ne olduğunu mutlak bir biçimde söyleme olanağına sahip değildirler<sup>46</sup>. Zira toplumsal kararlar ve hakikate ilişkin değerlendirmeler sadece tartışma ilkelerine göre düşünen öznelerin ortak kararı olarak algılanabilir. Filhakika özerklik, insan vicdanının, ahlâkiliğinin ve her akıl sahibi varlığın temelidir<sup>47</sup>. Bütün sosyal, hukuksal ve siyasal

---

43 Andrew Heywood, *Political Theory, an Introduction*, second edition, London 1999, Macmillan Press, s.265, 268; John Rawls, *Political Liberalism*, New York 1993, Columbia University Press, s. 8, 10, 194, 196.

44 Heywood, age., s. 265.

45 Heywood, age., 268; John Lock, *A Letter Concerning Toleration*, Düzenleyen A. Montouri, The Hague 1963, Martinus Nijhoff.

46 Heywood, age., s. 269.

47 Immanuel Kant, *Ahlâk Metafiziğinin Temellendirilmesi*, çeviren İoanna Kuçuradi, Ankara 1995, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, s. 53.

kurallar ancak temelini ahlâki değerlendirmelerden aldığından ve ahlâk yasası da özgür bir isteme olarak insanın istemesinin üzerinde temellendiğinden<sup>48</sup>; toplumsal hukuksal ve siyasal kurallar, sonunda insanın, özerk bir varlık olarak muhakemede bulunma ve isteme yeteneğinin ürünüdürler.

İstemek, burada salt akla dayalı bir isteme olarak telaki edilir ve kaçınılmaz olarak özerklik, metafizik benin işlevi olarak anlaşılır. Özellikle idealizmde ve dini öğretilerde sıkça karşılaşılan, ayrı bir kişilik sahibi insanla doğanın karşı karşıya konulmasını ve ayrı tutulmasını burada görebiliriz. Çünkü insanların bilgi kaynağı, sadece duyular olmayabilir; kişi kendisini doğadan, topraktan koparıp bağımsız düşünebilir ki, bu durum insanın doğaüstü doğası olarak telaffuz edilir<sup>49</sup>.

Öyleyse, insanın deneysel, tabii koşullardan bağımsız, saf aklın yasalarına göre biçimlenen bir doğasından söz etmek de olanaklıdır. Şeylerin varoluşlarını bilgiye bağımlı kılan yasalar pratik yasalardır. “Duyular üstü doğa kavramı oluşturulabilirse, bu doğa “saf pratik aklın özerkliği” altında işleyen ve tasavvur edilen bir doğa olacaktır ki bu özerkliğin yasası, ahlâk yasasıdır”<sup>50</sup>. Özerklik, burada doğadan bağımsız iradenin kendi kendine yasa koymasını ifade ettiğinden, ahlâk yasası saf pratik aklın özerkliğinden, yani özgünlüğün özerkliğinden doğmuş olur<sup>51</sup>. Zaten insan vicdanının ve insan onurunun özerklikle özdeşleştirilmesinin nedeni de burada yatar.

Özerkliği böyle analiz edince, sanki otonom özne çevresinden ve toplumdan tamamıyla soyutlanmış bir varlık olarak algılanabilir. Fakat özerkliğin bir boyutu baskıdan uzak olmayı, serbest seçim yapabilmeyi şart koşarsa, öbür boyutu da tercihleri üstüne eleştirel ve yansıtımlı düşünmeyi zorunlu kılar<sup>52</sup>. İnsan, özerk bir varlık ve özgün olması gereği bir özne olduğunu, toplumdan ve doğadan soyutlanarak değil, onlarla ilişkileri içerisinde ve özellikle özgürlüğün gasp edildiği ortamlarda öğrenir<sup>53</sup>.

48 Immanuel Kant, *Pratik Aklın Eleştirisi*, Ankara 1999, s.143.

49 Aldanmaz, *Küreselleşme* (2010), age., s. 431.

50 Kant, *Pratik Aklın Eleştirisi*, s. 49.

51 Kant, *Pratik Aklın Eleştirisi*, s. 38.

52 Grace Clement, *Care, Authonomy and Justice: Feminism and The Ethic of Care*, Boulder, Colo 1996, Westview Press, s. 23, 24.

53 Clement, age., s. 24.

Bireylerin özerkliği, felsefi olarak bireyin varlığının anlam kazanması için şart ise de, o, yaşamını tek başına çevreden soyutlanmış olarak devam ettiremez. Bireyler, bu nedenle özgürlük alanlarını korumak için ve kendilerini özgürleştirmek için, diğer bireylerle dayanışma ve işbirliği yollarını ararlar ve kültürel, dinsel, dilsel ya da siyasal ve sosyal oluşumlar içerisinde bulunurlar ya da onları meydana getirirler.

#### IV. YERİNDENLİK İLKESİ

İnsan onuru, insanların kendilerine duyduğu öz saygı olarak kişinin kendi dar yaşam alanında devlet otoritesine ve sivil kişi veya kişi gruplarına karşı özerk olmasını gerektirir<sup>54</sup>. Öyle ise, bireye mümkün olduğu kadar geniş özgürlük alanları sağlamak, insan onuruna duyulan saygının bir gereğidir<sup>55</sup>. Fakat insanların tek başına, birbirlerinden kopuk ve birer atom gibi sadece birey olarak yaşamadıkları da göz önünde bulundurulduğunda, insan onurunun yerellik ilkesi ile ilişkisi ortaya çıkacaktır. Birey ya da birey gruplarının kendi kendilerine karar vermeye ve işlerini idame etmeye yeterli olduğu durumlarda üst kurumların onların yetkilerini gasp etmesi insan onurunu zedeleyecektir. Çünkü insanlar, düşünebilen ve davranışlarının sorumluluğunu alabilen varlıklar olarak, ancak kendileri karar verip bu kararları kendileri uyguladıkları zaman kendi onurlarını koruyup birer kullanılan eşya olmaktan kurtulabilirler. Unutulmamalıdır ki, insan onuru yaşamın her alanında bireysel ve toplumsal davranış ilkelerini kontrol eden ve belirleyen yönlendirici bir “kutup yıldızı işlevini yerine getirmektedir.”<sup>56</sup>. Bu nedenlerle yerindenlik (yerellik) ilkesinin incelenmesi burada kaçınılmaz gözükmektedir.

Yerindenlik ilkesinin ilk defa 1931 yılında bir Papa'nın Sosyal Ferman anlamına gelen “Sozialenzyklika” da Quadragesimo Anno ya da Papa XI Pius tarafından kullanıldığı tespit edilmektedir. Yerindenlik ilkesi, 20. Yüzyılın başlarında ön plana çıktı ve daha çok, gereğinden fazla kuvvetli ve her alana yayılan, bireyi baskı altında tutan devlet faaliyetine karşı bir çağrı nite-

---

54 İlyas Doğan, Alman Öğretisinde İnsan Onuru ve Güncel Sorunlar Hakkında Kısa Bir Giriş, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 13, Sayı 2, Konya 2005, s. 56.

55 Doğan, age., s. 56.

56 Doğan, age., 56

liğindeydi<sup>57</sup>. Bazı konularda bu, üst hiyerarşik devlet birimlerinin, mahalli idarelerin karar alma süreçlerine asla müdahale etmemesi anlamına gelmektedir<sup>58</sup>. Kelime anlamıyla yerindenlik, aslında subsidiarite (Subsidiarity), olarak bilinmekte ve Latince *subsidium* sözcüğünden gelmektedir. Öyleyse *subsidiumu* yardım, dayanışma, yardımlaşma biçiminde anlamak mümkündür<sup>59</sup>. Söz konusu ilke esasında devletle halk arasındaki ilişkilerde insanların özerkliğini korumayı amaçlar. Hükümet, insanlara ancak ihtiyaç duydukları zaman ve kendileri ihtiyaçlarını karşılayamadıkları zaman onlara hizmet etmelidir. İnsanların kendi imkânlarının yeterli olduğu konu ve alanlarda ise hükümet onların işlerine karışmamalıdır<sup>60</sup>.

Subsidiarite kelime olarak, “yerellik,” “ikincil,” durumda bulunma, “yardımcılık” ya da sıfat olarak ikincil, yardımcı, yerel sıfatlarına denk gelir. Sıfat olarak anlaşılınca terim, bir eylemi, bir davranışı, bir kişiyi ya da kurumunu güçlendirmeye yarayan, onlara destek ve yardımcı olan, yedek ikincil kavramlar ile aynı anlama gelir<sup>61</sup>.

Revum Novarum (1891) tarafından düzenlenen Quadragesimo Anno'nun Sosyal Fermanında (Sozialenzyklika Nr. 79 ve 80) söz konusu ilkeye ilişkin önemli tespitler yapılmıştır. Değişen sosyal şartlara uygun olarak, bazı sosyal hizmetler alt birimler yerine daha büyük üst sosyal birimler tarafından yerine getirilmesine karşın, değişmeyen ve farklı yorumlamalara daha dayanıklı, sosyal-felsefenin temel ilkesi olarak şunu tespit etmek mümkündür. Nasıl ki bir insanın kendi inisiyatifi ve kendi gücü ile yapabileceği bir iş ondan alınıp topluma devredilemezse ve bunun devredilmesi hakkaniyete aykırı ise, toplumun daha küçük ve alt biriminin yapabileceği bir işin üst ve daha büyük birimlerce yerine getirilmesi adalet aykırıdır.

---

57 Nicholas Emiliou, Subsidiarity: An Effective Barrier Against “The Enterprise of Ambition, in: European Law Review 17, no. 5 (1992), s. 384, 398.

58 Emiliou, age., s. 385.

59 Thomas Bohrman, Subsidiaritaet, Ein Lehrbuch içinde, yazar Mariana Heimbach (Ed.), Regensburg-Germany 2004, Friedrich Psutet, s.294.

60 Oswald von Nell-Bereuning, Baugesetze der Gesellschaft, Solidaritaet und Subsidiaritaet, Freiburg, Basel, Wien 1990, Verlag Herder, s. 88.

61 Ruşen Keleş, Hizmette Halka Yakınlık (Subsidiarite) İlkesi ve Yerel Yönetimler, Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi, Cilt 4, sayı 1, 1995, s. 3-56.

Böylece her türlü toplumsal faaliyetler “subsidiar,” yani yedek ya da ikincil kademede yer alır. Toplumsal kurumlar ve yapılar, korunup desteklenmeli; fakat onlar anlamsızlaştırılıp, dağıtılıp devre dışı bırakılmamalıdır. Yukarda adı geçen fermanın 79. maddesinde açıklanan subsidiariteye ilişkin temel ilke, 89. maddede farklı bir tarzda pekiştirilmektedir. Devlet, daha büyük ödevlere hazırlık mahiyetinde ve onlara destek niteliğindeki alt kademelerdeki daha az önemli işleri daha küçük toplumsal birimlere veya cemaatlere bırakmalıdır.

Avrupa Birliği bünyesinde ilk olarak 1970’li yıllarda ortaya çıkan subsidiarite ilkesi, Maastricht Anlaşması ile anayasal anlamda açıkça Avrupa Birliği içinde yer almıştır<sup>62</sup>. Avrupa Komisyonu 21 Ekim 1990 tarihli Politik Birlik Konusunda Resmi Görüş’ünde bu prensibin, yazılı olarak AT Antlaşmasına eklenmesi gerektiğini bildirdi<sup>63</sup>. İlk defa, ABA’nın (Avrupa Birliği Antlaşması)<sup>64</sup> 3 b maddesi (yeni 5. maddesi) ve Dibacenin (giriş) B maddesi hükmü ile Topluluk içinde yerini alıp, pozitif hukukta anayasal bir ilke olarak kabul edilmiştir. 3 B maddesindeki düzenleniş şekli ise şöyledir:

*Topluluk bu Antlaşmayla kendisine verilen yetkilerin ve amaçların sınırları içinde icraatta bulunacaktır.*

*Topluluk, münhasır yetkisine girmeyen alanlarda subsidiarite ilkesine uygun olarak, yalnızca teklif edilen tasarrufun amaçları üye devletler tarafından yeterince gerçekleştirilemediği ve dolayısıyla teklif edilen tasarruf boyut ve etkileri bakımından Topluluk tarafından daha iyi gerçekleştirilebileceği takdirde ve oranda tasarrufta bulunur.*

*Topluluk tarafından yapılacak herhangi bir tasarruf mevcut Antlaşmanın amaçlarını gerçekleştirmek için gerekli olanı aşmayacaktır<sup>65</sup>.*

---

<sup>62</sup> Emiliou, age., s. 391.

<sup>63</sup> Andrew Duff, *Subsidiarity within the European Community*, London 1993, PSI Publishry, s. 9.

<sup>64</sup> Avrupa Birliği Antlaşmasının İngilizce tam metni için bkz. <http://www.eurotreaties.com/maastrichteu.pdf> (Erişim tarihi:22.12.2010)

<sup>65</sup> Enver Bozkurt, *Subsidiarite İlkesi (İkincillik İlkesi) ve Avrupa Birliği Bütünleşme Sürecine Etkisi Üzerine Bir Değerlendirme*, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 2001, s. 8.

Antlaşmanın giriş kısmının A maddesinde bu konu ilgili daha genel, fakat yerindeliği vurgulayan ilkesel bir ibare var: "...in which decisions are taken as closely as possible to the citizen."<sup>66</sup> Buna göre, Avrupa düzeyinde alınacak ortak kararların, mümkün olduğunca vatandaşlara yakın birimlerce alınması önceliğinden söz edilebilir.

Avrupa Birliği'nin kurulmasından sonra, Avrupa'da bir merkezleşme eğilimi baş gösterdi ve yerel yönetimler klasik merkeziyetçi devlet sistemini sorgulamaya başladılar. Çünkü üye devletler gibi mahalli idareler de, kendi egemenlik ve yetkilerini kaybetme endişesi taşıyorlardı<sup>67</sup>. Belirli yetkileri uzun süreden beri kullanan yerel yönetimler, ellerindeki yetkileri merkeziyetçi eğilimde olan AB organlarına bırakmak istemiyorlardı. Yerellik ilkesi Topluluğun yetkilerini üye devletlerin egemenliğini koruyacak şekilde sınırlamaktadır ve sonuçta üye devletler ile AB organları arasında yetki paylaşımı konusunda bir denge sağlama işlevi görmektedir<sup>68</sup>. İlke bu anlamıyla Toplulukla üye devletler arasında yetki paylaşımı konusunda bir uzlaşma olarak kabul edilmektedir<sup>69</sup>.

Yerellik ilkesi, Almanya'da merkezi idare ile yerel idareler alanında görev ve yetkilerin paylaşımı konusunda hüküm ifade eden anayasal bir ilkedir. Nitekim Alman Anayasasının 70. maddesi "Bu Anayasa ile Federal Devlet yetkili kılınmadıkça, yasama yetkisi eyaletlerindir" demektedir. Benzer bir hüküm aynı Anayasanın 28. maddesinde karşımıza çıkmaktadır. Burada da yerel toplum ile ilgili bütün işlerin, kanunlar çerçevesinde, ilgili belde insanların kendi sorumlulukları altında düzenlenmesi hakkı hükme bağlanmıştır<sup>70</sup>. Subsidiarite ilkesine ilişkin olarak 1985 tarihli Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartında da kayda değer kavramlar dikkat çekmektedir. 4. maddenin 3. fıkrasında şöyle bir hüküm yer almaktadır: Kamusal yükümlülükler

---

<sup>66</sup> Andrew Cowgill, <http://www.Eurotreaties.com> 1.1. 2010 (Erişim Tarihi: 12.31.2010).

<sup>67</sup> Keleş, age., s. 32; Bünyamin Bezici, Avrupa Birliği'nde Hizmette Yerellik İlkesi, Sakarya Üniversitesi Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Sakarya 1999, 21.

<sup>68</sup> Arif Köktaş, Avrupa Birliği'nde İşçilerin Serbest Dolaşım Hakkı ve Türk Vatandaşlarının Durumu, Ankara 1999, Nobel Yayın-Dağıtım, s. 19.

<sup>69</sup> Bilal Canetan, Düşünce Tarihinde, Kamu Hukukunda Avrupa Birliğinde Yerellik İlkesi, Ankara 2001, Galeri Kültür Yayınları, s. 4, 88, 90.

<sup>70</sup> İBMİGM, Dünyada Mahalli İdareler, İçişleri Bakanlığı Mahalli İdareler Genel Müdürlüğü, Ankara 1999, s. 15.



genellikle ve tercihen vatandaşlara en yakın olan yönetimlerce yerine getirilir. Bu yükümlülüklerin bir başka yönetime bırakılmasında yetkilerin kapsamı ve niteliği ile etkinlik ve ekonomi ilkeleri göz önünde bulundurulmalıdır<sup>71</sup>. Amerikan Anayasasındaki düzenleme de fazla farklı değildir: Anayasa tarafından Birleşik Devletlere bırakılmayan veya yasaklanan yetkiler, sırasıyla Devletlere ve halka bırakılmıştır<sup>72</sup>.

Subsidiarite ilkesi, toplumsal kurumlar ve devlet arasındaki yetkilerin nasıl dağıtılacağını öngörür. Kısaca yerindenlik ilkesinin burada yetki, görevlendirme ve örgütlenme ilkesi olduğu söylenebilir<sup>73</sup>. Yukarıdaki incelemeden de yararlanarak, yerindenlik ilkesinin, sonuçta dört temel özelliğini tespit etmek mümkündür. Öncelikle, insan sorumlu bir öznedir ve kendi sorumluluğunda kendi yaşamını planlayabildiğinden, birinci sırada yer almaktadır; yani en üstündür. Çünkü o, Tanrı'nın sıfatında yaratılmıştır veya doğanın bugüne kadar görülen en akıllı varlığıdır ve kendisini başkalarıyla beraber gerçekleştirebilir.

Yerindenlik ilkesinin ikinci özelliği ise, insanın özerk olmasından dolayı kendi ihtiyaçlarının karşılanmasından kendisinin sorumlu olmasıdır. Başka bir deyişle, birey ya da birey grupları, yaşamlarının yapılandırılmasında kendileri yetkilidir. Onlar, toplumun en alt birimi ve temel taşı olduklarından, bireysel inisiyatifler ve kendi başına karar verip uygulama imkânlarından mahrum edilmemelidirler; alt birimlere ilişkin yetki ve görevler daha üst makamlara verilmemelidir; kısacası birey ve insan gruplarına kendi koydukları ilkelere uygun olarak yaşama fırsatı verilmelidir.

Üçüncü olarak, küçük toplumsal birimler, kendi yetki ve öz güçleriyle kendilerine yardım edip işlerini yürütemiyorlar ve sorunlarını çözemiyorlarsa, bu durumda onlar, daha büyük birimlerden yardım talebinde bulunabilirler. Üst birimler, sadece alt birimlerin kendi kendilerine yardım edebilmelerini sağlayacak derecede yardımda bulunmalıdırlar.

Dördüncü özelliğe göre daha büyük sosyal birim, alt kademelerdeki birimlere yardım ettikten ve onların kendi olanaklarıyla işleriyle başa çıkmala-

---

71 İBMİGM, age., s. 8.

72 Robert J. Bennet, (Editör), *Local Government in the New Europe*, London 1993, Behavior Press, s. 18.

73 Bohrman, age., s. 295.

rını sağladıktan sonra, tekrar kendisine ayrılmış yetki alanına geri çekilmek ve onların özerkliğine saygı göstermek zorundadır; onları vesayet altında tutmaya devam etmemelidir.

Açıklanan bu özellikler, sosyal etik konusunda önem arz etmesine karşın, yerindenlik aynı zamanda hukuksal bir ilke olarak işlev görmektedir. Özellikle burada daha küçük sosyal çevrelerin yaşam hakkı ve onların üst toplumsal birimler ve kurumlardan yardım talebinde bulunma hakkı geçerlidir. Toplumsal düzen ve onun gelişimi, insanların mutluluğu ışığında değerlendirilmeli ve nesnelere, eşyalar ve kurumlar düzeni, insanların kişilik gelişimine ve sağlıklı, özgün yapılanmasına hizmet etmelidir<sup>74</sup>.

En genel biçimiyle subsidiarite ilkesine göre, devlet, ancak bireysel gücü ve bağımsız davranan özel grupların kapasitesini aşan alanlarda etkin olabilir. İlke, birey özerkliği ve onuruna dayanır. Öyleyse aile, devlet, uluslararası hukuk ve siyasal düzen insanların onuruna hizmet için var olmalıdır. İnsanlar, doğaları gereği sosyal varlıklar olduklarından, küçük ve orta büyüklükteki sosyal yapılanmalar bireyle toplum arasında aracı rol oynarlar ve bireyi güçlendirip onun toplumla güçlü bağlarını sağlarlar. Yerindenlik ilkesi, bir taraftan özerkliği sağlayıp korurken, diğer taraftan pozitif işleviyle bireysel ve grup özerkliğinin sağlanması amacıyla, gerekli sosyal şartların gerçekleştirilmesinde üst birimlere direktif verme ve ödevlendirme işlevi görmektedir.

Anayasal düzeyde ele alınınca, burada bir yerelleşme ve tüm yetkilerin merkezi organlarda toplanmasından kaçınma söz konusudur. Kamu hizmetlerini sunma bakımından bu ilkenin, kamu yönetimi ve idare hukukuyla bağlantısı da gözden uzak tutulmamalıdır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 127. maddesinde “mahalli idarelerin kuruluş ve görevleri ile yetkileri “yerinden yönetim” ilkesine uygun olarak kanunla düzenlenir” deniyorsa da bu ilkenin yasalar vasıtasıyla anlamsızlaştırılması kolaylıkla mümkündür. Hâlbuki yerellik ilkesinin, esas tayin edici norm olması gerekirdi. Fakat genel olarak ilkeye göre, yerel nitelikteki kamu hizmetleri, yerel yönetim tarafından yürütülmelidir<sup>75</sup>. Avrupa devletlerinin dini tartışmalarında ve milli devletlerin anayasa öğretilerinde daha önceden mevcut olan yerindenlik ilkesi 1980’li yıllarda Avrupa Parlamentosu, İngiltere ve Almanya’nın giri-

---

<sup>74</sup> Bohrman, age., s. 298.

<sup>75</sup> Ülgen, age., s. 97, 98.

şimiyle ve aşırı merkezileşme korkusuna<sup>76</sup> bir tepki olarak bir bütünleşme unsuru biçiminde sunuldu. İngiltere, Avrupa'nın federalleşmesinden endişelenirken, Almanya'daki federe devletler, federal sistem içerisinde sahip oldukları güçlerini kaybetmek istemiyorlardı.

Tam da bu noktada, yerindenlik ilkesi 1992'de Avrupa Birliğine ilişkin Maastricht Sözleşmesi'ne alındı. Daha sonra 1997'de ise bir protokolle daha da olgunlaştırıldı. Avrupa Birliği Antlaşması'nın ve Avrupa Topluluğu'nu kuran Antlaşma'yı tadil eden Lizbon Antlaşması'nda (Brüksel 3. Aralık 2007) yukarıda değinilen subsidiarite ilkesinin temel özellikleri göze çarpmaktadır. Bu Antlaşmada 3 b (3) hükmü şöyle düzenlenmiştir:

*“İkincillik ilkesine göre münhasır yetkisine girmeyen alanlarda Birlik yalnızca, söz konusu faaliyetin hedefler Üye Devletler tarafından; merkezi, bölgesel veya yerel düzeyde tatminkar olarak yerine getirilemezse veya getirilemediği ölçüde, ancak önerilen eylem, ölçeği ya da etkileri nedeniyle Birlik düzeyinde daha iyi başarılabilirse harekete geçer...”<sup>77</sup>*

Kısaca bu sözleşme hükümlerinde, ilkin yerindenlik ilkesi birliği yönlendirici bir ana ilke olarak kabul edildi ve ancak üye devletlerin kendi başlarına işin kapsam ve önemine göre yeterince yapamadıkları işlerde Avrupa Birliği'nin müdahalesi kabul edildi. Birlik ancak gerekli olduğu ölçüde bu konularda faaliyette bulunabilir ve orantılılık ilkesine göre, gereğinden fazla devletlerin işlerine karışamaz. İlke, sadece üye devletlerle Avrupa Birliği arasındaki ilişkilerde değil, üye devletlerin ve devlet içindeki bölgelerin kendi aralarındaki ilişkilerinde de etkili olması gerektiği açıktır. Yerindenlik ilkesi en üst kademedен en alt birimlere kadar uygulanarak kararların elden geldiğince vatandaşlara en yakın birimlerce alınması gerekir (Madde A (2) Avrupa Birliği Sözleşmesi).

İlkenin ortaya çıkışını anlatırken, söz konusu edilen üst birimlerin alt birimlerin işlerine müdahalelerinin şartları burada da geçerlidir. Verimlilik ilkesine göre, merkezi birim alt birimlerin işlerine ancak etkili ve verimli

---

<sup>76</sup> Gül Okutan, Topluluğun ve Üye Ülkelerin Yetki Alanlarının Belirlenmesi, Avrupa Hukuku içinde, yazar Gülören Tekinalp ve Ünal Tekinalp, s. 91 vd. , Beta Yayınevi, İstanbul 2000, s. 91.

<sup>77</sup> <http://www.bumko.gov.tr/TR/Genel/BelgeGoster.aspx?F6E10F8892433CFFA79D6F5E6C1B43FF66D0D09E4A9A74F3> (T.C Maliye Bakanlığı Bütçe ve Mali Kontrol Genel Müdürlüğü web sayfası. (Erişim tarihi: 08 Haziran 2011).

olabilirse müdahale edebilir ve ancak gerekli olan en az ölçüde müdahale hakkına sahiptir. Zorunluluk ilkesine göre ise, merkezi birim, yerel birimlerin işlerini ancak zorunlu durumlarda yapabilir. Yani, ancak alt birim kendi başına arzu edilen sonuca kendi imkânlarıyla varamıyorsa, merkezi organlar onların işini yapabilir. Alt birimlerin özerkliği korununca, onların herhangi bir dış müdahaleye karşı veto hakkı olacaktır<sup>78</sup>. Özellikle insan haklarını korumak bakımından ve konumuzla ilgili olarak insan onurunu korumak açısından bu ilke, çok önemli bir rol oynamaktadır. İşin aslına bakılırsa, insan hakları anlayışı, evrenselleşme ve merkezileşme eğilimi gösterirken; özerklik ve yerindenlik ise yerelleşme ve farklılığa saygıya işaret etmektedir. Her biri farklı yönlere çeken iki unsur arasında, yani uluslararası insan hakları hukuku içindeki iki eğilim arasında içsel bir gerilim söz konusudur.

Bir taraftan, herkesin eşit onura sahip olmasından dolayı evrensellik ve eşitlik ilkesine uygun temel insan hakları normları gerekirken; öte yandan, yine insan onuruna saygıdan dolayı onların farklılıklarının ve kendilerine özgün özgürlük alanlarının saygı görmesi ve korunması gerekir. Yerindenlik ilkesi, işte bu gerilim noktasında ve küreselleşme çağında çoğulculuk ve ortak değer arasındaki kutuplaşmada aracılık görevini üstlenmektedir. Uluslararası insan hakları öğretisi, bunun sayesinde pratikte de bir anlam kazanabilir. Yerindenlik ilkesinin tanımına bakıldığında, bu ilkenin hem sosyal hem de siyasal alanlarda geçerli olduğu görülecektir. Genel olarak yerindenlik her sosyal ya da siyasal grubun daha küçük ve daha yerel sosyal ve siyasal gruplara yardım etmesini; fakat bunu yaparken de onların ödev ve yetkilerini gasp etmemesini ifade eden bir ilkedir. Avrupa Birliği, bu ilkeyi temel bir anayasal ilke olarak kabul edince, eskiden sadece Alman Hukuku'nda ve Katolik Kilisesi'nde tartışılan bu kavram, evrensellik kazandı ve tüm diğer hukuk alanlarına da sıçrama eğilimindedir. Adem-i merkeziyetçi tartışmalarında, çevre hukukunda, federalizm ve özerklik tartışmalarında, kültürel çoğulculuk öğretilerinde ve egemenlik ve meşruiyet söylemlerinde yerindenlik ilkesi, devamlı bir dayanak noktası olmaya adaydır. Bütün insanların doğasından gelen ve vazgeçilmez, devredilmez temel hakların ve onların bileşkesi olan insan onuruna sahip olmasının kabulü, insan hakları anlayışında zımni olarak yerindenlik ilkesinin geçerliliğinin kabul edildiği anlamına gelir.

---

<sup>78</sup> Andres Føllesdal, [www.follesdal.net/publ.html](http://www.follesdal.net/publ.html), s. 4,5 (Erişim tarihi: 30.12.2010).

## SONUÇ

Özellikle azınlık hakları ve genel olarak insan hakları konusunda subsidiarite ilkesi, azınlık veya küçük etnik grupların haklarını korumak için akla gelebilecek en etkin hukuki ya da siyasal araçlardan bir tanesidir.

Subsidiarite ilkesi, bir yandan Avrupa ülkeleri arasında bütünleşme sürecinin başarıyla tamamlanmasını sağlarken, öte yandan merkezileşmiş Avrupa Birliği ile kendi kimliklerini kaybetmek istemeyen, çoğunluk kültürü içerisinde eriyip gitmek istemeyen bölgeler arasındaki tarihsel çelişkiyi çözmek için kullanılabilen en uygun araçtır<sup>79</sup>. (Bernard 1996, 635, Bozkurt 2001, 14). Subsidiarite ilkesi görünürde özerklik ve özgürlük sağlayan bir etki gösterirken, aslında Avrupa ülkelerinin ekonomik bir topluluktan (Avrupa Ekonomik Topluluğu) siyasal bir birliğe geçişte (Avrupa Birliği) farklı özelliklere sahip toplumların birlikte yaşamasına olanak tanımaktadır. ABA'nın A maddesi şu hükmü içeriyor: "Bu Antlaşma, kararların mümkün olduğunca halka en yakın şekilde alındığı, Avrupa insanları arasında daha yakın bir birlik yaratması sürecinde yeni bir döneme işaret eder." Konu ile ilgili benzer, fakat sadece farklı kimlikleri korumayı amaçlayan bir hüküm Maastricht Antlaşması'nın 128. maddesinde 1. fıkrada yer almaktadır: "Topluluk, üye devletlerin ulusal ve bölgesel çeşitliliğini koruyarak, kültürel gelişmelerine katkıda bulunacak ve aynı zamanda ortak kültürel mirasın korunmasına da önem verecektir."<sup>80</sup> (Cowgill, Eurotreaties.com 2010).

1992 yılından beri subsidiarite ilkesi tüm Avrupa birliği kurumlarını, yetkilerini münhasır yetki alanlarına giren konularla sınırlayacak şekilde bağlamaktadır. Normatif politik teorilerine göre yerindenlik ilkesine ilişkin teorilerde iki koşul aranmaktadır. Öncelikle bu tür teoriler, normatif bireyciliğe dayanmalıdır. Bunun anlamı, değerlerin tek taşıyıcısı insan sıfatındaki bireylerdir. Sosyal kanunların meşruluğu konusundaki argümanların tümü, onların topluma üye bireylerin çıkar ve yaşam kalitesini nasıl etkileyeceği yönünden değerlendirilmelidirler. Elbette ki, bireysel çıkarlar, başkalarıyla dayanışma içerisinde yaşamayı ve ortak değerleri paylaşmayı da kapsayabilir. İkinci olarak, yerindenlik ilkesini haklı gösteren görüşler, farklı iyi yaşam tasarıları açısından belirli bir çoğulculuğu da kabul etmelidir. Başkalarını iyi

---

<sup>79</sup> Bernard, age., s. 635; Bozkurt, age., s. 14.

<sup>80</sup> Cowgill, www.Eurotreaties.com, 2010

yaşam olanaklarından mahrum edecek, sadece belli toplumsal kesimleri ön-  
celeyecek söylemler burada devre dışı kalacaktır.

Özerklik ve yerindenlik ilkelerinin anayasalarda layık oldukları yerlerini almaları gerekir. Medenice birlikte yaşamın en üst kuralları, toplumun hangi değerler ve yaşam ilkeleri etrafında birleştiğini gösterir. İnsan onurunun, gerek ulusal, gerekse uluslararası hukukta en üstün yer işgal ettiği gerçeği de göz önünde bulundurulduğunda, çağımızda tek tip yaşam tarzı ve toplumda yaşayan insan ve insan gruplarının türdeş kimliğinden çok, çeşitliliğin esas ve farklılıklara saygının erdem olduğunu söylemek mümkündür. Bu inceleme sonucunda, yukarıda irdelenen üç kavram insanca birlikte yaşamın temel ilkesi biçiminde somutlaşıp bütünleşmektedirler. Başka bir anlatımla, insan onuru, bireysel özerklik veya grup özerkliği ve yerindenlik ilkesi insan hay-siyetine yararlı sosyal yaşamı mümkün kılan, destekleyen ve özgür davranış-lar arasında eşgüdüm ve dengeyi sağlayan en üst sosyal yaşam prensipleri-dirler.

### KAYNAKÇA

- Aldanmaz, Orhan. «Küreselleşme Bağlamında Şırnakta Kültürel ve Sosyal Değişiklikler.» *Uluslararası Şırnak ve Çevresi Sempozyumu*. Şırnak: Şırnak Üniversitesi Yayınları, 2010. 431-454.
- . *Wehrdienstverweigerung als Menschenrecht*. Regensburg: S. Roderer Verlag, 2006.
- Anzenbacher, Arno. *Christliche Sozialethik, Einföhrun Und Prinzipien*. Paderhorn; München; Wien; Zürich; Schöningh: Verlag Ferdinand Schöningh, 1998.
- Aronson, Elliot. *The Social Animal*. 8. New York: Worth Publisher/ W.H. Freeman and Company, 1999.
- Aybay, Aydın, ve Rona Aybay. *Hukuka Giriş*. 5. Baskı. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, Eylül 2008.
- Başbakanlık. *Aday Memurların Temel Eğitim Ders Notları, (2) 6. Baskı*. Ankara: T.C Başbakanlık Basımevi, 2009 Nisan.
- Bennet, Robert J.(Ed). «Local Government in The New Europe.» *Behaver Press*, 1993: London.
- Bernard, Nicolas. «The Future of European Economic Law in The Light of Principle of Subsidiarity.» *Common Market Law Review* (Kluwer Law International), 1996: 663-666.
- Bezici, Bünyamin. *Avrupa Birliği'nde Hizmette Yerellik İlkesi*. Sakarya: Sakara Üniversitesi Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 1999.
- Bird, Colin. *Myth of Liberal Individualism*. Cmbridge: Cambridge University Press, 1999.
- Bleckmann, Albert. «Probleme des Grundrechtsversichts.» *Juristische Zeitung (JZ)* 02 (01 1988): 57.
- Bohrman, Thomas. «Subsidiaritaet.» *Christliche Sozial Ethik, Ein Lehrbuch* içinde, yazan Marianne Heimbach (Ed.), 294. Regensburg-Germany: Friedrich Psutet, 2004.

Bozkurt, Enver. «Subsidiarite İlkesi (İkincillik İlkesi) ve Avrupa Birliği Bütünleşme Sürecine Etkisi Üzerine Bir Değerlendirme.» *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 2001: 1-21.

Brint, Steven. «Asanet.» *Gemeinschaft Revisited, A Critique and Reconstruction of Community Concept.* 2001. <http://www.asanet.org/images/members/docs/pdf/featured/soth125.pdf> (12 07, 2010 tarihinde erişilmiştir).

Brint, Steven. «Gemeinschaft Revisited, A Critique and Reconstruction of the Community Concept.» *Sociological Theory* 19, no. 1 (2001): 1-23.

Bulut, Nihat. «Eski Yunan'dan Aydınlanma Çağına İnsan Onuru Kavramının Gelişimine Genel Bir Bakış.» *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, <http://hukuk.erkincan.edu.tr/dergi/>) C.XII, no. 3 (Aralık Aralık 2008): 1-12.

Bundesverfassungsgerichts, Entscheidung des. *BverfGE* 5.

Canetan, Bilal. *Düşünce Tarihinde, Kamu Hukukunda, Avrupa Birliğinde Yerellik İlkesi.* Ankara: Galeri Kültür Yayınları, 2001.

Celal Ülgen, (Editör). *T.C. Anayasası.* 3. İstanbul: Beta Yayım ve Dağıtım A.Ş., Eylül 2009.

Clement, Grace. *Care, Autonomy and Justice: Feminizm and The Ethic of Care.* Boulder, Colo: Westview Press, 1996.

Cowgill, Andrew. *Eurotreaties.com.* 1 1 2010. <http://www.eurotreaties.com/maastrichtec.pdf> (12 31, 2010 tarihinde erişilmiştir).

—. *Eurotreaties.com.* 2 1 2010. <http://www.eurotreaties.com/maastrichteu.pdf> (12 22, 2010 tarihinde erişilmiştir).

—. *Eurotreaties.com.* 02 01 2010. <http://www.eurotreaties.com/maastrichteu.pdf> (12 22, 2010 tarihinde erişilmiştir).

Denninger, Erhard. *Staatsrecht. Einführung in die Grundprobleme des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland.* Cilt 1 Die leitbilder: Leerformeln? Lügen? Legitimation? Reinbek: Rowohlt, 1973.

Doğan, İlyas. «Alman Öğretisinde İnsan Onuru ve Güncel Sorunlar Hakkında Kısa Bir Giriş.» Düzenleyen Abdurrahman Savaş. *Selçuk*



Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi) 13, no. 2 (2005): 51-59.

Duff, Andrew. *Subsidiarity within the European Community*. London: PSI Publishriy, 1993.

Dusik, Peter. *Grenzprobleme der Menschenwürde (Art 1 Abs. 1 GG) zugleich ein Beitrag zur Sozialverpflichtung aus Menschenwürde*. Würzburg: Dissertation, 1976.

Dürig, Günter. «Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. I in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetzes.» *Archiv des öffentlichen Rechts (AÖR)*, no. 81 (1956): 127.

Emiliou, Nicholas. «Subsidiarity: An Effective Barrier Against "The Enterprise of Ambition.» *European Law Review* 17, no. 5 (1992): 384-398.

Føllesdal, Andres. *follesdal.net*. <http://www.follesdal.net/publ.htm> (12 30, 2010 tarihinde erişilmiştir).

Gemeinschaften, Amtsblatt der Europäischen. *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften* C36419 (DE). arıca bkz. <http://www.euparl.europa.eu/charter/pdf/text.de.pdf>, 18.12 2000.

Gerhardt, Volker. «e-Journal Philosophie der Psychologie.» *Lebensführung, die Individualitaet des Menschen*. 23 Haziran Juni 2007. [www.jp.philo.at/texte/GerhardtV.1.pdf](http://www.jp.philo.at/texte/GerhardtV.1.pdf) (Haziran 23, 2010 tarihinde erişilmiştir).

Giese, Bernhard. *Die Würde -Konzept. Eine normfunktionale Explikation des Begriffs Würde in Art 1 Abs.I GG*. Berlin: Drucker&Humblot, 1975.

Haberle, Peter. *Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft*. Bd. I, in *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschlands*, von Josef Isensee/Paul Kirchof (Hrsg). Heidelberg: C.F. Müller, 1995.

Heimbach-Steins, M. «Sozialethik.» *Orientierung Finden, Ethik der Lebensbereiche* içinde, yazar Klaus Arntz, Johannes Reiter ve Herbert Schlögel, 1-5. Freiburg: Herder Verlag, 2008.

Heinzman, Richard. «İnsan ve İnsan Onuru-Toplumsal Yaşam İçin Etik ve ahlak.» *İnsan ve İnsan Onuru-Toplumsal Yaşam İçin Etik ve ahlak*. 2010.

<http://www.konrad.org.tr/Islam%20tr%202006/07heinzmanTR.pdf> (02 08, 2010 tarihinde erişilmiştir).

Heywood, Andrew. *Political Theory, an Introduction*. second edition. London: Macmillan Press, 1999.

Hicks, Steven V. «The prospects of World Order: A hegelian Approach.» *Interpretation, a Journal of political Philosophy*, volume 3, Fall 2002, P., no. 1 (Fall, Issue 1 2002): 49 (53).

Höffe, Gotfried. «Ein transzendentaler Tausch: Zur Anthropologie der Menschenrechte, in: Philosophisches Jahrbuch 99 (1992.» 1992.

HR-Net, (Helenic Resources Network). *HRI.org*. 29 12 1995-2009. <http://www.hri.org/docs/Rome57/Part1.html> (12 30, 2010 tarihinde erişilmiştir).

İBMİGM. *Dünyada Mahalli İdareler*. Ankara: İçişleri Bakanlığı Mahalli İdareler Genel Müdürlüğü, 1999.

—. *Hizmette Yerellik (Subsidiarite) İlkesinin Tanımı ve sınırları*. Ankara: İçişleri Bakanlığı Mahalli İdareler Genel Müdürlüğü, 1995.

Informationsdienst, Deutsche. «Grundgesetz.» *dejure.org*. 01 11 2010. <http://dejure.org/gesetze/GG/1.html> (12 01, 2010 tarihinde erişilmiştir).

Informationsdienst, Juristische. *dejure.org*. 2 1 2011. <http://dejure.org/gesetze/GG> (01 17, 2011 tarihinde erişilmiştir).

Kant, Immanuel. *Ahlâk Metafiziğinin Temellendirilmesi*. Çeviren İoanna Kuçuradi. Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, 1995.

—. *Kritik der Reinen Vernunft*,. Hamburg: Felix Meiner Verlag, 1971.

Kant, İmmanuel. *Metaphysik der Sitten, Tugend Lehre*. Düzenleyen Werke in 10 Baenden Bd. 7 Wilhelm Weischedel (Hrsg) İmmanuel Kant. Königsberg: Wissenschaftliche Buch Gesellschaft 1983, 1797.

Kant, Immanuel. *Pratik Aklın Eleştirisi*. Çeviren Ülker Gökberk, Fusun Akatlı İaonna Kuçuradi. Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, 1999.

Keleş, Ruşen. *Avrupa'nın Bütünleşmesi ve Yerel Yönetimler*,. Ankara: Türk Belediyecilik Derneği, 1999.

Keller, Fox. *Reflections on Gender and Science*. New Haven: Yale University Press, 1985.

Köktaş, Arif. *Avrupa Birliği'nde İşçilerin Serbest Dolaşım Hakkı ve Türk Vatandaşlarının Durumu*. Ankara: Nobel Yayın-Dağıtım, 1999.

Kymlicka, Will. *Multicultural Citizenship*. New York (NY): Oxford University Press, 1995.

Lock, John. *A Letter Concerning Toleration*. Düzenleyen A. Montuori. The Hague: Martinus Nijhoff, 1963.

Luhman, Niklas. *Grundrechte als Institutionen, Ein Beitrag zur Politischen Soziologie*. 4. Berlin: Drucker&Humblot, 1999.

MacKenzie, Catriona, ve Stoljar Natalie. *Introduction: Autonomy Refigured*. New York; Oxford: Oxford University Press, 2000.

Mariyln, Friedman. *Autonomy, Gender, Politics*. Oxford, New York: Oxford University Press, 2002.

Mill, John Stuart. *Özgürlük Üstüne*. İstanbul: İstanbul Belge Yayınları, 2000.

Mitias, Michael. «The Possibility of World Community.» *Coexistence*, 1990: 205-214.

Nedelsky, Jennifer. «Reconceiving Autonomy: Sources, Thoughts and Possibilities.» *Yale Journal of Law and Feminism*, no. 7 (1989).

Nell-Bereuning, Oswald von. *Baugesetze der Gesellschaft, Solidaritaet und Subsidiaritaet*. Freiburg, Basel, Wien: Verlag Herder, 1990.

Nozic, Robert. *Anarşi, Devlet ve Ütopya*. Çeviren Alişan Oktay. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2000.

Okutan, Gül. «Topluluğun ve Üye Ülkelerin Yetki alanlarının Belirlenmesi.» *Avrupa Birliği Hukuku* içinde, yazar Gülören Tekinalp ve Ünal Tekinalp, 91 vd. İstanbul: Beta Yayınevi, 2000.

Rawls, John. *Political Liberalism*. New York: Colombia University Press, 1993.

Rita Manning, C. «Liberal and Communitarian Defenses of Workplace Privilege.» *Journal Of Business Ethicks*, 16:817-823 (1997). 1997.

<http://www.springerlink.com/content/tg1j6733x10m3466/fulltext.pdf> (12 02, 2010 tarihinde erişilmiştir).

Ruşen, Keleş. «Hizmette Halka Yakınlık (Subsidiarite) İlkesi ve Yerel Yönetimler.» *Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi* 4, no. 1 (1995): 53.

Schlicher, Bern. «Etzioni's New Theory: a Synthesis of Liberal and Communitarian Views.» *The Journal of Soc.-Economics* 28, no. 4 (1999): 429-438.

Schmitz, Thomas. «Die Menschenwürde als Grundwert der freiheitlich-demokratischen Ordnung- eine Übersicht über die Wichtigsten Rechtsquellen.» *Übersicht, Die Menschenwürde als Grundwert der freiheitlich-demokratischen Ordnung- eine Übersicht über die Wichtigsten Rechtsquellen.* 06 08 2007. <http://home.lu.lv/~tschmit1/Downloads/BDHK-Themenabend-Menschenwuerde-Rechtsquellen.pdf> (12 02, 2010 tarihinde erişilmiştir).

Singer, Peter. *Animal Liberation: A new Ethik for our Treatment of Animals.* New York: Avon, 1975.

Stern, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland.* Cilt III Allgemeine Lehre der Grundrechte. 1 cilt. München, München: C.H. Beck, 1988.

Steuerwald, Karl. *Türkçe- Almanca Sözlük.* 1. Baskı. İstanbul: ABC Kitabevi A.Ş, 1993.

Suhr, Dieter. *Entfaltung der Menschen durch die Menschen. Zur Grundrechts Dogmatik der Persönlichkeitsentfaltung, der Ausübungsgemeinschaft und des Eigentums.* Berlin: Drucker&Humblot, 1976.

Şimşek, Oğuz. *Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması.* Düzenleyen Danışman Prof. Dr. Zafer Göner. İzmir: Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, 1999.

Taylor, Charles. «Modes of Civil Society.» *Public Culture* (Duke University Press) 3, no. 1 (Fall 1990): 95-132.

Taylor, Charles. «The Politics of Recognition.» *Multiculturalizm: Examining the Politics of Recognition* içinde, yazar Charles Taylor, düzenleyen Amy Gutmann. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1994.

Tiedemann, Paul. «Der Begriff der Menschenwürde, Eine Anfrage an die Sozialphilosophie.» *e-Journal der Philosophie der Psychologie*, <http://www.jp.philo.at/texte/Tiedemanp1.pdf>. (Erişim: Tarihi 20 Ağustos 2010, 2006: 11.

Türköne, Mümtaz'er. *Siyaset*. 10. Baskı. İstanbul: Opus Yayınları, Ekim 2009.

Ülgen, Celal (Editör). *T.C Anayasası 001*. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, Eylül 2009.

Ülgen, Celal. *T.C Anayasası, 001*. 3. Baskı. İstanbul: Beta Basım A.Ş., Eylül 2009.

Yıldız, Okan. «Sivil Toplum Örgütleri, "Özerklik": Kavramsal Bir Açılım.» *Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* (Gazi Antep Üniversitesi) 6, no. 1 (2007): 53-58.

Yüksel, Mehmet. «Mahremiyet Hakkına ve Bireysel Özgürlüklere Felsefi Yaklaşımlar.» *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 2009: 276-298.



# YÜKSEK SEÇİM KURULU'NUN NİTELİĞİ

*Yrd. Doç. Dr. Gürbüz ÖZDEMİR\**

## ÖZET

Yüksek Seçim Kurulu (YSK), modern demokrasilerin olmazsa olmaz koşulu olan seçimlerle ilgili tek söz sahibi olan bir anayasal kurumdur. Bu nedenle YSK, Türk demokrasisinin kaderinde büyük ölçüde etkili olan bir mercidir. İl ve İlçe Seçim Kurulları da, İl ve ilçe düzeyinde aynı işlevleri yerine getiren kurumlardır.

Bu derece hayati öneme sahip olan bu mercilerin hukuksal yapıları nedir? Onlar, görevlerini hangi sıfatla yerine getirirler? Verdikleri kararların niteliği nedir? Kısacası başta YSK olmak üzere, bu kurumlar birer mahkeme mi, yoksa yalnızca birer idari kurum mudur?

Bu çalışma, başta AİHM kararları ve Anayasa Mahkemesi kararları olmak üzere, anayasa ve ilgili yasalar çerçevesinde bu sorulara yanıt arayarak literatüre bir katkı sağlamayı amaçlamaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Seçimler, mahkeme, YSK

## THE SUPREME ELECTION BOARD'S CHARACTERISTIC

## ABSTRACT

The Supreme Election Board (YSK), the only public body authorized by the constitution with respect to political elections that are sine qua non of modern democracies. Therefore, YSK as an official authority has been one of the very effective organizations on the fate of Turkish democracy. The Province and the County Election Boards are also institutions which fulfill the same function in provinces and districts regional level.

What is the legal structure of these institutions that have vital importance to this extend? By which title or authority do they perform their duties?

---

\* Çankırı Karatekin Üniversitesi Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

What is the nature of their decisions? In short, with regard to temporarily jurisdictional duties they perform at the ultimate level in case of elections and managerial positions they have including YSK, are these institutions independent courts or exclusive administrative boards?

This study, mainly within the framework of the decisions of European Court of Human Rights and decisions of Supreme Court of Turkey Constitution and other related legislations in response to these questions is intended to give a substantive contribution to the related literature.

**Key Words:** political elections, court/tribunal, the Supreme Election Board

### Giriş

Türkiye Cumhuriyeti'nin kurumları içerisinde, genel ve yerel seçimlerin hazırlanmasından sonuçlandırılmasına kadar bir dizi işlevi ve faaliyeti yürüten ve bu süreçte seçimlerle ilgili her türlü sorunu çözen bir merci bulunmaktadır. 1982 Anayasası'nın 79. maddesi, bu mercii *Yüksek Seçim Kurulu* (YSK) adıyla düzenlemiştir. Böylelikle anayasal bir kurum olan YSK, ilgili maddede belirtildiği biçimiyle seçimlerle ilgili genel gözetim ve denetim işlevlerini yerine getirmektedir. YSK, tüm bu işlev ve faaliyetleri, il ve ilçe düzeyinde örgütlenmiş olan İl ve İlçe Seçim Kurulları ile birlikte yerine getirmektedir.

Türkiye'de, demokrasinin olmazsa olmaz unsurlarından biri olan seçimlerle ilgili tek söz sahibi olan YSK ile İl ve İlçe Seçim Kurulları, dolayısıyla ülkenin kaderinde büyük bir etkiye sahiptir. Bu nedenle, "Bu kurumların hukuksal yapıları nedir?", "Yüklendikleri işlevleri hangi sıfatla yürütmektedirler?", "Verdikleri kararların nitelikleri nedir?" gibi yanıt bekleyen sorular kaçınılmaz olarak gündeme gelmektedir.

Bütün bu soruların yanıtları, TBMM'de seçim kararı alındıktan sonra oluşan seçim atmosferinden itibaren siyasal süreçte tek söz sahibi olan ve bu süreçte adeta söylediği her şey itiraz edilemez kesinlik kazanan YSK'nın anlaşılması ve niteliğinin belirlenmesinde büyük önem taşımaktadır. Çünkü bu merci seçimlerde tek yetkili olmakla birlikte, verdiği kararlara karşı da ne idari ne de yargısal hiçbir mercie başvurulamıyor. Böylesine güçlü bir yapıya sahip olan bir merciin, anayasal düzen içerisinde yerinin saptanması önemli bir konudur.



Kısacası YSK ve diğer kurullar ne tür mercidirler? Yargı erki içerisinde yer alan bir *mahkeme* mi, yoksa yalnızca bir *idari kurum* mudur? Eğer bir *mahkeme* ise anayasal düzen içerisindeki yeri neresidir?

Bu çalışmada bu soruların yanıtını bulmaya çalışacağız. Konu, öncelikli olarak YSK'nın seçimlerle ilgili bir yargı organı olduğu savı üzerinden ele alınacaktır. Bu amaçla *mahkeme* kavramı ile onun nitelikleri, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gibi evrensel metinler ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları başta olmak üzere, iç hukuk metinleri (anayasa ve ilgili yasalar) bağlamında ortaya konulacaktır. İkinci aşamada, konuyla ilgili belirleyici rolü olan Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu kararlar çerçevesinde çeşitli mercilerin mahkeme olup olmadıkları ile ilgili örnekler verilecektir. Daha sonra ise YSK'nın görev ve yetkileri ele alınarak, daha önce ortaya konulmuş olan nitelikler çerçevesinde mahkeme niteliğine haiz olup olmadığı tartışılacaktır.

Bu çerçeve içinde ayrıca konuyla ilgili doktrindeki tartışmalara da yer verilerek bir sonuca varmaya çalışılacaktır.

## **Yüksek Seçim Kurulu (YSK)**

### **Kuruluşu, Görev ve Yetkileri**

Hukuk devleti olmanın temel ilkelerinden birisi, temel hakların güvence altına alınmasıdır. Temel hakların güvencesinin ve hukukun üstünlüğünün sağlanması ise, ancak bağımsız ve tarafsız bir yargının varlığı ile mümkündür. Bu çerçeveye doğal olarak siyasal hakların güvence altına alınması da girmektedir. Bu durum, demokratik sistemin temeli olan seçimler söz konusu olduğunda evleviyetle önem kazanmaktadır. Bu amaçla özellikle anayasada seçimlerin yargı organlarının genel yönetim ve denetimi altında yapılması öngörülmektedir. Tarihsel süreçte de aynı amacın hedeflendiği görülmektedir. Özellikle batılı ülkelerde, ilk dönemlerde seçim işleri yasama ya da yürütme organlarına bağlı kuruluşlarca yürütülmekte iken, bu durum hem seçim güvenliğine zarar verdiği için hem de kuvvetler ayrılığı prensibine ters düştüğünden yaşanan gelişim süreciyle günümüzde bağımsız yargı organları tarafından yürütülmektedir (Ünlü, 2003: 1-2).

Türkiye'de çok partili hayata geçişle birlikte seçimlerin yargı organlarının genel yönetim ve denetimi altında yapılması amacına yönelik olarak, 16.02.1950 tarih ve 5545 sayılı Milletvekilleri Seçim Kanunu ile il ve ilçe-

lerde Seçim Kurulları ve ayrıca Ankara'da görev yapmak üzere Yüksek Seçim Kurulu kurulmuştur. Bu Yasa ile seçim güvenliği, yönetimi ve denetimi yeni kurallara bağlanmıştır. Seçim sürecinin, seçim işlerinin yargı denetimi esasına uygun olarak seçim kurullarınca yürütüleceği ve bu kurulların yargıç gözetim ve denetimine tabi olacağını hükme bağlamıştır.

YSK, 1961 Anayasası'nda "*Cumhuriyetin Temel Kuruluşu*" başlığı altında anayasal bir kurum olarak yer almıştır. 1982 Anayasası'nda ise "*Cumhuriyetin Temel Organları*" ve "*Seçimlerin Genel Yönetimi ve Denetimi*" başlıkları altında yer almıştır. YSK, özellikle 1961 Anayasası'nın 75. ve 1982 Anayasası'nın ise 79.maddesinde aynı içerikle yer almıştır.

Günümüzde YSK'nın kuruluşu ile ilgili hükümler, *1982 Anayasası'nın 79. maddesi ile Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkındaki 298 sayılı Yasanın* 11. maddesinde düzenlenmiştir. Her iki düzenlemede de YSK'nın kuruluşu ile ilgili olarak şöyle denilmektedir:

"YSK, yedi asıl ve dört yedek üyeden meydana gelir. Üyelerin altısı Yargıtay, beşi Danıştay Genel Kurulları'nca kendi üyeleri arasından üye tam sayılarının salt çoğunluğu ile seçilir."

Yine, YSK'nın görev ve yetkileri ile ilgili olarak 1982 Anayasası'nın 79. maddesinde şöyle denilmektedir:

"*Seçimler yargı organlarının genel yönetim ve denetimi altında yapılır. Seçimlerin başlamasından bitimine kadar seçimin düzen içinde yönetimi ve dürüstlüğü ile ilgili bütün işlemleri yapma ve yaptırma, seçim süresinde ve seçimden sonra seçim konularıyla ilgili bütün yolsuzlukları, şikayet ve itirazları inceleme ve kesin karar bağlama ve TBMM üyelerinin seçim tutanaklarını kabul etme görevi YSK'ya aittir.*"

*YSK, kararları aleyhine başka bir mercie başvurulamaz. YSK'nın ve diğer seçim kurullarının görev ve yetkileri kanunla düzenlenir.*"

Aynı biçimde, *Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkındaki 298 sayılı Yasanın* değişik 14. maddesinde de YSK'nın görev ve yetkileri sayılmıştır. Her iki metinde yer alan görev ve yetkilere bakıldığında, idari görev ve yetkiler yer almakla birlikte yargılama niteliğine sahip olan görev ve yetkilerin öne çıktığı görülmektedir.

Her iki metinde sayılan ve *yargı* niteliği taşıyan yetki ve görevleri şunlardır:

a) İl ve ilçe seçim kurullarının oluşmasını sağlamak, il seçim kurullarının oluşmasına, işlemlerine ve kararlarına karşı yapılacak itirazları, oy verme gününden önce ve itiraz konusunun gerektirdiği süratle karar bağlamak (*bir yargı organı gibi uyuşmazlıkların çözüm merci olması*),

b) Adaylığa ait itirazları, bu kanun ve özel kanunlar gereğince kesin karara bağlamak (*bir yargı organı gibi uyuşmazlıkların çözüm merci olması*),

c) İl seçim kurullarınca, oy verme günü işlemleri hakkında verilmiş kararlara karşı itirazları derhal inceleyip karar bağlamak (*üst mahkeme niteliği*),

d) İl seçim kurullarınca düzenlenen tutanaklara karşı yapılan itirazları inceleyip karar bağlamak (*üst mahkeme niteliği*),

e) Seçimlerden sonra kendisine süresi içinde yapılan ve seçimin sonucuna etkisi olacak ve o çevre seçiminin veya seçilenlerden bir veya birkaçının tutanağının iptalini gerektirecek yapıda itirazları, ait kurullara yapılan itirazların silsilesine ve sürelerine uygunluğunu araştırmaksızın inceleyip kesin karara bağlamak (*üst mahkeme niteliği*).

Dolayısıyla YSK, idari yönü olan bir kurum olmakla birlikte, seçimlerle ilgili yargısal görevleri olan ve bu yönüyle de öne çıkan bir kurumdur.

### **Mahkeme Kavramı ve Bazı Mercilerden Örnekler**

#### **Mahkeme Kavramının Tanımlanması ve Nitelikleri**

Anayasa, yasa, yönetmelik, tüzük gibi hukuksal metinlerin hepsinde yer alan yargısal kavramlardan birisi de, *mahkeme* kavramıdır. Tüm bu hukuksal metinlerin, *mahkeme* kavramı ile ilgili olarak üzerinde birleştikleri temel nokta; üzerinde tartışma, uyuşmazlık gibi durumlar söz konusu olduğu için çözümlenmesi gereken her türlü olayı inceleyen ve üstelik bu noktada kesin bir karar verme konumunda bulunan bir merci olmasıdır.

Aynı hukuksal metinlere bakıldığında, *mahkeme* kavramı içerisinde değerlendirilen ve özellikle de yüksek mahkeme özelliğine sahip olan mercilerin verdiği kararlara karşı hiçbir biçimde itiraz edilemez ve bu kararların iptali için başka mercilere başvurulamaz. Dolayısıyla bu temel özelliklere sahip olan her tür mercinin *mahkeme* niteliği taşıdığı sonucuna ulaşmak mümkündür. Bu nedenle öncelikle *mahkeme* kavramının tanımına ve sahip olduğu niteliklere bakılması gerekmektedir.

Önümüzü net görebilmek açısından, insan hakları ile ilgili iki önemli belge olan İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (İHEB) ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ile AİHM kararlarında *mahkeme* kavramının nasıl değerlendirildiği önem taşımaktadır. İHEB'nin 10. ve AİHS'nin 6. maddelerinde, *mahkeme* kavramının karşılığı olarak, *court* kavramı yerine *tribunal* kavramı kullanıldığı görülmektedir. Başka bir deyişle *tribunal* ve *court* kavramlarının her ikisi de Türkçe *mahkeme* anlamına gelmektedir. Ancak gerek İHEB'nde ve gerekse AİHS'nde, *court* kavramına göre daha geniş kapsamlı olan *tribunal* kavramı tercih edilmiştir.

AİHM de, bir merciin mahkeme niteliğini ortaya koyarken verdiği kararlarında, AİHS'nin 6. maddesinden hareketle geniş yorum yöntemini benimsemiş ve her uyuşmazlığın, normal kurulu olan mahkemelerde görülmesi gibi bir zorunluluğun olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Mahkemeye göre önemli olan nokta, kurumsal biçimden ziyade içerik olarak yargı işlevinin yerinde ve süresinde yerine getirilmesidir. Dolayısıyla herhangi bir merci yargı işlevi yerine getiriyorsa, biçimsel olarak genel bir yargı organı içinde olmasa dahi bu durum o merciin *mahkeme* olarak sayılmasına engel görülmemiştir. Hatta Mahkeme, geniş yorum yöntemiyle, disiplin suçlarını istinaf derecesinde sorgulayan Belçika Hekimler Odası'nı, Avusturya'da bulunan gayrimenkullere ilişkin Ticari İşlemler Bölge Komisyonu gibi birçok kurul ve komisyonu da geniş anlamda mahkeme olan *tribunal* olarak kabul etmiştir (Başlar, 2005: 47-48).

AİHM, bir merciin *tribunal* olarak kabul edilebilmesi için dört ölçütün gerçekleşip gerçekleşmediğine bakmaktadır. AİHM'ne göre, bu ölçütlere sahip olan her merci *tribunal* yani geniş anlamda mahkemedir. Bu açıdan bakıldığında AİHM, bu ölçütlere uyan tüm bağımsız idari otoriteleri dahi yargısal görev yerine getirdiklerinde AİHS'nin 6. maddesi anlamında mahkeme olarak görmektedir. AİHM tarafından kabul edilen ve AİHM içtihatlarında geçen bu ölçütler şunlardır<sup>1</sup>;

- 1- Yasayla kurulmuş olma ölçütü.
- 2- Bağımsızlık ölçütü.

---

<sup>1</sup> Daha geniş bilgi için bkz.: Mole, Naula/Harby, Catharina, "A Guide to the Implementation of Article 6 of the European Convention on Human Rights", Human Rights Handbook 3, Council Europe, 2001.

- 3- Tarafsızlık ölçütü.
- 4- Yargılama usulü güvencesine sahip olma ölçütü.

Üstelik İtalya, Avusturya, Portekiz, Belçika gibi birçok ülke, yargı yetkisini ve mahkeme kavramını geniş yorumlayarak normal tipik mahkemelerin dışında olan ancak yargı işlevi yerine getiren mercileri de mahkeme kapsamında değerlendirmektedir. Buna karşılık Çek Cumhuriyeti gibi azınlıkta kalan bazı Avrupa ülkeleri ise mahkeme kavramını dar yorumlamaktadır.<sup>2</sup>

Türkiye'deki uygulamaya bakıldığında ise, Anayasa Mahkemesi'nin *mahkeme* kavramını yorumlarken bazen dar ve bazen de geniş yorumlama biçimini benimsediği görülmektedir. Türkiye'de *mahkeme* kavramının dar yorumlanması sonucu, yargılama işlevi yerine getirmesine rağmen birçok kurum *mahkeme* kavramı içinde değerlendirilmemektedir. Ancak kavramın, *tribunal* kavramına paralel olarak, geniş yorumlanması sonucu bu kurumların birçoğunun rahatlıkla *mahkeme* kavramı içinde değerlendirilebileceği görülecektir.

AİHM'nin konuyla ilgili yaklaşımı Türkiye için önemsenmesi gereken bir durumdur. Bu açıdan mahkeme kavramının değerlendirilmesinde ve bir merciin *mahkeme* olup olmadığını gösteren niteliklerin saptanmasında, başta Anayasa Mahkemesi'nin konuyla ilgili vermiş olduğu kararlar olmak üzere iç hukuktaki değerlendirmelerin AİHM yaklaşımına uygun olması zorunlu görülmektedir.

İç hukukun en temel metni olan 1982 Anayasası'nın değişik maddelerinde *mahkeme* kavramı farklı terimlerle anlatılmıştır. Anayasanın 9, 15/3, 17/3, 36 ve 37. maddelerinde *mahkeme*, 19/3-4, 21, 26/3, 28/5-6-7. ve 33. maddelerinde *hâkim*, 19/5. maddesinde *yargı merci* ve 79. maddesinde *yargı organı* terimleri benzer anlamda kullanılmıştır. Bu farklılıklar nedeniyle, terimlere yüklenecek anlam açısından özellikle Anayasa Mahkemesi'nin kararları ve yorumlama yöntemi önemli olmaktadır. Çünkü Anayasa Mahkemesi'nin birçok kararında yer alan başta *mahkeme* kavramı olmak üzere yargı ve yargılama ile ilgili tanımlamalar, bu farklılıkları ortadan kaldırmaya yönelik olarak önemli katkı sağlayacaktır.

---

<sup>2</sup> Geniş bilgi için; Alen, Andre / Melchior, Michel, "Relations between Constitutional Courts and Other National Courts, Including the Interference in this Area of the Action of the European Courts", Human Rights Journal, 31 December 2002.

Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi, bir kararında *mahkeme* kavramını açık bir şekilde şöyle tanımlamaktadır:

“Adli, askeri ve idari davalara bakan ve bu davalara nihai hüküm vermek suretiyle anlaşmazlıkları çözümleyen her derece mahkemedir.”<sup>3</sup>

Anayasa Mahkemesi, başka bir kararında mahkeme kavramını geniş yorumlayarak,

“Bir davaya bakmakta olan, hakim özelliğindeki kişilerden kurulu, yargı yetkisine sahip olan ve taraflar arasındaki uyuşmazlıkların esasını çözümlen mercii...”<sup>4</sup>

biçiminde tanımlanmaktadır.

Başka bir kararda ise bu sefer dar bir yorumlamaya giderek *mahkeme* kavramını şöyle tanımlamaktadır:

“Anayasanın ‘bir davaya bakmakta olan mahkeme’ diye nitelediği mahkeme, herhalde o davaya bakmağa yani uyuşmazlık konusu işi çözümeğe veya suç sayılan fiili işleyeni kanun kuralları çerçevesinde yargılamaya görevli mahkeme olması gerekir.”<sup>5</sup>

Görüldüğü gibi *mahkeme* tanımlamaları, kavramın dar ya da geniş yorumlanması sonucu Anayasa Mahkemesi’nin değişik kararlarında farklı biçimlerde ortaya konulmaktadır. Böylelikle Anayasa Mahkemesi’nin mahkeme kavramıyla ilgili net bir bakış açısının olmadığı da anlaşılmaktadır.

Ancak bu belirsiz gibi görünen duruma rağmen, gerek Anayasanın *yargı* ile ilgili bölümlerine ve gerekse Anayasa Mahkemesi’nin kavramla ilgili tanımlamalarına bakıldığında; bir merciin *davaya bakmakta olan mahkeme* veya kısaca *mahkeme* olabilmesi için kendisinde bulundurması gereken ortak temel niteliklere ulaşmak mümkündür. Bu nitelikleri şöyle sıralayabiliriz:

a) Başında bir yüksek mahkemenin bulunduğu bir yargı düzeninin bulunması,

---

<sup>3</sup> AMK., 12.01.1965 gün, E .1964 / 51, K. 1965/ 3, AMKD., Sayı: 3, sh. 17.

<sup>4</sup> AMK., 30.05.1967 gün, E .1967 / 15, K. 1967/15, AMKD., Sayı: 5, sh. 99.

<sup>5</sup> AMK., 02.03.1976 gün, E .1976 /9, K. 1976/10, AMKD., Sayı: 14, sh.52.

b) Adli, askeri ve idari davaları bakması (Anayasa Mahkemesi karalarından birisinde ise yalnızca 'bir davaya bakmakta olan' ifadesi kullanılmakta ve yargı düzeni adı geçmemektedir.),

c) Karar organlarının yargılardan oluşması,

d) Yargı yetkisine sahip olması ve bu yetkiyi, yasama ve yürütme erkininden bağımsız ve de tarafsız kullanması,

e) Yargılama tekniklerini uygulayarak ve genelde dava yoluyla uyuşmazlıkları çözmekle görevli olması,

f) Bu davalarda nihai ve kesin hüküm vermesi,

İşte çözümlenmesi gereken ve üzerinde tartışma, uyuşmazlık vs. söz konusu olan konuları inceleyen ve bu noktada bir karar verme konumunda bulunan merciler, yukarıda sayılan bu nitelikleri kendilerinde bulunduruyorsa, *mahkeme* kavramı içerisinde değerlendirilmektedir.

#### **Bazı Mercilerin Mahkeme Niteliklerinden Örnekler**

Konuya hem AİHS ve AİHM, hem de iç hukuk bağlamında bakıldığında, herhangi bir mercinin *mahkeme* kavramı içinde değerlendirilebilmesi, ancak sahip olduğu nitelikler göz önünde bulundurulmasıyla mümkündür. Mahkeme kavramının tanımlanmasından ortaya çıkan bu nitelikler ise, kavramın dar ya da geniş anlamda yorumlanıp tanımlanmasına bağlı görünmektedir.

Anayasal yargının başında yer alan Anayasa Mahkemesi'nin, bir mercinin mahkeme olup olmadığı ile ilgili verdiği kararlarında bazen dar bazen de geniş yorumlama yöntemi kullandığı ve bu konuda net bir bakış açısı olmadığı önceki bölümde belirtilmişti. Anayasa Mahkemesi'nin, değişik mercilerin mahkeme nitelikleri ile ilgili olarak vermiş olduğu kararlarından birkaç örnek vermeğe çalışalım.

*İcra Tetkik Mercilerinin mahkeme olup olmadığı* konusunda, Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu bir kararında,

“İcra hâkimleri kendilerine sunulan şikâyet ve itirazları belli usule uyarak yargulamakta ve objektif hukuk kurallarını bu şikâyet ve itirazlara uygulamak suretiyle hükme bağlamaktadır.”<sup>6</sup>

biçiminde geniş bir yorum yaparak, bu mercileri bağımsız bir mahkeme kavramı içinde kabul etmiştir.

Anayasa Mahkemesi, *Sorgu Hâkimliği* ile ilgili olarak verdiği başka bir kararında,

“...(B)ir mahkemenin idaresiyle görevli olmayan ve davaya bakmayan hâkimlerin ve bu arada sorgu hâkimlerinin mahkeme kavramına girmedikleri...”<sup>7</sup>

biçiminde dar yorum yöntemiyle bir beyanda bulunarak, *Sorgu Hakimlerini mahkeme* kavramı içinde değerlendirmemiştir.

Aynı biçimde Anayasa Mahkemesi, *hakem* sıfatıyla baktığı bir iş nedeniyle bir yargıcın yapmış olduğu başvuruyu da dar yorumlayarak *mahkeme* kavramı içinde görmediğinden reddetmiştir.<sup>8</sup> Yine verdiği değişik kararlarında dar yorumlama ile *Vergi İtiraz ve Temyiz Komisyonları*<sup>9</sup> ile *İl ve İlçe İdare Kurullarının*<sup>10</sup> *mahkeme* kavramı içine girmediklerine karar vermiştir. Öte yandan askeri makamlar bünyesinde kurulan *Disiplin Kurullarının*, mahkeme kavramını geniş yorumlayarak *mahkeme* olduğuna karar vermiştir.<sup>11</sup>

Anayasal bir kurum olan Sayıştay’ın TBMM adına yani yasama adına hareket etmesi gibi nedenlerle mahkeme olmadığı yönünde değişik tartışmalar bulunmakla birlikte, Sayıştay’ın bir mahkemede bulunması gereken niteliklere sahip olduğunu ortaya koyan yazarlar da bulunmaktadır. Bunlardan Özbudun, 1961 Anayasası döneminde Sayıştay’ın tartışmaya konu olduğunu ve Anayasaya Mahkemesi’nin hakkında farklı kararlar verdiğini ortaya koymaktadır. Ancak 1982 Anayasası’nın ise Sayıştay’ı hem yargı bölümün-

<sup>6</sup> AMK., 30.05.1967 gün, E .1967 / 15, K. 1967 / 15, AMKD., Sayı: 5, sh. 119.

<sup>7</sup> AMK., 12.01.1965 gün, E .1964 / 51, K. 1965 / 3, AMKD., Sayı: 3, sh. 17.

<sup>8</sup> AMK., 28.01.1963 gün, E .1963 / 46, K. 1963 / 43, AMKD., Sayı: 1, sh. 93.

<sup>9</sup> AMK., 27.06.1967 gün, E .1966 / 16, K. 1966 / 28, AMKD., Sayı: 4, sh. 172-174.

<sup>10</sup> AMK., 11.10.1965 gün, E .1965 / 18, K. 1965 / 53, AMKD., Sayı: 3, sh. 242-257.

<sup>11</sup> AMK., 04.06.1970 gün, E .1970 / 6, K. 1970 / 29, AMKD., Sayı: 8, sh. 291-292.



de düzenlenmiş olmasını hem de Sayıştay'ın kararlarının kesin olduğu ve idari yargıya başvurulamayacağı hükümlerini gerekçe göstererek, Sayıştay'ın bir *mahkemenin* niteliklerine sahip olduğunu ortaya koymuştur (Özbudun, 1992: 389). Dolayısıyla Sayıştay'ın, mahkeme kavramının geniş yorumu yapılarak 1982 Anayasası döneminde sorumluların hesap işlemlerini kesin hükme bağlama faaliyeti esnasında *mahkeme* kavramı içinde değerlendirilmesi kanaatimizce de doğru olacaktır.

Bu örneklerden Anayasa Mahkemesi de, Anayasanın 152. maddesine uygun olarak *bir davaya bakmakta olan mahkeme* kapsamı içerisinde yüksek bir mahkemedir.<sup>12</sup>

1982 Anayasası ve 298 sayılı yasayla kuruluşu, yetki ve görevleri düzenlenmiş olan YSK'nın niteliği, özellikle de bir *mahkeme* olup olmadığı konusunda da tartışma söz konusudur. Ele alınan bazı mercilerin niteliklerinden sonra YSK'nın niteliğine bakmaya çalışalım.

#### **Yüksek Seçim Kurulu'nun Mahkeme Niteliği**

1982 Anayasası ve 298 sayılı yasayla kuruluşu, yetki ve görevleri düzenlenmiş olan YSK'nın, idari görevlerinin yanı sıra yargılama görevleri de bulunmaktadır. Üstelik yargılama görevlerini öne çıkaracak biçimde, Anayasanın 79. maddesinde “*YSK'nın kararları aleyhine başka bir mercie başvurulamaz*” denilerek, net bir biçimde yargı işlevine vurgu yapılmaktadır. Ayrıca bu vurgu, 298 sayılı yasanın YSK'nın işlem ve tedbirlerine karşı şikâyet başlıklı 131. maddesi ve aynı yasanın 111. maddesiyle daha da güçlendirilmiştir. Zira yasanın 131. Maddesinde seçimlerle ilgili her türlü şikâyet/itirazın YSK'ya yapılacağı ve bu şikâyet/itirazlar üzerine YSK'nın vereceği kararın *kesin* olduğu ifadesi ile, 111. maddesinde YSK'nın resen veya itiraz üzerine vereceği kararların kesin olduğu ifadesine yer verilmiştir.

YSK'nın yargı ile ilgili önemli işlevler gördüğünü ve büyük ölçüde yargısal bir kurum olduğunu gösteren bu tür hükümlere rağmen, hukuksal metinlerde YSK ile ilgili olarak “*bir mahkemedir*” biçiminde net bir ifade yer almamıştır. Bu durum, YSK'nın niteliği ile ilgili tartışmaların doğmasına ve “YSK bir idari kurul mudur, yoksa bir yargısal kurum mudur?”, “YSK karar-

---

<sup>12</sup> AMK, 19.08.1971 gün, E .1971 / 41, K. 1971 / 67, AMKD., Sayı: 11, sh. 52-96.

ları aleyhine idari yargıda dava açılabilir mi?” gibi soruların ortaya çıkmasına yol açmıştır.

Bu tartışmalara paralel olarak, Anayasa Mahkemesi’nin YSK ile ilgili olarak farklı zamanlarda dar ve geniş yoruma bağlı olarak birbiriyle çelişen kararlar vermesi konuyu daha da muğlâk hale getirmiştir. Zira Anayasa Mahkemesi, bir kısım kararlarında mahkeme kavramını geniş yorumlayarak YSK’yı *mahkeme* olarak kabul ederken, bir kısmında ise dar yorumlayarak *mahkeme* kapsamında değerlendirmemiştir.

Anayasa Mahkemesi’nin, YSK’nın *mahkeme* niteliği ile ilgili olarak verdiği bu farklı kararları incelemeye ve değerlendirmeye çalışalım:

Anayasa Mahkemesi, YSK ile ilgili olarak 1973 yılında vermiş olduğu bir kararında YSK’nın bir *mahkeme* olduğunu kabul etmiştir. Anayasa Mahkemesi bu kararda;

“YSK’nın altı üyesi Yargıtay, beş üyesi Danıştay Genel Kurulları’nca kendi üyeleri arasından seçilen yüksek yargıçlardan meydana geldiğini, öte yandan YSK’nın seçimlerinden yönetim ve denetimi yanında, yine anayasa tarafından seçimlerle ilgili bütün yolsuzlukları, şikayet ve itirazları inceleme ve kesin karar bağlama yetkisi verilmiş olduğunu söyleyerek; özelliği, görev ve yetkileri anayasanın açık hükümleriyle böylesine belirlenen bir kurulun, anayasadaki yeri yargı bölümü olmasa da bunun, YSK’nın mahkeme olan özelliğini etkilemeyeceğini”

belirterek *mahkeme* kavramını geniş yorumlamakta ve Anayasanın YSK’yı bir *mahkeme* olarak kabul ettiğini ortaya koymaktadır.<sup>13</sup>

Ancak Anayasa Mahkemesi, 1992 yılında verdiği başka bir kararında ise YSK’nın bir mahkeme niteliğine sahip olmadığı kararını vermiştir. YSK’nın *mahkeme* olmadığına dair verilen bu kararın gerekçesinde; *YSK’nın 1982 Anayasası’nın yargı bölümünde yer almadığı, anayasada sayılan ve başında bir yüksek mahkemenin bulunduğu bir yargı düzeni içinde bulunmadığı ve ayrıca YSK’nın görevlerinin seçimin genel yönetim, denetim ve gözetimi olduğu, istisnai olarak seçimle ilgili uyuşmazlıkları çözdüğü* belirtilmiştir.<sup>14</sup>

<sup>13</sup> AMK., 06.03.1973 gün, E. 72/56, K. 73/11, AMKD., Sayı: 11, sh.144.

<sup>14</sup> AMK., 18.02.1992 gün, E. 92/12, K. 92/7, 13.05.1992 gün ve 21227 sayılı R.Gazete, sh.20.

Kararın devamında; *YSK'nın sahip olduğu yargılama ile ilgili görev ve yetkilerinden; seçimlerle ilgili uyumsuzlukları kesin olarak çözmesi, yüksek yargıçlardan kurulu olması; ayrıca diğer kurulların da başkanlarının yargıç olması ve bazı cezai yaptırımlar uygulamaya yetkili olmaları gibi niteliklerin bu kurulların mahkeme sayılmasını gerektirmeyeceği* ortaya konulmuştur. Mahkeme, dar bir yorumlama ile, *bu kurulların ve seçimlerle ilgili kanun hükümlerinin, kendine has bir çözüm ve kurallar bütünü olduğunu* belirtmiştir.<sup>15</sup>

Anayasa Mahkemesi bu kararı oy çokluğu ile almıştır. Dolayısıyla yüksek mahkemenin bir kısım üyeleri bu karar katılmamışlar ve karşı oy yazılarında YSK'nın *mahkeme* niteliğine sahip bir merci olduğunu belirtmişlerdir. Karşı oy yazılarında; *oy çokluğu ile alınan bu kararın mahkeme kavramını dar yorumladığını ve mahkeme adını taşımamasına rağmen YSK'nın bütün nitelikleriyle mahkeme kavramı içine girdiğini* ifade etmişlerdir. YSK'yı bir *mahkeme* olarak kabul eden karşı oy yazısının gerekçesinde, *mahkeme* kavramını AİHM'nin bakış açısının paralelinde açıkça geniş yorumlamıştır. Yazılan gerekçelerde özetle şöyle denilmiştir:

*Mahkeme* kavramı, Anayasa'nın değişik maddelerinde değişik terimlerle anlatılmıştır. Anayasanın 9, 15/3, 17/3, 36 ve 37. maddelerinde *mahkeme*, 19/3-4, 21, 26/3, 28/5-6-7. ve 33. maddelerinde *hâkim*, 19/5.maddesinde *yargı merci* ve 79. maddesinde *yargı organı* terimleri benzer anlamda kullanılmıştır. Bu nedenle, kullanılan terime değil bunların içeriğine ve işlevlerine bakılması gerekir. Üstelik Anayasanın 79. maddesi, YSK'nın seçimlerin yönetim ve denetimini yapan bir *yargı organı* olduğunu öngörmüştür. Aynı maddeye göre, seçimlerle ilgili itiraz merci de başta YSK olmak üzere seçim kurullarıdır. Ayrıca İl ve İlçe Seçim Kurullarının kararlarına karşı da YSK'ya başvurulabilir ve YSK da itirazları bir üst yargı organı gibi hareket ederek kesin karar bağlar.<sup>16</sup> Dolayısıyla seçimle ilgili uyumsuzlukların çözümünde görevli olan ve YSK'nın başında olduğu yargı düzeni adli, idari ve askeri yargının yanında egemen bir yargı düzenidir. YSK'nın ve İl ve İlçe Seçim Kurulu yargıçların seçim yargısı ile görevli oldukları işlerde mahke-

<sup>15</sup> AMK., 18.02.1992 gün, E. 92/12, K. 92/7, 13.05.1992 gün ve 21227 sayılı R.Gazete, sh.21.

<sup>16</sup> 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkındaki Kanun, md.14/7.

me sıfatı ile Anayasa Mahkemesi'ne "İtiraz Yolu"yla başvurmaya yetkilidirler.<sup>17</sup>

Bütün bunlarla birlikte Anayasa Mahkemesi'nin oy çokluğu ile aldığı 18.02.1992 gün, E. 92/12, K. 92/7 sayılı kararında YSK'nın bir mahkeme olmadığını ve YSK'nın görevlerinin seçimin genel yönetim, denetim ve gözetimi olduğu, istisnai olarak seçimle ilgili uyuşmazlıkları çözdüğü belirtilmiştir.<sup>18</sup>

Konuyla ilgili olarak doktrinde egemen olan görüşlere bakıldığında;

Özbudun, 1961 ve 1982 Anayasaları'nın seçimlerin yönetim ve denetimini tarafsız yargı organlarına vermekle seçimlerin dürüstlüğüne güvence altına aldığını belirterek, YSK ve Seçim Kurullarının yasama ve yürütmeden bağımsız ve tarafsız olan, yönetsel görevlerinin yanı sıra yargı görevleri de bulunan bir yargı organı, yani bir mahkeme olduğunu açıkça ortaya koymaktadır (Özbudun, 1992: 73).

Aynı biçimde Armağan da, YSK'nın yargı fonksiyonu yerine getiren mahkeme olduğunu kabul etmekle birlikte, daha da ileri giderek YSK'nın bir yargı düzeni içinde ayrıca yönetsel görevleri de bulunan bir yüksek mahkeme olduğu görüşüne ulaşmaktadır. Armağan, bu görüşüyle YSK'nın tamamen farklı bir yargı düzeninin yüksek mahkemesi olduğunu beyan etmekte ve diğer yönetsel görevlerinin istisna olduğunu ortaya koymaktadır. Armağan konuyla ilgili olarak şöyle demektedir:

"(...)İlçe ve il seçim kurulu adını verdiğimiz bu kurullar, hukuk kaidelerinin tatbik edilip edilmediği yahut yanlış tatbik edildiği yolundaki müracaatlara, tetkik ve tespitlerde bulunarak cevap verirler. Bu şekilde hukukun ne olduğunu söylemiş olurlar. Bu faaliyetleri ilçe ve il seçim kurulları ve YSK yargı fonksiyonu ifa etmiş olmaktadır.

*Bu sebeple, YSK'yı da bir 'yüksek mahkeme' kabul etmek icap eder. Anayasa, YSK'yi 'Yüksek Mahkemeler' kısmında göstermemiş, zira meşguliyet sahası olan seçimlerle ilgili olarak TBMM (yasama) alt bölümünde*

<sup>17</sup> Karşıoy yazısı için bkz.: AMK., 18.02.1992 gün, E. 92/12, K. 92/7, 13.05.1992 gün ve 21227 sayılı R.Gazete, Güven Dinçer (Başkanvekili) / Servet Tüzü (Üye) / Yalçın Acargün (Üye).

<sup>18</sup> AMK., 18.02.1992 gün, E. 92/12, K. 92/7, 13.05.1992 gün ve 21227 sayılı R.Gazete, sh.20.

75.maddede<sup>19</sup> düzenlenmiştir. YSK parlamento seçimleri dışındaki seçimlerde de (yerel seçimler) yetkilidir.

*Ancak bir anayasa organı olarak, en yakın ilgisi TBMM seçimlerine ait hükümlerle olduğundan o kısımda yer almıştır. Onun yer aldığı kısma rağmen bir 'Yüksek Mahkeme' olduğuna şüphe yoktur.*" (Armağan, 1979: 73-74).

Aynı yönde görüşe sahip olan Teziç de, YSK'nın *mahkeme* kavramı içinde kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Teziç, bu konuda şunları söylemektedir:

*"YSK, 1961 ve 1982 Anayasaları'nda yasama bölümünde yer almasına rağmen, Yargıtay ve Danıştay'ın kendi içlerinden çıkardıkları karma egemen üst yargı merciidir. Başka bir anlatımla, seçim yargısının en üst derece mahkemesi olup verdiği kararlar kesindir ve başka bir makam tarafından ayrıca denetlenemez."*(Teziç, 1991: 282).

Ayrıca bir mahkemede bulunması gereken özellikler açısından YSK'ya bakıldığında da, aynı sonuca ulaşılmaktadır. Zira önceki bölümlerde de ifade ettiğimiz gibi bir mercii mahkeme olabilmesi için gereken niteliklerle YSK'yı kıyasladığımızda aşağıdaki tablo karşımıza çıkmaktadır:

a) Başında bir yüksek mahkemenin bulunduğu bir yargı düzeninin bulunması gerekmektedir ki, *YSK, altında İl ve İlçe Seçim Kurulları'nın olduğu böyle bir yargı düzeninin başıdır.*

b) Bir davaya bakan merci olması gerekir ki, *YSK seçimlerle ilgili davalara bakmaktadır.*

c) Karar organlarının yargıçlardan oluşması gerekir ki, *YSK altı kişisi Yargıtay'dan ve beş kişisi Danıştay'dan olmak üzere 7 asıl ve dört yedek yargıç üyeden oluşmaktadır.*

d) Yargı yetkisine sahip olması ve bu yetkiyi, yasama ve yürütme erkininden bağımsız ve de tarafsız kullanması gerekir ki, *Anayasanın 79. maddesinde de ifade edildiği gibi seçimler yargı organı olan YSK'nın gözetim ve denetimi altında yapılmaktadır.*

---

<sup>19</sup> Madde 1961 Anayasası'na aittir. Aynı madde 1982 Anayasası'nda 79. madde olarak düzenlenmiştir.

e) Bu davalarda nihai ve kesin hüküm vermesi gerekir ki, yine Anayasanın 79. maddesinde ifade edildiği gibi YSK'nın verdiği kararlar nihai ve kesindir.

Öte yandan daha önce ifade ettiğimiz biçimiyle, AİHM'nin bir merciin mahkeme olabilmesi için esas aldığı ölçütlerle YSK'ya bakıldığında da aynı sonuca ulaşılmaktadır. AİHM ölçütlerine göre;

a) Yasayla kurulmuş olmalı ki, YSK'nın kuruluşu hem 1982 Anayasası hem de 298 sayılı yasaya dayanmaktadır.

b) Bağımsız olmalı ki, YSK, 1982 Anayasası ve 298 sayılı yasayla görev ve yetkilerini yürütme ve yasamadan bağımsız olarak yerine getirmektedir.

c) Tarafsız olmalı ki, YSK, 1982 Anayasası'na ve 298 sayılı yasaya göre her kurum, kuruluş, parti ve kişiye karşı aynı mesafededir.

d) Yargılama usulü güvencesine sahip olmalı ki, YSK, 1982 Anayasası ve 298 sayılı yasayla yargılama usulü güvencesine sahiptir. Zira üyelerinin tamamı yargılama güvencesine sahip yüksek yargıçlardır.

Kısacası Anayasa Mahkemesi, YSK'nın mahkeme özelliği konusunda farklı zamanlarda değişik kararlar vermiş olsa da; YSK'nın mahkeme olduğuna dair verilmiş olan ilk kararın oy birliği ile alınmış olması ve kararda mahkeme kavramı geniş yorumlanarak önemli gerekçeler ortaya konulması ve ayrıca mahkeme olmadığı yönünde vermiş olduğu daha sonraki kararın oy çokluğu ile alınmış olması ve YSK'nın mahkeme olduğuna dair karşı oya sahip üyeler tarafından karşılığını AİHM kararlarında da bulan ciddi gerekçelerin ortaya konulması nedeniyle YSK'nın mahkeme niteliğine sahip olduğu görüşü ağırlık kazanmaktadır. Üstelik doktrinde de, YSK'nın bir mahkeme olduğuna dair egemen bir görüş olması bu düşünceyi daha da güçlendirmektedir.

### **YSK'nın Bir Mahkeme Olarak Verdiği Kesin Karar Örnekleri**

YSK, Anayasanın 79. maddesinde geçen, "Seçimler yargı organlarının genel yönetim ve denetimi altında yapılır.(...)" ifadesinde ortaya konulduğu biçimiyle bir yargı organı, yukarıda ortaya konulduğu biçimiyle bir mahkeme gibi işleyip seçimleri yönetmekte ve düzenlemektedir. Üstelik önüne gelen uyuşmazlıkları nihai olarak çözmekte ve verdiği bu kararlarla ilgili olarak başka bir mercie başvuru söz konusu olmamaktadır.

Konuyla ilgili olarak YSK'nın bir *mahkeme* olarak ortaya koyduğu kesin kararlardan birkaç örneğe bakmaya çalışalım:

11.12.1977 günü yapılmış olan yerel seçimler hakkında, CHP Konya İl Yönetim Kurulu Başkanı, YSK'ya 18.12.1977 günlü bir dilekçe ile başvuruda bulunmuştur. Dilekçede,

*“11.12.1977 tarihinde yapılmış olan yerel seçimlerde MSP'nin Konya Belediye Başkanlığı ve belediye meclisi üyelikleri için gösterdiği adaylar için aday yoklaması yaptırmadığı ve ayrıca aday listelerini seçim kuruluna veren parti merkez ilçe başkanının kanuna göre buna yetkili olmadığı”*

iddiasında bulunulmuş ve MSP'nin aldığı oyların iptali ile seçim tutanaklarının, bu parti listesinden kazananlardan sonra gelenlere verilmesi istenmiştir.<sup>20</sup>

YSK kendisine verilen dilekçeyi inceleyerek; itirazcının Konya CHP İl Başkanı olduğunu, olağanüstü itiraza yetkili bulunduğunu ve itirazın da süresinde yapıldığını saptadıktan sonra, tamamlanmış olan dosyayı okuyarak kesin kararını vermiştir. Verilen kararın özeti ise şöyledir:

*“11.12.1977 gününde yapılan Konya Belediye Başkanlığı ve meclis üyelikleri seçiminde MSP listelerindeki adaylara verilmiş olan oyların geçersiz sayılmasına ve iptaline ve kazananların tutanaklarının iptaline, boşalan yerler için MSP adayları dışında kalan ve sırada bulunan adaylara tutanakların verilmesine kanunen imkan bulunmadığına, belediye başkanlığı için yeniden seçim yapılmasına ve belediye meclisi asil ve yedek üyeliklerin boşalmasıyla, belediye meclisi üye tam sayısının yedeklerinin de dahil edilmesine rağmen yarısına düşmesi halinde üyeliklerin tamamı için, aksi halde boşalan yerler için yeniden seçim yapılmasına 01.01.1978 gününde karar verilmiştir.”<sup>21</sup>*

Başka bir örnek; Hatay İli Kırıkhan İlçesi belediye meclisi üyeliği seçimiyle ilgili olarak, CHP adına YSK'ya başvuruda bulunmaya yetkili olan parti genel sekreter yardımcısı tarafından 17.12.1977 günlü dilekçeyle başvuruda bulunulmuştur. Başvuru dilekçesinde, 11.12.1977 günü yapılan Hatay İli Kırıkhan İlçesi belediye meclisi üyeliği seçiminde;

---

<sup>20</sup> YSK Kararları, 1978 Yıllığı, Karar No: 1, sh. 6-7.

<sup>21</sup> YSK Kararları, 1978 Yıllığı, Karar No: 1, sh. 7-10.

a) Seçime katılan siyasi parti adaylarını tespit eden birleşik oy pusulasında, Haydar Denizoğlu isimli adayın hem MHP'nin asil listesinin 12.sirasında hem de AP'nin yedek listesinin 5. sırasında aday olarak seçime katıldığı;

b) Ayrıca AP yedek listesinde seçime katılan Adnan Öner ile Mustafa Önder'in baba oğul olup bir mecliste birleşemeyecekleri, bu iki durumun eksik liste ile seçime katılma sonucu doğurduğunu, bu durumun ise mümkün olamayacağı belirtilerek,

her iki durumun tam bir kanunsuzluk sayılması gerektiği ileri sürülmüş ve Kırıkhan İlçesi AP ve MHP belediye meclis üyeliklerinin iptali istenmiştir.<sup>22</sup>

İtirazın yetkili mercii tarafından süresi içinde yapıldığı YSK tarafından tespit edildikten sonra gereği düşünülmüş ve kesin karar verilmiştir. Buna göre; "a" şıkkında yer alan itirazdan dolayı dilekçenin reddine, "b" şıkkındaki itirazın ise görevsizlik yönünden reddine, 02.01.1978 tarihinde oybirliği ile karar verilmiştir.<sup>23</sup>

Yine 09.03.2003 tarihinde yapılacak olan Siirt İli milletvekili yenileme seçimleri sebebiyle Recep Tayyip Erdoğan'ın adaylığı sonucu tartışmalı bir süreç başlamıştır. Recep Tayyip Erdoğan'ın adaylığına itiraz için, özellikle İşçi Partisi adına 07.02.2003 tarihli 3423 sayılı asıl ve 08.02.2003 tarihli ek dilekçeler verilmiştir. Ayrıca aynı amaçla Nusret ÇAKIROĞLU tarafından 17.02.2003 tarihli, Nafiz ÇUBUKÇU tarafından 18.02.2003 tarihli ve Ahmet DAVRAN tarafından 07.02.2003 tarihli dilekçeler de verilmiştir. Ancak yapılan itiraz, YSK tarafından oybirliği ile reddedilmiş ve başka bir mercie müracaatı mümkün olmayacak biçimde kesin olarak karara bağlanmıştır.<sup>24</sup>

Aynı biçimde, çok tartışılan başka bir konu ile ilgili olarak YSK'nın verdiği karar da ilginçtir. 5747 sayılı yasanın geçici 1. maddesinde; bu yasaya ekli (44) sayılı listede adları yazılı belediyelerin tüzel kişiliklerinin, 29 Mart 2009 tarihinde yapılacak olan ilk genel mahalli idareler seçimi ile köye dönüştürülmesi öngörülmüştür. Konuya muhatap olan beldelerin bir kısmı Da-

22 YSK Kararları, 1978 Yıllığı, Karar No: 4, sh. 10.

23 YSK Kararları, 1978 Yıllığı, Karar No: 1, sh. 11.

24 YSK Kararları, Karar Tarihi: 20.02.2003, Karar No: 151.



nıştay'a süresi içinde dava açmış ve YSK da, süresi içinde dava açmış olan beldelerin seçimlere köy olarak değil belde olarak katılmasına kesin karar vermiştir.<sup>25</sup> Böylelikle ilgili beldeler seçime belde sıfatı ile girmişlerdir.

Yine kamuoyunda tartışmalara yol açmış olan YSK'nın diğer bir kararı da başka bir mercie başvurulması mümkün olmayacak biçimde kesinlik kazanmıştır. Üzerinde tartışma ortaya çıkmasına ve bir kısım hukukçu tarafından kararın yanlış olduğu yönünde görüşler ileri sürülmesine rağmen, bir *mahkeme* sıfatıyla YSK, TBMM Genel Kurulu'nca 07.05.2010 tarihinde kabul edilen anayasa değişikliğinin, halkoyuna sunulmasının süresi ile ilgili olarak kesin bir karar vermiştir. Bu karara karşı, YSK'nın vermiş olduğu kararlar kesin olduğu için başka bir mercie başvurulması mümkün olmamıştır.

YSK bu kararında, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında 5982 sayılı Kanun'un halkoyuna sunulmasının, Anayasanın 67. maddesinin son fıkrasında ifade edilen seçim kanunları kapsamında olduğunu ifade etmiştir. Böylelikle Anayasa Değişikliklerinin Halkoyuna Sunulması Hakkında 3376 sayılı Kanunun 2 ve 6. maddelerinde, 03.03.2010 tarih ve 5955 Sayılı Kanunla yapılan değişiklikle 120 gün ifadesi 60 güne 40 gün ifadesi ise 20 güne indirilmiştir. Ancak YSK, halkoylamasını bir seçim olarak kabul etmiş ve Anayasanın 67. maddesinin son fıkrası hükmü gereği seçim kanunlarındaki değişiklikler yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde yapılacak seçimlerde uygulanmayacağını belirtmiştir. Böylelikle 5982 sayılı Kanunun halkoyuna sunulmasında uygulanacak sürenin, Anayasanın 175. ve 3376 Sayılı Kanunun 2. maddesi hükümleri gereği 120 gün olduğuna karar vermiştir.<sup>26</sup>

Bu örnekleri artırmak mümkündür. Örneklerde YSK'ya bir *mahkeme* statüsünde, bir seçim uyuşmazlığından dolayı dilekçe ile itiraz başvurusu ya da re'sen karar verme söz konusudur. YSK da yapılan başvuruyu ve dilekçedeki iddiaları ilgili yasa maddeleri çerçevesinde bir "*mahkeme*" olarak inceleyip, görevli olduğu konuda sorunu çözerek ve görevli olmadığı konularda da görevsizlik yönünden reddederek nihai bir kararlar vermiştir.

---

<sup>25</sup> YSK Kararları, Karar Tarihi: 12.02.2009, Karar No: 153.

<sup>26</sup> Kararın içeriği için Bkz.: YSK Kararları, Karar Tarihi : 13.05.2010, Karar No : 317.

### Sonuç

İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gibi evrensel metinlere, *mahkeme* kavramını bu metinlere uygun yorumlayan AİHM kararlarına ve birçok Avrupa ülkesindeki uygulamalara bakıldığında, *mahkeme* kavramının çok geniş yorumlandığı görülmektedir. Hatta çok daha ileri gidilerek esasında birer idari kurul olan, ancak bir biçimde yargılama fonksiyonu yerine getiren *özerk ve bağımsız kurulların* dahi mahkeme kapsamı içinde kabul edildiği görülmektedir.

Türkiye’de ise bir merciin *mahkeme* niteliği ile ilgili olarak, Anayasa Mahkemesi tarafından farklı zamanlarda birbirine zıt kararlar verilmiştir. Bu durum, özellikle YSK’nın *mahkeme* niteliği ile ilgili olarak da ortaya çıkmış ve YSK’nın mahkeme niteliği ile ilgili tartışmaların yaşanması neden olmuştur. Bunun temelinde ise, Anayasa Mahkemesi’nin YSK ile ilgili olarak farklı zamanlarda verdiği kararlarda, uyguladığı farklı yorumlama yöntemi yatmaktadır. Geniş yorumlama yöntemini uyguladığı zaman, mahkeme kavramını geniş değerlendirmiş ve YSK’yı mahkeme kabul etmiştir. Ancak dar bir yorum takip ettiğinde ise YSK’yı mahkeme kapsamında değerlendirmemiştir. YSK’ya, hem Avrupa müktesebatının hem de iç hukukun prensip olarak ortaya koyduğu “*bir merciin mahkeme olabilmesi için*” gerekli nitelikler açısından bakıldığında ise ortaya daha net bir durum çıkmaktadır.

Zira bir merciin mahkeme olabilmesi için AİHM tarafından ortaya konulan, yasayla kurulmuş olma, bağımsızlık, tarafsızlık ve yargılama usulü güvencesine sahip olma biçimindeki ölçütler YSK’nın mahkeme niteliğini açıkça ortaya koymaktadır. Konuya iç hukuk açısından bakıldığında da; YSK’nın, öncelikle bir mahkemede olması gereken, üyelerinin tarafsız ve bağımsız yargıçlardan oluşan bir yargı organı olduğu görülmektedir. Çünkü üyeleri yargıçlardan (altı kişi Yargıtay’dan ve beş kişi Danıştay’dan) oluşmakta ve bu yargıçlar anayasanın yargı bölümünde yer almaktadır. Ayrıca kendi konusu olan seçimlerle ilgili uyuşmazlıkları çözmek için yargı yetkisine sahip olması ve bu yetkiyi, yasama ve yürütme erkinden bağımsız ve de tarafsız kullanması, YSK’nın mahkeme niteliği için öne çıkan özelliklerdir. Bunlara ilave olarak yargılama tekniklerini uygulayarak kendisine gelen uyuşmazlıkları çözmesi ve bunları kesin karara bağlayan bir yargı organı olarak davranması da mahkeme sayılması için önemli bir faktördür. En önemlisi ise Seçim Kurulları’nın aldığı kararlara karşı kendisine başvurunun mümkün olması ve hatta bu kurulların kararlarını iptal ya da onama makamı

olması, kendisini normal bir mahkeme olmaktan öte yüksek mahkeme konumuna taşıyacak bir niteliktir.

Üstelik Anayasa Mahkemesi bir kararında yalnızca “...*bir davaya bakmakta olan mahkeme...*” ifadesini kullanmakta ve o mahkemenin içerisinde bulunduğu belli bir yargı düzenini belirtmemektedir. Dolayısıyla YSK ile ilgili olarak “*bir mahkeme*” saptaması da yeterli olmayıp; buradan hareketle adli, askeri ve idari yargı düzenleri dışında, başında YSK'nın olduğu egemen bir yargı düzeninin varlığının da kabul edilmesi gerekir. Başka bir deyişle bu egemen yargı düzeni de; Yargıtay'ın başında bulunduğu adli, Danıştay'ın başında olduğu idari, Askeri Yargıtay'ın yüksek mahkeme olarak işlev gördüğü askeri yargı düzenleri gibi başında YSK'nın bir *yüksek mahkeme* olarak görev yaptığı ve altında il ve ilçe seçim kurullarının olduğu bir *yargı sistemi* de bulunmaktadır.

Özetle; YSK'nın, Anayasa'da yargı bölümünde yer almadığı ve mahkeme niteliği anayasada net belirtilmediği biçiminde aksi görüşler olsa da, özellikle konunun içeriği esas alındığında taşıdığı nitelikler ve icra ettiği fonksiyonlar itibariyle YSK bir mahkeme, üstelik bir yüksek mahkemedir. Tartışmaların sona ermesi ve sorunun bir çözüme kavuşması ise *mahkeme* kavramına, Avrupa müktesebatında yer aldığı gibi geniş yorumlama ile bakılıp başta anayasa olmak üzere ilgili mevzuatın buna göre yeniden düzenlenmesi gerekmektedir. Bu amaçla yapılacak değişikliklerin başında da, YSK'ya bir yüksek mahkeme biçiminde yargı bölümünde yer verilmesi gelmektedir.

**KAYNAKÇA**

- Alen, Andre / Melchior, Michel (2002), “*Relations between Constitutional Courts and Other National Courts, Including the Interference in this Area of the Action of the Eoruepan Courts*”, **Human Rights Journal**, 31 December.
- Armağan, Servet (1979), **Memleketimizde Anayasa, Seçimler ve Anayasa Mahkemesi**, İstanbul.
- Başlar, Kemal (2005), **Anayasa Yargısında Mahkeme Kavramı**, Ankara.
- Özbudun, Ergun (1992), **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara.
- Mole, Naula / Harby, Catharina (2001), “*A Guide to the Implementation of Article 6 of the European Convention on Human Rights*”, **Human Rights Handbook 3**, Council Europe.
- Teziç Erdoğan (1991), **Anayasa Hukuku**, İstanbul.
- Ünlü, Ahmet Hamdi (2003), “*Yüksek Seçim Kurulu'nun Niteliği Üzerine*”, **Danıştay Dergisi**, Ankara, 2003, Sayı:105.
- T.C. 1982 Anayasası.
- T.C. 1961 Anayasası.
- 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkındaki Kanun.
- 5545 sayılı Milletvekilleri Seçim Kanunu.
- AMK., 28.01.1963 gün, E .1963 / 46, K. 1963 / 43, AMKD., Sayı: 1.
- AMK., 12.01.1965 gün, E .1964 / 51, K. 1965 / 3, AMKD., Sayı: 3.
- AMK., 11.10.1965 gün, E .1965 / 18, K. 1965 / 53, AMKD., Sayı: 3.
- AMK., 30.05.1967 gün, E .1967 / 15, K. 1967 / 15, AMKD., Sayı: 5.
- AMK., 27.06.1967 gün, E .1966 / 16, K. 1966 / 28, AMKD., Sayı: 4.
- AMK., 04.06.1970 gün, E .1970 / 6, K. 1970 / 29, AMKD., Sayı: 8.
- AMK., 19.08.1971 gün, E .1971 / 41, K. 1971 / 67, AMKD., Sayı: 11.

- AMK., 06.03.1973 gün, E. 72/56, K. 73/11, AMKD., Sayı: 11.
- AMK., 02.03.1976 gün, E. 1976 / 9, K. 1976 / 10, AMKD., Sayı: 14.
- AMK., 18.02.1992 gün, E. 92/12, K. 92/7, 13.05..1992 gün ve 21227 sayılı Resmi Gazete.
- YSK Kararları, 1978 Yıllığı, Karar No: 1, s. 6-7.
- YSK Kararları, 1978 Yıllığı, Karar No: 4, s. 10.
- YSK Kararları, Karar Tarihi: 20.02.2003, Karar No: 151.
- YSK Kararları, Karar Tarihi: 12.02.2009, Karar No: 153.
- YSK Kararları, Karar Tarihi: 13.05.2010, Karar No: 317.



**Özel Hukuk**

---





# HARÇLAR KANUNU m. 28/a ve m. 32'nin MAHKEME KARARLARI VE YENİ KANUNİ DÜZENLEMELER İŞİĞİNDA DEĞERLENDİRİLMESİ

*Prof. Dr. Erdal TERCAN\**

*Yrd. Doç. Dr. Cumhur RÜZGARESEN\*\**

## ÖZET

Hukuk kuralları, kişinin haklarına ulaşmasını kolaylaştırıcı nitelikte düzenlenmelidir. Kişinin hakkına ulaşmasını zorlaştıran düzenlemeler, hak arama özgürlüğünde aykırılık oluşturur. Bu tür düzenlemeler birçok ülkenin hukuk sisteminde mevcut olduğu gibi, bizim hukuk sistemimizde de mevcuttur. Bu çalışmada, Türk Harçlar Kanunu 28/a ve 32 inci maddelerindeki düzenlemelerin kişinin hakkına ulaşmasını engelleyip engellemediği hususu üzerinde durulmuştur. Bu konuya ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Türk Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay'ın kararları inceleme konusu yapılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Harç, Harçlar Kanunu, Hakka Erişim, İlâm.

## ABSTRACT

Legal rules must be regulated to facilitate access to the person's rights. Regulations that make it difficult for the person to access his rights, make discrepancy to freedom of right search. Such arrangements exist in our legal system as in many countries. This study is designed to focus on the arrangements in Turkish Fees Act 28/a and 32<sup>nd</sup> articles, that prevent or do

---

\* Anayasa Mahkemesi Üyesi.

\*\* Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

not prevent access to the person's rights. On this issue, The European Court of Human Rights', the Turkish Constitutional Court's and Supreme Court of Appeals' decisions are investigated.

**Keywords:** European Court of Human Rights, Fees, Turkish Fees Act, Access to the rights, Judgment

### I- GENEL OLARAK

Hukukî düzenlemelerin, kişinin haklarına ulaşmasını kolaylaştırıcı ve kamu vicdanını incitmeyen bir nitelikte olması gerekir. Kişinin haklarına ulaşmasını zorlaştıran veya haklı tarafı mağdur hale getiren her türlü düzenleme, hak arama özgürlüğünün ve dolayısıyla da hukuk devleti ilkesinin ihlâli sonucunu doğurur. Ayrıca böyle bir durumla karşı karşıya kalan bir kişi adil olarak yargılanmış olmaz. Adil yargılanma, temel bir ilke olup, davanın açılmasıyla başlayan, nihai hükmün şekli anlamda kesinleşmesine kadar devam eden, hatta hükmün cebrî icrasının gerçekleştirilme sürecinde uygulanma özelliğine sahiptir<sup>1</sup>. Kişinin hakkına ulaşmasının engellenmesi, adil yargılamanın temel unsuru olan "*hakkaniyete uygun olarak yargılanma*" ile bağdaşmaz. Hakkaniyete uygun olarak yargılanmadan kasıt, eşitlik temeline dayalı olarak hukukî dinlenilme hakkının kullanımının temin edilmesidir<sup>2</sup>. Belirtmek gerekir ki, sözü edilen ilkeleri ihlâl sonucunu doğuran düzenlemeler birçok kanunda kendisine yer bulabilmekte ve bazen kişi haklı olmasına rağmen, çeşitli mağduriyetler yaşayabilmektedir. Örneğin, bu düzenlemelerden bir kısmı yargı hizmetlerinden faydalanma karşılığında ödenen harçlarla ilgilidir. Bilindiği gibi, yargı hizmetleri, birçok hizmetten farklı olarak bizzat devlet tarafından vatandaşlara sunulması gereken aslî bir kamu hizmetidir. Devlet, üstlendiği diğer kamu hizmetlerinde olduğu gibi, yargılama hizmetini bireye sunarken bir takım giderler yapmak zorundadır. Özellikle, bu hizmetlerin en iyi derecede sunulmasına çaba gösterilmesi halinde, söz konusu giderlerin miktar olarak maksimum seviyeye çıkması kaçınıl-

---

<sup>1</sup> Pekcanitez, H.: Medeni Yargıda Adil Yargılama, İzBD 1997, S. 2, s. 38-39; Tanrıver, S.: Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı, Makalelerim II, Ankara 2005, s. 213; Özkes, M.: İcra Hukukunda Temel Hak ve İlkeler, Ankara 2009, s.133.

<sup>2</sup> Tanrıver, s. 224.

mazdır<sup>3</sup>. Kurulan mahkemeler, istihdam edilen personel sayısı ve yerine getirilen hizmetin yoğunluğu dikkate alındığında, devletin, bu giderleri doğrudan hazineden karşılayarak altından kalkması oldukça zordur. Hem bu hizmetlerin en iyi şekilde sunulması ve hem de hak arama özgürlüğünün suiistimal edilmemesi için, yargılama hizmetlerini talep eden kişilerin de, bu giderlere kısmen de olsa katılması, kanun koyucu tarafından kabul edilmiş ve belirlenen oranlarda katılımın sağlanması, uyumsuzluğun esasını çözümlenmek için bir ön şart olarak kabul edilmiştir<sup>4</sup>. Devlet tarafından sunulan yargılama hizmetinden yararlananlardan alınan bu katılım, harç adı altında, makbuz karşılığında ilgililerden tahsil edilmektedir. 492 sayılı Harçlar Kanunu'nda ve ekli tarifelerde öngörülen yargılama harçları oran olarak ne çok yüksek, ne de suiistimallere sebebiyet verecek kadar düşük olmalı; bu oranlar, toplumun ortalama gelir seviyesi, asgarî ücret, bir davanın süresi, yargılama hizmetinin devlete maliyeti gibi faktörler dikkate alınarak belirlenmeli, ancak harçların alınmasını düzenleyen kurallar hiçbir surette kişinin hak arama hürriyetini engelleyici ve hâkimin kararlarının uygulanmasını zorlaştırıcı nitelikte olmamalıdır. Mali olarak zayıf olanlar için, adlî yardım kurumu etkin olarak kullanılmalıdır. Aksi takdirde, bu tür düzenlemeler nedeniyle mağduriyet yaşayan hak sahipleri, bazen davaya bakan mahkeme vasıtasıyla bu nitelikteki kuralların Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmesi için uğraşmakta; bazen de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurmak zorunda kalmaktadırlar. Bu çalışmada, doktrin ve uygulamada tartışmalara yol açan Harçlar Kanunu m. 28/a'nın eski düzenlemesi ile m. 32'nin üzerinde durulacak ve çeşitli değerlendirmeler yapılacaktır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin de bir çok kararında belirttiği üzere<sup>5</sup>, bir hukuk devletinde kişinin hak arama hürriyetine sahip olması tek başına yeterli olmayıp, mahkeme kararlarının uygulanmasının da Devlet tarafından kolaylaştırılması, varsa önündeki engellerin de kaldırılması gerekir. Örneğin, Harçlar Kanunu m. 28/a'nın ikinci cümlesi, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmeden önce, uygulamada çeşitli sorunlara ve yanlış anlamalara sebep olduğundan

---

3 *Rüzgaresen, C.: Medenî Yargılama Hizmetlerinin Bedelsiz Olmaması ve Nedenleri, e-Akademi.org 2010, S.100, Parg. 2.*

4 *Rüzgaresen, Yargılama Hizmetleri, Parg. 2.*

5 Örnek olarak bkz. Çiçek, Öztemel ve Diğerleri Türkiye Davası/74069/01, 74703/01, 76380/01, 16809/02, 25710/02, 25714/02, 30383/02, www. kazanci.com, E.T. 17.09.2010); Ekici ve Diğerleri/ Türkiye Davası/28877/03, www. kazanci.com, E.T. 17.09.2010).

ve bu sorunlar iç hukuk dâhilinde giderilmediğinden, bazı hak sahipleri, haklarına erişiminin engellendiği gerekçesiyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuru yapmış ve bu mahkeme de m. 28/a, c.2'yi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırı bularak Türkiye'yi tazminata mahkûm etmiştir. Bu duruma “*Ülger Davası*” olarak ifade edilen bir dava nedeniyle, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 26.06.2007 tarihinde verdiği kararı örnek olarak verilebilir<sup>6</sup>.

Hukumumuzdaki bu tür kanuni düzenlemeler, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin nezdinde şikâyet konusu yapılmasının yanısıra, zaman zaman yerel ve yüksek mahkemelerin gündemlerini de meşgul etmiştir. Örneğin, yerel mahkemelerden Bolu 1 inci Asliye Hukuk Mahkemesi ve Malkara Asliye Hukuk Mahkemesi, Harçlar Kanunu m.28/a'nın 2 inci cümlesi ile m. 32'nin birinci cümlesinin Anayasaya aykırı olduklarını gerekçe göstererek, iptal istemiyle Anayasa Mahkemesine başvurmuştur. Aynı şekilde, Yargıtay da, anılan kanun hükümleri ile ilgili olarak çeşitli kararlar vermiştir<sup>7</sup>. Anayasa Mahkemesi de, yaptığı inceleme neticesinde, 14.01. 2010 tarihli kararı ile Harçlar Kanunu m. 28/a, c.2'yi Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir<sup>8</sup>. Harçlar Kanunu m. 28/a'nın 2. cümlesi Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmeden önce “*Karar ve ilâm harçlarının dörtte biri peşin, geri kalanı kararın verilmesinden itibaren iki ay içinde ödenir*<sup>9</sup>. *Karar ve ilâm harcı ödenmedikçe ilgiliye ilâm verilmez*” şeklindeydi<sup>10,11</sup>. Bu düzenlemeyi tahlil etmek gerekirse, bir defa, burada harcın geri kalan ¼'lük kısmı, yargılama

---

6 Bkz. aşı. II. 2.

7 Bkz. aşı. III.1.

8 AYMK, 14.1.2010, E. 2009/27, K. 2010/9, (R.G. 17.03.2010, S. 27524).

9 Yargıtay bir defasında “Dava, menfi tespit talebine ilişkindir. Harçlar Kanunu'na göre, karar ve ilâm harcının dörtte birinin peşin ödenmesi gerekir. Peşin harç eksik alınmış ve verilen süre içinde tamamlanmamışsa HUMK'un 409. maddesi uyarınca dosya işlemde kaldırılmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir” şeklinde karar vermiştir (19. HD, 12.6.2006, E. 776, K. 6313, www.kazanci.com, E.T. 17.09.2010).

10 Bkz. *Kuru*, B.: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.III, İstanbul 2001, s. 3154.

11 Muhakeme sırasında tesbit olunan değer, dava dilekçesinde bildirilen değerden fazla olduğu anlaşılırsa, yalnız o celse için muhakemeye devam olunur, takip eden celseye kadar noksan değer üzerinden peşin karar ve ilâm harcı tamamlanmadıkça davaya devam olunmaz. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 409 uncu maddesinde gösterilen süre içinde dosyanın muameleye konulması, noksan olan harcın ödenmesine bağlıdır (HK m. 30).

sonunda haksız çıkan taraftan tahsil olmak üzere karara bağlanmaktadır (HUMK m. 417,I)<sup>12</sup>. Bu maddenin iptal edilen “*Karar ve ilâm harcı ödenmedikçe, ilgiliye ilâm verilmez*”<sup>13</sup> biçimindeki ikinci cümlesinde, ilâmın verilmesine engel olduğu belirtilen, karar ve ilâm harcından maksat, bu harcın peşin olarak ödenmeyen ¾'lük kısmıdır. Bu ikinci cümleden de anlaşılacağı üzere, mahkemenin yargılama sonunda verdiği ilâmın (kararın onaylı bir örneğinin) taraflarca alınabilmesi için, bâkiye harçların ödenmesi şarttı. Ancak, Anayasa Mahkemesi, m. 28/a, c.2'yi Anayasaya aykırı bularak iptal etmiş ve bu iptal kararı 17.03.2010 tarihinde 27524 nolu Resmi Gazete'de yayımlanmıştır<sup>14</sup>. Bu iptal kararı ile birlikte m. 28/a “*Karar ve İlâm harçlarının dörtte biri peşin, geri kalanı kararın verilmesinden itibaren iki ay içinde ödenir*” şeklini almıştır. Ancak bu iptal kararından sonra, kanun koyucu m. 28/a'yı “*Karar ve ilâm harçlarının dörtte biri peşin, geri kalanı kararın verilmesinden itibaren iki ay içinde ödenir. Şu kadar ki, ölüm ve cismani zarar sebebiyle açılan maddî ve manevî tazminat davalarında peşin alınan harcın oranı yirmide bir olarak uygulanır. Bâkiye karar ve ilâm harcının ödenmemiş olması, hükmün tebliğ çıkarılmasına, takibe konulmasına ve kanun yollarına başvurulmasına engel teşkil etmez*” şeklinde, 23/7/2010 tarihinde yeniden düzenlemiştir. Görüldüğü üzere, Harçlar Kanunu m. 28/a, 2010 yılı içinde üç ayrı biçimde uygulama alanı bulmuştur. Harçlar Kanunu m. 32'nin birinci cümlesi “*Yargı işlemlerinden alınacak harçlar ödenmedikçe müteakip işlemler yapılmaz*” şeklindedir<sup>15</sup>. Anayasa Mahkemesi, bu hükme ilişkin iptal istemini değerlendirmiş, ancak bu talebi yerinde görme-yerek reddetmiştir<sup>16</sup>.

---

12 *Kuru, B.: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.V, İstanbul 2001, s. 5311-5312; Kuru, B./Arslan, R./Yılmaz, E.: Medenî Usul Hukuku, Ankara 2010, s. 764-766; Üstündağ, S.: Medenî Yargılama Hukuku, C.I-II, İstanbul 1997, s. 771; Pekcantez, H./Atalay, O./Özekes, M.: Medenî Usul Hukuku, Ankara 2010, s. 642, s. 649 vd.; Pekcantez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, M.: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre, Medenî Usul Hukuku, Ankara 2011, s. 639, s. 645; Rüzgaresen, C.: Medenî Usul Hukukunda Yargılama Harç ve Giderleri (yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2001, s. 65.*

13 Bkz. *Kuru, B.: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.III, İstanbul 2001, s. 3154.*

14 AYMK, 14.01.2010, E. 2009/27, K. 2010/9 (RG, 17.03.2010, sa. 27524).

15 *Kuru, Usul V, s. 5315.*

16 Red nedenleri için bkz. aşağı. III.2.A ve B.

Kural olarak, bir harcı ilgili işlemin veya hizmetin yapılmasını talep eden kişi öder. Kişi, sözkonusu harcı ödemedikçe, talep ettiği işlem yerine getirilmez. Bu işlemin yapılmaması ödenmeyen harçların bir yaptırımı şeklinde düşünülebilir. Ancak, bazı harçlar vardır ki, yargılamanın bitiminden sonra ödenir. Bu harçlara, nisbî karar ve ilâm harcının peşin alınmayan  $\frac{3}{4}$ 'ü örnek olarak gösterilebilir. Gerek prosedürün başlangıcında ve içinde, gerekse prosedürün tamamlanmasından sonra ödenecek harçlar, yapılan işlemlerden faydalanan kişiye değil, dava sonunda mahkeme tarafından haksızlığın hükmedilen kişiye yükletilir<sup>17</sup>. Kendisine harçların ödenmesi yükletilen kişi, Harçlar Kanunu'nda belirtilen sürede ödemeyi yapmazsa, ilgili mahkeme ve icra makamları harçların tahsili için, ödeme süresinin sona ermesinden itibaren onbeş gün içinde bir yazı ile o yerin vergi dairesine durumu bildirirler (HK m. 37). Örneğin, yukarıda sözü edilen karar ve ilâm harcının  $\frac{1}{4}$ 'ü peşin ödendikten sonra, geri kalan  $\frac{3}{4}$ 'ü, ilgili kişi tarafından kararın verilmesinden itibaren iki ay içinde ödenmediği takdirde (HK m. 28/a), mahkeme, kanunda öngörülen iki aylık sürenin sona ermesinden itibaren onbeş gün içinde bir yazı ile ödenmeyen harçların tahsil edilmesi için, o yerin vergi dairesine bildirimde bulunmak zorundadır. Bu aşamadan sonra, sözkonusu harçların tahsil edilmesi, artık vergi dairesinin görevidir. Ancak, Harçlar Kanunu'nun eski m. 28/a'daki bu açık ve net düzenlemeye rağmen, uygulamada vergi daireleri, harcı ödemeye yanaşmaması nedeniyle davayı kaybeden tarafla uğraşmak istemediklerinden ve yargılama sonunda verilen karar, daha çok davada haklı çıkanın işine yaradığından, haklı çıkan tarafın harçları ödemesini beklemekte, fiili ve psikolojik olarak onu bu konuda yönlendirmekteydiler<sup>18</sup>. Böylece, kanundaki açık düzenlemenin aksine, haklı çıkan taraf, bir mecburiyeti olmadığı halde, mahkeme kararı ile tespit edilen hakkına ulaşabilmek için harçları ödemek zorunda bırakılmaktaydı. Dolayısıyla Harçlar Kanunu m. 28/a'nın ikinci cümlesi Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmeden önce, bakiye harçların ödenmemesinden, en çok yargılama sonunda haklı çıkan taraf olumsuz etkilenmekteydi. Çünkü, bu harçlar, ödenmedikleri müddetçe, kişinin haklı olduğu mahkeme kararı ile tespit edilmiş olsa bile, kendisine ilâm verilemediğinden, ilâmı alarak icraya koyması da

<sup>17</sup> Kuru, Usul V, s. 5332; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 764-766; Pekcanitez/Atalay/Özeker, Usul 1, s. 649; Pekcanitez/Atalay/Özeker, Usul 2, s. 645; Muşul, T.: Medenî Usul Hukuku, Ankara 2009, s. 284.

<sup>18</sup> Burada, vergi dairelerinin haklı tarafın ilâma duyduğu ihtiyaç nedeniyle onun zor durumundan faydalandıkları söylenebilir.

mümkün olamamakta idi. Davada haklı çıkan taraf, yükümlü olmadığı halde, sözkonusu harçları ödeyerek, bu riski ortadan kaldırması bir çıkış yolu olarak gözükmese de, onu böyle bir yöntemle zorlamak hukuka uygun bir davranış olmaz. Zira hâlihazırda alacağını almaya çalışan, ancak henüz alamayan kişiden, ayrıca haksız çıkan tarafın harcının ödenmesini kendisinden talep etmek veya onu zımnî olarak buna zorlamak, bizzat devlet tarafından kişiye yapılacak ağır bir haksızlık olur. Burada olması gereken; devletin, taraflardan birisinin harcı ödemesini bir beklenti konusu yapmaksızın, haklı tarafın, harcın ödenmesinden bağımsız olarak ilâmı alabilmesi ve icraya koyabilmesidir. Hâlbuki haklı çıkan tarafın özel kişi değil de devlet olması durumunda, devletin böyle bir engelle karşılaşması sözkonusu olmamaktadır. Zira Harçlar Kanunu m. 13. maddesinin (j) bendine göre, “*genel bütçeye dâhil idareler, bu kanunun 1 ve 3 sayılı tarifelerine giren bütün işlemleri, yargı harçlarından muaftır*”. Bu kuruluşlardan başvurma harcı alınamayacağı gibi, karar ve ilâm harcı da alınmamaktadır<sup>19</sup>. Dolayısıyla devlet kurumları, mahkemeden aldıkları ilâmı, harç ödemeksizin icraya koyabilmektedir. Böylece devlet kurumları dava açarken veya ilâmı icraya koyarken, m. 28/a ve m. 32 kendilerine bir engel oluşturmadığından, özel kişilere karşı üstünlük elde etmektedir. Kendisine bu şekilde koruma sağlayan bir devletin, kendisinin varlık sebebi olan bireyi bu şekilde korumasız bırakması, hukuk ve sosyal devlet ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

Bu çalışmada, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile Türk Mahkemelerinin Harçlar Kanunu m. 28/a ve m. 32, c.1'e ilişkin kararları ile m. 28/a'ya ilişkin olarak yapılan yeni kanuni değerlendirilecektir.

## **II-HARÇLAR KANUNU m. 28/a, c. 2'ye İLİŞKİN AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN ÜLGER DAVASINDAKİ KARARI**

### **1-Genel Olarak**

Türkiye, 1954 yılından bu yana Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin tarafı olmuş ve 1990 yılından itibaren de egemenlik sahasında bulunan kişilere, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuru hakkı tanımış durumdadır<sup>20</sup>. Anayasamızın 90 ıncı maddesi uyarınca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi-

<sup>19</sup> *Rüzgaresen, Yargılama Giderleri*, s. 234 vd.

<sup>20</sup> *Cengiz, S.: AİHM Kararlarının İç Hukuka Etkisi, TBBD 2008, S.79, s. 338.*

nin hükümleri, kanun hükmünde olduğu kabul edilmiştir. Anayasa'nın bu hükmüne göre, temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmalar, iç hukukta başka bir kanun hükmü veya düzenlemesi ile çeliştiği durumda milletlerarası anlaşmalar esas alınacaktır<sup>21</sup>. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine bireysel başvurunun kabul edilmesinden bu yana<sup>22</sup>, birçok başvuru yapılmış ve bu başvurular sonucunda çoğu kez Türkiye haksız görülerek, başvuru sahibine tazminat ödemeye mahkûm edilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye'yi tazminata mahkûm eden bu tür kararları, şüphesiz ulusal mahkemeler üzerinde etkili olmaya başlamıştır<sup>23</sup>. Zaten, bu sözleşmeye imza atan ülkeler, İnsan Hakları Mahkemesi'nin verdiği kararlara uymayı da taahhüt etmiş olurlar<sup>24</sup>. Harçlar Kanunu m. 28/a, c.2 iptal edilmeden önce bazı Türk mahkemeleri de uluslararası sözleşmelerin kanun hükmünde (Any. m.90) olduğunu ve kanun hükümleri ile sözleşmelerin çelişmesi halinde, sözleşme hükümlerinin uygulanması gerektiği kuralını dikkate alarak, Harçlar Kanunu m. 28/a'nın ikinci cümlesinin Avrupa İnsan Hakları sözleşmesine aykırılık oluşturduğundan bahisle,

21 Özök, Ö.: "Adalete Erişimin" İnce Yolu "Âdil Yargılanma Hakkı, TBBD 2009, S. 81, s. 26.

22 Türkiye Cumhuriyeti Devleti taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 25 inci maddesi uyarınca Komisyona bireysel başvuru hakkını 22 Ocak 1987 tarih ve 87/11439 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile tanımış ve hükümetin bu kararına ilişkin beyanı Ocak 1987 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreterine tevdi edilmiştir (*Memiş*, E.: İnsan Hakları Avrupa Standardı ve İç Hukuk Etkileşimi Analizleri, anayasa.gov.tr, s. 25, E.T., 24.06.2011).

23 *Cengiz*, s. 338.

24 Zira, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin "Kararların Bağlayıcılığı ve Uygulanması,, başlıklı 46 inci maddesi aynen şöyledir: "1. Yüksek Sözleşmeciler, taraf oldukları davalarda Mahkemenin kesinleşmiş kararlarına uymayı taahhüt ederler. 2. Mahkemenin kesinleşmiş kararı, kararın uygulanmasını denetleyecek olan Bakanlar Komitesine gönderilir (Ayrıca bkz. Avrupa Konseyi Statüsü m. 3). Şayet, bir devlet Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarına uymayacak olursa, bunun yaptırımı Avrupa Konseyi Statüsü'nün 8 inci maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre "Avrupa Konseyinin, üçüncü madde hükümlerini ciddi surette ihlâl eden, her üyesi temsil hakkından bir müddet için mahrum edilebilir ve Bakanlar Komitesi tarafından 7 nci maddedeki şartlar dâhilinde Konseyden çekilmeye davet edilebilir. Bu davet nazarı itibara alınmadığı takdirde Komite, bizzat Komitenin tayin edeceği tarihten itibaren bahis mevzuu üyenin artık Konseye mensup olmadığına dair karar verebilir".



bâkiye harçların ödenmesini beklemeksizin, davada haklı çıkan tarafa kararın onaylı örneklerini verme konusunda bir sakınca görmemişlerdir<sup>25</sup>.

## **2-Ülger Davası ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Kararı**

Ülger davasının başlatılma nedeni, Muharrem Ülger adlı Türk vatandaşının, İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşme'nin (AİHS) 34. maddesi uyarınca, Türkiye Cumhuriyeti aleyhine, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne (AİHM) 10.06.2002 tarihinde yapmış olduğu 25321/02 no'lu başvurudur<sup>26</sup>. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuran bu kişi, yani davacı inşaat işçisi olup, ödenmemiş aylıklarını işveren şirketten alabilmek için, ulusal mahkemede dava açmıştır. Ulusal mahkeme davacının bu başvurusunu kabul etmiş ve tazminat olarak 9.424.50 ABD Doları ödenmesine karar vermiştir. Bu dava nedeniyle, davalının ödemesi gereken karar ve ilâm harcının, 524.190 Türk Lirası olduğu ifade edilmiştir. Davacı, lehine hükmedilen alacağını alabilmek için, harcı ödemeye istekli olmasına rağmen, bunu yapmak için yeterli kaynağa sahip olmadığını ileri sürmüştür. Davayı sonuçlandıran ulusal mahkeme, 22.05.2001 tarihinde vergi icra dairesine bir yazı yazarak, tahsil edilmesi gereken harcın, davalı işveren şirketten tahsil edilmesini emretmiştir. Davacının avukatı 10.12.2001 tarihinde mahkemeye bir dilekçe sunmuş, icraya koymak üzere kararın kendisine verilmesini talep etmiştir. Davacının avukatı, müvekkilinin davayı kazandığını, davalı şirketin ise dava konusu tazminata ek olarak yargılama giderlerini de ödemekle yükümlü olduğunu belirtmiş ve ayrıca mahkemenin karar verdiği tarihte adresi belli olan işveren şirketin, mali sorunları nedeniyle başka bir yere taşınarak yükümlülüklerinden kaçma girişiminde bulunma tehlikesine de işaret etmiştir.

Aynı gün, mahkeme bu talebi, 492 Sayılı Harçlar Kanunu'nun 28/a maddesi çerçevesinde gerekli harç ödenmedikçe kararın ilgiliye verilemeyeceği gerekçesiyle reddetmiş ve davacıya kararın onaylı örneğini vermemiştir. Davacı da, bahsi geçen kararı icraya koyamadığı için mağdur olduğunu se-

---

<sup>25</sup> Örnek olarak bkz. Samsun Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 14.01.2009, 108/233 nolu kararı, ([www.yargidunyasi.com.tr](http://www.yargidunyasi.com.tr), E.T. 21.09.2010).

<sup>26</sup> Ülger/Türkiye Davası, Başvuru No. 25321/02, Karar tarihi 26 Haziran 2007 (İBD, 2009/4, s. 2327-2337; [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), E.T. 17.09.2010); Benzer bir dava olarak bkz. Orimpeks Madencilik San. Ve Tic. Ltd. Şti ve Âdil Orguner/Türkiye Davası, Başvuru No. 43475/02, 4 Eylül 2007 ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), E.T. 17.09.2010).

bep göstererek, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde dava açmıştır. Davacı, özellikle, lehinde verilen nihai kararın uygulanmamasının, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile uyumlu olmadığından şikâyetçi olmuş ve bunun için Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6, 1. maddesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesi'ne atıfta bulunmuştur.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de yaptığı inceleme sonucunda, davacının maruz kaldığı maddî zararın, kendisine tazminat ödenmesine hükmeden ulusal mahkeme kararının uygulanmamasıyla ortaya çıktığını tespit etmiş ve buna bağlı olarak; hem ulusal mahkeme kararıyla davacıya ödenmesi gereken tazminatı, hem de o tarihteki ekonomik koşulları göz önünde bulundurarak, başvurana maddî tazminat olarak 10.000 Euro; bu tazminatın, başvuranın ulusal mahkemelerden talep ettiği ve ödenmemiş tazminatla ilgili nihai ödeme olarak addedilmesi gerektiğine; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, başvuranın, tespit edilen ihlâllerin sonucu olarak manevi zarara da uğradığı gerekçesiyle, 1000 Euro; ulusal mahkemede ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin önünde yapılan yargılama giderleri için de 1500 Euro tazminat ödenmesi gerektiğine karar vermiştir.

### 3-Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararının Değerlendirilmesi

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Ülger davasına ilişkin bu kararı çeşitli açılardan inceleme konusu yapılabilir:

1-*Mahkeme kararına erişimi ve bu kararın icra edilebilmesi açısından:* Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 6.I. maddesi çerçevesinde mahkemede hukukî konularda dava açma hakkı, mahkemece verilen karara ulaşılmasını ve alınan bu kararın icrasının temin edilmesini de bünyesinde barındırır. Bu nedenle, mahkemenin verdiği karara ulaşılması ve ulaşılan bu kararın icrası, yargılamanın tamamlayıcı parçası olarak değerlendirilmelidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 25321/02 başvuru no'lu Ülger/Türkiye konulu 26 Haziran 2007 tarihli kararı incelendiğinde, Harçlar Kanunu m. 28/a'nın "*Karar ve ilâm harcı ödenmedikçe ilgiliye ilâm verilmez*" şeklindeki ikinci cümlesinin, kişilerin mahkeme kararına erişimini açıkça engellediği görülmektedir. Zira, âdil yargılanma hakkının ve hak arama özgürlüğünün kapsamı, kişilerin mahkemeye gitme ve mahkemede lehlerine bir karar alabilme hakkıyla sınırlı değildir. Mahkeme kararının icraya konulması da, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6.maddesi uyarınca yargılamanın tamamlayıcı bir

parçası durumundadır<sup>27</sup>. Davada haklı çıkan tarafın, kararın bir örneğini alması için, bu şekilde yargılama harçlarını ödemeye zorlanması, onun hakkını elde etmesine engel teşkil edeceği muhakkaktır. Dolayısıyla, Harçlar Kanunu m. 28/a'daki eski düzenleme, doğurduğu bu sonuçla, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini (m.6) ihlâl eden bir hüküm niteliğindedir.

*2-Devletin yükümlülükleri açısından:* Devlet sunumunu bir tekel sıfatıyla yaptığı hizmetleri, hukuk devleti (Any. m. 2) ve eşitlik prensibine (Any. m. 10) riayet ederek sunmak zorundadır. Zira hukuk devleti olmanın temel işlevlerinden birisi, kişilere hak arama özgürlüğünü temin etmek etmektedir<sup>28</sup>. Aynı şekilde, devletin tüm organları eşitlik ilkesine uygun davranmak zorundadırlar. Bu anlamda eşitlik ilkesinin muhatabı devletin tüm organlarıdır (Any. m. 10)<sup>29</sup>. Yargılama hizmeti, devlet tekeliyle<sup>30</sup> bir bütün olarak bireylere sunulur. Bu hizmetin bir kısmının sunulmayarak eksik bırakılması hizmet sunumunun kusurlu olduğunu gösterir. Bu kusuru gidermek, yine bizzat devletin görevidir. Ayrıca, m. 28/a'daki düzenlemeden, haklı çıkan tarafın, lehine olan kararı alması için, harç yatırmaktan başka bir alternatifi olmadığı anlaşılmaktadır. Devletin, dava sonucunda haklı olanı doğru tespit etmiş olması yeterli olmayıp, kişinin fiili olarak da hakkına ulaşmasını, yani mahkeme kararının uygulanması için gerekli olan tedbiri alması ve düzenlemele-ri yapması, gerekir. Bu durum, etkin bir hukukî korumanın sağlanması bakımından bir zorunluluktur<sup>31</sup>. Aksi halde, Devlet, hukuk devleti ve eşitlik ilkesine aykırı davranmış olur.

*3-Mahkeme kararı ile sağlanan haklar ve yükümlülükler açısından:* Harçlar Kanunu m. 28/a gereğince, ilâmın verilmesi için ödenmesi gereken karar ve ilâm harcının 3/4'lük kısmı, mahkeme kararı ile haksız olduğu tespit edilen davalı taraftan tahsil edilmesi gerekir. Böyle olmasına rağmen, davada

---

<sup>27</sup> *Tanrıver*, s. 213; *Pekcanitez*, Adil Yargılanma, s. 38-39; *Özekes*, İlkeler, s. 133.

<sup>28</sup> *Özekes*, İlkeler, s. 122 vd.

<sup>29</sup> *Öden*, M: Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Ankara 2003, s. 154.

<sup>30</sup> *Rüzgaresen*, Yargılama Hizmetleri, Parg. 5, 16, 28.

<sup>31</sup> Etkin hukukî koruma öncelikle mahkemeye başvuru hakkının tanınmasıyla başlar. Ancak bu da yeterli olmayıp, gerek dava sırasında gerekli tedbirlerin alınması (örneğin ön inceleme uzun sürmemesinin sağlanması) ve kanun yollarına başvuru hakkının tanınması gerekir (*Akkan*, M.: Medenî Usûl Hukukunda Etkin Hukukî Koruma, MİHDER 2007, S. 1, s. 54.

haklı çıkan davacı tarafın, ilâmı alması için, karşı tarafça ödenmesi gereken harcı ödemeye zorlanması; onun haksız tarafa uygulanacak muameleye tabi tutulması anlamına gelir ki, bu da hem HUMK m. 417 hükmüne, hem de mahkeme karar ile taraflara yüklenen hak ve yükümlülüklerle aykırılık oluşturur.

4-*Adaletin Sağlanması Açısından*: Kural olarak, bir yargılama nedeniyle ödenecek olan harçlar devletin alacaklarıdır. Ancak devletin gelir kaybına uğramasını engellemek ve yargılama harçlarını kolay bir şekilde tahsil edebilmek için ve üstelik kanun hükümlerine aykırılık teşkil ettiği halde tüm sorumluluğu haklı çıkan tarafa yüklemek, adalet kavramının içeriği ve devlet olmanın gerekleriyle bağdaşmaz<sup>32</sup>. Bu durum, aynı zamanda, Devlet'in, kararların uygulanması için, hem hukuken hem de uygulamada etkin bir yöntem belirleme yönünde genel ya da özel her türlü uygun tedbiri alma yükümlülüğünden kaçınması anlamına gelir (bkz. *Fuklev – Ukrayna Kararı*, 71186/01<sup>33</sup>). Kişinin dava açmasındaki amacı, hakkını korumak ve zararını gidermektir. Şayet, kişi açtığı davayı kazandığı halde, bir takım kanuni düzenleme ve uygulamalar nedeniyle zarara uğruyorsa; bu durum, kişiyi başka yol ve yöntemlerle hakkına ulaşmaya, yani ihkâkı hakka itebilmesi nedeniyle sakıncalıdır<sup>34</sup>. Şayet, devlet bu tür düzenlemelerden çeşitli nedenlerle, özellikle maddî kayba uğramama yahut harcı daha kolay tahsil edebilme gibi düşüncelerle vazgeçmiyorsa, kişinin düzenlemeler nedeniyle uğradığı zararı gidermesi gerekir. Devlet, Harçlar Kanunu m. 28/a ve m. 32 ile kendi alacağını koruma altına almış olmakla birlikte, davada haklı çıkan tarafın alacağını korumasız bırakmış olması, adaletin etkin olarak sağlanmasına aykırılık

---

32 Acaba bu durumdaki kişi adli yardım talebinde bulunabilir mi? Adli yardımın şartları kanunda belirtilmiştir. Kanundaki düzenlemeye göre kişinin adli yardımdan faydalanabilmesi için fakir ve haklı olması gerekir (bkz. HUMK m. 465 vd.). Eğer, kişi bu şartları sağlayarak, adli yardımdan faydalanmışsa, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuramaması gerekir. Eğer, kişi haklı olduğu halde, adli yardım için gerekli olan "fakir olma" şartını taşıyamıyorsa ve geçici nedenlerle, örneğin likidite sıkışıklığından kaynaklanan acz hali nedeniyle borcunu ödeyemiyorsa, "fakir olma" koşulları esnek hale getirilmeli ve sonradan haksız çıkan taraftan ödenmesi şartı ile haklı çıkan taraf, bu imkândan faydalandırılmalıdır. Ancak bunun için ayrıca, yargılama giderlerinin miktarı ile bu giderlerin ödenmesi, başvuranın bu meblağları ödeme kapasitesi ve kararın bir örneğinin haklı tarafa verilmesi arasında uygun bir orantılılık ilişkisi de göz önünde bulundurulmalıdır.

33 Bu karar için bkz. Ülger Davası (www.kazanci.com, E.T. 17.09.2010).

34 Bkz. *Özkes*, İlkeler, s. 122.

oluşturduğu gibi, Anayasanın sosyal ve hukuk devleti ilkeleriyle de bağdaşmaz<sup>35</sup>.

5-Hukuk kuralları arasında yeknesaklığın sağlanması açısından: Cebrî icra sistemimizde, borcunu ödemeyen bir borçlu için konkordato, iflâsın ertelenmesi ve uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma kurumları getirilerek, belki de kendi kusuruyla malî durumu bozulan bir borçlunun ekonomik yıkıma uğrayarak piyasadan çekilmemesi için koruma altına alınırken, bir yargılama prosedürü sonucunda haklı olduğuna karar verilen bir alacaklının mağdur edilerek ekonomik yıkımına neden olmanın izahını yapmak zordur. Zira, bütün sermayesini dava sonunda haksız çıkan davalıya kaptıran ve davayı kazanmakla birlikte, yüksek miktarda harç ödemek zorunda bırakılan, ancak mali durumu iyi olmadığı için bunu ödeyemeyen davacının yakın bir süre içinde cebrî icra takipleriyle karşı karşıya kalacağı muhakkaktır<sup>36</sup>.

### III- HARÇLAR KANUNU m. 28/a ve m. 32'nin TÜRK MAHKEME KARARLARININ IŞIĞINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

#### 1- Harçlar Kanunu m. 28/a, c. 2 ve m. 32,c.1'e İlişkin Yargıtay Kararları ve Bu Kararların Değerlendirilmesi

Eksik harç ödenmesi ile ilgili sorunlar, zaman zaman Yargıtay'ın önüne de gelmiştir. Harçlar Kanunu m. 28/a henüz yürürlükte iken, Yargıtay, bu hükümlere aykırılığı kamu düzenine aykırılık olarak saymış ve davaya bakan mahkeme tarafından re'sen dikkate alınması sonucuna varmıştır<sup>37</sup>. Yargıtay'ın bu konuya ilişkin bir kararı şu şekildedir: “Harçlar Kanunu'nun 28/a

<sup>35</sup> Orguner Davası (www.kazanci.com, E.T. 17.09.2010).

<sup>36</sup> Orguner Davası (www.kazanci.com, E.T. 17.09.2010).

<sup>37</sup> “... Ayrıca, Harçlar Kanunu'nun 28. maddesine göre, (karar ve ilâm harcı ödenmedikçe ilgiliye ilâm verilmez). Aynı Kanun'un 32. maddesinde ise (yargı işlemlerinden alınacak harçlar ödenmedikçe sonraki işlemlerin yapılamayacağı) öngörülmüştür. Harçlar Kanunu'nun bu hükümleri kamu düzenini ilgilendirdiğinden re'sen dikkate alınmaları zorludur. Takip dayanağı ilâmda yer alan bâkiye ilâm harcı yatırılmadığından mahkemece (icra takibinin harç tamamlanana kadar durdurulması için icra müdürünce bu konuda alacaklıya mehil verilmesi, karar gereğinin yerine getirilmemesi halinde, takibin açılmamış sayılması gerektiği) yönünde hüküm tesisi yerine yazılı şekilde karar verilmesi isabetsizdir” (12. HD, 19.6.2006, E. 11437, K.13192, www.kazanci.com, E.T. 17.09.2010). Ayrıca benzer kararlar için bkz. 12. HD, 10.2.2009, E. 2008/21932, K. 2009/2267, www.kazanci.com, E.T. 17.09.2010); 12. HD, 10.2.2009, E. 2008, K. 21932, 2009/2267, www.kazanci.com, E.T. 17.09.2010).

maddesine göre ‘karar ve ilâm harcı’ ödenmedikçe ilgiliye ilâm verilmez. Aynı Kanun’un 32. maddesinde ise ‘yargı işlemlerinden alınacak harçlar ödenmedikçe müteakip işlemlerin yapılamayacağı’ öngörülmüştür. Harçlar Kanunu’nun bu hükümleri doğrudan doğruya kamu düzenini ilgilendirdiklerinden, re’sen dikkate alınmaları zorunludur. Somut olayda, takip dayanağı kararın, karar ve ilâm harcı ödenmeden alacaklı tarafça takibe konu edilmesi üzerine, borçlu vekili icra emrinin iptali için icra mahkemesine başvurmuştur. Mahkemece, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin 26.06.2007 tarih ve 25321/02 başvuru no’lu kararından dolayı ortaya yeni bir durum çıktığını, bu karara göre Harçlar Kanunu’nun 28/a ve 32. maddelerinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne aykırı olduğundan, sözü edilen maddelerin Anayasa’nın mülkiyet hakkını düzenleyen 35. maddesiyle hak arama hürriyetiyle ilgili 36. maddelerine aykırılığı gündeme geleceğinden yukarıda belirtilen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin kararının uygulanmasının mümkün olduğu sonucuna varılarak borçlunun şikâyetinin reddine karar verildiği görülmektedir. Harçlar Kanunu’nun 28/a ve 32. maddeleri halen yürürlükte bulunmaktadır. Dayanak ilâmda borçlunun alacaklı aleyhine açtığı dava reddedilmiş, sadece o davada takipte taraf olmayan Cafer hakkındaki istem kabul edilmiştir. Burada hüküm altına alınan alacak için 167.254.960.244 YTL karar harcına hükmedilerek bunun da adı geçen Cafer’den tahsiline karar verilmiştir. Bu durumda harçtan sorumlu tutulmayan alacaklıdan bu harcın ödenmesi elbette ki istenemez. Ancak alacaklı lehine hükmedilen vekalet ücretini bu ilâma göre borçludan tahsil edebilmesi için karar tarihindeki red harcını yatırması gerekir. Yatırdığı red harcını da yaptığı takipte borçludan tahsil yoluna gidebilir. Bu nedenlerle mahkemece alacaklıya yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda bir süre verilerek Harçlar Kanunu’nun 32. maddesi de gözönünde tutularak sonucuna göre bir karar verilmelidir. O halde, eksik inceleme ile ve yazılı gerekçeyle sonuca gidilmesi isabetsizdir”<sup>38</sup>.

Kanaatimizce Yargıtay’ın bu kararı yerinde değildir. Zira kararın verildiği tarihte Harçlar Kanunu m. 28/a yürürlükteydi. Ancak, ortada aynı zamanda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin vermiş olduğu kararlar bulunmaktaydı. Yukarıda da belirtildiği üzere, Anayasa’nın 90,V’e göre “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine

<sup>38</sup> 12. HD, 13.11.2008, E. 15602, K. 19983, www.kazanci.com, E.T.16.09.2010).

başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır". Anayasa'nın bu hükmünde de anlaşılacağı üzere, somut olayda da, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ilgili kararlarının bağlayıcılığının kabul edilmesi gerekirdi.

Yargıtay, Anayasa Mahkemesi'nin Harçlar Kanunu m. 28/a'yı iptal etmesinden sonra vermiş olduğu bir Hukuk Genel Kurulu Kararında<sup>39</sup>, Anayasa Mahkemesi'nin m. 28/a'nın iptaline ilişkin gerekçeye aynen katılmıştır. Aynı şekilde, Harçlar Kanunu m. 32, ye yönelik olarak da, Anayasa Mahkemesi'nin kararına paralel bir karar vermiştir. Bu karara göre "...Mahkeme tarafından nihai kararlar davayı sonlandıran hükümde kendisine (davacı veya davalıya) harç yüklenip yüklenmemesine bakılmaksızın, davacı veya davalı, bâkiye nispi karar ve ilâm harcını ödemeksizin, ilâmın bir suretini alabilecektir. Diğer taraftan, mahkeme tarafından nihai kararlar davayı sonlandıran hükümde kendisine harç yüklenen ve bu nedenle de, ilâmda harç yükümlüsü olarak gösterilen (olduğu anlaşılan) davacı veya davalının, belirtilen bu bâkiye nispi karar ve ilâm harcını yatırmadan bir sonraki yargı işlemine ve bu arada icra takibine devam etmesine olanak bulunmamaktadır. Kararın tebliğe çıkartılması, temyiz edilmesi ve icraya konulması yasal anlamda (müteakip işlemler) olup 492 sayılı Harçlar Yasasının 11. ve 32. maddesine göre harç tamamlanmadan bu işlemlerin yapılması mümkün değildir. Kararın örneğinin harç tamamlanmadan ilgiliye verilmesi, bu kararın, müteakip işlemler için kullanılabileceği anlamına gelmemektedir. Ayrıca, ilâmda harç yükümlüsü olmayanlar bakımından da, kendisi yönüyle ilâmi icraya koyup infazını sağlayabilmesi için, harç yükümlüsü olmakla birlikte bunu yerine getirmeyen karşı tarafın sorumlu olduğu harcı ödemesi koşuluna bağlıdır. Bu koşul, 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun 32. maddesinin birinci cümlesinin halen yürürlükte bulunmasının zorunlu bir sonucudur. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı ve gerekçesi de dikkate alındığında aksinin düşünülerek, ilgili tarafın harç yükümlülüğünü yerine getirmemesi ve dolayısıyla müteakip yargı işlemlerine devam edilmesi, harçların konuluş amacına aykırılık oluşturacaktır... Her ne kadar, icra takibine konu ilâmda harç yükümlüsünün adı açıkça yazılı değilse de, yukarıda belirtildiği üzere, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na göre, harç ve giderler sonuçta haksız çıkan

<sup>39</sup> HGK, 24.3.2010, 12-158/178, (www.kazanci.com, E.T. 17.09.2010).

tarafa yükletilir. Takibe dayanak ilâma konu itirazın iptali davası sonucu itirazında kısmen haksız çıkan ve bu nedenle, haksız çıkılan oranda bâkiye nisbi karar ve ilâm harcı yükümlüsünün takip alacaklısı olduğundan şüphe yoktur. İcra takibine konu ilâmda harç yükümlüsü olan şikayet olunan/alacaklı tarafın bâkiye nispi karar ve ilâm harcını yatırmadığı da, çekişmesizdir. Oysa, yukarıda açıklandığı üzere, Harçlar Kanunu'nun 32.maddesi hükmünce, yargı işlemlerinden alınacak harçlar ödenmedikçe müteakip işlemler yapılamayacağından, dolayısıyla bâkiye nispi karar ve ilâm harcı ödenmeksizin sonraki işlemlerin yapılmasına olanak bulunmamaktadır. Hal böyle olunca, icra müdürlüğünce bunun aksine işlem yapılarak, ilâmda harç yükümlüsü olan alacaklının bâkiye nispi karar ve ilâm harcını ödemeksizin lehine hükmedilen vekalet ücretini icra takibine konu yaparak devamı işlemin yapılmış olması kanuna aykırı olup; mahkemece şikayetçi/borçlunun isteminin kabulüne karar verilmesi gerekir...". Yargıtay'ın bu görüşünü Harçlar Kanunu m. 32'ye göre değerlendirmek gerekirse: Bu karara şu sebeplerden dolayı katılmaya imkân yoktur: Yargıtay'ın ilâmın icraya konulmasını müteakip bir işlem olarak kabul etmesi ve m. 32'de sözü edilen harçları, karar ve ilâm harcının bâkiye kısmı olduğunu söylemesi yerinde değildir. Zira, yukarıda da belirtildiği üzere<sup>40</sup>, ilâmın icraya konulması, ayrı bir prosedür olup, kararın verildiği prosedür ile ilgisi yoktur. Aynı şekilde, m.32'de sözü edilen harçlar bâkiye harçlar olmayıp, yargılama prosedürü içinde yapılması istenen işleme ilişkin harçlardır.

## **2-Harçlar Kanunu m. 28/a, c. 2 ve m. 32, c.1 Hükümlerinin Anayasaya Aykırılığı İddiası ve Anayasa Mahkemesi'nin Bu İddiaya İlişkin Kararının Değerlendirilmesi**

### **A-Yerel Mahkemelerin Harçlar Kanunu m. 28/a, c. 2 ve m. 32, c.1'in Anayasaya Aykırılık İddiaları**

Bolu 1. Asliye Hukuk Mahkemesi (Esas No: 2009/27) ve Malkara Asliye Hukuk Mahkemesi (Esas No: 2009/32), 2.7.1964 tarihli ve 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun, 28. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin "*Karar ve ilâm harcı ödenmedikçe ilgiliye ilâm verilmez*" biçimindeki ikinci cümlesi ile 32. maddesinin "*Yargı işlerinden alınacak harçlar ödenmedikçe müteakip işlemler yapılmaz*" biçimindeki birinci cümlesinin, Anayasa'nın 2., 5., 10., 11.,

<sup>40</sup> Bkz. yuk. C.IV.2.



35., 36. ve 90. maddelerine aykırılığı iddiasıyla Anayasa mahkemesine iptal istemiyle başvurmuşlardır.

Bolu Asliye Hukuk Mahkemesi başvuru dilekçesinde, hem Harçlar Kanunu m. 28/a'nın, hem de m. 32'nin birinci cümlesinin iptalini istemiş ve özetle gerekçesinde aşağıdaki hususlara dayanmıştır:

a-İptali istenen sözkonusu düzenlemeler, Anayasanın “eşitlik ilkesinin” (Any. m. 10) ihlâli anlamına gelmektedir. Çünkü, durumu iyi bulunan davacı aslında davalı tarafın ödemesi gereken harcı yatırıp ilâmı alabilmekte ve davalı hakkında icra takibi yapabilmekte, maddî durumu iyi olmayan davacı veya adlî yardımdan faydalanan davacı aslında davalı tarafın ödemesi gereken harcı yatıramadığından ilâmı alamamakta ve davalı hakkında icra takibi yapamamaktadır.

b- İptali istenen sözkonusu düzenlemeler, “mülkiyet hakkı” (Any. m. 35) ile bağdaşmamaktadır. Çünkü, davacının maddi hak elde ettiği ilâmı aynı nedenlerle alamaması ve icraya konu edememesi, anayasanın tanıdığı mülkiyet hakkı ile çelişmektedir.

c- İptali istenen sözkonusu düzenlemeler, “hak arama hürriyetine” (Any. m. 36) aykırıdır. Davacının ilâm alabilmesinin, aslında davalı tarafın ödemesi gereken harcı yatırma şartına bağlanmasını “mahkemeye erişim” bağlamında Anayasanın hak arama hürriyetinin ihlâl edildiğini göstermektedir.

Malkara Asliye Hukuk Mahkemesi de başvuru kararında özetle şu hususları gerekçe olarak göstermiştir:

a-Harçlar Kanunu m. 28/a ve m. 32, davacı tarafın davayı kazandığı halde ilâm alabilmesi ve kararı icraya koyabilmesini, ilâm ile karşı tarafa yüklenen harcın ödenmesine bağlamıştır. Bir kişinin yargı kararı ile hüküm altına alınan bir hakkını icraya koyabilmesi, ilâm ile karşı tarafa yüklenen bir ödevin yerine getirilmesine bağlanamaz. Bu yöndeki bir hukuk kuralı, 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Başlangıç Bölümüne; 2, 36, 90. maddelerinde düzenlenen hukuk devleti ilkesine; 5. maddede düzenlenen devletin kişinin temel hak ve hürriyetlerini koruma ve geliştirme görevine aykırı olduğu gibi, insan hakları ve temel özgürlüklerin korunmasına ilişkin sözleşme'nin âdil yargılanma hakkı başlıklı 6. maddesine de aykırıdır.

b-492 sayılı Harçlar Kanununun 28/a'da yer alan “karar ve ilâm harcı ödenmedikçe ilgiliye ilâm verilmez” kuralında, yargılama sonucunda haklı ya

da haksız çıkan şekilde bir ayırım yapılmadığı için, bu kural yargılama sonucunda haklı çıkana da kapsamaktadır.

### **B-Anayasa Mahkemesi'nin m. 28/a, c.2'ye İlişkin İptal Kararı ve Gerekçesi**

Anayasa Mahkemesi, yukarıda adı geçen yerel mahkemelerin taleplerini incelemiş ve bu inceleme sonucunda, Harçlar Kanunu m. 28/a'nın ikinci cümlesini Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırı bularak, oy birliği ile iptal etmiş ve iptal kararında, özetle şu hususları gerekçe olarak göstermiştir<sup>41</sup>:

a-Diğer harçlarda olduğu gibi, yargı harçlarında da kural; harcın, davayı açan veya harca mevzu olan işlemin yapılmasını isteyen kişi tarafından ödenmesidir. Ancak yargı yoluna başvurmak, başvuran kişiye bir harç yükümlülüğü yüklediği gibi, başvuranın haklı çıkması halinde bu yükümlülük yer değiştirmekte ve davada haksız çıkan tarafa yükletilmektedir. Bu nedenle, nisbî harca tabi davalarda, yargılama sonunda ödenecek harç miktarıyla birlikte, harcın gerçek sorumlusu da mahkeme kararıyla belirlenmektedir. Anayasa'nın 2 inci maddesinde, Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılan hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, konulan kurallarda adalet ve hakkaniyet ölçülerini göz önünde tutan, hakların elde edilmesini kolaylaştıran ve hak arama özgürlüğünün önündeki engelleri kaldıran devlettir. Harçlar Kanunu m. 28/a, bu haliyle hukuk devleti ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

b-Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında "*herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile âdil yargılanma hakkına sahiptir*" kuralı yer almaktadır. Hak arama özgürlüğü, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biri olmakla birlikte, aynı zamanda toplumsal barışı güçlendiren, bireyin adaleti bulma, hakkı olanı elde etme, haksızlığı önleme uğraşının da aracıdır. Dolayısıyla, yargılamanın başlamasından sonuçlanmasına kadar, yani yargılama süresince hak arama özgürlüğünü zedeleyici tutum ve davra-

---

41 AYMK, 14.1.2010, E. 2009/27, K. 2010/9 (R.G. 17.03.2010, S. 27524).

nışlardan kaçınılması gerekir<sup>42</sup>. Anayasa'nın 36. maddesinde ifade edilen hak arama özgürlüğü ve âdil yargılanma hakkı, sadece yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunmada bulunma hakkını değil, yargılama sonunda hakkı olanı elde etmeyi de kapsayan bir haktır<sup>43</sup>. Dava açarken peşin harcı ödeyen, ancak nisbî harca tabi davalarda işin niteliği gereği dava sonuna bırakılan bâkiye harçtan yasal olarak sorumlu olmadığı mahkeme kararıyla belirlenen davacıya, sorumlusu olmadığı bir harcın tahsili koşuluyla ilâmın verilmesi; bireylerin hak arama özgürlüğünü engelleyici nitelik taşımaktadır.

### **C- Anayasa Mahkemesi'nin m. 32, c. 1'e İlişkin İptal Talebinin Reddine İlişkin Gerekçesi**

Anayasa Mahkemesi yaptığı inceleme sonucunda, m. 28/a'ya ilişkin iptal talebini yerinde bulurken, m. 32'ye ilişkin iptal talebini yerinde bulmamış, aşağıda açıklanan nedenlerle itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 36. maddesine aykırı olmadığını ve Anayasa'nın 10., 11. ve 35. maddeleriyle de ilgisinin görülmediğini belirterek oybirliği ile reddetmiştir. Yüksek Mahkeme, bu ret kararına ilişkin gerekçesini özetle şu hususlarla izah etmiştir:

1-Mahkemenin başvuru kararında, davacının ilâmı alabilmesinin, aslında davalı tarafın ödemesi gereken harcı yatırma koşuluna bağlanması "*mahkemeye erişim*" bağlamında hak arama hürriyetini; davacının maddi hak elde ettiği ilâmı aynı nedenlerle alamaması ve icraya konu edememesinin de mülkiyet hakkını engellediği gerekçesiyle, itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 10., 11., 35. ve 36. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. İtiraz konusu cümlelerin yer aldığı 32. madde "*harcı ödenmeyen işlemler*" başlığı altında Yasa'nın beşinci bölümünde düzenlenmiştir. Bu maddenin itiraz konusu ilk cümlesi; "*Yargı işlemlerinden alınan harçlar ödenmedikçe müteakip işlemler yapılmaz*" hükmünü içermektedir. Bu kural, sadece nisbî karar ve ilâm harçları için değil, Yasa'da yer alan ve yargı işlemlerinden alınacak tüm harçları kapsayan bir hükümdür. Yasa koyucu bu kuralla yargı hizmetlerinin karşılığı olan ve kanunda yer alan harca tabi işlemlerin yapılmasını, o işleme ilişkin harcın tahsili koşuluna bağlamıştır. Aynı zamanda yasa koyucu ilgilisi tara-

<sup>42</sup> Özeker, İlkeler, s. 123; Özeker, M.: Medenî Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003, s. 51.

<sup>43</sup> Adil Yargılanma ve hak arama özgürlüğü konusunda bkz. Özeker, İlkeler, s. 131 vd., 120 vd.

findan ödenmeyen harcın karşı tarafça ödenmesi halinde işleme devam olunacağını ve ödenen harcın yargılama sonunda ayrıca bir talebe gerek kalmaksızın hükümde dikkate alınacağını da belirlemiştir.

2-Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında “*herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir*” kuralı yer almaktadır.

3-Harç, devletin yüklenmiş olduğu görevleri yerine getirebilmek için anayasal sınırlar içinde egemenlik yetkisine dayanarak değerlendirdiği çeşitli kaynaklardan elde etmiş olduğu vergi ve resim gibi bir çeşit kamu gelirdir. Ayrıca harç, bireylerin özel menfaatlerine ilişkin olarak, kamu hizmetlerinden yararlanmaları karşılığında bu hizmetlerin maliyetlerine katılmaları amacıyla zor unsuruna dayanılarak alınan mali yükümlülüktür. Bu nedenle, yargılama sürecinde, yasayla harca tabi kılınmış bir hizmetten yararlanmak isteyen ilgili (davalı veya davacı), genel kurallar uyarınca harcını ödemek zorundadır. Dava açan veya yargılama sırasında harca tabi bir işlemin yapılmasını isteyen tarafın, harç ödemediği devam eden işlemlerin yapılmasını isteyerek bireysel bir menfaat elde etmesi, harçların konuluş amacına aykırılık oluşturur.

4-Yargı işlemlerinden alınacak harçlar ödenmedikçe müteakip işlemlerin yapılmayacağını belirten kural, bireylerin özel menfaatleriyle ilgili olarak yargı hizmetinden yararlanmalarını, bu hizmetin karşılığı olan harcın ödenmesi koşuluna bağladığından, hak arama özgürlüğünü sınırlandıran bir nitelik taşımamaktadır.

#### **D- Anayasa Mahkemesi Kararının Değerlendirilmesi**

##### **a-Harçlar Kanunu m. 28/a, c.2'ye İlişkin Kararın Değerlendirilmesi**

Harçlar Kanunu m. 28/a, c.2'deki düzenleme açısından öncelikle belirtmek gerekir ki, mahkeme kararı ile haklı olduğu tespit edilen tarafın, ilâm almak istemesi halinde; bu tarafı, harçları fiili olarak ödemeye zorlamadan kendisine ilâmın verilmesi uygun olur<sup>44</sup>. Nitekim, Harçlar Kanunu m.

<sup>44</sup> Harçlar Kanununun m. 28/a, sadece nisbî karar ve ilâm harcı için geçerli olup, maktu karar ve ilâm harçlarında bu maddenin uygulanma alanı yoktur. Zira maktu karar ve ilâm harcına tabi davalarda, başvurma harcı ile maktu karar ve ilâm harcının tamamı dava aç-

28/a'nın eski hali yürürlükte iken, bu konuda doktrinde ileri sürülen bir görüş şu şekildeydi: Kural olarak, karar ve ilâm harcı ödenmeden taraflara ilâm verilmemelidir. Buna rağmen, taraflara ilâm verilmişse; bu ilâm HUMK m. 392 anlamında bir ilâmdır. Karar ve ilâm harcının ödenmemiş olması, kararın tarafa verilmiş olan suretinin ilâm niteliği kazanmasını önlemez<sup>45</sup>.

Anayasa Mahkemesi'nin Harçlar Kanunu m. 28/a'nın "*Karar ve İlâm Harcı ödenmedikçe ilgiliye ilâm verilmez*" şeklindeki 2 inci cümlesini iptal etmesiyle, davayı kazanan tarafın, artık bâkiye karar ve ilâm harcı ödemeksizin ilâmı alabilme imkânı ortaya çıkmışken, Kanun koyucu, m. 28/a'da, 23/07/2010 tarihinde "*...Bakiye karar ve ilâm harcının ödenmemiş olması, hükmün tebliğe çıkarılmasına, takibe konulmasına ve kanun yollarına başvurulmasına engel teşkil etmez*" şeklinde bir değişiklik yaparak<sup>46</sup>, bâkiye karar ve ilâm harcının ödenmemiş olmasının, hükmün takibe konulmasına engel teşkil etmeyeceğini karara bağlamıştır. Görüldüğü üzere, kanun açık bir şekilde, bâkiye karar ve ilâm harcı ödemeksizin kişiye ilâmın verilebileceğini belirtmemekte; bunun yerine, harç ödemeksizin, ilâmın icraya konulabileceğini düzenlemektedir. Dolayısıyla, burada tartışılması gereken husus, eski düzenlemedeki "*ilâmın verilmemesi*" ifadesi ile yeni düzenlemedeki "*hükmün takibe konulması*" ifadeleri arasındaki ilişkidir; yani bâkiye karar ve ilâm harcını ödemeksizin, bir hükmün takibe konulması ile kişiye ilâmın verilmesinin aynı anlam ve işleve sahip olup olmadıkları hususudur. Kanaatimizce, hakka erişimin sağlanması bakımından ideal olan, harç ödemeksizin ilâmın davayı kazanan tarafa verilebilmesidir. Harç ödemeksizin ilâmı alan bir kimsenin onu icraya koyması çok daha kolay olacaktır. Kanun koyucu bu düzenlemede, bir sonraki aşama olan "*ilâmın icraya konulmasını (harç ödemeksizin)*" mümkün kıldığı halde, bir önceki aşama olan "*ilâmın kişiye verilmesini*" açıkça düzenlememiş olması, uygulamada ilâmın taraflara verilmesi konusunda bazı sıkıntıların doğmasına neden olabilir. Zira bir ilâmın alınmadan icraya konulması mümkün değildir. Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, harç ödemeksizin "*ilâmın tarafa verilmesiyle*", "*ilâmın takibe konulması*" ifade olarak aynı şey değildir. Çünkü ilâmlı takip, ilâmın

---

larken peşin olarak alınır. Bu harç ödenmeden zaten dava açılmaz. Buna karşılık, nisbî karar ve ilâm harcının ¼'ü peşin, geri kalan ¾' ü ise, kararın verilmesinden itibaren iki ay içinde ödenir (*Rüzgaresen*, Yargılama Giderleri, s. 70)

45 *Kuru*, Usul III, s. 3157.

46 6009 sayılı Kanun (RG, 01.08.2010, S. 2769).

verildiği davadan tamamen ayrı bir prosedürdür<sup>47</sup>. İlâmın icraya konulmasının mümkün hale gelmiş olması, harç ödenmeksizin onun kişiye verilebileceği anlamına gelmez. Yani, böyle bir durumda, bâkiye karar ve ilâm harcı ödenmediği takdirde, mahkemenin ilgiliye ilâmı verme mecburiyeti yoktur. Kişi ilâmı alamadığı takdirde, onu takibe koymasına da imkân kalmayacaktır. Bunun içindir ki, 23/7/2010 tarihli yeni düzenleme, “*Bâkiye karar ve ilâm harcının ödenmemiş olması, hükmün...ilgiliye verilmesine ve takibe konulmasına... engel teşkil etmez*” şeklinde olmalıydı. Hatta, mevcut düzenlemedeki, “*takibe konulmasına*” ibaresi olmasa bile, düzenlemenin işlevinde bir eksiklik olmazdı. Zira, ilâmın icraya konulması, ilâmın verildiği dava bakımından müteakip bir işlem sayılmadığından, yani davadan tamamen bağımsız bir prosedür olduğundan, harçların ödenmemiş olması, bu ilâmın icraya konulmasına bir engel teşkil etmeyecektir. Kanun koyucunun aynı düzenlemede “*...Bâkiye karar ve ilâm harcının ödenmemiş olması, hükmün tebliğe çıkarılmasına, ... engel teşkil etmez*” şeklinde bir ifadeye yer vermiş olması, ilâmın taraflara verilmesini değil, hükmün kesinleşmesi veya bu hükme karşı kanun yollarına başvuru süresinin başlatılmasını sağlama amacına yöneliktir. Şayet “*hükmün tebliğe çıkarılması*” ile “*ilâmın verilmesi*” ifadeleri aynı anlama gelmiş olsalardı, kanun koyucu, hemen aşağıda izah edilecek olan ve 12.01.2011 tarihinde kabul edilen Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 302 inci maddesinde, “*hükmün tebliğe çıkarılmasına*” ifadesinin yanı sıra “*Taraflar, harcının ödenmiş olup olmamasına bakılmaksızın ilâmı her zaman alabilirler*” şeklindeki fıkra yer vermezdi.

Yukarıda Harçlar Kanunu’nda sözü edilen değişiklikten sonra, kanun koyucu, 01/10/2011 tarihinde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nu yürürlükten kaldırmak üzere, 12/01/2011 tarihinde Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nu kabul etmiştir<sup>48</sup>. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 302 inci maddesi “(1) *Taraflar, harcının ödenmiş olup olmamasına bakılmaksızın ilâmı her zaman alabilirler. (2) Bâkiye karar ve ilâm harcının ödenmemiş olması, hükmün tebliğe çıkarılmasına, takibe konmasına ve kanun yollarına başvurulmasına engel teşkil etmez. (3) 2/7/1964 tarihli ve 492 sayılı Harçlar Kanunu dâhil, diğer kanunların bu maddeye aykırı hükümleri uygulanmaz...*” şeklindedir. Bu yeni düzenleme Harçlar Kanunu m. 28/a’da işaret ettiğimiz

<sup>47</sup> İlâmın verilmesi, davanın son aşamasını oluştururken, ilâmın icraya konulması, ilâmlı icra takibinin ilk aşamasını oluşturur.

<sup>48</sup> 6100 sayılı Kanun (RG, 04.02.2011, S. 27836).

belirsizlikleri kaldırmış ve kişinin hakkına sorunsuzca ulaşmasını sağlamış ve böylece Harçlar Kanunu m. 28/a'nın üzerindeki tartışmalar son bulmuştur.

Verilen ilâmın icraya konulması bakımından kesinleşmesinin şart olması halinde, bu kesinleşmenin sağlanması için, kararın taraflara tebliğ edilmesi gerekir. Fakat mahkeme, kararı, davayı kazanan tarafa verir, harç ödenmediğinden bahisle, Harçlar Kanunu m.32'ye göre müteakip bir işlem olan tebligatı taraflara yapmazsa, doğal olarak bu karar kesinleşmeyecektir. Bu da, icraya konulması için kesinleşmesi gereken ilâmlar bakımından sıkıntı doğuracak ve m. 28/a'nın iptal edilmesinin haklı taraf açısından bir anlamı kalmayacaktır. Kanun koyucu, böyle bir sıkıntıya mahal vermemek için, Harçlar Kanunu m. 28/a'da yaptığı 23/7/2010 tarihli değişiklikle, tebligatı m. 32, c.1 anlamında müteakip işlem olmaktan çıkarmış ve karar ve ilâm harcı ödenmemiş olsa bile, tebligatın yapılabileceğini hükme bağlamıştır.

#### **b- Harçlar Kanunu m. 32, c.1'e İlişkin Kararın Değerlendirilmesi**

Yukarıda da belirtildiği üzere, Anayasa Mahkemesi 2009/27 sayılı kararı ile 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun 28. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendini yani "*Karar ve İlâm Harcı ödenmedikçe ilgiliye ilâm verilmez*" hükmünü iptal etmiş, ancak 32. maddesinin "*Yargı işlemlerinden alınacak harçlar ödenmedikçe müteakip işlemler yapılmaz*" hükmüne ilişkin itirazı (iptal istemini) reddetmiştir. Belirtmek gerekir ki, özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklarda, kişinin hakkını elde etmesi için, başvurulabileceği üç yol mevcuttur. Bunları dava, tahkim ve cebrî takibi şeklinde sıralamak mümkündür. Anayasa Mahkemesi'nin ret kararını değerlendirmek için, öncelikle sözkonusu maddedeki "*müteakip işlemler*" kavramının anlam ve kapsamını, başvurulabilecek bu yollar bağlamında bazı sorularla açıklığa kavuşturmak gerekmektedir:

1-Acaba, bir dava sonucunda alınan ilâmın icraya konulma prosedürü, yani ilâmlı icra, bir dava için "*müteakip işlem*" olarak kabul edilebilir mi? Harçlar Kanunu m. 28/a'nın 1. cümlesinin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmeden önce doktrinde savunulan bir görüşe göre, karar ve ilâm harcı ödenmeden taraflara ilâm verilmesi, bu ilâmı, HUMK m. 392 anlamında bir ilâm olmaktan çıkarmaz. Ancak karar ve ilâm harcı ödenmemişse, bundan sonraki müteakip işlemler yapılamaz. Buradaki müteakip işlemler kavramı geniş yorumlanmalı, ilâmın icraya konulması da, dava prosedürü

için müteakip işlemlerden sayılmalıdır. Gerçi, karar ve ilâm harcı ödenmeden alınan bir ilâm icraya konulabilir, fakat karar ve ilâm harcının alınmadığını tespit eden icra müdürü, bu harç ödenmedikçe, müteakip işlem olan icra emrini düzenleyemez ve borçluya tebliğe gönderemez<sup>49</sup>. Kişi bir hakkın kendisine sağlanmasını istiyorsa, resmi mercilerin yapacağı masraflara kanunların öngördüğü çerçevede katlanmak zorundadır. Bu masraflar ödenmediği takdirde, bir sonraki işlemin yapılması ücretsiz bile olsa, mahkeme veya icra makamlarından, o işlemin yerine getirilmesi istenemez. Kanaatimizce, m. 32, c.1 anlamında müteakip işlemlerden maksat, bir prosedürün başlamasından sonuçlanmasına kadar birbirini izleyen, prosedürün ilerlemesini sağlayan, mahkeme veya cebrî icra makamı tarafından re'sen veya tarafların talebi üzerine yapılan işlemlerdir<sup>50</sup>. Bu işlemlere, kanun yollarına başvurmak için talepte bulunmak örnek olarak verilebilir. Kanunda sözü edilen müteakip işlemin, harca tâbi bir işlem olup olmamasının bir önemi yoktur. Harçlar Kanunu'nun değişik 28/a maddesinde “*Bakiye karar ve ilam harcının ödenmemiş olması, hükmün ..., takibe konulmasına ...engel teşkil etmez*” şeklinde bir ifadeye yer vermiş olması, hükmün takibe konulma işleminin, dava prosedürü için müteakip bir işlem olduğunu göstermez. Zira ilâmın icraya konulması, dava prosedürünü düzenleyen Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda değil, ayrı bir kanun olan İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenmiştir. Burada sözkonusu ifadeye yer verilme amacı, Harçlar Kanunu m. 28/a'nın değişiklikten önce uygulamada sebebiyet verdiği sıkıntıların tekrarı önlemeye yönelik olmasından ibarettir.

Müteakip işlemlerin yukarıda belirtilen prosedürlerden birisinin içinde gerçekleşmesi halinde, bu işlemlerin Harçlar Kanunu m. 32 anlamında bir müteakip işlem olduğu konusunda şüphe yoktur. Şayet, m. 32, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiş olsaydı, dava açıldıktan sonra, tarafların celse harcı, temyiz harçları, keşif sırasında taşınmazın değerinin fazla olduğunun anlaşılması nedeniyle ortaya çıkan ek harç gibi harçları ödeme mecburiyeti ortadan kalkmış olacak ve başvuru yolun gerektirdiği diğer işlemlerin yapılması istenebilecekti. Aynı şekilde, icra takibi başlatmak, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'ndaki yargılamadan ayrı ve bağımsız bir prosedür olduğundan, icra takibi için gerekli olan harçlar ödenmedikçe, ne

---

<sup>49</sup> *Kuru*, Usul III, s. 3158.

<sup>50</sup> *Rüzgaresen*, Yargılama Giderleri, s. 69.



borçlu tarafa ödeme emri gönderilmesi gibi tebligat gerektiren işlemler<sup>51</sup>, ne de haciz gibi müteakip işlemler yapılabilecektir. Yani, böyle durumlarda İcra ve İflas Kanunu m. 32' nin “*Para borcuna veya teminat verilmesine dair olan ilâm icra dairesine verince icra memuru borçluya bir icra emri tebliğ eder*” şeklindeki birinci cümlesi işlerlik kazanamayacaktır. Her ne kadar, “kanun yollarına başvurmak” ve “*kararın ilgiliye tebliğ edilmesini sağlamak*” birer müteakip işlem ise de, m. 28/a'da yapılan 23/7/2010 tarihli değişiklikle, harç ödenmemiş olsa bile, bu işlemlerin yapılabileceği hükme bağlanmıştır. Bu yeni düzenleme, lehine hüküm verilen taraf bakımından isabetlidir. Ancak kanun koyucu bu istisnaları koyarken, davayı kazanan ve kaybeden bakımından bir ayırım yapmamıştır. Halbuki, davayı kaybeden tarafın, dava sonucunda harç ve giderleri ödeme yükümlülüğü vardır. Bu yükümlülüğe rağmen, karar ve ilâm harcını ödemediği halde, müteakip işlemlerin yapılmasını istemesi, hukuka aykırılık teşkil etmektedir.

Burada tartışılması gereken asıl husus, farklı prosedürlerin içinde yapılan işlemlerin birbiri için müteakip işlem anlamına gelip gelmeyeceğidir. Örneğin, yukarıdaki görüşte savunulduğu üzere, ilâmın icraya konulmasının, o ilâmın verildiği dava bakımından müteakip bir işlem olup olmayacağıdır. Kanaatimizce, Harçlar Kanunu m. 32'nin “*Yargı işlemlerinden alınacak harçlar ödenmedikçe, müteakip işlemler yapılamaz*” şeklindeki birinci cümlesinden, sadece hakkı elde etmek için başvuru yollarından birisinin başlatılması ile sona ermesi arasındaki zaman aralığında yapılan işlemlerin tümünün anlaşılması gerekir. Bir ilâmın icraya konulması, bu anlamda, daha önceki yargılama aşamasının devamı niteliğinde bir işlem olarak değerlendirilmemeli, ayrı özelliklere sahip olan cebrî icra prosedürünün başlatılması olarak kabul edilmelidir. Dolayısıyla, ilâmın icraya konulması, ayrı bir prosedür olan davadan tamamen bağımsız olduğundan; yani usul hukuku anlamında yargılamanın bir parçası olmadığından, dava prosedürüne ilişkin harçların ödenmemiş olması, ilâmın icraya konulmasının önünde bir engel teşkil etmeyecektir. Zaten, bizim hukuk sistemimizde, bir ilâmın icrası, hükmün

---

<sup>51</sup> Burada örnek olarak verilen tebligat işlemleri, Harçlar Kanunu m. 28/a ve HMK m. 302,II'de sözü edilen “hükmün tebliğe çıkarılması” ifadesindeki “tebliğ” kavramından farklıdır. Burada örnek olarak verilen “tebliğ işlemleri” ödeme emri, icra emri gibi işlemlere ilişkin tebliğlerdir. Bu türdeki tebliğ işlemlerinin yapılabilmesi için gerekli olan harçların ödenmesi gerekir.

verilmesinden bağımsız bir prosedür olması nedeniyle, ayrı bir kanun olan İcra ve İflas Kanunu ile düzenlenmiştir<sup>52</sup>.

2-Harçlar Kanunu m. 32'nin birinci cümlesinde kastedilen harçlar nelerdir, yapılmak istenen belirli bir işlemin gerektirdiği harç mı, yoksa karar ve ilâm harcının bâkiyesine ilişkin harç mı kastedilmektedir? Bu soruya, aynı maddenin ikinci cümlesi ve m. 28/a ile cevap verilebilir. Harçlar Kanunu m. 32'nin ikinci cümlesi "*Ancak ilgisi tarafından ödenmeyen harçları diğer taraf öderse, işleme devam olunmakla beraber, bu para muhakeme neticesinde ayrıca bir isteğe hacet kalmaksızın hükümde nazara alınır*" şeklindedir. Bu cümleden, müteakip işlemlerin, prosedürün başlatılması ile sona ermesi arasındaki zaman aralığında yapılan ve harç alınmasını gerektiren birer işlem olduğu anlaşılmaktadır. Yani, Harçlar Kanunu m.32 de kastedilen harç, sadece nispi karar ve ilâm harcının bâkiyesine ilişkin harç değildir. Ayrıca, Harçlar Kanunu m. 28/a'ya göre, karar ve ilâm harcının bâkiyesi, yani  $\frac{3}{4}$ 'ü, kararın verilmesinden itibaren iki ay içinde ödenir (HK m. 28/a). Bu hükümden de anlaşılacağı üzere, bâkiye harçlar birçok müteakip işlemi içinde barındıran prosedürün kendisi sona erdikten sonra ödenmektedirler. Zaten, m. 28/a'da, 23/7/2010 tarihinde bâkiye karar ve ilâm harcının ödenmemesi ile ilgili olarak "*bâkiye karar ve ilâm harcının ödenmemiş olması, hükmün tebliğe çıkarılmasına, takibe konulmasına ve kanun yollarına başvurulmasına engel teşkil etmez*" şeklinde özel bir düzenleme yapılmıştır. Ancak, belirtmek gerekir ki, kanun koyucu, buradaki tebligat işlemini, sadece hükmün tebliği ile sınırlı tutmuş, diğer tebligat işlemlerini, genel kurala uygun olarak müteakip işlem kategorisinde kabul etmiştir.

3 - Harçlar Kanunu m. 32'de sözü edilen "*muhakeme*" kavramına, cebrî icra prosedürü de dâhil midir? Harçlar Kanunu m. 32'de "*muhakeme*" kavramından bahsedilmektedir. Buradaki "*muhakeme*" ifadesinin, yargısal bir işlem içermemesi nedeniyle, cebrî icra prosedürünü ve bu prosedürde alınan harçları kapsamadığı düşünülebilir. Her ne kadar, kanunda açıkça cebrî icra prosedüründen bahsedilmeyip, sadece muhakemeden bahsedilmekte ve cebrî icra prosedürünün tamamı bir muhakemeyi gerektirmiyorsa da, harçların alındığı mantık gereği, burada geçen "*muhakeme*" kavramı geniş anlamda yorumlanmalı, cebrî icra prosedürü de "*muhakeme*" kavramının bir parçası

<sup>52</sup> Türk hukukundaki bu düzenlemeye karşılık olarak, Alman hukukunda, ilâmların icrası, Medeni Usul Kanunu'nun içinde düzenlenmiştir. Bkz. ZPO § 704 ff.

olarak kabul edilmeli; bu duruma bağlı olarak da, m. 32'de sözü edilen harçların, cebrî icra harçlarını kapsadığı kabul edilmelidir<sup>53</sup>. Aksi halde cebrî icra prosedüründe takibin ilerlemesini sağlayan müteakip işlemler için, harç alınması imkânsız hale gelirdi. Nitekim, Yargıtay da bir kararında "...Çünkü Harçlar Kanunu'nun 32. maddesi; yargı işlemlerinden alınacak harçlar ödenmedikçe müteakip işlemlerin yapılmayacağını öngörmüş, ancak ilgilisi tarafından ödenmeyen harçları diğer tarafın ödemesi halinde işleme devam olunacağı hükmünü getirmiştir. İcra harçları da yargı harçları içinde kabul edildiğine göre anılan şekilde işlem yapmaktan başka yol yoktur..."<sup>54</sup> şeklinde bir hükme vararak, yargı harçları kavramına icra harçlarının da dâhil olduğunu kabul etmiştir.

4-Harçlar Kanunu m. 32'nin birinci cümlesi "*Yargı işlemlerinden alınacak harçlar ödenmedikçe müteakip işlemler yapılmaz*" şeklindedir. Görüldüğü üzere, bu cümlede geçen "*müteakip işlemler*"in birer yargı işlemi olmasından söz edilmektedir. Acaba buradaki "*yargı işlemi*" ifadesinin anlam ve kapsamı nedir? Kural olarak yargılama veya yargılamaya ilişkin bir işlem yapma yetkisi mahkeme sıfatını haiz olan kurumlara aittir (Any. m. 9). Mahkemelerin yargısal faaliyetleri sırasında yaptıkları işlemlere "*yargısal işlem*" denir<sup>55</sup>. Buna karşılık, cebrî icra hukukunda, ticaret mahkemesi ve icra mahkemesi dışında kalan ve mahkeme sıfatını haiz olmayan icra makamlarının işlemleri bir yargı işlemi değildir. Örneğin, icra dairesini bir yargılama mer-

53 Bir ilâm icraya konulması için icra dairesine verildiğinde, icra dairesi sözkonusu belgenin ilâm olup olmadığını araştırmak zorundadır. Buna karşılık, icra dairesinin ilâma ilişkin harçların yatırılıp yatırılmadığını inceleme yükümlülüğü yoktur. Eline ilâm verilen bir alacaklı, sadece ilâmı icraya koymak için gerekli olan harçları ödemekle sorumlu olacaktır.

54 HGK, 9.6.2004, E. 12-336, K. 338, www.kazanci.com, E.T. 17.09.2010). Yargıtay benzer bir kararında "Harçlar Kanunu'nun 28/a maddesine göre "karar ve ilâm harcı ödenmedikçe ilgiliye ilâm verilmez" aynı kanunun 32. maddesinde ise "yargı işlemlerinden alınacak harçlar ödenmedikçe müteakip işlemlerin yapılamayacağı" öngörülmüştür. Harçlar Kanunu'nun bu hükümleri doğrudan doğruya kamu düzenini ilgilendirdiklerinden re'sen dikkate alınmaları zorunludur. Bu durumda, Harçlar Kanunu'nun 32. maddesi hükmünce ve icra işlemlerinin devamının mümkün olmadığı göz önünde tutularak icra müdürü tarafından harcın ödenmesi için takip alacaklısına mehil verilerek, sonucuna göre işlem yapılması gerekir" şeklinde bir sonuca varmıştır (12.HD, 11.7.2006, E. 12432, K.15263, www.kazanci.com, E.T. 17.09.2010).

55 Pekcanitez, H.: İcra-İflâs Hukukunda Şikayet, Ankara 1986, s. 17.

ci olarak nitelemeye imkân yoktur<sup>56</sup>. Ancak, m. 32, c.1’de sözü edilen “yargı işlemi” ifadesini geniş yorumlamak gerekir. Kanaatimizce buradaki “yargı işlemi”nden maksat, sadece mahkemelerin yaptıkları işlemler değildir. Buradaki “yargı işlemi” kavram olarak “kişinin hakkına ulaşmasını sağlayan, yargı ve cebrî icra makamları tarafından yapılan her türlü işlem” şeklinde anlaşılmalıdır<sup>57</sup>. Zira, “yargı işlemi” sadece, mahkeme işlemleriyle sınırlı tutulursa, icra makamlarının harç gerektiren işlemleri yapılmadığı takdirde, müteakip işlemlerin yapılabileceği anlamına gelecektir ki, bu da yargılama harçlarının alınmasının temel mantığıyla bağdaşmaz. Yargı işlemlerinden farklı olarak, icra işlemleri için ayrı bir kanuni düzenleme öngörülmediğinden, m. 32, c.1’in hem mahkemelerin, hem de mahkeme sıfatını haiz olmayan icra makamlarının yaptığı işlemler için düzenlendiğini kabul etmek gerekir. Zaten, m.28/a ve m. 32 birlikte değerlendirildiğinde, ilâmın takibe konulmasının bir yargısal işlem olarak kabul edildiği görülecektir.

<sup>56</sup> Pekcanitez, Şikâyet, s. 18.

<sup>57</sup> İcra ve iflâs dairelerinin işlemlerinin niteliği konusunda doktrinde görüş birliği mevcut olmayıp, çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bu konudaki birinci görüşe göre, icra müdürü adli bir memur olup yaptıkları işlemler Avukatlık Kanunu m. 35,I anlamında birer “adli işlem”dir<sup>57</sup>. İkinci görüşe göre ise, icra ve iflâs dairelerinin işlemleri, birer yargısal işlemdir (Reichel, A.: Das Betreibungsamt im Schweizerischen Recht, nF, ZSR, s. 601 vd.); üçüncü görüşe göre ise, bu işlemler kendisine özgü niteliği olan işlemlerdir (Deggeler, O.: Die Beschwerde in Schuldbetreibungs und Konkursachen an das schweizerische Bundesgerichts (Diss.), Zürich 1923, s. 22). Dördüncü görüşe göre, bu işlemler, adli-idarî işlemlerdir (Postacıoğlu, İ. E.: İcra Hukuku Esasları, İstanbul 1982, s. 32; Berkin, N.: Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi, İstanbul 1980, s. 35). Beşinci görüşe göre, icra ve iflâs dairelerinin işlemleri, kamusal nitelikte olan işlemlerdir (Arslan, Ramazan: İcra-İflâs Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi, Ankara 1984, s. 65, 191). Bizim de katıldığımız altıncı görüşe göre ise, bu işlemler idari nitelikte olan işlemlerdir (Sorg, H.: Das Beschwerdeverfahren in Schuldbetreibung-und Konkursachen im Kanton Zürich (Diss.), Winterthur 1954, s. 2; Pekcanitez, Şikâyet, s. 19-20; Umar, B.: İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi, İzmir 1973, s. 42 ). İcra ve iflâs dairelerinin işlemlerinin hukukî niteliği hakkında geniş bilgi için bkz. Pekcanitez, Şikâyet, s. 9 vd. Kanaatimizce bu dairelerin yaptıkları işlemleri, idari birer işlem olarak nitelemek daha doğru olur. İdari yargılamada açılan bir iptal davası idare aleyhine sonuçlandığında, mahkemece verilen kararın icrasını yine idarenin kendisi yapar. Bunun için bir icra makamına başvurmaya gerek yoktur. Ancak, özel hukuka ilişkin ilâmların icrasını özel olarak kurulmuş, adı icra dairesi olan idari makamlar yapar. Bu organlar, kendisine sunulan ilâmı yürütme adına ayrı bir prosedür dâhilinde icra ederler. Her ne kadar, bunların işlemleri bir yargısal faaliyet olmasa da, kişiler bu işlemler sonucunda bir hak elde ettiklerinden, yani kendilerine bir hizmet sunulduğundan, harç yatırmaları gerekir. Dolayısıyla, burada Harçlar Kanunu m. 32’nin uygulanması ilâmların icrasına ilişkin prosedürde de uygulama alanı bulmaktadır.

## SONUÇ

Anayasa Mahkemesi'nin Harçlar Kanunu m. 28/a konusunda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararının paralelinde verdiği iptal kararı ve arkasından kanun koyucunun 23/07/2010 tarihinde Harçlar Kanununda, 12/01/2011 tarihinde<sup>58</sup> Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yaptığı yeni düzenlemeler isabetli olmuştur. Zira, bu hüküm, kişilerin hak arama hürriyetlerini sınırlamaktaydı. Anayasa'nın 36. maddesinde ifade edilen hak arama özgürlüğü ve âdil yargılanma hakkı, sadece yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunmada bulunma hakkını değil, yargılama sonunda hakkı olanı elde etmeyi de kapsamaktadır. Dava açarken peşin harcı ödeyen, ancak nisbî harca tabi davalarda işin niteliği gereği dava sonuna bırakılan bâkiye harçtan yasal olarak sorumlu olmadığı mahkeme kararıyla belirlenen davacıya, sorumlusu olmadığı bir harcın tahsili koşuluyla ilâmın verilmesi; bireylerin hak arama özgürlüğüyle bağdaşmaz.

Harçlar Kanunu'nun 32 inci maddesinin 1 inci cümlesine gelince, yukarıda da izah edildiği üzere<sup>59</sup>, bu hüküm kesinleşmeden icraya konulması mümkün olmayan ilâmlar hariç olmak üzere, ilâmların icraya konulmasına bir engel teşkil etmemektedir. Bu hükmün, ilâmın icraya konulmasına karşı getirilmiş bir engel veya yaptırım olarak görülmesi halinde, bu hükmün asıl amacı, "*harcın tahsil edilmesi*" gibi basit bir amaçla sınırlanmış olur. Zira, ilâmı icraya koymadan bir şekilde haklarına kavuşan kişiler için, bu yaptırım etkisiz hale dönüşecektir ki, bu da eşitlik prensibine aykırılık oluşturacaktır<sup>60</sup>. Şayet, Harçlar Kanunu m. 32'nin 1 inci cümlesi yerel mahkemelerin talebi üzerine Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiş olsaydı, kişiler gerekli harçları ödemediği müteakip işlemlerin yapılmasını isteyebileceklerdi. Ancak bu işlemlerden maktu harç gerektirenler hariç tutulabilir. Zira, Harçlar Kanunu m. 27'ye göre, (1) sayılı tarifede yazılı maktu harçların ilgili bulunduğu işlemin yapılmasından önce peşin olarak ödenmeleri gerekir. Buna karşılık, mahiyetleri icabı işin sonunda hesap edilip alınması gereken harçlar, harç alacağına doğması tarihinden itibaren 15 gün içinde ödenirler. Harç peşin veya süresinde ödenmemiş ise, müteakip muamelelere, ancak

<sup>58</sup> 6100 sayılı Kanun (RG, 04.02.2011, S. 27836).

<sup>59</sup> Bkz. C. IV,1,2.

<sup>60</sup> Haklı bir sebep olmaksızın, bazı kişi veya kişilere ayrıcalık tanınması eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur (*Özekes*, İlkeler, s. 190).

harç ödedikten sonra devam olunur. Bu kanuni düzenlemeye göre, maktu nitelikteki başvuru harcı peşin olarak ödenmezse, dava açılmayacak, icra takibi yapılamayacak ve bu prosedürlerin gerektirdiği diğer işlemler yerine getirilemeyecektir<sup>61</sup>.

---

<sup>61</sup> Harçlar Kanunu m. 27,III, iptali istenen m. 32'nin birinci cümlesine benzer bir düzenleme içermesine rağmen, yerel mahkemelerce, iptal istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne götürülmemiş olması dikkate değer bir durumdur.

**KISALTMALAR**

AHİM	:Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	:Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Any.	:Anayasa
AYM	:Anayasa Mahkemesi
AYMK	:Anayasa Mahkemesi Kararı
c.	:cümle
Diss.	:Dissertation
E.T.	:Erişim Tarihi
ff.	:fortfolgende
HD	:Hukuk Dairesi
HGK	:Hukuk Genel Kurulu
HK	:Harçlar Kanunu
HUMK	:Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İzBD	:İzmir Barosu Dergisi
m.	:madde
MİHDER	:Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi
nF	:neue Folge
TBBD	:Türkiye Barolar Birliği Dergisi
ZPO	:Zivilprozessordnung
ZSR	:Zeitschrift für schweizerisches Recht

**KAYNAKÇA**

*Arslan, Ramazan: İcra-İflâs Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi, Ankara 1984.*

*Berkin, N.: Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi, İstanbul 1980.*

*Cengiz, S.: AİHM Kararlarının İç Hukuka Etkisi, TBBD 2008, S. 79, s. 334 vd.*

*Deggeler, O.: Die Beschwerde in Schuldbetreibungs und Konkursachen an das schweizerische Bundesgerichts (Diss.), Zürich 1923. Dinlenilme).*

*Kuru, B./Arslan, R./Yılmaz, E: Medenî Usul Hukuku, Ankara 2010.*

*Kuru, B.: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.III, İstanbul 2001 (Anılış: Kuru, Usul III).*

*Kuru, B.: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.V, İstanbul 2001 (Anılış: Kuru, Usul V).*

*Memiş, E.: İnsan Hakları Avrupa Standardı ve İç Hukuk Etkileşimi Analizleri, anayasa.gov.tr, E.T., 24.06.2011).*

*Muşul, T.: Medenî Usul Hukuku, Ankara 2009.*

*Öden, M: Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Ankara 2003.*

*Özekes, M.: İcra Hukukunda Temel Hak ve İlkeler, Ankara 2009 (Anılış: Özekes, İlkeler).*

*Özekes, M.: Medenî Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003 (Anılış: Özekes, Hukuki Dinlenilme).*

*Özok, Ö.: “Adalete Erişimin” İnce Yolu “Âdil Yargılanma Hakkı”, TBBD 2009, S.81, s. 23 vd.*

*Pekcanitez, H.: İcra-İflâs Hukukunda Şikayet, Ankara 1986 (Anılış: Pekcanitez, Şikayet).*

*Pekcanitez, H.: Medeni Yargıda Adil Yargılama, İzBD 1997, S. 2, s. 35 vd. (Anılış: Pekcanitez, Adil Yargılanma).*

*Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, M.: Medenî Usul Hukuku, Ankara*



2010 (Anılış: Pekcanitez/Atalay/Özekes, Usul 1).

*Pekcanitez*, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, M.: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre, Medenî Usul Hukuku, Ankara 2011 (Anılış: Pekcanitez/Atalay/Özekes, Usul 2).

*Postacıoğlu*, İ. E.: İcra Hukuku Esasları, İstanbul 1982.

*Reichel*, A.: Das Betreibungsamt im Schweizerischen Recht, nF, ZSR, s. 601 vd.

*Rüzgaresen*, C.: Medenî Usul Hukukunda Yargılama Harç ve Giderleri (yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2001 (Anılış: Rüzgaresen, Yargılama Giderleri).

*Rüzgaresen*, C.: Medenî Yargılama Hizmetlerinin Bedelsiz Olmaması ve Nedenleri, e-Akademi.org 2010, S. 100 (Anılış: Rüzgaresen, Yargılama Hizmetleri).

*Sorg*, H.: Das Beschwerdeverfahren in Schulbetriebs- und Konkursachen im Kanton Zürich (Diss.), Winterthur 1954.

Tanrıver, S.: Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı, Makalelerim II, Ankara 2005, s. 211 vd.

*Umar*, B.: İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi, İzmir 1973.

*Üstündağ*, S.: Medenî Yargılama Hukuku, C.I-II, İstanbul 1997.



# ALACAKLI VEYA ORTAKLARIN ANONİM ŞİRKET YÖNETİM KURULU ÜYELERİNE KARŞI DOĞRUDAN ZARARLAR NEDENİYLE AÇILABİLECEKLERİ DAVALARDA ZAMANAŞIMI

*Yrd. Doç. Dr. Zekeriyya ARI \**

## I. GİRİŞ

Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu düzenleyen TTK m. 336 hükmüne göre, yönetim kurulu üyeleri şirket namına yapmış olduğu sözleşme ve işlemlerden dolayı şahsen sorumlu olmazlar. Sorumluluk tüzel kişinin kendine aittir. Ancak Kanunda (TTK m. 336) belirtilen hallerde ve özellikle TTK m. 336/I/5'de belirtilen gerek kanunun gerek esas sözleşmenin kendilerine yüklediği sair vazifelerin kasten veya ihmâl neticesi yapılmaması halinde yönetim kurulu üyeleri şirkete, pay sahiplerine ve şirket alacaklılarına karşı müteselsilen sorumlu olurlar. Aynı şekilde KoopK m. 62/III'e göre, yönetim kurulu üyeleri ve kooperatif memurları kendi kusurları ile ileri gelen zararlardan dolayı sorumludurlar. Konu üçlü bir tasnif yapılarak ele alınabilir.

İlk olarak, anonim şirket, doğrudan ya da dolaylı olarak uğramış oldukları zararların tazmini amacıyla yönetim kurulu üyelerine karşı sorumluluk davası açabilir. Bu dava TTK m. 341'de düzenlenmiştir.

İkinci olarak, pay sahipleri veya şirket alacaklıları dolayısıyla uğradıkları zararların<sup>1</sup> tazmini amacıyla yönetim kurulu üyelerine karşı sorumluluk davası açabilirler. Ancak bu davada hükmolunacak tazminatın şirkete verilmesi

---

\* Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

<sup>1</sup> Dolayısıyla uğranılan zarar, şirketin malvarlığının azalması sonucu şirketin doğrudan gördüğü zarardır. Şirketin zarar görmesi pay sahiplerinin paylarının değerini, kar paylarını vs etkileyeceği gibi alacaklıların alacaklarını elde edememesine de yol açabilir. Bu nedenle şirketin uğradığı doğrudan zarar pay sahipleri ile şirket alacaklılarının dolaylı zararını oluşturur.

gerekir (TTK m. 309)<sup>2</sup>. Burada pay sahipleri ile şirket alacaklılarının dava hakkı şirketin dava hakkına sahip olmasından kaynaklanmaktadır<sup>3</sup>. Yönetim kurulu üyelerine karşı özellikle ortaklar tarafından açılan davaların büyük kısmının dolaylı zararlara dayandığı söylenebilir.

Üçüncü olarak pay sahipleri veya şirket alacaklıları doğrudan uğradıkları zararlar bakımından yönetim kurulu üyelerine karşı sorumluluk davası açabilirler. Bu davalarda hükmolunacak tazminatın pay sahiplerine veya şirket alacaklılarına verilmesi gerekir (TTK m. 309/I).

Zamanaşımı, hak sahiplerinin haklarını zamanında aramalarını sağlama, borçlulara üzerinden kanunda belirlenen süreler geçtiği halde kendilerinden talep edilmeyen borçlarını ödemekten kaçınma imkanı verme, toplumsal uyumsuzlukları belirli bir süre içinde sona erdirmeye, delilerin yok olması veya tanıkların somut olayı unutmamasını önleme ya da mahkemeleri çok eski uyumsuzluklar ile uğraştırmama gibi amaçlar için öngörülmuş sürelerdir<sup>4</sup>.

Yönetim kurulu üyelerine karşı açılacak sorumluluk davalarında zamanaşımı çeşitli açılardan tartışmalara konu olmuştur.

Bu konudaki temel görüş ayrılığı TTK m. 309'da yer alan zamanaşımı sürelerinin şirket tarafından açılacak olan davalara uygulanıp uygulanmayacağı ile ilgilidir. Hâkim görüş<sup>5</sup> ve Yargıtay<sup>6</sup>, TTK m. 309'un şirket tarafın-

---

2 “TTK'nun 556. maddesinin yaptığı atıf ile limited şirketler hakkında da uygulanması mümkün olan 336. maddesi uyarınca, yöneticilerin eylemleri doğrudan zarara yol açmışsa, yani bu eylemler sonunda yöneticiler, ortakların veya alacaklıların mal varlığında doğrudan azalmaya yol açmışsa, bu zararı veren yöneticilere karşı, zarar gören adına tazmin istemiyle dava açılması mümkündür. Ancak zarar doğrudan değil, dolayısı ile, yani ortak veya alacaklının değil, onların çıkarlarının bağlı olduğu şirket varlığında azalma şeklinde oluşmuşsa, TTK'nun 340. maddesi yollamasıyla, aynı yasanın 309. maddesi uyarınca, yönetim kurulu üyelerine karşı açılacak davada, hükmolunacak tazminatın şirkete verilmek üzere istenmesi ve hükmedilmesi gerekmektedir” (11 HD. E 2008 / 8811, K. 2010 / 89, T. 11.01. 2010; hukuktur).

3 **Tekil** 223.

4 **Türk** 38; **Yıldız** 335.

5 **Çamoğlu**, Sorumluluk 134; **Çamoğlu** (Poroy/Tekinalp) p. 610, 611; **Pulaşlı** 338; **Helvacı**, Sorumluluk 109.

6 “Türk Ticaret Kanunu'nun meriyet ve tatbik şekil hakkındaki kanunun 41. maddesiyle Borçlar Kanunu'nun 126. maddesine eklenen 4. numaralı bentle aynı konuda 5 yıllık zamanaşımı süresi getirilmiş ise de, TTK'nun Borçlar Kanunu'na göre özel kanun niteliğinde bulunması nedeniyle davada TTK'nun 309. maddesinin son fıkrasında yer alan zama-

dan açılacak davalara da uygulanacağını kabul ederken, azınlıkta kalan görüş, TTK m. 309'un şirket ortakları ve alacaklıları ile ilgili olduğu yönündedir. Azınlıkta kalan görüşe ise<sup>7</sup>, zamanaşımını düzenleyen TTK m. 309'da atıf yapan TTK m. 340'ın şirket tarafından açılacak davalara yer vermediğini bu nedenle TTK m. 309'a yer alan zamanaşımı sürelerinin uygulanamayacağını, şirket bakımından BK m. 126/I/4 hükmünün uygulanması gerektiğini savunmaktadır.

Şirket alacaklılarının veya ortaklarının uğradıkları doğrudan/kişisel zararları ile ilgili zamanaşımı konusunun yapılan bu tartışmalar kapsamında ele alınması gerekmektedir. Zira şirket alacaklılarının veya ortaklarının doğrudan zararları bakımından şirketin dava açma hakkında olduğu gibi açık bir düzenleme bulunmamaktadır.

İşte bu çalışmada anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin kusurlu davranışları ile üçüncü kişilere/alacaklılara veya ortaklara verdikleri doğrudan zararlar bakımından uygulanacak zamanaşımı süreleri belirlenecektir.

Ancak burada belirtmek gerekir ki, anonim şirketler ile ilgili olan bu çalışma hem anonim ve limited şirketlerin (TTK m. 556)<sup>8</sup> yönetim ve denetim organları hem de komandit şirketler (TTK m. 476, 481) ve kooperatif (1163 sayılı Kooperatifler Kanunu m. 98 atfı ile) kooperatif yönetim kurul ve denetim organları için geçerli olacaktır<sup>9</sup>.

---

naşımı hükmünün uygulanması gerekir" (11 HD E. 1974/5185, K. 1975/3636, T. 02. 06. 1975; hukukturk).

7 **Türk 5 vd.; Tekil 296, 297; Ansay 142.**

8 "Türk Ticaret Kanununun 556. maddesine göre, limited şirket idarecilerinin mesuliyeti anonim şirketlerin bu hususlara ilişkin hükümlerine tabidir. Limited ortaklığın yönetimine memur edilen kimselerin yani, ister özden yönetimli ister seçimle bu sıfatı almış olsunlar ister ortak ister üçüncü kişi durumunda bulunsunlar yöneticinin sorumluluğuna anonim ortaklıkların yönetim kurulu üyeleri hakkındaki TTK.nun 336. ve 309. madde hükümleri aynen uygulanır. TTK.nun anonim ortaklıklara ilişkin hükümlerine atf, TTK.nun 341. maddesini de kapsar" (11 HD E. 2008 / 8773, K. 2010 / 202, T. 12/01/2010; hukukturk).

9 Kooperatifler Kanunu (KoopK.) m. 55-64 arasında yönetim kurulunu düzenlemiştir. Ancak söz konusu hükümlerde yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna dair bir hüküm öngörülmemiştir. Bu nedenle yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu ile ilgili olarak KoopK. m. 98 gereği anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna dair TTK m. 336 ve ilgili diğer hükümlerin uygulanması gerekir.

## II. DOĞRUDAN ZARAR KAVRAMI

Doğrudan zarar, şirket ortaklarının veya alacaklılarının yönetim kurulu üyelerinin fiilleri sonucu şirket zararından bağımsız olarak uğramış oldukları zarardır. Davacının uğradığı zararın doğrudan ya da dolaylı olduğunun belirlenmesi aynı zamanda bu zarara hangi zamanaşımı sürelerinin de uygulanması gerektiği bakımından önem taşımaktadır. Zira pay sahipleri veya alacaklıların *dolaylı* olarak uğradıkları zarar ile ilgili TTK m. 309'da yer alan zamanaşımı süresinin uygulanmasında bir tereddüt yoktur. Ancak doğrudan zarar söz konusu olduğunda uygulanacak olan zamanaşımı süresinin tespiti özellik arz etmektedir.

Doğrudan zarar, yönetim kurulu üyelerinin kusurlu eylem ve işlemleri sonucu şirket ortaklarının veya *alacaklılarının* zarara uğramasıdır. Söz konusu zarar şirketin uğradığı zarardan bağımsız olduğu için bazı durumlarda şirketin ortak veya alacaklı aleyhine zenginleşmiş olması mümkün olabilmektedir. Zarar yönetim kurulunun şirketi/kooperatifi temsilen yaptığı bir sözleşmeden kaynaklanabileceği gibi doğrudan bir haksız fiilden de kaynaklanmış olabilir. Alacaklıların uğradığı doğrudan zararları da iki gruba ayırmak gerekir.

Bu zararlardan bir kısmında alacaklılar şirketler hukuku bakımından alacaklıların korunması bağlamında ele alınmazlar. Alacaklılar bu ihtimalde alacaklarını genel hükümlere göre ileri sürebilirler. Örneğin bir yapı kooperatifi yönetim kurulunun haricen yaptığı bir satım sözleşmesi ile konut/işyerini üçüncü bir kişiye (A1) sattığını ve bedelini tahsil ettiği varsayımında satılan taşınmazın tapuda bir kaydı olmadığı için yönetim kurulu veya farklı ihtimallere göre arsa malikleri söz konusu konut ya da işyerlerini başka bir kişiye (A2) satıp tapuda devredebilirler. Bu ihtimalde (A1) kendine satılan taşınmazın devredilmemesi nedeniyle zarara uğramış olur ve bu zarar doğrudan bir zarardır. Kooperatif ise zarar etmek bir tarafa zenginleşmiştir. İsviçre Federal Mahkemesi, kira sözleşmesinin feshinden dolayı yönetim kurulu üyesine karşı açılan bir davada benzer bir ayrımı yapmıştır<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> (X), Bagan AG'nin tek yönetim kurulu üyesidir. Bagan AG, sahibi bulunduğu apartmanı 1978-1985 tarihleri arasında Immorest AG'ye kiralamıştır. Daha sonra yönetim kurulu üyesi apartmanı Gottlieb Jäger'e satmış, alıcı ise 1979 Aralık ayında OR m. 259'a dayanarak kira sözleşmesini feshetmiştir. Ancak daha sonra aralarında ikinci bir kira sözleşmesi yapmışlardır. Ancak kiracı Immorest AG'nin kira ve aidat ücretleri yükselmiştir (kira 3900 İsviçre frangından 6000 İsviçre frangına, aidat ise 100 İsviçre frangından 200

İkinci kısım kapsamına giren işlemlerde ise yönetim kurulu üyelerinin şirketler hukukunda alacaklıları koruyan hükümleri ihlal etmesi söz konusudur. Örneğin kamuya açıklık, bilanço ve sermayenin korunması bağlamında öngörülmüş olan hükümlerin ihlal edilmesi bu niteliktedir<sup>11</sup>. Daha açık bir

---

İsviçre frangına yükselmiştir). Kiracı Ocak 1980'de Immorest AG'ye karşı kira sözleşmesinin feshine dayanarak zararın giderilmesini talep etmektedir. İlk derece mahkemesi davacıyı haklı bulmuş ancak Bagan AG Şubat 1981 iflas etmiştir. Immorest AG iflas sürerince, Bagan AG'ye karşı sorumluluk davası açmamıştır. Immorest AG daha sonra Bagan AG'nin tek yönetim kurulu üyesi olan X'e karşı doğrudan zarar nedeniyle dava açmıştır.

Bu olayda Federal Mahkeme şöyle karar vermiştir: "Sözleşmenin ihlalinden dolayı davacının malvarlığının zarara uğradığı açıktır. Bu nedenle şirkete karşı dava açılabilir. Ancak anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna kira sözleşmesi yerine getirilmemiş ve bu durum yönetim kurulu üyeleri açısından kanunun ve esas sözleşmenin ihlali teşkil ediyorsa gidilebilir. OR m. 754/I, yönetim ve denetim organına yüklenen görevlerin ihlal edilmiş olmasını şart koşturmaktadır. Bununla kastedilen kanun ve esas sözleşme ile organlara yüklenmiş olan görevler olup bu durum OR m. 754/II de açık bir şekilde ifade edilmiştir.

İlk derece mahkemesi kira sözleşmesinin ifa edilmemesini aynı zamanda yönetim kurulu üyelerinin kanuna ve esas sözleşmeye aykırılık olarak görmüştür. Federal mahkemeye göre ise bu durum yönetim kurulu üyelerinin şirkete karşı olan özen ödevinin ihlali olarak düşünülse bile burada gerçekte davacıya önce kira sözleşmesinden dolayı davalı şirkete başvurma ve ondan sonra yönetim kurulu üyelerine gitmesini gerektirir. Yönetim kurulu üyelerinin şirkete karşı özen ödevini ihlal etmiş olması otomatik olarak alacaklıya karşı da kusurlu davrandığını göstermez. Bunun söz konusu olabilmesi için davalının şirket yönetim organı olarak kendisine yüklenmiş olan görevlerini/ödevlerini davalıya karşı da ihlal etmesi gerekir. Burada organın zarar verici davranışının anonim şirketler hukukundaki alacaklıların korunmasına ilişkin hükümlerine dayandırılabilmesi gerekir. (Alacaklının kişisel zararından dolayı yönetim kurulu üyesine dava açabilmesi için yönetim kurulu üyelerinin zarar verici davranışının AŞ hukukunun, AŞ alacaklılarını koruyan hükümlerinin ihlali niteliğinde olması gerekir). Sadece şirketi ve pay sahibini koruyan ancak alacaklıları korumayan bir kanun hükmüne aykırı davranış İsviçre OR m. 754 anlamındaki alacaklılara karşı kusurlu bir davranıştan söz edilebilmesi için yeterli değildir. Alacaklıları koruyan hükümlere örnek olarak, kamuya açıklık, bilanço ve sermayenin korunmasına ilişkin hususlar verilebilir. Bu çerçevede bir sorumluluk örneğin alacaklılara şirketin finansal durumu hakkında yanlış bilgiler vermesi veya bilanço hükümlerinin ihlal edilerek şirkete kredi almasına imkan sağlanması halinde dava açılabilir. Davalıya isnad edilen eylem davalının şirketin organı sıfatıyla davacı ile arasındaki kira sözleşmesini ihlal etmesi ve en fazla davalının şirkete karşı olan özen ödevi ihlalidir ki davalı bunu reddetmektedir. Bu sözleşme ihlalinin aynı zamanda alacaklıları koruyan hükümlerinin de ihlali niteliğinde olduğu görülmediği gibi davacı tarafından iddia da edilmemiştir. Bu sebeple dava ilk derece mahkemesinin görüşünün aksine BK m. 754'e dayandırılmaz (Karar için bkz. BGE 110 II 391; Akdağ Güney 111, 112; <http://www.bger.ch/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-leitentscheide1954-direct.htm>).

<sup>11</sup> Karar için bkz. BGE 110 II 391.

ifadeyle; yönetim kurulu üyelerinin alacaklılardan mal kaçırmak amacıyla şirketin içini boşaltacak işlemler yapması, malvarlığını azaltması, şirketin iflasına neden olmak suretiyle şirket alacaklılarını zarara uğratmasını da örnek olarak göstermek mümkündür<sup>12</sup>. Aynı şekilde yönetim kurulu üyelerinin şirketin mali durumu hakkında yanıltıcı bilgi vermesi veya bilançodaki bilgilere güvenilerek anonim şirkete kredi açılması doğrudan zarara örnek teşkil edebilir. Ancak bir kişinin mali durum ile ilgili yanıltıcı bilgiye dayanarak ortak olması halinde zarar gören kişi artık pay sahibidir<sup>13</sup>. Bunun dışında anonim şirketin konu ve amacına aykırı işlem yapmaları ve bu işlemlerin ortaklıkla ilişki kuranlara zarar vermesi halinde yönetim kurulu üyeleri TTK m. 336 uyarınca sorumludurlar<sup>14</sup>. Şirketin mevcudu borçlarını karşılamaya yetmeyecek ölçüde azalmış olmasına rağmen yönetim kurulunun iflasını talep etme yerine alacaklıların bir kısmını ödemedede bulunmasını da örnek olarak vermek mümkündür<sup>15</sup>.

*Pay sahiplerinin* doğrudan zararına ilişkin olarak; bir kişinin bilançonun doğruluğuna inanarak pay sahibi olması veya paylarını elden çıkarması, bir ortağın haksız olarak genel kurula alınmaması<sup>16</sup>, sermaye artırımında pay sahiplerinin yeni pay alma haklarının ihlal edilmesi veya bir ortağın ortaklıktan haksız olarak ıskat edilmesi gibi örneklerin yanı sıra sermaye payına uygun olarak pay sahibine kar payı verilmemesi<sup>17</sup> örnek olarak gösterilebi-

---

12 Davalılardan “C.... Kimya Sanayi ve Tic. AŞ”ye ait, ... plakalı, ...yönetimindeki tanker, 25.8.1999 tarihinde bir araçla çarpışmıştır. Zarar gören taraf dava açmıştır (Ankara Asliye 11. Hukuk Mahkemesi’ne 2000/88). Yapılan yargılamada davalı sürücünün olayda 6/8 oranında kusurlu olduğuna hükmetmiştir. Davacılar aynı zamanda şirkete karşı maddi ve manevi tazminat davası açmışlar davalı şirketi, sigorta şirketini ve şoförü müteselsilen sorumlu tutmuştur. Mahkeme ilamı icraya konulmuş sonuç elde edilememiştir (Ankara 4. İcra Müdürlüğü’nün 2001/5117). Davalı şirketin yönetim kurulu üyeleri hakkında şirketin içini boşaltmak suretiyle alacaklılara zarar verdikleri gerekçesi ile dava açılmıştır (bu davanın tarihi tespit edilememiştir). Karar ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Bozkurt** 179 vd.

13 **Çamoğlu** (Poroy/Tekinalp) p. 609.

14 11. HD, 5.5.1994, E. 7518, K. 3878 (**Bozkurt** 188).

15 **Tandoğan**, Üçüncü Şahıs 112, dpn. 132.

16 **Arslanlı** 166; **Çamoğlu**, Sorumluluk 141.

17 **Çamoğlu** (Poroy/Tekinalp) p. 609; **Pulaşlı** 337; **Ansay** 137; **Bozkurt** 166.



lir. Ancak Yargıtay'a göre<sup>18</sup> ortakların kar payı kaybı doğrudan bir zarar değildir. Çünkü şirketlerin kar dağıtılması belirli koşulların oluşması ve belirli kararların alınmasına bağlı bulunduğundan, kâr mahrumiyeti de ortakların doğrudan doğruya uğradıkları bir zarar olarak kabul edilemez.

### III. Doğrudan Zarara Dayanılarak Açılan Davanın Özelliği

Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu düzenleyen TTK m. 336 dolaylı zararları kapsadığı gibi doğrudan zararları da kapsamaktadır<sup>19</sup>. TTK m. 336 dışında SerPK m. 15/IV'de de doğrudan zararlara ilişkin bir düzenleme bulunmaktadır. Buna göre, yönetim kurulu üyeleri ve temsilcisi oldukları tüzel kişiler, şirket denetçileri, bağımsız denetimi yapanlar ve bağlı oldukları gerçek ve tüzel kişiler, ara dönemler bilanço ve gelir tablolarının (1) gerçeği aksettirmemesinden veya (2) mevzuat ile muhasebe ilke ve kurallarına uygun olarak düzenlenmemiş olmasından doğan zararlar için şirkete, *pay sahiplerine, şirket alacaklılarına* ve ayrıca doğrudan doğruya olmak üzere temettü avansının kararlaştırıldığı veya ödendiği bilanço yılı içinde *pay senedi iktisap etmiş bulunan kişiler* ile *üçüncü kişilere* karşı müteselsilen sorumludurlar.

*İlk olarak*, SerPK ile getirilen düzenlemenin halka açık anonim şirketlerin yönetim kurulu üyeleri ile ilgili olduğunu belirtmek gerekir. *İkinci olarak*, söz konusu düzenleme *ara dönemler bilanço ve gelir tablolarının (1) gerçeği aksettirmemesinden veya (2) mevzuat ile muhasebe ilke ve kurallarına uygun olarak düzenlenmemiş olmasından doğan zararlar* için öngörülmüştür. Dolayısıyla bunun dışında kalan diğer nedenlerden dolayı yönetim

---

<sup>18</sup> “Somut olaya gelince, davacılar şirket envanterine intikal ettirilmeyen gelirlerin kendilerine kâr payı olarak ödenmesini istemişlerdir. Bu istek TTK.nun 336. maddesinde düzenlenen ortakların doğrudan doğruya uğradıkları zarara ilişkin değildir. Zira, şirketlerde kar dağıtımını belirli koşulların oluşması ve belirli kararların alınmasına bağlı bulunduğundan, kâr mahrumiyeti de ortakların doğrudan doğruya uğradıkları bir zarar olarak kabul edilemez. Bu durumda mahkemece, TTK.nun 309. maddesi gereğince davacıların, tazminatın şirkete verilmesini isteyebilecekleri, TTK.nun 336. maddesinde düzenlenen ortakların doğrudan doğruya uğradıkları bir zarar söz konusu olmadığı düşünülerek ve tazminatın doğrudan kendilerine ödenmesini istemiş olmaları karşısında yasal düzenlemeye uygun bulunmayan davanın reddine karar verilmesi gerekir iken, yazılı gerekçeyle kabul kararı verilmesi doğru görülmemiştir” (11. HD E. 2000 / 2582, K. 2000/3057, T. 17. 04. 2000).

<sup>19</sup> **Tandoğan**, Üçüncü Şahıs 112, dpn. 133; **Çamoğlu**, Sorumluluk 140, 143 ve özellikle dpn. 106; **Ansay** 142.

kurulu üyelerinin sorumluluğu TTK m. 336'ya tabidir<sup>20</sup>. Üçüncü olarak, üçüncü kişi ya da ortağın uğradığı zarar dolaylı<sup>21</sup> olabileceği gibi doğrudan da olabilir. Örneğin bilanço ve gelir tablolarının gerçeği yansıtmamasına rağmen buna dayanarak şirkete kredi açan bankanın uğradığı zarar doğrudan bir zarardır. Zararın dolaylı olması halinde elde edilen tazminatın şirkete verilmesi gerekirken, doğrudan olması halinde pay sahiplerine veya alacaklılara ödenmesi gerekir. Burada doğrudan zarar iki şekilde ortaya çıkabilir:

*Birincisi*, ara dönemler bilanço ve gelir tablolarının gerçeği aksettirmemesinden veya mevzuat ile muhasebe ilke ve kurallarına uygun olarak düzenlenmemiş olmasından doğan zararlar,

*İkincisi* ise, ayrıca doğrudan doğruya olmak üzere temettü avansının kararlaştırıldığı veya ödendiği bilanço yılı içinde pay senedi iktisap etmiş bulunan kişiler ile üçüncü kişilerin<sup>22</sup> uğradıkları zararlar.

Bu zararlar bakımından yönetim kurulu üyeleri müteselsilen sorumludur.

Yönetim kurulu üyelerine karşı doğrudan zarar nedeniyle açılan davaların niteliği konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür.

*Bir görüşe göre*, doğrudan doğruya açılan davaların hukuki dayanağı sözleşmeye aykırılıktır. Aynen dolayısıyla zararlar nedeniyle açılan davalarda olduğu gibi doğrudan zarara dayanan davalarda da davacı yönetim kurulu üyeleri ile şirket arasındaki sözleşmeye dayanabilir<sup>23</sup>. Bu görüşte olan yazarların bir kısmı ise yönetim kurulu üyeleri ile üçüncü kişi veya pay sahipleri arasında akdi bir ilişkinin olmamasını göz önüne alarak akdi sorumluluğa dayanma yerine *akit benzeri bir ilişki* olduğunu ileri sürmektedirler<sup>24</sup>. Dolayısıyla TTK m. 309'da yer alan yetki ve zamanaşımı ile ilgili hükümler

<sup>20</sup> **Çamoğlu**, Sorumluluk 142; **Akdağ Güney** 113.

<sup>21</sup> *Çamoğluna* göre burada kusura dayalı olaark; şirkete, pay sahiplerine ve şirket alacaklılarına karşı müteselsil sorumluluk söz konusu olup, sorumluluğun kaynağı sözleşmeye aykırılıktır ve tazminatın da şirkete ödenmesi gerekir (Sorumluluk 142).

<sup>22</sup> *Çamoğlu'na* göre buradaki üçüncü kişilerden maksat, dönem içinde pay senedi iktisap etmiş ve daha sonra elden çıkarmış eski paydaşlardır (Sorumluluk 143).

<sup>23</sup> **Çamoğlu** (Poroy/Tekinalp) p. 611; **Pulaşlı** 338; **Mimaroglu** 123.

<sup>24</sup> **Çamoğlu**, Sorumluluk 144, dñn. 110'da belirtilen yazarlar. Bu yazarların bir kısmı, pay sahiplerinin uğradığı doğrudan zararı akdi ilişkiye dayandırırken, alacaklıların açtığı davayı haksız fiile dayandırmaktadırlar.

(309/III ve IV) doğrudan doğruya uğranılan zararlar ile ilgili olmak üzere açılan tazminat davaları hakkında da geçerli olmalıdır<sup>25</sup>. Diğer taraftan TTK m. 336 b.1-3 yer alan hususların haksız fiil olarak nitelendirilebilmesi bunların aynı zamanda sözleşmeye aykırılık teşkil etmesine engel değildir. Bu nedenle TTK m. 336'da yer alan bütün haller akdi nitelik taşımakta olup bunlardan bazıları aynı zamanda haksız fiilin unsurlarını da taşıyabilir. Böylece yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu bakımından yeknesak bir uygulamaya kavuşulmuş olur. Bu sonuç aynı zamanda TTK m. 338'de akdi sorumluluğun bir gereği olarak düzenlenmiş olan yönetim kurulu üyelerinin sorumluluktan kurtulabilmesi için kusurlu olmadığını ispat yükümlülüğü altında olmaları ile de desteklenmiş bulunmaktadır<sup>26</sup>.

Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu gerektiren eylem ve işlemlerinin şirketle yönetim kurulu üyeleri arasındaki sözleşmenin ihlali olarak nitelendirilmenin mümkün olması halinde pay sahiplerinin ve şirket alacaklılarının doğrudan doğruya uğradıkları zararları için açacakları tazminat davası üçüncü kişilerin bir sözleşmenin ihlali nedeniyle tazminat davası isteyemeyecekleri kuralının istisnasını teşkil eder<sup>27</sup>. Zira yönetim kurulu üyeleri ile şirket arasında bir sözleşme yapılmıştır ve üçüncü kişiler bu sözleşmenin tarafı değildir. Ancak bu sözleşmenin ihlali nedeniyle tazminat talebinde bulunabilmektedirler.

Bu görüş uyarınca aynı hukukî sebebe dayalı davalar arasında farklı zamanlaşımı sürelerinin uygulanması sistem birliği ve bütünlüğü açısından sakınca oluşturacaktır.

*İkinci bir görüşe göre*, doğrudan zararın dayanağı BK m. 41'dir<sup>28</sup>. Bu hükme göre doğrudan zarar, yönetim kurulu üyelerinin haksız fiil niteliğinin-

---

25 **Tandoğan**, Üçüncü Şahıs 112 ve özellikle dpn. 133; **Arslanlı** 188, 189; **Çamoğlu**, Zamanlaşımı 268; **Çamoğlu**, Sorumluluk 143; **Akdağ Güney** 113.

26 **Tandoğan**, Üçüncü Şahıs 115.

27 **Tandoğan**, Üçüncü Şahıs 112. Yazarın bu görüşünü şirketle yönetim kurulu üyeleri arasındaki sözleşmenin ihlali olarak nitelendirilmesine bağlı tuttuğunu vurgulamak gerekir. Yani bir anlamda istisnai bir duruma işaret etmektedir.

28 Burada TTK m. 339'u da ele almak gerekir. Söz konusu hükme göre, şirketin mevcut durumu hakkında her ne şekilde olursa olsun yanlış kanaat uyandıracak hileler yapmak veya gerçeğe aykırı beyanda bulunmak suretiyle üçüncü kişileri aldatan yönetim kurulu üyeleri verdiği zarardan dolayı kişisel olarak sorumludur. Bu durumda üçüncü kişinin al-

deki eylemi sonucunda pay sahibi veya alacaklıya verdiği zarardır. Söz konusu zarar ortaklık veya alacaklılık sıfatından doğmuştur. Bu ihtimalde taraflar arasında akdi bir ilişki olmaması nedeniyle davanın dayanağı haksız fiil olup davacının haksız fiilin unsurlarını ispatlaması gerekir<sup>29</sup>.

Bu görüş daha açık bir şekilde *Kuntalp* tarafından savunulmuştur. Yazara göre, şirket ortakları ve alacaklılar ile yönetim kurulu üyeleri arasında akdi bir ilişki söz konusu değildir. Yönetim kurulu üyelerinin ortak ve alacaklılara karşı sorumluluğu kanundan kaynaklanmaktadır<sup>30</sup>. *Ansay* da yönetim kurulu üyelerinin fiillerinden şirket alacaklılarının doğrudan doğruya zarara uğramaları halinde BK m. 41 vd uyarınca tazminat davası açabileceklerini kabul etmektedir<sup>31</sup>. İsviçre Federal Mahkemesi de son yıllarda verdiği kararlarda alacaklıların açtığı davaların dayanağının BK m. 41 (OR m. 41) olduğunu, alacaklıların doğrudan zararlarına ilişkin açık bir düzenlemenin olmaması nedeniyle OR m. 754'ün uygulanamayacağını kabul etmektedir<sup>32</sup>.

Bazı yazarlar ise dolaylı ya da doğrudan zarar tartışmasına girmeksizin tazminatın şirkete verilmesi gerektiğini, sorumluluk halleri, dava koşulları, sorumluluktan kurtulma, zamanaşımı ve diğer hususların ortaklığa karşı sorumlulukta olduğu gibi kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedirler<sup>3334</sup>.

Yargıtay kararlarında ise farklı görüşlerin ileri sürüldüğü görülmektedir.

---

datılmış olduğunu, bu nedenle zarar gördüğünü, zararlar aldatma veya gerçeğe aykırı beyan arasında illiyet bağı olduğunu ispatlaması gerekir (**Arslanlı** 190).

<sup>29</sup> **Bozkurt** 165, 166; **Ansay** 142; **Akdağ Güney** 115.

<sup>30</sup> **Kuntalp**, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davalarında Zamanaşımı ve Başlangıcı, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Bildiriler Tartışmalar IV, Ankara 1989, Tartışmalar, s. 53; Aynı yönde bkz. **Tandoğan**, Üçüncü Şahıs 112.

<sup>31</sup> **Ansay** 142.

<sup>32</sup> BGE 110 II 391; **Akdağ Güney** 113.

<sup>33</sup> **İmregün** 250.

<sup>34</sup> *Steiger* ise üçüncü kişilerin doğrudan zararları bakımından kanun koyucunun özel bir hüküm sevk etme ihtiyacı içinde olmadığını BK m. 41 (OR 41)'in yeterli olduğunu belirttikten sonra aynen şöyle demektedir: “mamañ iş bu davada mutlaka haksız fiilden doğma bir alacak bahis konusu değildir, idare meclisi ile alacaklı ve hissedarlar arasındaki münasebete akde benzeyen bir münasebet gözıyla bakılmakta ve bu sebeple daha ziyade akitten doğma (ex contractu) bir dava karakteri taşımaktadır” (*Çev. Çağa* 325). Dolayısıyla yazarın gerçekte üçüncü kişilerin alacakları için haksız fiili mi yoksa sözleşmeye aykırılığı mı savunduğu açık değildir.

İlk olarak 11. Hukuk Dairesinin ilke niteliğinde olan kararın konusu doğrudan zarara uğrayan ortağın elde edeceği tazminatın kime verileceği ile ilgilidir. Yargıtay bu kararda tazminatın zarara uğrayan ortağa verilmesi gerektiğine hükmetmiştir<sup>35</sup>. Yargıtay bu içtihadını sonraki yıllarda da sürdürmüştür. Yapılan bu çalışma ise doğrudan zararlara hangi zamanaşımı süresinin uygulanacağı ile ilgilidir. Ancak önemine binaen karar ayrıntılı olarak yer verilmiştir.

*(...) Diğer yandan 1163 sayılı Kooperatifler Yasasının 98. maddesi göndermesi ile TTK. nun anonim şirketlere ilişkin hükümleri uygulanacak olsa dahi, TTK. nun 309. maddeki ortakların dolaylı zarara uğramaları ile 336. maddedeki doğrudan doğruya zarara uğramış olmaları halini birbirinden ayırmak ve bazı hallerde istenen tazminatı doğrudan doğruya ortak veya alacaklıya vermek gerekir...*

*TTK. nun 309/1. maddesi incelendikte burada şirketin uğradığı zararlardan söz edildiği görülmektedir. Diğer bir deyimle ortak veya alacaklılar direkt zarara uğramamışlardır. Şirketin zarar etmesi nedeni ile ortak veya alacaklıların dolayısıyla bir zarara uğramaları sözkonusudur. İşte bu halde dahi kanun koyucu, şirket ortak veya alacaklısına dava hakkı tanımış ve fakat zarara uğrayan şirket olduğu cihetle, ortak veya alacaklının açacakları davada bir zarar tesbit edilirse tazminatın şirkete verileceği hükmünü getirmiştir.*

*TTK. nun 336. maddesinde ise, şirket yöneticilerini şirket, ortak ve alacaklılara karşı doğrudan doğruya olan sorumlulukları düzenlemiştir. Yani ortak veya alacaklı doğrudan doğruya bir zarara uğramışlarsa, bu hususta dava açabilirler ve tazminatı kendilerine isteyebilirler. TTK. nun bu hükümlerinin alındığı İsviçre Borçlar Yasasının bu konudaki uygulaması da bu yöndedir, çünkü dikkat edilecek bir husus da TTK. nun 336. maddede kanun koyucu dava yönünden hiç bir sınırlama getirmemiş, konunun halinde BK. nun 41 ve devamı maddelerinin yeterli olacağı düşünülmüştür. denilmektedir. (F. De Steiger, Le Broit Des Societe Amonymes En Suisse, 1973, Sh. 301, 301), (Doğrudan doğruya ve dolayısıyla zarar için bk. Dr. Turhan Tan, Anonim Şirketlerde idare meclisi azalarının Hukuki mesuliyeti, Sh. 42 vd.) O halde, ortak veya alacaklının tazminatı kendi adlarına isteme haklarının*

---

<sup>35</sup> 11. HD, E. 1981/2329, K. 1981 /2988, T. 11. 06. 1981(hukukturk). Diğer kararlar için bkz. 11 HD. E 2001/ 9498, K. 2002 /2079, T. 11.03.2002 (hukukturk).

mevcudiyetini kabul etmek gerekir. O şartla ki kendileri doğrudan doğruya bir zarara uğramış olsunlar. Bu durumda, TTK. nun 340. maddesinin yukarıda açıklanan ve kabul edilen duruma göre yorumlanması gerekir.

İsviçre metninde mevcut olmayan TTK. nun 340. maddesine göre, 336. madde gereğince yönetim kurulu üyelerine yöneltilen sorumluluk hakkında 309. madde hükmü de uygulanır. Bu kere 340. maddede 309. maddenin tüm olarak uygulanacağını göstermemiş, sadece 309. maddenin sorumluluğa ait hükümlerinin tatbik edileceğini belirtmiştir. Tazminatın şirkete veya ortağa verilmesi (tazminatı, yönetici, her iki halde de, ödeyeceğine göre), sorumluluk hükümleriyle ilgili değildir. İkincisi de, ortağın veya alacaklının doğrudan doğruya uğradığı zarardan doğan tazminatın şirkete verilmesinin bir ilamı (anlamı olmalı) da olamaz. Üstelik bu halde alınacak bir tazminatın değeri de kalmaz (...)

Yukarıda yer verilen Yargıtay kararından; ortakların veya alacaklıların doğrudan uğradıkları zarar bakımından BK m. 41 vd. mı yoksa şirkete karşı dolayısıyla uğranılan zararlar bakımından açılacak davalarda uygulanacak olan TTK m. 309 mu tatbik edileceği açık değildir. Yukarıda yer verilen son paragrafta TTK m. 340'm, TTK m. 309'un sorumluluğa ait hükümlerin tatbik edileceğini işaret eden cümlesi kapsamına aynı zamanda zamanaşımı süresini düzenleyen TTK m. 309/IV hükmü de girmektedir. Ancak bir önceki paragrafta ise *ortak veya alacaklı doğrudan doğruya bir zarara uğramışlarsa, bu hususta dava açabilecekleri...TTK .nun 336. maddede kanun koyucu dava yönünden hiç bir sınırlama getirmediği, konunun hallinde BK. nun 41 ve devamı maddelerinin yeterli olacağı savunulmuştur.*

Halbuki BK m. 41 ve dolayısıyla BK m. 60'da uygulanan zamanaşımı süresi ile TTK m. 309/IV'de öngörülen zamanaşımı süreleri birbirinden farklıdır. Ancak daha önce de belirtildiği gibi karar tazminatın kime verileceği ile ilgilidir.

Başka bir kararda ise<sup>36</sup>, “...Bilindiği gibi anonim şirketler birer sermaye şirketi olup şirketin borçlarından dolayı ortakların haklarında takip yapıla-

<sup>36</sup> 15 HD. E. 2007/85 K. 2007/95, T. 16.01.2007(hukukturk). Yargıtay, haksız fiile dayanılarak verilen ilk derece mahkemesi kararını aşağıdaki gerekçe ile bozmuştur: “Dava, davacı kooperatifin eski yöneticisi olan davalının, kooperatif adına teslim aldığı parkelerin bulunmadığı iddiasıyla açılmış bulunan sorumluluk davasıdır. Yönetim Kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin davanın zamanaşımı süresi için 1163 sayılı Yasanın 98. maddesi yollamasıyla TTK.nun 309. maddesi hükmü uygulanır. Bu durum karşısında mah-

*maz. Anonim şirketin yönetim kurulu üyeleri haklarında şirket alacaklılarınınca TTK. nun 366<sup>37</sup> ncı maddesine dayanılarak dava açılması mümkündür. Ancak bu davanın açılabilmesi, 3 üncü kişilerin şirket hakkında takip yapıp sonuç alamamaları halinde mümkün olmalıdır<sup>38</sup> 39 ...” ifadeleri yer almaktadır.*

Söz konusu kararda zamanaşımı doğrudan yer almamakla birlikte zamanaşımın etkileyecek unsurlara yer verilmiştir. Karar, yönetim kurulu üyelerine karşı dava açılabilmesi için öncelikle şirkete karşı dava açılması, bu davadan sonuç alınmaması halinde yönetim kurulu üyelerine gidilmesini öngörmektedir. Gerçekten yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu düzenleyen TTK m. 336 hükmü sorumluluğu öncelikle şirkete yüklemektedir. Bu nedenle de yönetim kurulu üyelerinin şirket namına yapmış oldukları sözleşme ve işlemlerden dolayı şahsen sorumlu olunmayacağını açık bir şekilde düzenlemekte, ancak TTK m. 336/I/1-5 yer alan hususlardan dolayı sorumlu olabileceklerini öngörmektedir. Dolayısıyla Yargıtay kararının isabetli olduğu söylenebilir<sup>40</sup>.

---

kemece, davacı kooperatif yetkililerinin eski yönetim kurulu üyesi olan davalının işlemlerinden kaynaklanan zararı tam olarak hangi tarihte öğrendikleri tespit edilerek, bu tarihten itibaren iki yıl ve her halde zararı doğuran fiilin vukuu tarihinden beş yıl geçmekle zamanaşımına uğrayacağı gözetilmeden, davalının işleminin haksız eylem olarak değerlendirilmesi ve BK.nun 60. maddesi uyarınca bir yıllık zamanaşımı süresinin geçmiş olması nedeniyle, davanın zamanaşımı nedeniyle reddine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir” (11 HD E. 2001 /10123, K. 2002 / 2564, T. 21. 03. 2002, hukukturk).

37 Atfın TTK m. 336’ya yapılmış olması gerekir.

38 *Arslanlı* ise Yargıtay kararı ile aynı yönde şu görüşleri dile getirmektedir: “şirkete müracaat imkanı mevcut oldukça, alacaklı akdi mesuliyet hallerinde evvelemerde şirkete karşı dava açmalıdır. Akde muhalefet şirketle alacaklı arasındaki münasebette alacaklıyı ızzar etmiş bulunuyorsa, namına yapılan muameledeki aksaklıktan evvelemerde şirket mülzemdir (BK m. 100). Tazminat şirketten istifa edilemediği takdirde idare meclisi aleyhine de dava açılmalıdır. Haksız filer de ise gerek idare meclisi azasına gerek şirkete karşı dava hakkı vardır (TTK m. 321/V)” (*Arslanlı* 189).

39 *Tandoğan’da* davacının öncelikle firmaya karşı açıldığını onu aczinin tahakkuk etmesi halinde yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna gidildiğini ileri sürmektedir (Zamanaşımı 123).

40 Yargıtay verdiği başka bir kararda ise ilk derece mahkemesinden yönetim kurulu üyelerinin davranışlarının haksız fiil oluşturup oluşturmadığının araştırılmasını istemektedir: “Menfi tesbit davası açan davacı, dava dışı anonim şirketin yönetim kurulu üyesi ve kurucu üyesi bulunmaktadır. TTK. 336. maddesi hükmüne göre ilk olarak şirket namına yapmış olduğu işlemlerden şahsen sorumlu tutulamaz ise de, bahsi geçen maddede gösterilen istisnai hallerde pay sahiplerine ve şirket alacaklılarına karşı sorumlu olur. Olayda,

Mevcut Ticaret Kanununun yasalaşma sürecinde TTK m. 309 ile ilgili konumuza ışık tutacak nitelikte önemli değişiklikler olmuştur. Mevcut Kanun Tasarı halinde iken m. 309/III olarak “zarar gören ortaklık alacaklıları haiz oldukları dava haklarını yalnız ortaklığın iflası halinde kullanabilirler” hükmü yer almakta iken fakat bu hüküm aşağıdaki gerekçe ile Tasarıdan çıkarılmıştır:

“309. madde daha önceki maddeler ile yani 306-308. maddelerde şirket lehine derpiş edilen tazminat davalarının pay sahipleri ve şirket alacaklıları tarafından açılacağı prensibini tespit etmiş bulunmaktadır. Halbuki bu maddenin 3. fıkrasındaki zarar gören şirket alacaklılarının haiz oldukları dava haklarına ait hüküm kurucuların mevzuata aykırı hareketlerinden dolayı alacaklıların doğrudan doğruya uğramış oldukları zararları hedef tutmaktadır ve bu zararlar iflas garmesinde alacaklıya kuruluş muamelelerinin mevzuata uygun şekilde yapılmış olması halinde nazaran daha az bir pay düşmüş olması şeklinde tecelli edeceğinden böyle bir hüküm Tasarıya konulmuştur. Bu şekildeki zarardan doğan mesuliyet umumi hükümlere tabi bulunduğundan bu kaidenin bu maddeye konulması kanun tatbikatını zorlaştıracak mahiyet arz ettiği cihetle bu fıkranın çıkarılması uygun görülmüştür. Şurasını belirtmek lazımdır ki, doğrudan doğruya alacaklıların uğrayacakları zararların tazmininin mümkün olup olmadığı meselesi, bu maddeler hükümlerine değil, tazminata ait umumi hükümlere tabidir”<sup>41</sup>.

Gerçekten şirket alacaklıları veya ortakların doğrudan uğradıkları zararlar bakımından hangi zamanaşımı süresinin uygulanacağını belirlemek için

---

kurulan A.Ş.'in kanunen gerekli defterlerinin bulunmadığı, organlarının seçimi ve diğer yönlerden lüzumlu işlemlerin yapılmamış olduğu ve devre mülk temini yönünden hiçbir faaliyette de bulunmadığı anlaşılmaktadır. Şirketin aleyhine icra takibi yapan davalı, şirket ile birlikte kendisini dolandırdıkları iddiası ile yönetim kurul üyesi davacı hakkında da icra takibi yapmıştır. Davalı alacaklı kurucu ve yönetici olan davacının şirket ile birlikte haksız fiil ika ettiği iddiasına dayanmaktadır. Bu durumda mahkemece, davalının şikayeti üzerine Ticaret Bakanlığı müfettişi tarafından düzenlenen fezleke ve buna ait evrak, bu tahkikat sonucu C. Savcılığınca bir inceleme yapılmış ise onunla ilgili belgeler, şirketin kuruluşundan sonraki faaliyeti ve durumu davalının haksız fiil iddiası ile ilgili olarak göstereceği deliller gözönünde tutularak kurucu üye ve yönetim kurulu üyesi olan davacının, kişilerden para toplanması ve karşılığında hiçbir işlem yapılmaması şeklindeki davranışının bir haksız fiil ve aldatmaca teşkil edip etmediği saptanarak sonucuna göre bir karar verilmek, gerekirken şekle bağlı bir görüş ile menfi tesbit davasının kabul edilmesi doğru bulunmadığından hükmün davalı yararına bozulması gerekmiştir” (11. HD E. 1989/2177, K. 1989/2968, T. 18. 05.1989, hukukturk).

41 TBMM Zabıt Ceridesi 1956, C.12, S.198, s. 379, (Türk 19, 20).



öncelikle taraflar arasındaki hukuki ilişkinin belirlenmesi gerekir. Bu hususta dikkat edilmesi gereken birinci nokta doğrudan zarar, ikinci nokta ise davacıların şirket alacaklıları veya pay sahipleri olmasıdır. Yönetim kurulu üyelerinin pay sahipleri ile şirket alacaklılarına karşı sorumluluğu TTK m. 336'da düzenlenmiştir. Yönetim kurulu üyeleri bu nedenle sorumludurlar. Yönetim kurulu üyeleri ile pay sahipleri ve şirket alacaklıları arasında sözleşmesel bir bağ yoktur. Bu nedenle pay sahipleri ve şirket alacaklılarının sözleşmenin ihlali nedeniyle dava açmaları düşünülemez. Yönetim kurulu üyeleri ile pay sahipleri ve şirket alacaklıları arasında sözleşmesel bir bağ olmadığına göre yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu haksız fiil esaslarına göre belirlenmesi gerekir.

Yönetim kurulu üyeleri ile üçüncü kişiler arasındaki ilişkinin haksız fiil olduğunu aksi görüşü savunan yazarlar da kabul etmektedir<sup>42</sup>. Hatta şirket alacaklıları ve pay sahiplerinin *dolaylı* zararları bakımından yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu gerektiren hallerin bile haksız fiil olduğu ileri sürülmekte iken<sup>43</sup>, doğrudan zararlar bakımından taraflar arasında akdi bir ilişkinin varlığından bahsetmek çelişki gibi görülebilir. Buna rağmen yönetim kurulu üyelerine karşı açılacak sorumluluk davaları arasında bir fark oluşturmamak, ortakları ve alacaklıları sözleşmeye aykırılığa dayanmanın faydalarından yararlandırmak, amacıyla sözleşmeye aykırılığa dayanan görüş savunulmuştur.

Bize göre taraflar arasında sözleşmesel bir ilişkinin bulunmaması nedeniyle yönetim kurulu üyeleri, pay sahipleri ile şirket alacaklılarına karşı üçüncü kişi konumundadır. TTK m. 340'ın kenar başlığı *ortakların ve şirket alacaklılarının tazminat davasına ait diğer hükümler*dir. Söz konusu hüküm şirket alacaklılara bakımından doğrudan ya da dolaylı zarar ayırımı yapmaksızın TTK m. 309'a atıf yapmıştır. Bu açıdan bakıldığında şirket alacaklıları bakımından uygulanması gereken zamanaşımı süresi TTK m. 309'da yer alan zamanaşımı süreleridir.

---

42 “Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu gerektiren haller incelenirken bunların çoğunun unsurları itibariyle birer haksız fiil teşkil ettiği sonucuna varılabilir” (Çamoğlu, Sorumluluk 137).

43 Çamoğlu, Sorumluluk 137. Yazar aynı sayfa dpn. 83'de TTK m. 339'da yer alan halin bir haksız fiil teşkil etmesine rağmen söz konusu hükme dayanarak ortaklar veya alacaklılar tarafından açılacak sorumluluk davalarında yine de sözleşmenin ihlaline dayanmaları gerektiği ileri sürülmektedir.

Ancak TTK m. 309, TTK m. 336 tarafından yapılan mutlak atfı *dolayısıyla* zarar gören pay sahipleri ve şirket alacaklıları şeklinde sınırlandırmış gözükmektedir. Bu durumda şirket alacaklıların doğrudan zararları bakımından TTK m. 309'un uygulanıp uygulanmayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır.

Nitekim bazı yazarlar<sup>44</sup> TTK m. 309'un sadece dolaylı zararlar nedeniyle pay sahipleri ve şirket alacaklıları tarafından açılacak sorumluluk davalarını düzenlemek için öngörülüğünü ileri sürmektedir<sup>45</sup>. Belirtmek gerekir ki, dolayısıyla verilen zararlara dayanarak açılan tazminat davalarında elde edilen tazminatın şirkete verilmesi gerekir (TTK m. 309/I)<sup>46</sup>. Buna karşılık doğrudan zararın söz konusu olduğu hallerde ise tazminatın şirket yerine alacaklıya verilmesi gerekir.

Yargıtay'ın daha önce de sözü edilen ilke niteliğindeki kararında, TTK m. 340'da yapılan atfin sadece sorumluluk halleriyle sınırlı olduğunu ve bu atfin mutlak olmayıp sınırlı bir gönderme olduğunu ifade etmektedir<sup>47</sup>.

Yönetim kurulu üyelerinin alacaklı veya pay sahiplerine doğrudan verdikleri zararların niteliğinin haksız fiil olduğu konusunda kuşku duymamak gerekir. Zira alacaklılar veya pay sahipleri yönetim kurulu üyelerinin işlem ve eylemlerin tarafı değildirler. Şirketle yönetim kurulu üyeleri arasında var olan hizmet/vekâlet sözleşmesinin tarafı olmaksızın ona dayanarak hak tale-

---

<sup>44</sup> **Türk** 17, 20.

<sup>45</sup> Aynı şekilde TTK m. 309'a ilişkin Adliye Encümeni Mazbatasında şu açıklama bulunmaktadır: "309. maddenin şirket alacaklılarına ve ortaklarına tanıdığı dava hakkı, bunların şahıslarında uğradıkları zararlara karşılık olan tazminatı isteme hakkı değil, ancak şirketin uğradığı zararların karşılığı olan tazminatı istemek hakkı olduğundan 5 yıllık mürruzamanın başlangıcı olarak..."(**Türk** 18).

<sup>46</sup> "Dava, davalı şirket ortağının şirketi yönetimi sırasında davacı ortaklara, dolayısı ile verdiği zararın tahsili istemine ilişkin olup, TTK.nun 556 ncı maddesinin yaptığı atıf gereği aynı yasanın 336, 340 ve 309/1 nci maddeleri uyarınca davalının eylemleri nedeniyle şirketin zarara uğratıldığı anlaşılınca, pay sahiplerinin açtığı bu dava sonucu hükümlenen tazminatın davacılara değil, şirkete verilmesi yönünde hüküm kurulması gerekirken"(11 HD E. 2003/13387, K. 2004/7567, T. 06.07.2004).

<sup>47</sup> "TTK.nun 340. maddesindeki 309. maddeye yapılan göndermenin sadece sorumluluk halleriyle sınırlı olduğunun ve 390 (309 olmalı) maddedeki "hükümlenacak tazminat, şirkete verilir" hükmünün 336. maddedeki doğrudan doğruya zarar hallerine uygulanmayacağı kabulü gerekmektedir. Çünkü 340. maddedeki 309. maddeye gönderme mutlak değil, sınırlı bir göndermedir" (11 HD E. 1981/2329, K. 1981/2988, T. 11.06.1981, hukukturk).

binde bulunmak mümkün değildir. Bu nedenle sorumluluğun BK m. 41 vd düzenlenmiş bulunan haksız fiile dayandığının kabulü gerekir.

İki farklı görüş arasındaki temel sorun ortakların veya alacaklıların doğrudan zararlar nedeniyle ortaklıkla yönetim kurulu üyeleri arasında var olan sözleşmeye dayanıp dayanamayacaklarıdır. *Çamoğlu'na göre*<sup>48</sup> bunun pratik sonucu kendini sadece ispat yükü konusunda kendini gösterir. Yazara göre, doğrudan doğruya zararlarda *yetkili mahkeme* ve *zamanaşımı* yönünden özel hükümler uygulanacaktır. Bu durumda geriye TTK m. 336'da yönetim kurulu üyelerini sorumlu tutan hükmünü sözleşmeye aykırılığa mı yoksa haksız fiile mi dayandırılacağı sorusu kalmaktadır. Ancak taraflar arasındaki ilişkinin sözleşme mi yoksa haksız fiil mi olduğu ispat yükü, zamanaşımı süresi veya kesilmesi bakımından da önemli olduğunun kabulü gerekir

#### IV. Zamanaşımı Süresi

Pay sahiplerinin veya alacaklıların doğrudan zarara uğramaları halinde bu alacaklara uygulanacak zamanaşımı süresinin de belirlenmesi gerekir. Ortakların uğradıkları doğrudan zararlarda uygulanacak zamanaşımı süresi ile alacaklılara uygulanacak zamanaşımı süreleri birbirinden farklıdır<sup>49</sup>.

*İlk olarak, ortakların doğrudan zararları bakımından BK m. 126/IV'ün uygulanması gerekir. Zira TTK m. 309, sadece dolaylı zararları kapsadığına göre ortaklar ile ortaklık arasındaki uyuşmazlıklar bakımından BK m. 126/IV'de öngörülmüş olan zamanaşımı süresi uygulanmalıdır. Bu hükme göre, ortaklar arasında veya şirketle ortaklar arasında açılmış bulunan bütün davalarda... beş senelik müruru zaman cari olur.* BK m. 126/IV'de alacaklılara yer verilmediği için alacaklıların beş yıllık zamanaşımı süresinden yararlanması mümkün değildir<sup>50</sup>. Buradaki zamanaşımı süresi alacağın muaccel olduğu tarihten itibaren işlemeye başlar (BK m. 128).

48 **Çamoğlu**, Sorumluluk 144.

49 *Steiger ise* TTK m. 309'da yer alan zamanaşımı sürelerinin şirkete, alacaklılara, doğrudan ya da dolaylı tüm tazminat alacakları bakımından geçerli olduğunu ifade etmektedir (Çev.Çağa) 326.

50 **Çamoğlu**, Zamanaşımı 274. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 147/I/4 hükmü de *bir ortaklıkta, ortaklık sözleşmesinden doğan ve ortakların birbirleri veya kendileri ile ortaklık arasındaki; bir ortaklığın müdürleri, temsilcileri, denetçileri ile ortaklık veya ortaklar arasındaki alacaklar* bakımından düzenleme yapmış, alacaklılardan söz edilmiştir.

*İkinci olarak*, alacaklıların şirketler hukuku ile ilgili uğradıkları doğrudan zararlar bakımından TTK m. 309'da belirtilen zamanaşımı sürelerinin uygulanması gerekir. Bu tür zararlara ilişkin örnekler bilanço, sermayenin korunması vb hususlara ilişkin olarak daha önce verilmiştir. Bu durumda doğrudan zarar gören pay sahipleri de TTK m. 309 uyarınca zararın ve sorumluluğun öğrenildiği tarihten itibaren iki ve zararı doğuran fiilin vuku tarihinden itibaren beş yıl geçmekle zamanaşımına uğrar<sup>51</sup>. Söz konusu fiilin cezayı gerektirmesi halinde Ceza Kanunu bu fiile daha uzun bir zamanaşımı süresi öngörmüş ise tazminat davasına o zamanaşımı uygulanır (TTK m. 309/IV)<sup>52</sup>.

Beş yıllık azami süre, zarar verici fiilin vuku tarihinden itibaren hesaplanır. Bu süre bütün davacılar için aynı tarihte başlar. *Türk'e*<sup>53</sup> göre, önemli olan zarar verici fiilin vuku tarihi olduğuna göre, zarar daha sonra ortaya çıksa bile zamanaşımı örneğin yasa ya da esas sözleşmeye aykırı hukuki işlem ya da eylemin yapıldığı tarihten itibaren işlemeye başlar. Yargıtay ise ilk derece mahkemesi tarafından verilen ve "...iddia ve savunmaya, toplanan delillere göre, zararın doğduğu tarihten dava tarihine kadar TTK.nun 309. maddesinde öngörülen 5 yıllık zamanaşımı süresinin dolduğu sonucuna

51 Kaynak hukukta geçerli olan beş ve on yıllık zamanaşımı süreleri 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu gibi 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa da alınmamıştır. Kaynak hukuktaki düzenleme anonim şirketin kuruluş, yönetim, denetim ve tasfiye işlemlerinden doğan sorumluluklara ilişkin hükümler (OR m. 752-760) arasında düzenlenmiştir. Ancak kaynak hukuktaki bu hükümler 6762 sayılı Türk Ticaret Kanuna bu şekilde aktarılmamıştır. 6762 Sayılı TTK gerekçesinde de kaynak hukuktaki on yıllık zamanaşımı sürelerinin "memleketimizin ihtiyaçlarına uygun görülmemesi" nedeniyle alınmadığı ifade edilmiştir. OR m. 760'da halen düzenlenmiş olan beş ve on yıllık zamanaşımı sürelerinin 6102 Sayılı TTK m. 560'da neden iki ve beş yıl olarak düzenlendiğine dair gerekçede bir açıklama bulunmamaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki, 6762 Sayılı TTK ile karşılaştırıldığında 6102 sayılı TTK konunun genel düzenlenişi itibarıyla (6102 sayılı TTK m. 549 vd) kaynak hukukla büyük ölçüde paralellik arz etmektedir. İki ve beş yıllık sürelerin yeterli olduğunu savunan yazarlar olduğu gibi (**Mimaroğlu** 125), sürenin İsviçre'de olduğu gibi beş ve on yıla çıkarılmasını gerektiğini, aksi takdirde yönetim kurulu üyelerin kasıtlı davranışta bulunmaları veya zararın çok geç ortaya çıkması halinde zamanaşımı süresinin dolmuş olabileceğini veya yönetim kurulu üyelerinin zamanaşımı defni ileri sürmelerini önleyecek tedbirler alınması gerektiğini haklı olarak ileri süren yazarlar da bulunmaktadır (**Tandoğan**, Zamanaşımı 123; **Çamoğlu**, Zamanaşımı 277).

52 **Çamoğlu**, Sorumluluk 241 vd.; **Helvacı**, Sorumluluk 109; **Helvacı**, Zamanaşımı 274.

53 **Türk** 31.

varılmalıdır” ifadelerini içeren kararı onamıştır<sup>54</sup>. Tazminat davası açabilmenin temel şartlarından biri davacının zarar görmesi olduğuna göre, zamanaşımı süresinin başlaması için de zarar verici fiilin gerçekleşmesi gerekir.

Beş yıllık zamanaşımı süresinin başlangıcı ile çok açık gibi görünen bu hüküm Yargıtay’ın farklı kararlarına konu olmuştur. Özellikle yönetim kurulu üyelerinin yeniden seçilmek suretiyle görevlerini sonraki yıllarda da devam ettirmeleri halinde ihmali hareketlerine göre belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştir<sup>55</sup>.

İki yıllık asgari süre ise davacının zararı ve sorumlu kimseyi öğrendiği tarihi esas almaktadır<sup>56</sup>. Zararın devam etmesi halinde zamanaşımı süresi işlemeye başlamaz, en son meydana gelen zararın öğrenildiği tarihten itibaren işlemeye başlar<sup>57</sup>.

Davanın bir şirket tarafından açılacak olması halinde öğrenme olgusunun genel kurulun konu hakkında bilgi sahibi olması ile gerçekleşmiş olduğu kabul edilir<sup>58</sup>. Ancak Yargıtay bazı kararlarında öğrenme olgusunu salt bir öğrenme yerine bir tespit raporunun varlığına bağlamıştır<sup>59</sup>.

*Üçüncü olarak*, alacaklıların şirketler hukuku bağlamında alacaklıları koruyan düzenlemeler kapsamında olmayan zararlar bakımından genel hükümlerin uygulanması gerekir. Bu tür doğrudan zararlara ilişkin olarak daha

54 11. HD E. 1988/5218, K. 1989/2885, T. 15.05.1989 (hukukturk).

55 “Şirketine açılan kredi yolsuzluğu 1958 senesinde olduğuna göre, beş senelik zamanaşımı bu yönden tahakkuk etmiş ise de; bu krediyi açan idare meclisi üyelerinin vazifesi bu yılda bitmemiş 1964 senesine kadar devam ettiğine göre, her sene bilançosunda husule gelen zararın tahsil ve temini için yapılan muamelelere nezaret etmemeleri ve ihmal etmeleri sebebiyle her hadisede ve her bilanço için yaptığı muamelelerde ihmali hareketleri bulunduğundan bunlar için zamanaşımı 309. madde gereğince o tarihten itibaren başlaması gerekir (TD. E.1972/3561, K.1972/.5858, T. 30.12.1971 (**Türk** 33, 34). Ayrıca bkz. 11 HD E. 1976/430, K.1976/2933, T. 31. 05. 1976 (hukukturk).

56 Zamanaşımı süreleri 6102 Sayılı TTK’da da değiştirilmemiştir (6102 sayılı TTK m. 560).

57 **Mimaroğlu** 121, 122, **Çamoğlu**, Zamanaşımı 269.

58 **Helvacı**, Zamanaşımı 274.

59 “Mahkemece zamanaşımının başlangıç tarihi olarak kabul edilen 1.9.1985 tarihli genel kurulda zarara ve zarar miktarına ittıla söz konusu değildir. Kooperatif zararı 11.8.1987 tarihli tespit raporu ile belirlenmiş ve öğrenilmiştir. Bu sebeple TTK. 309. maddesine göre zamanaşımı gerçekleşmemiştir” (11 HD E. 1989/6367, K. 1989/3541, T. 12. 06. 1989, hukukturk).

önce kira sözleşmesi ve taşınır/taşınmaz satım sözleşmesine ilişkin örnekler verilmiştir. Bu durumda yönetim kurulu üyeleri ile alacaklılar arasında sözleşmeye dayalı bir ilişki olmadığı, şirket ile alacaklılar arasında yapılan bir sözleşmede yönetim kurulu üyelerinin üçüncü kişi olması nedeniyle, alacaklılar yönetim kurulu üyelerine karşı haksız fiile dayanan dava açabilirler. Bu durumda BK m. 60'da düzenlenmiş bulunan bir ve on yıllık zamanaşımı süreleri geçerlidir<sup>60</sup>. Bu süreler zarar ve failin öğrenildiği tarihten itibaren bir yıl, zararı doğuran fiilin gerçekleştiği tarihten itibaren on yıldır<sup>61</sup>.

Zamanaşımı süresi, davacıların öncelikle şirkete dava etmeleri, bundan bir sonuç elde edemedikleri takdirde yönetim kurulu üyelerine başvurmaları halinde, zararı ve faili öğrenme olgusunu şirkete karşı yapılan takibin sonuçsuz kalması ile ilişkilendirerek başlatmak gerekir. Bu sonuç alacaklıların doğrudan zararlarına haksız fiil hükümlerinin uygulandığı ihtimal bakımından geçerlidir. Azami süre olan on yıllık sürenin başlangıcında zaten bir tereddüt bulunmamaktadır. İki yıllık süreyi ise birinci davadan sonuç elde edilemeyeceğinin anlaşıldığı tarihten itibaren iki yıl olarak uygulamak gerekir. Eğer davacı örneğin yönetim kurulu üyelerini şirket ya da kooperatifi ile *birlikte* dava açmış olsa zaten bu tartışmaya da gerek yoktur. Bu sonucun yukarıda ele alınan 15. HD'nin kararı ile uyumlu olduğunun belirtilmesi gerekir<sup>62</sup>.

## V. İbra Kararının Etkisi

İbra, şirketin yetkili organının yönetim kurulu üyelerinin söz konusu dönemdeki işlemlerinin hukuka ve işin niteliğine uygun olduğunu belirten bir

---

<sup>60</sup> Arslanlı 194; Bozkurt 186. Karşılaştırmak için bkz. Çamoğlu (Poroy/Tekinalp) 611; Çamoğlu, Zamanaşımı 275.

<sup>61</sup> Yeni Borçlar Kanunu m. 72 ile getirilen düzenlemede bir yıllık süre iki yıla çıkarılmıştır: Tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır.

<sup>62</sup> "...Bilindiği gibi anonim şirketler birer sermaye şirketi olup şirketin borçlarından dolayı ortakların haklarında takip yapılamaz. Anonim şirketin yönetim kurulu üyeleri haklarında şirket alacaklılarınca TTK. nun 366 ncı maddesine dayanılarak dava açılması mümkündür. Ancak bu davanın açılabilmesi, 3 üncü kişilerin şirket hakkında takip yapıp sonuç alamamaları halinde mümkün olmalıdır" 15 HD. E. 2007/85 K. 2007/95, T. 16.01.2007(hukukturk).

irade açıklamasıdır. Bu yönüyle menfi bir borç ikrarıdır. Alacaklıların veya ortakların doğrudan uğradıkları zararlar ile ortaklığın zararı arasında bir bağlantı yoktur. Bu nedenle şirketin ibra kararının ortakların veya alacaklıların doğrudan uğradıkları zararları talep etmelerine bir engel teşkil etmemektedir<sup>63</sup>.

## VI. Müteselsil Borçluluk

Yönetim kurulunun organ sıfatıyla yaptığı bütün işlemler ortaklığa izafe edilir. Şirket yönetim kurulu üyelerinin şirket namına yaptığı işlemlerden sorumlu olduğu gibi şirket işlerinin yapılması esnasında neden olunan haksız fiillerden de şirket sorumlu tutulmuştur (TTK m. 321/V). Yönetim kurulu üyeleri görevlerini yaptıkları sırada üçüncü kişilere karşı haksız fiilde bulunmuşlar ise şahsen sorumlu olurlar (MK m. 50/III). Ancak haksız fiilden TTK m. 321/V uyarınca şirket dahi sorumludur. Ancak şirket yönetim kurulu üyelerine rucu edebilir.

İşte TTK m. 321/V hükmü ile *haksız fiili* işleyen yönetim kurulu üyesinin yanında şirketin sorumlu tutulması bunlar arasında bir teselsül olup olmadığı sorununun ortaya çıkarmıştır. Alman ve İsviçre hukukunda da genel olarak teselsül görüşü benimsenmektedir<sup>64</sup>. Konu doktrinde haksız fiiller bakımından ortaklık ile yönetim kurulu üyeleri arasında *eksik teselsülün* olduğu, eksik teselsülün olması halinde de zararı ödeyen yönetim kurulu üyesinin ortaklığa rucu edemeyeceği, tam teselsül olması için sorumluluğun hukuki dayanağının aynı olması ve zararın müşterek kusur ile verilmesi gerektiği ileri sürülmektedir<sup>65</sup>. *Arslanlı* ise tam ve eksik teselsül ayrımına girmeksizin yönetim kurulu üyelerinin görevlerini yaptıkları sırada işledikleri haksız fiilden dolayı şirketinde müteselsilen sorumlu olduğunu ifade etmektedir<sup>66</sup>.

Alacaklılar ve pay sahiplerinin doğrudan zararları ile ilgili olarak yönetim kurulu üyelerinin davranışları *haksız fiil* olarak nitelendirilirse şirket ile

---

<sup>63</sup> **Steiger** (Çev. Çağa) 314, 315; **Çamoğlu** (Poroy/Tekinalp) p. 613, 621; **Çamoğlu**, Sorumluluk 239, 240; **Ansay** 145; **İmregün** 250; **Akdağ Güney** 113.

<sup>64</sup> **Bilgili** 65.

<sup>65</sup> **Çamoğlu** Sorumluluk 25; **Helvacı**, Sorumluluk 28; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop** 710; **Canyürek** 104.

<sup>66</sup> **Arslanlı** 190.

yönetim kurulu üyeleri bu görüş uyarınca eksik teselsül çerçevesinde sorumlu olur. Örneğin şirket yönetim kurulunun kusurlu bir şekilde üçüncü bir kişi ile sözleşme yaptığı ve şirketin bu sözleşme hükümlerini yerine getiremediği hallerde üçüncü kişiler kusurlu olan yönetim kurulu üyelerine karşı sorumluluk davası açabilirler.

Ancak yönetim kurulu üyelerinin alacaklı ve pay sahiplerine karşı sorumluluğu, sözleşmenin ihlaline (sözleşme benzeri) dayandırılması halinde sorumluluk hem aynı olgudan hem aynı hukuki sebepten kaynaklanmış olacaktır. Bu durumda yönetim kurulu üyeleri ile şirket arasında tam teselsülün olduğunun kabul edilmesi gerekir<sup>67</sup>. Zira burada biraz önceki örneği tekrar dönecek olursak, şirket ile üçüncü kişi bir sözleşme yapmış ve sözleşme şirket adına ve hesabına yönetim kurulu tarafından imzalanmıştır. İşte hem şirketin hem yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun temelinde bu sözleşme yatmaktadır. Bu sonuç müteselsil borçluluğun şartları bakımından ele alındığında; (1) alacaklı şirket yada yönetim kurulu üyelerinin herhangi birinden alacağının tamamından isteyebilmesi (2) bunlardan dilediğine başvurabilmesi ve (3) alacaklının tatmin edilmesi oranında diğer borçluların borcundan kurtulması<sup>68</sup>, olarak belirtilebilir.

Müteselsil sorumluluğun aynı hukuki sebebe dayanması nedeniyle tam teselsül olduğunun kabul edilmesi halinde, BK m. 134 hükmü gereği müteselsil borçluların birisi bakımından zamanaşımının kesilmesi halinde diğerleri bakımından da kesilmiş olur<sup>69</sup>.

6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanunu ise tam teselsül ve eksik teselsülü düzenleyen BK m. 50 ve 51 yerine m. 61'i sevk etmiştir. Bu hükme göre, *birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde, haklarında müteselsil sorum-*

---

<sup>67</sup> Tam teselsül ve eksik teselsül arasındaki farklar için bkz. **Akıntürk** 136 vd.

<sup>68</sup> **Akıntürk** 35 vd; **Canyürek** 11 vd.

<sup>69</sup> **Akıntürk** 137, 201 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop** 1052 vd. Ancak *Canyürek*, doktrinde müteselsil borçlulardan birine karşı zamanaşımının kesilmesinin diğer borçlularını da etkilemesinin doktrinde genel olarak benimsenmediğini ileri sürmektedir. Yazar zamanaşımının kesilmesinin *sadece alacaklının yapacağı takipler ile kesilen zamanaşımına hasredilebilmesinin* isabetli olacağını belirtmektedir (s. 102, 103).



*luluğa ilişkin hükümler uygulanır*<sup>70</sup>. Söz konusu hükme göre aynı zarardan çeşitli sebeplerle sorumlu olanlar arasında da müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanacaktır. Bu durumda zamanaşımının kesilmesini düzenleyen BK m. 155 hükmü de uygulama alanı bulur. Dolayısıyla şirkete ya da yönetim kurulu üyelerinden birine karşı alacaklının, dava veya def'i yoluyla mahkemeye veya hakeme başvurması, icra takibinde bulunması ya da iflas masasına başvurması (6098 Sayılı BK m. 154) halinde zamanaşımı kesilmiş olur.

Yönetim kurulu üyelerine karşı açılacak olan davada davacının hak kayıplarını önleme kaygısıyla, zamanaşımının durması ya da kesilmesi sonucunu doğuracak biçimde hükümlerin zorlanmaması gerektiği ileri sürülmektedir<sup>71</sup>. Zamanaşımına uğramış olan bir borç gerçek anlamda bir borç olarak kalmaya devam ettiği için söz konusu hükümleri alacaklı lehine yorumlamada da bir sakınca olmaması gerekir. Özellikle davacının örneğin şirkete ya da kooperatife karşı süresinde dava açtığı yani dava açmada ihmalkârlık göstermediği hallerde yönetim kurulu üyelerine karşı da aynı sürede dava açmadı diye zamanaşımı definin ileri sürülememesi gerekir. Zira davacı dava açmada bir ihmalkârlık göstermemiştir. Daha önemlisi kanun koyucu BK m. 134 ile buna imkân tanımıştır. Eğer kanun koyucu aksini öngörmüş olsaydı BK m. 134 de öngörüldüğü şekilde müteselsil borçlulardan birine karşı zamanaşımının kesilmiş olmasının diğerlerine etkilemeyeceği şeklinde bir hüküm öngörmesi gerekirdi<sup>72</sup>.

---

<sup>70</sup> 818 sayılı Borçlar Kanununun 51 inci maddesinin birinci fıkrasındaki hâl için “eksik teselsül”, aynı Kanunun 50 nci maddesindeki hâl için de “tam teselsül” şeklinde yapılan ayırımın öğretide eleştirildiği göz önünde tutulmuş ve Tasarıda bu ayırıma yer verilmiştir. Buna bağlı olarak, 818 sayılı Borçlar Kanununun ikili teselsül sistemi terkedilmiş ve her iki teselsül durumu bir bütün olarak değerlendirilip, aynı hükümlere tâbi tutulmuştur (6098 Sayılı BK Gerekçesi).

<sup>71</sup> Aynı yönde **Franko**, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davalarında Zamanaşımı ve Başlangıcı, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Bildiriler Tartışmalar IV, Ankara 1989, Tartışmalar 55; aksi yönde **Türk** 42, 46, 59.

<sup>72</sup> Burada alacaklının, davalılardan biri örneğin şirket aleyhine elde ettiği bir mahkeme ilamının yönetim kurulu üyeleri bakımından da kesin hüküm teşkil edip etmediğine işaret etmek gerekir. Kesin hükmün söz konusu olabilmesi için konu, sebep ve tarafların aynı olması gerekir (**Kuru/Arslan/Yılmaz** 790 vd). Müteselsil borçluluğun söz konusu olduğu hallerde tarafların farklı olması nedeniyle kesin hüküm yoktur. Ancak mahkemenin tespit ettiği maddi vakıalar bakımından kesin delil olması mümkündür.

Yönetim kurulu üyeleri ile şirketin alacaklıya karşı müteselsilen sorumlu olduğu kabul edilirken, bu sonuç yönetim kurulu üyelerinin de sorumlu olmasının mümkün olduğu hallerde geçerli olduğunun kabulü gerekir. Şirketin alacaklıya karşı sorumlu olması yönetim kurulu üyelerinin de kendiliğinden sorumlu olduğu anlamına gelmez. Sorumluluk şartları birbirinden farklıdır. Örneğin şirket genel kurulunun almış olduğu bir kararı yerine getirmekle yükümlü olan yönetim kurulu üyeleri bu yükümlülüğü yerine getirmeleri nedeniyle kusurlu sayılmayabilirler. Bu nedenle kusurlarının olmadığı kabul edilebilir.

### VII. 6102 Sayılı TTK Açısından

Yeni TTK'da konu şirket alacaklıları bakımından farklı bir şekilde düzenlenmiştir. Yeni TTK m. 553/I'e göre, *kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ihlal ettikleri takdirde, kusurlarının bulunmadığını ispatlamadıkça, hem şirkete hem pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumludurlar*. Hükümün kaynağı İsviçre BK m. 754 olup hem doğrudan hem de dolaylı zararlara uygulanır<sup>73</sup>.

TTK m. 309/IV'ü karşılayan hüküm Yeni TTK m. 560'dır. Bu hükme göre ise, *sorumlu olanlara karşı tazminat istemek hakkı, davacının zararı ve sorumluyu öğrendiği tarihten itibaren iki ve her hâlde zararı doğuran fiilin meydana geldiği günden itibaren beş yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Şu kadar ki, bu fiil cezayı gerektirip, Türk Ceza Kanununa göre daha uzun dava zamanaşımına tabi bulunuyorsa, tazminat davasına da bu zamanaşımı uygulanır*<sup>74</sup>.

<sup>73</sup> Yeni TTK 553'ün gerekçesi.

<sup>74</sup> Yeni TTK m. 560'a başka hükümler de yollama yapmıştır. Örneğin, Yeni TTK m. 476'ya göre, (1) Payın itibarî değeri en az bir kuruştur. Bu değer ancak birer kuruş ve katları olarak yükseltilebilir. Anılan itibarî değer Bakanlar Kurulunca yüz katına kadar artırılabilir.

(2) Birinci fıkraya aykırı olarak çıkarılan paylar geçersizdir; ancak, pay için yapılan ödemedir doğan haklar saklıdır. Söz konusu payları ihraç edenler, zarar verdikleri kişilere karşı müteselsilen sorumludur. Zamanaşımı hakkında 560 ıncı madde uygulanır.

Bu hükümde payları ihraç eden şirket yönetim kurulları olduğuna göre, pay ihraçı ile ilgili olarak zarar gören üçüncü kişiler Yeni TTK m. 560'da öngörülen süreler içinde yönetim kurulu üyelerine karşı (Yeni TTK m. 553/I) sorumluluk davası açabilirler.

Yeni TTK m. 553'ün gerekçesinde belirtildiği gibi Yeni TTK m. 560'da, TTK m. 309'da olduğu gibi *dolaylı* zarar ibaresine yer verilmemiş olması ve gerekçede de açıkça doğrudan zararların da bu kapsamda olduğunu ifade edilmesi tartışmaları sona erdirecek niteliktedir.

Ancak Yeni TTK m. 555/1'e göre, *şirketin uğradığı zararın tazminini, şirket ve her bir pay sahibi isteyebilir. Pay sahipleri tazminatın ancak şirkete ödenmesini isteyebilirler.* Bu hükümde şirketin uğradığı zararlar bakımından mevcut Kanunda olduğu gibi şirket alacaklıları dolayısıyla uğradığı zararlar bakımından *kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları* 'na karşı dava açma hakkına sahip değildir. Alacaklılar ancak iflas halinde TTK m. 556 çerçevesinde dava açabilirler.

6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun gerekçesinde kaynak hukukun aksine zamanaşımı sürelerinin iki ve beş yıla indirilmesi "memleketimizin ihtiyaçlarına uygun görülmemesi nedeniyle" kısaltılmıştı. 6102 Sayılı Kanunda ise konuya ilişkin bir açıklama yoktur. Zamanaşımı sürelerinin kaynak hukukta olduğu gibi daha uzun bir süre olması gerekir. Zira ülkemizin özel durumu yani iş hayatındaki hileli davranışların yaygınlığı, davayı uzatmaya yönelik talepler ve mahkemelerin iş yükü<sup>75</sup> vb bir çok sebep gerçek hak sahiplerinin haklarını elde edememelerine yol açmaktadır. Bu nedenle *Tandoğan*'ın zamanaşımı sürelerinin beş ve on yıla çıkarılması yönündeki teklif<sup>76</sup> bugün de geçerliliğini korumaktadır<sup>77</sup>.

Zamanaşımı sürelerine ilişkin yukarıda varılan sonuçların yeni TTK açısından yeniden ele alındığında farklılık ortaklar açısından söz konusu olabilir. Diğer bir ifade ile mevcut Kanunun da yer alan *dolaylı* ibaresinin kaldırılması ile birlikte ortakların uğradıkları doğrudan zararlar bakımından da Yeni TTK m. 560'da yer alan iki ve beş yıllık zamanaşımı süreleri uygulanır. Mevcut kanunda dolaylı zararlarda zaten TTK m. 309 uygulandığı için bir değişiklik olmayacaktır. Alacaklılar açısından bizim ulaştığımız sonuçlarda bir değişiklik söz konusu değildir.

---

<sup>75</sup> **Tandoğan**, Zamanaşımı 126.

<sup>76</sup> **Tandoğan**, Zamanaşımı 126. *Çamoğlu* ise iki yıllık sürenin yeterli olduğunu ancak beş yıllık sürenin on yıla çıkarılması gerektiğini belirtmektedir (Zamanaşımı 277).

<sup>77</sup> Örnek ülkeler için bkz. **Çamoğlu**, Zamanaşımı 268.

### VIII. SONUÇ

TTK m. 336 yönetim kurulu üyelerinin şirkete, ortaklara ve alacaklılara karşı sorumluluğunu düzenlemiştir. Ortaklar ile alacaklıların uğradıkları doğrudan zararlar bakımından yönetim kurulu üyelerinin sorumlulukları bir haksız fiil sorumluluğudur.

Bu tespitten sonra alacaklıların ve ortakların doğrudan zararlarına ilişkin zamanaşımı sürelerinin şu şekilde olması gerekir.

*İlk olarak, ortakların* doğrudan zararları bakımından BK m. 126/IV'ün uygulanması gerekir. Zira TTK m. 309, sadece *dolaylı* zararları kapsadığına göre ortaklar ile ortaklık arasındaki uyumsuzluklar bakımından BK m. 126/IV'de öngörülmüş olan zamanaşımı süresi uygulanmalıdır.

*İkinci olarak, alacaklıların* şirketler hukuku ile ilgili uğradıkları doğrudan zararlar bakımından TTK m. 309'da belirtilen zamanaşımı sürelerinin uygulanması gerekir. Bu durumda doğrudan zarar gören pay sahiplerinin alacak hakkı, TTK m. 309 uyarınca zararın ve sorumlu kişinin öğrenildiği tarihten itibaren iki ve zararı doğuran fiilin vuku tarihinden itibaren beş yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Söz konusu fiilin cezayı gerektirmesi halinde Ceza Kanunu bu fiile daha uzun bir zamanaşımı süresi öngörmüş ise tazminat davasına o zamanaşımı süresi uygulanır (TTK m. 309/IV).

*Üçüncü olarak, alacaklıların* şirketler hukuku bağlamında alacaklıları koruyan düzenlemeler kapsamında olmayan zararları bakımından genel hükümlerin uygulanması gerekir. Bu durumda BK m. 60'da düzenlenmiş bulunan bir ve on yıllık zamanaşımı süreleri geçerlidir. Bu süreler zarar ve failin öğrenildiği tarihten itibaren bir yıl, zararı doğuran fiilin gerçekleştiği tarihten itibaren on yıldır.

Mevcut Kanun bakımından ulaşılan bu sonuç 6102 Sayılı TTK bakımından da büyük ölçüde geçerlidir. Farklılık ortakların doğrudan uğradıkları zarar bakımındandır. Yeni Ticaret Kanununun yürürlüğe girmesi ile birlikte ortakların uğradıkları doğrudan zararlara da Yeni TTK m. 560'da yer alan zamanaşımı sürelerinin uygulanması gerekir.

### KAYNAKÇA

**Akdağ Güney**, Necla: Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2010.

**Akıntürk**, Turgut: Müteselsil Borçluluk, Ankara 1971.

**Ansay**, Tuğrul: Anonim Şirketler Hukuku Dersleri, Ankara 1975.

**Arslanlı**, Halil: Anonim Şirketler II-III İstanbul 1960.

**Bilgili**, Fatih: Yeni Gelişmelerle İsviçre ve Alman Hukuklarında Anonim Ortaklıkların Organlarının Davranışlarından Dolayı Üçüncü Kişiler Karşısındaki Sorumluluğu ve Organların Tazminat Borcu, Ankara 2004.

**Bozkurt**, Tamer: Türk Ticaret Kanunu ve Tasarısı Çerçevesinde Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukukî Sorumluluğu: Üyelerin Özellikle Doğrudan Doğruya Verdikleri Zararlardan Doğan Sorumlulukları ve Yargı Uygulaması, TBB Dergisi Sayı 83, 2009.

**Canyürek**, Murat: Müteselsil Borçlulukta İç ve Dış İlişkiler, İstanbul 2003.

**Çamoğlu**, Ersin: Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2007 (**Hukuki Sorumluluk**).

**Çamoğlu**, Ersin: Anonim Şirket İdare Meclisi Üyelerine Karşı Açılacak Mesuliyet Davalarında Zamanaşımı”, Batider 1965, C. III (**Zamanaşımı**).

**Helvacı**, Mehmet: Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyeleri ve Müdürlerin Ortaklığa Karşı Sorumluluklarının Tabi Olduğu Zamanaşımı, Prof. Dr. Fahiman TEKİL’in Anısına Armağan, İstanbul 2003 (**Zamanaşımı**).

**Helvacı**, Mehmet: Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 1995 (**Sorumluluk**).

**İmregün**, Oğuz: Anonim Ortaklıklar, İstanbul 1989.

**Kuru Baki/Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder**: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2003.

**Mimaroğlu**, Sait Kemal: Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukukî Mesuliyeti, Ankara 1967.

**Pulaşlı**, Hasan: Şirketler Hukuku, Adana 2007.

**Steiger**, F. v.: İsviçre’de Anonim Şirketler Hukuku (2. Basıdan Çeviri T. Çağa) İstanbul 1968.

**Tandoğan**, Haluk: Anonim Şirket İdare Meclisi Üyelerine Karşı Açılacak Mesuliyet Davalarının Müruruzamanı Hakkında Bazı Düşünceler”, Batider 1965, C.III, (**Zamanaşımı**).

**Tandoğan**, Haluk: Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, Ankara 1963 (**Üçüncü Şahıs**).

**Tekil**, Fahiman : Anonim Şirketler Hukuku, İstanbul 1998.

**Tekinay** Selahattin S./**Akman** Sermet/**Burcuoğlu** Haluk/**Altop** Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993.

**Türk**, Hikmet Sami: Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davalarında Zamanaşımı ve Başlangıcı, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Bildiriler Tartışmalar IV, Ankara 1989.

**Yıldız**, Şükrü: Kambiyo Senetlerinde Zamanaşımı Süreleri, Prof. Dr. Fahiman TEKİL’in Anısına Armağan, İstanbul 2003.

# ULUSLARARASI TİCARETTE KULLANILAN BELGELER

*Yrd. Doç. Dr. Sema BABAYİĞİT\**

## ÖZET

Uluslararası ticarete mal veya hizmetin alımı ve satımı süreci çerçevesinde kullanılan belgeler (vesaik) uluslararası ticari belgeler olarak isimlendirilmekte olup dış ticaretin vazgeçilmez unsurlarını teşkil ederler. Uluslararası belgeler, uluslararası alanda alıcı ile satıcı arasında akdedilen sözleşmelerin ifa güvenliğini sağlamaları ve bu hususlarda delil teşkil etmeleri yönleriyle uygulama için büyük öneme sahiptirler. Ayrıca dış ticaret işlemlerinde, bankalar mal veya hizmetin bizzat kendileri ile değil, mal veya hizmet için düzenlenmiş belgeler ile ilgilenmekte ve hukuken de bu belgelerden sorumlu bulunmaktadır. Bu itibarla, uluslararası ticarete kullanılan belgelerin türlerinin ve özelliklerinin ilgili taraflarca iyi tanınması dış ticaret çalışanlarını rahatlatacak ve iş akışını kolaylaştıracaktır.

Bu çalışmada uluslararası ticarete kullanılan bütün belgelerin kullanıldıkları yerler de dikkate alınarak incelenmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** *Uluslararası ticaret, uluslararası belgeler, taşıma belgeleri, sigorta belgeleri, gümrük belgeleri, menşe şahadetnamesi, A.TR dolaşım belgesi, fatura, helal belgesi.*

## GİRİŞ

Uluslararası ticarete mal veya hizmetin alımı ve satımı süreci çerçevesinde kullanılan belgeler (vesaik) dış ticaretin vazgeçilmez unsurlarını teşkil ederler. Bu belgeler, satılan malların taşınması, ithalat ve ihracat aşamasında gümrük giriş ve çıkış işlemlerinin yürütülmesi ve sonuçlandırılması yönlerinden büyük öneme sahiptirler<sup>1</sup>. Somut uluslararası ticari işlemlerde hangi

---

\* Melikşah Üniversitesi İİBF. Uluslararası Ticaret ve İşletmecilik Bölümü Öğretim Üyesi.

<sup>1</sup> **Kayhan, Şaban, Eski, Mehmet**, Uluslararası Ekonomi Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2010, sh.232.

belgelerin kullanılacağı, tarafların arasındaki sözleşmeye, uluslararası ödeme şekilleri ve teslim klozlarına ve ayrıca tarafların ülkelerinin ihracat ve ithalat rejimlerine göre belirlenir<sup>2</sup>. Bu belgelerin düzenlenmesi ve incelenmesinde göz önüne alınması gereken hususların, ilgili taraflarca açık bir şekilde bilinmesi güvenli bir uluslararası ticari işlemin gerçekleştirilmesi yönünden zorunludur. Alıcı ve satıcıların farklı ülkelerde bulunmaları, çoğu kez birbirlerini tanımamaları, yabancı bir dilde anlaşmaya çalışmaları vb. gibi nedenlerle karşılaşılabilecekleri rizikoların en aza indirilmesi amacıyla, alıcı ve satıcı, ticari ilişkilerin bankalar aracılığı ile yürütülmesinin sağlıklı ve yararlı olacağına bilincindedir. Çünkü bankalar ticari işlemlerin başlayışından sonuçlanmasına kadar geçen süreç esnasında taraflara güven vermektedir. Bundan dolayı, uluslararası ticaretin güven ortamında gerçekleşmesinde bankalar önemli bir rolü üstlenmektedir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, dış ticaret işlemlerinde, bankalar mal veya hizmetin bizzat kendileri ile değil, mal veya ürüne ilişkin belgeler ile ilgilenmekte ve hukuken de bu belgelerden sorumlu bulunmaktadır.

Bu nedenle, uluslararası ticarete kullanılan belgelerin türlerinin ve özelliklerinin ilgili taraflarca iyi tanınması ve bilinmesi gerekir. Zira, bir veya birkaç belgenin sözleşme (veya akreditif) şartlarına uygun olarak düzenlenmediğinin belirlenmesi üzerine, bankalarca rezerv (ödememe veya kabul etmeme kararı) konulabilmekte, bu durum ise bankalar ile müşterileri arasında ihtilaflara sebebiyet vermekte ve dava konusu olabilmektedir. Bu itibarla, bankalar tarafından genellikle 'akreditif vesai' veya 'tahsil vesai' olarak adlandırılan, mala, malın taşınmasına ve hizmetlere ilişkin belgeler dış ticaretin vazgeçilmez unsurları olarak karşımıza çıkmaktadır. Gerektiği biçimde düzenlenmeyen ve incelenmeyen bir belge rezerv konusu olabilmekte, bu ise firmalar ve bankalar arasında ihtilafa, parasal sorumluluk ve hatta dava konusuna sebep olabilmektedir. Bu açıdan sözkonusu belgelerin ve özelliklerinin çok iyi tanınıp bilinmesi dış ticaret çalışanlarını rahatlatacak ve iş akışını kolaylaştıracaktır.

Bu çalışmada uluslararası ticarete kullanılan bütün belgelerin kullanıldıkları yerler de dikkate alınarak incelenmesi amaçlanmıştır. Bu doğrultuda çalışma iki ana başlık düzleminde gerçekleştirilmiştir. Birinci ana başlıkta genel olarak uluslararası ticarete kullanılan belgelerin fonksiyonları ele

---

2 Kayıhan / Eski, sh.232.



alınmış, ikinci ana başlıkta ise bu belgeler kullanıldıkları ticari ilişkilere göre sınıflandırılmış ve her bir belge detaylı olarak hukuki niteliklerine yer verilerek incelenmiştir.

### ***I- ULUSLARARASI TİCARETE KULLANILAN BELGELERİN GENEL FONKSİYONLARI***

Uluslararası ticarete kullanılan belgelerin delil, güvence, dispozisyon, temlik (devir) ve finansman fonksiyonu vardır. Bu fonksiyonlar aşağıda açıklanmıştır:

- **Delil Fonksiyonu;** Bu tür belgelerin içeriğinde yer alan bilgiler, belgenin hukuki niteliğine bağlı olarak farklı konularda delil aracı olarak kullanılabilir. Örneğin bu belgeler özellikle hak sahipliğinin tespitine, bir işlemin yapıldığına, bir işleme başlandığına ve malın özelliklerine ilişkin delil niteliğini bünyelerinde barındırmaktadırlar<sup>3</sup>.

- **Güvence Fonksiyonu;** Ödeme şekillerinden akreditifte ihracatçıya ödeme ancak akreditif koşullarında istenen evrak teslimi karşılığında gerçekleştirilmektedir. Vesaik (belgeli) Mukabili Ödemede ise, ithalatçı ödeme yapmadan bu tür belgeleri elde edememektedir<sup>4</sup>.

- **Dispozisyon Fonksiyonu;** Bu fonksiyon taşıma belgelerini ilgilendirmektedir. Taşıma belgeleri göndericiye, teslimatın yapılacağı yeri değiştirmek, yükü geri getirtmek, taşımayı durdurmak ve yükün taşıma belgesinde gösterilen alıcıdan başkasına teslimini istemek (ikinci nüsha alıcıya gönderilmediği/ verilmediği durumlarda) suretiyle yüke tasarruf etme hakkını verir.

- **Temlik (Devir) Fonksiyonu;** Bu işlev, sadece kıymetli evrak niteliğini taşıyan konşimento, FIATA nakliyecisi taşıma makbuzu ve makbuz senedi için geçerlidir. Bu tür senetler ciro veya alacağın temlik hükümleri (temlik beyanı + teslim) çerçevesinde başkalarına devredilebilirler. Senedi devralan hamil bu senetlerin temsil ettiği malların hak sahibi olup, taşıyıcıdan veya antrepo sahibinden malın kendisine teslimini talep edebilir<sup>5</sup>.

---

3 Kayıhan / Eski, sh.232-233.

4 Kayıhan / Eski, sh.233.

5 Kayıhan / Eski, sh.233.

- **Finansman Fonksiyonu;** Özellikle konşimento, makbuz senedi ve FIATA nakliyecisi taşıma makbuzu kredi kuruluşlarından kredi çekmek için iyi birer güvence aracı olarak karşımıza çıkmaktadırlar<sup>6</sup>.

## II- BELGE TÜRLERİ

Belgeler; ticari belgeler (satış kontratı, proforma fatura, ticari fatura gibi), banka belgeleri (poliçe, akreditif ihbar mektubu, akreditif başvuru formu), taşıma ve sigorta belgeleri (konşimento ve sigorta poliçesi) ve devletlerin formalitelerine göre düzenlenen belgeler olarak dört gruba ayrılabilir.<sup>7</sup> Bu çalışmada sırası ile taşıma belgeleri, sigorta belgeleri, makbuz senedi, ticari belgeler ve gümrük belgeleri ele alınmıştır.

### 1- Taşıma Belgeleri

#### A. Genel Olarak

Taşıma belgelerinin dünya genelinde tek tip veya en azından içerik olarak aynı olmaları, bu alanda çıkabilecek uyumsuzlukların ve engellerin önüne geçmektedir. Bundan dolayı eşya taşımacılığını konu alan uluslararası anlaşmalarda düzenlenecek taşıma belgesinin içeriğine ve fonksiyonlarına ilişkin kurallar bulunmaktadır. (ör. bkz. CMR m.4-16). Aynı şekilde, uluslararası taşımacılık alanında yer alan kuruluşlar da tek tip taşıma belgelerinin oluşmasında önemli ölçüde katkı sağlamaktadırlar (ör. FIATA).

Taşıma belgeleri ya tek bir taşıyıcı tarafından veya birden fazla taşıyıcı varsa alt taşıyanlar tarafından da tanzim edilebilmektedir<sup>8</sup>.

Uluslararası ticarete kullanılan başlıca taşıma belgeleri şunlardır;

- Konşimento (deniz taşımacılığında),
- CMR sevk mektubu (karayolu taşıma senedi),
- Havayolu yük senedi (havayolu konşimentosu),
- CIM taşıma belgesi (hamule senedi, demiryolu),

---

<sup>6</sup> Kayıhan / Eski, sh.233.

<sup>7</sup> Weiss/Building An Import/ Export business, second edition, John Wiley & Sons, Inc.,2002

<sup>8</sup> Kayıhan / Eski, sh.233..

- FIATA multimodal taşıma konişmentosu (Multimodal Transport Bill of Lading FBL),
- FIATA nakliyecii tesellüm makbuzu (Forwarders Certificate of Receipt -FCR)
- FIATA nakliyecii taşıma makbuzu (Forwarders Certificate of Transport – FCT)<sup>9</sup>.

## B. Taşıma Belgesi Türleri

### a. Konişmento (Denizyolu Taşıma Senedi)

#### aa. Tanımı

Latince “cognoscere” (tanımak) sözcüğünden gelen konişmento<sup>10</sup> dilimizde çeşitli şekillerde söylenmektedir. Konişmento veya konişmento şeklinde kullanılan bu sözcükler esasen birbirinin aynı olup, İtalyanca’dan dilimize geçmiştir.<sup>11</sup> Konişmento; (Konnosement, connaissance, bill of lading, marine bill of lading, ocean bill of lading) taşıyan tarafından yükletenin (shipper) talebi üzerine tek taraflı olarak düzenlenen deniz ticareti ile ilgili bir belge, yani yük senedi olup; bu belge ile taşıyan bir yandan sevk için gönderenden eşyayı teslim aldığını beyan ve diğer yandan da seferin sonunda (varış limanında) yükün kanunen yetkili hâmiline teslimini taahhüt etmektedir<sup>12</sup>. Bu yönüyle konişmento, öncelikle taşıyan tarafından ve kanunun öngördüğü şekilde düzenlenmesi gereken tek yanlı borç doğuran kıymetli evrak niteliğinde bir senettir. Konişmento ayrıca, taşıyanla taşıtan arasındaki kırkambar sözleşmesinin içeriğinin belirlenmesi açısından da önemlidir<sup>13</sup>.

#### **Konişmento 01 Temmuz 2011 tarihinde yürürlüğe gireceğı kabul edilen**

<sup>9</sup> Bkz. **Kayıhan / Eski**, sh.233 – 234.

<sup>10</sup> **Deveci, Ali D.**, Deniz Konişmentoları ve Dış Ticaretteki Fonksiyonları, <http://www.geocities.com/CapitolHill/Senate/4950/deniz.htm>, (19/06/06); **Kayıhan, Şaban**, Ticaret Hukuku, Seçkin Yayınları, 4. Baskı, Ankara 2009, sh.329.

<sup>11</sup> **Kayıhan**, sh.329.

<sup>12</sup> **Kender, Rayegân, Çetingil, Ergon**, Deniz Ticareti Hukuku, (Takip Hukuku ve Deniz Sigortaları ile Birlikte) Temel Bilgiler, Genişletilmiş 7. Baskı, İstanbul 2003, sh.112; **Çağa, Tahir**, Deniz Ticareti Hukuku II, Navlun Sözleşmesi, 5. Baskı, İstanbul 1995, sh.57; **Kayıhan**, sh.329.

<sup>13</sup> **Kender / Çetingil**, sh.113; **Kayıhan**, sh.330.

**6102 sayılı Yeni TTK. m. 1228 – 1242 hükümleri ile düzenlenmiştir<sup>14</sup>.** Konişmento ticari önemine istinaden ayrıca uluslararası ticaret alanında da düzenleme konusu olmuştur. 25.08.1924 tarihinde “*Konişmento ile İlgili Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkında Milletlerarası Brüksel Konvansiyonu*” ile kabul edilmiş, Ülkemiz bu konvansiyonu 17.02.1955 tarih ve 6469 sayılı kanunla onaylamıştır<sup>15</sup>. Denizyolu ile eşya taşıma sahasındaki sorumluluğun emredici hukuka bağlanması esasını getiren bu Konvansiyon birçok ülkenin kanunlarının ve uygulamasının temelini teşkil etmiştir. Bu konvansiyonda da 23.02.1968 tarihli protokolle bir dizi değişiklikler gerçekleştirilmiştir<sup>16</sup>.

#### **bb. Hukuki Niteliği**

Hukuki niteliği bakımından konişmento, öncelikle taşıyanın kendisine sevk için gönderilen eşyayı teslim aldığı hususundaki kabul ve tanıma beyanını içeren bir belgedir. Öte yandan konişmento ile taşınacak yükün yolculuk sonunda bu belgenin kanunen yetkili hâmiline teslimi taahhüdü de beyan edilmekte ve konişmentonun düzenlenmesiyle sefer sonunda yükün teslimine yönelik kişisel bir borç ve bu borçtan dolayı da talep hakkı gündeme gelmektedir<sup>17</sup>.

#### **cc. Konişmentonun Şekil Şartları**

Konişmento kıymetli evrak niteliğinde bir belge olduğu için yazılı şekilde yapılmak zorundadır<sup>18</sup>. Türk Ticaret Kanunu'nun 1229 /f.1 hükmünde konişmentonun içeriği 13 bent olarak belirlenmiştir (karş. 6762 sayılı TTK. m. 1098). Deniz ticaretinde kullanılan en önemli belgelerden biri olan konişmentonun ticari ilişkilerde kıymetli evrakın tedavül işlevini yerine getirebilmesi için asgari olarak şu şartları içermesi gerekmektedir:

---

<sup>14</sup> Konişmento henüz yürürlükte olan 6762 sayılı TTK.'nın 1097-1118 hükümleri arasında tanzim edilmektedir.

<sup>15</sup> RG. 22.02.1955.

<sup>16</sup> **İzveren, Adil / Franko, Nisim / Çalık, Ahmet**, Deniz Ticareti Hukuku, Ankara 1994, sh.213; **Kayıhan**, sh.340.

<sup>17</sup> **İzveren / Franko / Çalık**, sh.213; **Kayıhan**, sh.330.

<sup>18</sup> **Kender / Çetingil**, sh.115, 123.

a) Yükletenin beyanına uygun olarak gemiye yüklenen veya yüklenmek üzere teslim alınan eşyanın genel olarak cinsini, tanınması için zorunlu olan işaretlerini, gerektiğinde tehlikeli eşya niteliğinde olup olmadığı hakkında açık bir bilgiyi, koli veya parça sayısı ile ağırlığını veya başka suretle ifade edilen miktarını.

b) Eşyanın haricen belli olan hâl ve durumunu.

c) Taşıyanın adı ve soyadını veya ticaret unvanını ve işletme merkezini.

d) Kaptanın adı ve soyadını.

e) Geminin adını ve tabiiyetini.

f) Yükletenin adı ve soyadını veya ticaret unvanını.

g) Yükleten tarafından bildirilmişse, gönderilenin adı ve soyadını veya ticaret unvanını.

h) Navlun sözleşmesine göre yükleme limanını ve taşıyanın eşyayı yükleme limanında teslim aldığı tarihi.

i) Navlun sözleşmesine göre boşaltma limanını veya buna ilişkin talimat alınacak yeri.

j) Konişmentonun düzenlendiği yer ve tarihi.

k) Taşıyan veya onu temsilen hareket eden kişinin imzasını.

l) Navlunun gönderilen tarafından ödeneceğine dair kayıtları, ödenecekse bunun miktarını.

m) Navlun sözleşmesinde açıkça kararlaştırılmışsa, eşyanın boşaltma limanında teslim olunacağı tarih ve süreyi.

n) Sorumluluk sınırlarını genişleten her şartı.

o) Taraflarca uygun görülen diğer kayıtları.

Yeni TTK. m.1229/f.2 hükmü; *“Birinci fıkrada sayılan unsurlardan bir veya birkaçının konişmentoda bulunmaması senedin hukuken konişmento sayılmasını engellemez; yeter ki, senet 1228 inci maddenin birinci fıkrasında yazılı unsurları taşımakta olsun”* hükmünü de öngörerek konişmentonun kıymetli evrak olarak tanzimine ve geçerliliğine ilişkin ilişkin olarak tabii caiz ise bir şans daha tanımıştır.

**dd. Konişmentonun Düzenlenme Şekilleri**

Türk Ticaret Kanunu'na göre konişmento sadece iki şekilde düzenlenebilmektedir: Bunlar; Yükleme konişmentosu ve tesellüm konişmentolarıdır.

**i. Yükleme Konişmentosu (On Board Bill Of Lading)**

Yük gemiye yüklenir yüklenmez düzenlenen konişmentodur. Yükleme konişmentosu, TTK. m. 1228/f.2'ye göre yükün gemiye alınması üzerine yükletenin talebiyle, yük alındığı esnada daha önceden verilmiş olan geçici makbuz (mate's receipt) veya tesellüm konişmentosunun geri verilmesi karşılığında düzenlenir (6762 sayılı TTK. m. 1097/f.1). TTK. m.1228/f.4'e göre konişmentonun bütün örneklerinin metin itibariyle aynı olması, aynı zamanda kaç örnek düzenlendiğinin de konişmento üzerinde gösterilmesi gereklidir. TTK. m.1228/f.5 hükmüne göre de konişmento, taşıyanın tek taraflı yazılı beyanı olduğu için kural olarak sadece onun imzasını içermekle birlikte, yükleten, taşıyanın talebi üzerine konişmentonun kendisi tarafından imzalanmış bir örneğini taşıyana vermekle yükümlüdür (6762 sayılı TTK. m. 1097/f.3). Kaptan kopyası (captain's bill of lading) olarak isimlendirilen bu nüsha, gümrük işlemlerinde manifesto ile birlikte kullanıldığı gibi kaptana varma limanında kendisine ibraz olunan konişmento örneğini kontrol olanağını vermektedir.

Charter taşımalarda kullanılan konişmento çeşidi budur. Zira bu tür taşımalarda taşıyan yükü çoğu kez yüklemeden önce tesellüm etmez<sup>19</sup>.

**ii. Tesellüm Konişmentosu (Receipt For Shipment Bill Of Lading)**

Yeni Türk Ticaret Kanunu m.1228/f.2'ye göre taşınmak üzere alınan ve fakat henüz gemiye yükletilmemiş olan mallar için yükletenin talebi ve onayı ile düzenlenen konişmentoya tesellüm konişmentosu denir. Tesellüm konişmentosuna malların ne zaman ve hangi gemiye yüklenmiş olduğuna dair bir kayıt düşüldüğü takdirde "yükleme konişmentosu" niteliğini alır ve onun yerine geçer (6762 sayılı TTK. m. 1097/f.5). Buradan da anlaşılacağı üzere; tesellüm konişmentosu, taşınmak üzere teslim alınan ve henüz geminin bordasına konulmamış olan yük için tanzim olunan bir belgedir. Tesellüm konişmentosunun düzenlenebilmesi için, dolaylı dahi olsa yükün taşıya-

---

<sup>19</sup> Çağa, sh.58-59, Kayıhan, sh.333.

nın zilyetliğine geçmesi gerekmektedir. Tesellüm konişmentosu uygulamada önemli bir ihtiyacı karşılar<sup>20</sup>.

### ee. Devir Şekilleri Açısından Konişmento

Kıymeti evrak niteliğinde olan konişmentoda miktar ve nitelikleri yazılı malların sefer sonunda kanunen yetkili hâmiline teslimi taahhüdünden doğan talep hakkı senede bağlı olup konişmentodan ayrı olarak ileri sürülemeyeceği gibi senetten ayrı olarak başkalarına devir de edilemez. Bundan dolayı da; konişmentoda yazılı malların teslimini isteyebilmek için mutlaka konişmentonun ibrazı ve bu hakkın devredebilmesi için de mutlaka konişmentonun teslim edilmesi gereklidir. Konişmentonun ibrazı ve teslimi karşılığında taşıyan veya onun kanuni temsilcisi olan kaptan veya acentesi, konişmentoda beyan edilen malları teslim etmekle yükümlüdürler.

Konişmentonun kıymetli evrak niteliği, ona tedavül kabiliyetini kazandırmakta ve dolayısıyla deniz ticaretinde önemli bir işlev yerine getirmektedir.

Konişmento; emre, nama veya hâmiline olmak üzere her üç şekilde düzenlenebilir de, uygulamada daha çok emre yazılı konişmentolar tercih edilmektedir<sup>21</sup>.

### i. Emre Yazılı Konişmento (Orderkonossement, Order bill fo Lading, Negotiable Bill of Lading)

Bu konişmento türünde; malı teslim alacak olan kimse konişmentonun içeriğine göre belirlendiğinden; aksi kararlaştırılmadıkça konişmento, yükletenin talebi üzerine gönderilenin emrine veya sadece emre olarak düzenlenir. konişmento yalnızca “emre” olarak düzenlendiği takdirde, bu durumda malı teslim alacak kimse belirsiz olduğundan bu kayıt “yükletenin emrine” olarak anlaşılır. Emre yazılı konişmentonun konusu olan malın teslimi hakkının devri, ciro edilen konişmentonun devri ile tamamlanır (karş. Yeni TTK. m. 1232). Böylece emre yazılı konişmentoda söz konusu olan temlik (devri)

---

<sup>20</sup> Kayıhan, sh.333 - 334; Çağa, sh. 59.

<sup>21</sup> Kender / Çetingil, sh.125; Kayıhan / Eski, sh.238; Kayıhan, sh.334.

cirosunun şekli ve sonuçları bakımından; diğer ticari senetlerde olduğu gibi poliçe hukuku kuralları uygulama alanı bulur<sup>22</sup>.

### ii. Nama Yazılı Konişmento (Rektakonnossement, Straight Bill of

#### Lading)

Bu tür konişmentolarda, asıl alıcının adı ve soyadı senede yazılır. Hak sahibi, yani malı teslim alacak olan kişi konişmentoda kesin olarak ismen belirlenir (Yeni TTK. m.654, 6762 Sayılı TTK. m. 566). Nama yazılı konişmentoda yer alan hak, konişmento olmadan talep edilemez. Taşıyan veya temsilcisi, sadece konişmentonun hâmilisi bulunan ve belgede adı yazılı olan veya onun halefi olduğunu ispat eden kişilere malı teslim etmekle yükümlüdür. Böyle bir ispatlama olmaksızın taşıyıcı veya onun adına acentesi malı teslim ettiği takdirde taşıyan, konişmentonun gerçek sahibi olduğunu ispatlayan bir üçüncü kişiye karşı borcundan kurtulamayacaktır. Zira kıymetli evrakta “yanlış ifa eden iki kere ifa eder” prensibi yürür (Yeni TTK. m.655, 6762 Sayılı TTK. m.567). Bu yüzden nama yazılı konişmentoların tedavül (el değiştirme) kabiliyeti bulunmamaktadır. Nama yazılı konişmentonun konusu olan malların teslimini talep hakkı; ya doğrudan doğruya genel hükümlere göre (alacağın temlik yoluyla) veya konişmentodan ayrı olarak bir temlikname (devir beyanı) ile gerçekleştirilebilir<sup>23</sup>.

### iii. Hâmiline Yazılı Konişmento (Inhaberkonnossement, Open Bill of Lading, Bearer Bill of Lading)

Bu tür konişmentolara pratikte çok nadir rastlanmaktadır. Hâmiline yazılı konişmentonun yetkili hâmilisi kim ise, yani kim hukuka uygun olarak konişmentoyu elinde bulunduruyor ise o kişi (konişmentonun zilyedi) hak sahibi sayılacağından; senede bağlanmış olan hak, salt senedin teslimi ile üçüncü kişilere devredilebilmektedir<sup>24</sup>.

---

22 Kayıhan, sh.335.

23 İzveren / Franko / Çalık, sh.225; Kayıhan, sh.336.

24 Kayıhan, sh.336.



**ff. Yükün Haricen Belli Olan Durum ve Niteliği Açısından Konişmentolar**

Taşınmak üzere teslim edilen emtianın konişmentoda belirlenmesi gerekmektedir. Çünkü, yükün tesliminin kabulü ve teslim taahhüdünün tamamlanabilmesi için teslim edildiğini kabul ve varma limanında teslimi taahhüt edilen malın ne olduğunun (cinsi, miktarı, vs.) beyan edilmesi şarttır. Konişmento için önemli bir unsur olan bu tespit, yükün gemideki diğer yüklerden her zaman ayırt edilmesini sağlayacak nitelikte ve tam olmak durumundadır. Yük, konişmentoya nasıl kayıt olunmuşsa o şekilde teslim edildiğine ilişkin bir karine vardır (6762 Sayılı TTK. m.1110/f.2, Yeni TTK. m.1239/f.3). Bir diğer söyleyişle yük konişmentoda yazılı olduğu şekilde taşıyıcıya teslim edilmiş addolunur, bunun tersini iddia eden ispat etmekle yükümlüdür. Buna göre taşıyan;

- Yükün miktarını, markasını ve dışarıdan belli olan hak ve niteliğini yükletenin isteği üzerine onun beyanı doğrultusunda konişmentoda belirtmekle yükümlüdür; ancak bunun için beyanın yazılı ve yükleme başlamadan önce yapılmış olması şartı aranır.
- Yükün cinsi konişmentoya kayıt edilmelidir.
- Eğer yükün değeri hususu navlun sözleşmesinde kabul edilmiş ise, bu durumda yükün değerini de konişmentoya geçirilmek zorundadır<sup>25</sup>.

Akreditif işlemlerinde en çok anlaşmazlık, ilk durumla ilgili olan konularda gündeme gelmektedir<sup>26</sup>. Yükletenin yükün haricen belli olan hâl ve niteliği hususundaki beyanlarının konişmentoya yazılması gerekmektedir. Bu durum genellikle kaptan tarafından, “harici görünüşüne nazaran iyi durumda” (in apparent good order and condition) şeklinde yazılır. Bu gibi beyanlardan mütevellit ispat karinesi, örneğin çuval veya koli içindeki mallarda yalnız çuvalların veya kolilerin durumu için hüküm ifade etmektedir<sup>27</sup>.

Konişmentoda bu hususta hiçbir kayıt bulunmazsa bundan yükün teslim alınırken iyi bir durumda bulunduğu zımnen teyit olduğu hukuki sonucu çıkmamaktadır.

---

25 **Kayhan**, sh.337.

26 **Deveci**, Deniz Konişmentoları.

27 **Deveci**, Deniz Konişmentoları; Ayrıca bkz. **Kayhan**, sh.338.

Yük yükletenin beyanı hilâfına hasarlı ise veya dış görünüşü itibariyle iyi durumda değil ise, taşıyan yükletenin beyanıyla bağlı olmayacaktır. Taşıyan, konişmentoda bu hasar ve kötü durumları belirtir ve böylece malların güncel hâl ve durumu bakımından Yeni TTK. m.1239/f.3 (6762 Sayılı TTK. m.1110/f.2)'deki karineyi ve yanlış konişmento düzenlenmesinden doğacak sorumluluğunu bertaraf eder. Bu durum uygulamada, “dört sandık hasarlı, kırık”, “kırk çuval yırtık”, “elli koli ıslak”, “yirmi çuval un hafif ıslak” vb. şekillerde belirtilir. Bu kayıtlara “*marjinal kayıtlar*” denmektedir. Uluslararası ticaret alanında bu konişmentolar “*temiz sayılmaz*” ve akreditif işlemlerinde aksine hüküm olmadıkça, bankalar tarafından da kabul edilmezler. Bu sebepten dolayı ihracatçılar (malı yükletenler) konişmentoya böyle bir kaydın konmasını istemezler<sup>28</sup>.

Akreditif işlemleri açısından konişmentonun akreditif işleminde aksine bir hüküm yoksa “*temiz konişmento*” olması gerekmektedir. Buna göre malların haricen belli olan hâl ve niteliği bakımından konişmentoları ikiye ayırabiliriz.

#### **i. Temiz Konişmento (Clean Bill Of Lading)**

Lahey kaidelerine göre taşıyıcılar, malların dış görünüşteki düzen ve durumlarını gösteren bir konişmento düzenlemekle yükümlüdürler. Malların dış görünüşteki sayı, düzen ve durumları hakkında herhangi bir ŝerh (remark) içermeyen konişmentolara “*temiz*” konişmento denilmektedir. Mal hasarsız ve eksiksiz yüklendiğinde konişmentoya “*clean on board*” kaydı düşülerek yükün temiz olduğu belirtilir. Ayrıca, üzerinde herhangi bir rezerv taşımayan konişmento da temiz konişmento olarak kabul edilir. Bu doğrultuda bir konişmentonun temiz olması için mutlaka “*clean on board*” terimini taşıması gerekmez. Ancak akreditifte konişmento üzerinde mutlaka “*clean on board*” kaydı istenmişse bu durumda uygulamada bankanın konişmentoyu kabul edebilmesi için bu kaydın muhakkak konişmento üzerine yazılması şarttır<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> Deveci, Deniz Konişmentoları.

<sup>29</sup> Kayıhan / Eski, sh.240; Kayıhan, sh.339

**ii. Rezervli Konişmento (Foul / Caused / Dirty Bill Of Lading)**

Malların dış görünüşteki düzen, durum veya sayıları hakkında herhangi bir rezerv içeren konişmentolara “*rezervli konişmento*” denmektedir. Rezervli konişmentolar, ihracatçıları güç durumda bıraktığından, Milletlerarası Ticaret Odası, ilk defa 1963 yılında 223 yayın numarası ile “*clean bill of lading*” adında, son olarak 1984 yılında yenilediği bir yayın yapmıştır<sup>30</sup>. Kitapçıkta örnek olarak konişmentoya verilebilecek rezervler yazılmıştır. Örneğin; Bitkisel yağ tohumları için “kullanılmış çuvallar / kısmen tamir edilmiş / bazı çuvallar yırtık” , ham yağ için “kullanılmış variller / içe çökmüş variller” gibi.

İlgili kısımda belirtildiği gibi INCOTERMS (uluslararası ticari terimler) koşullarından biri olan CIF satışlarda satıcının yükümlülüklerinde 7. madde şöyle bir not içermektedir: “Temiz bir konişmento, malın ya da ambalajının bir kusuru olduğunu ifade etmeyen bir konişmentodur. Aşağıdaki şerhler bir konişmentoyu “rezervli” yapmaz;

- Malın ya da ambalajının yetersiz olduğunun kesin suretle belirtilmemesi,
- Malın, ambalajının tabi durumundan doğacak rizikolardan taşıyıcının sorumlu olmayacağına ilişkin kayıtlar,
- Malın içeriği, ağırlığı, ölçüsü, teknik özelliklerinin bilinmediğine ilişkin kayıtlar,
- Yükleenin beyanına göredir” (“said to contain”, said by shipper to contain”) ve benzeri kayıtlar.

Kapalı kaplardaki (konteyner gibi) mallara ilişkin bulunan ve “yükleenin tartı ve sayımına göre” (shipper’s load and count) gibi şerhler içeren konişmentolar aksi akreditif işleminde açıkça ifade edilmediği sürece konişmentonun temiz konişmento olma niteliğine hanel vermez<sup>31</sup>.

---

30 Deveci, Deniz Konişmentoları.

31 Deveci, Deniz Konişmentoları; Kayıhan / Eski, sh.240; Kayıhan, sh.339–340.

**iii. Bayat Konişmento (Stale Bill of Lading)**

Konişmentonun, yükleme tarihini takip eden en kısa zaman zarfında bankaya ibraz edilmesi gerekir. Aksi durumda konişmento, malların varışından makul bir süre önce alıcının eline geçmeyebilir. Malların varış limanına gelmiş olmasına karşın konişmentonun henüz alıcının eline geçmemesi gecikme masraflarına (demurrage) neden olur. Akreditif işlemlerinde yükleme tarihinden itibaren 21 gün içinde bankaya ibraz edilmeyen konişmentolar bayat konişmento olarak nitelendirilir ve rezerve konu olur<sup>32</sup>, bankalar tarafından kabul edilmeme riski gündeme gelir. Bununla birlikte akreditifte bayat konişmentonun bankaca kabul edileceğine ilişkin baştan bir kabul bulunduğu takdirde banka bu konuda rezerv koyamaz<sup>33</sup>.

**b. CMR Sevk Mektubu (Karayolu Taşıma Senedi)**

CMR sevkiyat belgesi uluslararası nitelikteki CMR anlaşmasının hükümlerini kabul eden ülkelerce kullanılan bir karayolu taşıma belgesidir. Taşımanın CMR hükümleri çerçevesinde yapıldığını belgeler.

Bu anlaşma kapsamında, malın anlaşmaya üye ülkeler arasında taşınması sırasında mala gelebilecek hasar, kayıp, zarar, ziyan ve gecikmelerde, gönderen- taşıyan-alıcı arasında sorumluluk ve yükümlülükleri belirten bir sözleşme akdolunmaktadır<sup>34</sup>. Bu belge taşımacılık firması tarafından alıcının adına düzenlenir.

**CMR belgesinin düzenlenmesi için:**

- Karayoluyla yapılacak bir taşıma olmalı,
- Taşımanın konusu eşya olmalı,
- Taşıma işi ücret karşılığında yapılmalı,
- Taşıma, uluslararası nitelikte olmalıdır<sup>35</sup>.

---

<sup>32</sup> Kayıhan / Eski, sh.241.

<sup>33</sup> Kayıhan / Eski, sh.241.

<sup>34</sup> <http://www.gumrukkontrolor.org.tr/YayinlarDergiler446.html> (15.03.2009).

<sup>35</sup> Şanlı, Cemal/Ekşi, Nuray; Uluslararası Ticaret Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2005, sh. 230.

Üç orijinal nüsha olarak düzenlenir. Birincisi yükletene verilir, ikincisi mallara eşlik eder, üçüncüsü de taşımacıda kalır<sup>36</sup>. Yükleten mallar yolda iken taşımayı durdurma, teslim yerini değiştirme gibi haklara sahiptir.

**CMR sevkiyat belgesinde bulunması gerekli unsurlar şunlardır:**

- Alıcının adı, soyadı veya ticaret unvanı ve adresi, eşyanın gönderildiği yer ve taşıma senedinin emre yazılı olması isteniyorsa emrine düzenlenmesi,
- Taşınacak eşyanın cinsi, ağırlığı veya adedi, paket halinde iseler paketlere yazılı numaraları ve işaretleri ve ambalajın şekli ve niteliği,
- Gönderenin adı, soyadı veya ticaret unvanı ve adresi,
- Taşıyıcının adı, soyadı veya ticaret unvanı ve adresi,
- Taşıma ücreti ve ücret ödenmiş ise bu husus,
- Taşımanın yapılacağı müddet,
- Taraflar arasında kararlaştırılan diğer hususlar<sup>37</sup>.
- Akreditifli bir işlem ise, akreditifte belirtilmiş özel koşullar veya CMR'ye işlenmesi istenen şerhler varsa CMR'de bu hususlara da yer verilmelidir.

CMR belgesinin düzenlenmesi, malların nakliyeciden iyi durumda teslim alındığını, taşıma sözleşmesinin yapıldığını ve malın sigorta edildiğini göstermektedir.

**c. Havayolu Yük Senedi (Havayolu Konşimentosu, Airwaybill)**

Havayolu ile yük taşımalarında kullanılan bu belge, uçakla taşınacak mallar için Uluslararası Hava Taşımacılığı Birliği (IATA) tarafından belirlenen kurallara göre düzenlenir.

Buna ilişkin kurallar 1975 tarihli Varşova Konvansiyonu'nu değiştiren Montreal Protokolü metinleri arasında yer almıştır.

---

<sup>36</sup> Ayşegül Atabey, Dış Ticaret Ders Notları, 2004, sh. 91.

<sup>37</sup> <http://belgerehberi.blogspot.com200710mene-ahadetnamesi.html> (15.03.2009).

Havayolu firmaları tarafından düzenlenen ve malların taşınmak üzere teslim alındığını gösteren bu belge, varış havalimanında gümrük işleminin tamamlanmasından sonra malların belgede ismi yazılı olan alıcıya teslim edileceğini işaret eder.

Belge 3 nüsha orijinal ve 9 kopya olmak üzere düzenlenir. Hava yük senedinin ilk orijinali havayolu şirketine, ikinci orijinali malla beraber alıcıya, üçüncü orijinali ise yükletene verilmektedir<sup>38</sup>.

**Havayolu konişmentosu aşağıdaki bilgi ve ögeleri içermektedir:**

- Hareket ve varış yeri,
- Gönderilen malın cins ve miktarı,
- Uçuş sefer sayısı ve tarihi,
- Alıcının adı,
- Yükletenin adı,
- Havayolu şirketinin kaşe ve imzası.

Havayolu konişmentosu yükün taşıma şartlarına uygun bir şekilde teslim edildiğini, eksiksiz bir şekilde teslim alındığını belirten bir belgedir.

Bu belge nama düzenlenmektedir, kıymetli evrak niteliğinde değildir. Bu nedenle yükü temsil etme fonksiyonu icra etmez<sup>39</sup>.

**d. Demiryolu Taşıma Belgesi (Hamule Belgesi, Railwaybill)**

*Trenle gerçekleştirilen taşımacılıkla kullanılan taşıma belgesi olup taşıma CIM çerçevesinde gerçekleştiriliyorsa düzenlenecek taşıma (hamule) belgesi de bu Konvansiyona uygun olacaktır<sup>40</sup>. Demiryolu idaresince belgenin gönderene verilışı sadece malın bir vagonu doldurması durumu ile sınırlıdır. Aksi halde yani bir gönderene ait malın vagonu doldurmaması durumunda demiryolu idaresi hamule senedi vermez. Bu gibi durumlarda malın bir taşıma komisyoncusuna teslim edilerek ondan nakliyeci makbuzu alınması yoluna gidilir. Komisyoncular aynı yön ve nitelikte mal gönderen*

<sup>38</sup> Şanlı / Ekşi, sh. 233; Kayıhan / Eski, sh.242.

<sup>39</sup> Hüseyin Ülgen, Hüseyin, Hava Taşıma Sözleşmesi, Ankara 1987, sh. 134.

<sup>40</sup> Şanlı/ Ekşi, sh. 231.

*satıcılardan teslim aldıkları malları gruplandırarak vagonları doldururlar ve demiryolu idarelerinden kendi adlarına hamule senedi alırlar.*

CIM'ın 13. maddesine göre, taşıma belgesinin zorunlu olarak aşağıdaki bilgileri içermesi gerekmektedir:

- Varış garınının adı,
- Alıcının adı ve adresi; bir gerçek kişi veya diğer hak sahibi kimsenin alıcı olarak yazılması gereklidir.
- Eşyanın nev'i,
- Eşyanın miktarı veya bunun olmaması durumunda, çıkış garında yürürlükte olan talimatlar uyarınca gereken benzeri bir bilgi,
- Parça ve eşya demiryolu/denizyolu trafiğinde gönderilen iki veya birçok yükleme elemanını içeren ve aktarma edilmesi gereken tam vagonlar için koli adedi ve ambalajlama durumu,
- Vagonun numarası ve ayrıca, şahıslara ait vagonlar ve yüklemesi göndericiye ait olan eşya için vagon darası,
- Taşıma belgesine iliştilen veya belirlenen bir garda veya gümrük veya diğer makamların bir bürosunda demiryolunun emrinde tutulmuş olarak belirtilen, gümrük veya idari makamlar tarafından istenilen belgelerin ayrıntılı dökümü,
- Göndericinin adı ve adresi, bir gerçek kişi veya diğer hak sahibi kimsenin gönderici olarak yazılması gereklidir. Şayet gönderici garda yürürlükte olan talimatlar öngörüyorsa, göndericinin adına ve adresine elle atılmış, baskı veya damga aracılığı ile eklemesi gereklidir<sup>41</sup>.

Demiryolu taşıma belgesi (hamule senedi) altı nüshalı formdan oluşur, nama düzenlenir ve mal üzerinde mülkiyet hakkını temsil etmediği için ciro edilemez<sup>42</sup>.

---

41 Bkz. **Şanlı/ Ekşi**, sh. 232.

42 <http://www.gumrukkontrolor.org.tr/YayinlarDergiler446.html> (15.03.2009).

**e. FIATA Belgeleri: FCR (Forwarders Certificate of Receipt), FCT (Forwarders Certificate of Transport ), FBL (Multimodal Transport Bill of Lading)**

*Bu belgeler FIATA tarafından standart şekle sokularak kullanılan ve taşınmak üzere teslim alınan mallar karşılığında verilen makbuz niteliğindeki belgelerdir. Bu itibarla içeriklerinde bir taşıma sözleşmesi bulunmaz. Varış yerinde bu belgelerin ibrazı üzerine mallar belgede adı yazılı alıcıya teslim edilir. Teslim eden taraf belgeyi düzenleyen nakliye acentesinin (freight forwarder) varış yerindeki şubesi veya muhabiridir. Nakliye acenteleri aynı yöne gidecek malları bir araya toplayıp gruplandırarak kendi seçtikleri taşıma şirketlerine teslim eder, onların araçlarına yüklerler. Taşımalar için kendi konteynırlarını kullanabilirler.*

*FIATA belgeleri seçilen duruma göre;*

*FIATA FCR nama düzenlenir, ciro edilemez. Alıcının emrine amade tutulur, alıcıya sevkedilmek üzere malların forwarder tarafından dış görünüş itibarıyla iyi durumda teslim ve kontrol altına alındığını belgeler. Bu belge Orijinal nüshanın varıştaki taşıma acentesine ibrazı üzerine mallar belgede adı yazılı alıcıya teslim edilir.*

*FIATA FCT ise emre yazılıdır, dolayısıyla ciro edilebilir. Takım olarak tanzim edilir. Varış yerinde mallar belgenin orijinal nüshasını ibraz eden alıcıya veya onun ciro ettiği kişiye teslim edilir.*

*Üçüncü FIATA belgesi olan FBL multimodal (karma) taşımacılık durumunda düzenlenen belgedir.*

## **2- Sigorta Belgeleri**

Taşımacılık yönünden önemli olan diğer bir husus da emtia nakliyat sigortasıdır<sup>43</sup>. Teslim Klozu türlerinden sadece ‘CIF’ ve ‘CIP’ klozların da emtia nakliyat sigortasına ilişkin yükümlülük gündeme gelir. Bununla birlikte sözleşmede taşımayı üstlenen tarafın her halükarda emtia nakliyat sigortası yaptırmayı keyfiyeti menfaatlerine uygun olacaktır. Çünkü bu tür sigortalar, yükün taşıma sırasında kaybı ve hasara uğraması risklerini teminat altına almaktadır. Uluslararası eşya taşımacılığında, taşıyanların belli üst limitlerle

---

43 Kayıhan / Eski, sh.243.



sorumlu olduklarını ve sorumsuzluk hallerinin geniş tutulduğu dikkate alındığında, bu tür sigortaların yararları daha iyi anlaşılabilir<sup>44</sup>.

Emtia nakliyat sigortası neticesinde düzenlenen sigorta poliçesi, tek bir yük için tek bir poliçe şeklinde olabileceği gibi birçok yük için genel poliçe şeklinde de olabilmektedir.

Eğer akreditifli ödemede talep edilen belgeler arasında sigorta poliçesi de bulunmaktaysa, UCP 600 m.28'de sigorta poliçesinin içeriğine ilişkin özel şartlar belirtilmiştir (ör. akreditif metninde istenilen sigorta tutarına ilişkin bir kayıt bulunmadığı takdirde, sigorta tutarı malların CIF veya CIP değerinin en az %110'u kadar olacaktır)<sup>45</sup>.

### 3- Makbuz Senedi

Uluslararası ticarete, farklı nedenlerle sevk edilen yükün bir antrepoya bırakılması söz konusu olabilmektedir. Bu daha ziyade denizyolu ile eşya taşımacılığında karşılaşılan bir durumdur. İşte bu halde antrepo sahibi, malı teslim eden kimseye makbuz senedi düzenlemektedir. Makbuz senetleri, kıymetli evrak olarak nama ve emre düzenlenebilirler. FIATA, bu konuda da tek tip örnek hazırlamıştır (FIATA Warehouse Receipt – FWR)<sup>46</sup>.

İç hukukumuzda da düzenlenen bu senet mal üzerinde mülkiyet hakkını temsil eden bir emtia senedi türüdür. Makbuz senedi çıkarma yetkisi hukukumuzda kendisine umumi mağaza (antrepo) ismi verilen kurumlara aittir. 7662 Sayılı TTK. m. 744 umumi mağazayı, makbuz senedi veya varant düzenleyip verme karşılığında serbest veya gümrüklenmemiş emtia veya zahireyi vedia olarak kabul etme, mudilerine bu senetle verilen emtia veya zahireyi satma/rehnetme imkânını verme maksadı ile kurulan mağaza olarak tanımlamıştır (TTK. m.744, karşı. Yeni TTK. m.832). Umumi mağazalar, ülkenin genel ekonomik şartları göz önünde bulundurularak Ticaret Bakanlığınca verilecek izinle anonim ortaklık şeklinde kurulur. Bu şekilde faaliyette bulunacak ortaklıkların unvanlarında umumi mağazalar teriminin bulunması zorunludur. Umumi mağazaların şube açması da Ticaret Bakanlığının iznine bağlıdır.

---

44 Kayıhan / Eski, sh.243-244.

45 Bkz. Kayıhan / Eski, sh.244.

46 Kayıhan / Eski, sh.244.

İzinsiz açılan ve makbuz senedi ve /veya varant verenler hakkında TCK. uygulanır. Verdikleri belgeler ise tesellüm ilmühaberi niteliğinde olur.

Makbuz senedi, emtia üzerinde mülkiyet hakkı verir. Varant, emtia üzerinde rehin hakkı verir. Makbuz senedi ve varant dip koçanlı defterin zımbayla ayrılmış ikinci ve üçüncü kısımlarıdır. Birinci, ikinci, üçüncü kısımlar aynı şekilde doldurulur.

Dip koçanlı defter, umumi mağazaya ait defterler arasında saklanır. İkinci ve üçüncü kısım koparılarak teslim edene verilir.

Makbuz senedi ve varant karşılığı umumi mağazaya verilen eşya üzerinde haciz, el koyma ve rehin yapılamaz. (Belgelerin zıyı - Miras, iflas sebebiyle çıkan uyuşmazlıklar bunun dışında tutulmuşlardır)<sup>47</sup>.

**Makbuz senedinde bulunması gereken şekli unsurlar aşağıdaki gibidir<sup>48</sup>:**

- Tevdi edenin ad-soyadı, sanat ve ikametgâhı (TTK. m.746/f.1),
- Tevdi olunan umumi mağazanın ticaret unvanı ve bulunduğu yer (TTK. m.746/f.2)
- Tevdi olunan şeylerin cins, miktar, nitelik ve diğerlerinin bilinmesi için gerekli hususlar (TTK. m.746/f.3),
- Tüm vergi, resim, harçların ödenip ödenmediği, sigorta edilip, edilmediği. (TTK. m.746/f.4),
- Ödenmiş veya ödenecek ücret ve giderler (TTK. m.746/f.5),
- Senedin kimin namına/ emrine düzenlendiğini gösteren ibare (TTK. m.746/f.6),
- Umumi mağaza sahibinin imzası (TTK. m.746/f.7).

Şekil şartlarından (TTK. m.746/f.1-7) biri dahi eksik olsa belge makbuz senedi değil, *tesellüm ilmühaberi (teslim alma makbuzları)* veya *sair ispat vesikası* olacağı, kanun (m.745/f.2) hükmünün gereğidir (karş. Yeni TTK. m. 833f.2).

---

<sup>47</sup> Kayıhan / Eski, sh.245.

<sup>48</sup> Karş. Yeni TTK. m.834.

#### 4- Ticari Belgeler ve Gümrük Belgeleri

##### A. Genel Olarak

Bu tür belgeler, özellikle ihracat ve ithalat işlemlerinin gerçekleştirilmesinde önem arz etmektedir. İhracat ve ithalat işlemlerinde hangi tür ticari belgelerin ve gümrük belgelerinin istendiği ve bu belgelerin içerikleri ülkeden ülkeye farklılıklar gösterebilmektedir.

Bu tür belgelerin başlıcaları şunlardır;

- Ticari fatura,
- Proforma fatura (kesin nitelikte değildir ve ödeme talebi içermez. (Ör. önceden ithalat izni alınması gereken hallerde, satış teklifi niteliğinde, akreditif açtırılması esnasında kullanılır),
- Menşe şahadetnamesi (malın hangi ülke menşeli olduğunu gösterir),
- Tercihli rejim belgesi (bu tip belgeler bir malın, ülkelerin kendi aralarında oluşturdukları tercihli rejim kaynaklı olup olmadığını tespiti için düzenlenir. (Örneğin Türkiye ile Avrupa Birliği arasındaki gümrük birliği nedeniyle karşılıklı ticarete A.TR1 dolaşım belgesi movement certificate) düzenlenmektedir<sup>49</sup>.

##### B. Ticari Belgeler ve Gümrük Belgesi Türleri

###### a. Fatura (Invoice)

###### aa. Genel Olarak

Fatura, satılan bir malın cinsini, miktarını, özelliklerini, birim fiyatını, toplam satış fiyatını, G.T.İ.P (Gümrük Tarife İstatistik Pozisyonu -HS Code, Harmonized System Code) ve benzeri bilgileri gösteren bir belgedir. Faturada, satıcının ve alıcının isim ve adresleri, teslim şekli, ödeme şekli, sipariş veya sözleşme tarihi ile faturanın tarihi ve sıra numarası gösterilir. Satıcı tarafından alıcıya teslim edilmek üzere düzenlenir.

---

<sup>49</sup> Kayıhan / Eski, sh.245.

Bu konuda en önemli belgeler faturalardır. Çünkü faturası olmayan bir malın bir ülkeye girme olanağı yoktur<sup>50</sup>. Faturaları proforma fatura, ticari fatura ve ayrıntılı fatura şeklinde ayrılabiliriz.

## bb. Türleri

### i. Proforma Fatura (Proforma Invoice)

Aslında ihracat pazarlamasında en önemli belge satış anlaşmasıdır. Günümüz pratik iş yaşamında satış sözleşmesi yerini büyük oranda proforma faturaya bırakmıştır. Proforma fatura öncelikle bir ön anlaşma belgesidir.<sup>51</sup>

Proforma fatura, satıcının alıcıya gönderdiği bir satış teklifidir. Belirtilen mal ve hizmetin birim fiyatını, bu fiyatın hangi süre için geçerli olduğunu, ödeme şartlarını ve gerekli diğer bilgileri içerir. Bu itibarla ön fatura da denilen proforma fatura hukuki anlamda fatura niteliğini haiz değildir ve dış ticarete fatura kâğıtlarının üzerine ‘proforma’ teriminin konulmasıyla kullanılmaktadır<sup>52</sup>. İhalelerde geçici teminat mektupları ile birlikte ihale komisyonlarına verilir. İçeriği alıcı tarafından uygun bulunduğu takdirde alıcının verdiği sipariş üzerine proforma fatura, kesin satış faturasına yani, ticari faturaya dönüştürülür.

Proforma fatura genel itibarıyla 4 ana kısımdan oluşur. Bunlar:

(1). Göndericiye Ait Bilgiler: Gönderici firmaya ait bilgilerin eksiksiz doldurulmasına özen gösterilmelidir. Muhtemel bir problem karşısında bilgilere en kısa zamanda ve doğru şekilde ulaşmak için bu bilgiler uygulama yönünden oldukça önemlidir.

(2). Alıcıya Ait Bilgiler: Gönderilenlerin zamanında teslim edilmesi için alıcıya ait bilgilerin de tam ve eksiksiz proforma faturaya yazılması gerekir. Özellikle posta kodu ve alıcı telefonlarının proforma fatura üzerine yazılması, dağıtımın sorunsuz ve en hızlı şekilde yapılmasını temin edecektir.

---

<sup>50</sup> <http://www.pts.net/proforma.asp> (13.03.2009).

<sup>51</sup> Canitez/ Demir/ Yeniçeri/ Bilginer/ Erdoğan/ İlker/ Kabacan/ Tümer/ Zengin, (Editörler: Canitez/ Karahan) , Uygulamalı İhracat-İthalat İşlemler ve Dokümantasyon, Gazi kitabevi, 2.Baskı, Ankara, Sh.100

<sup>52</sup> Şanlı / Ekşi, sh.225; Akın, Hakan, Yeni İşim Dış Ticaret, 6. Basım, Elma Yayınları, Ankara 2006, sh.364.

(3). Gönderilen Mallara İlişkin Bilgiler: Emtiyanın gönderildiği ülke gümrüğüne beyan niteliği taşıyan proforma faturanın gönderilen emtiyanın nitelik, miktar, G.T.İ.P (HS Code) ve gönderilme sebebini de içermesi gerekir. Böylece gümrük işlemleri en az sorunla halledilir görülmektedir.

(4). Gönderinin Neden Yapıldığına İlişkin Beyan: Yurtdışına gönderilen malların ne amaçla yurtdışına gönderildiğinin gerek ülkemiz ve gerekse alıcının bulunduğu ülke gümrüklerine beyan edilmesi gerekmektedir<sup>53</sup>. Bu durum özellikle hukuki güvenliğin sağlanması açısından önem arz eder.

ii. Ticari Fatura (Commercial Invoice)

Ticari fatura satış işleminin gerçekleşmesinden sonra düzenlenen ve alıcıya yollanan, satımı gerçekleştirilen mal veya hizmetin bedelini gösteren hukuki anlamda faturadır. İhracatçı tarafından düzenlenerek, ithalatçının ne kadar borçlandığını gösterir. Satışa konu olan malın ödeme şartları, satış bedeli, teslim şartı, gönderilme şekli, teslim ve ödeme yeri gibi detaylar bu fatura ile gösterilmektedir<sup>54</sup>.

Ticari fatura, satıcıdan alıcıya mallar için düzenlenmiş bir faturadır. Bu faturalar daha çok devletler tarafından mallar gümrüğe geldiğinde vergilerin tahsil edilmesinde ve ithalatın kontrol edilmesinde kullanılır.<sup>55</sup>

Ticari faturalarda bulunması gereken bilgiler şunlardır:

- Tanzim tarihi,
- Alıcı ve satıcının adı ve adresi
- Sipariş veya anlaşma sayısı,
- Malın tanımı, miktarı
- Malın G.T.İ.P.nosu,
- Malın birim ve toplam fiyatı, (malın teslim şekline göre)
- Malın ağırlığı ambalaj numaraları, gönderme şekli,
- Teslim ve ödeme şartları (incotermsler gibi),

<sup>53</sup> <http://www.pts.net/proforma.asp> (15.03.2009).

<sup>54</sup> Akın, sh.365.

<sup>55</sup> US Department of Commerce, A Basic Guide to Exporting, 1998 edition, s.66

- Yükleme ile ilgili detaylar,
- Malın menşei<sup>56</sup>.

Ayrıca, alıcının özel isteği veya ilgili ülkenin mevzuatı gereği konacak bilgi ve alıcı tarafından açılan akreditiflerde, faturada ayrıca yer alması istenen bilgiler ve beyanlar özellikle fatura üzerinde ifade edilir. Bu itibarla faturaların dikkatle hazırlanması gerekir. Aksi halde rezerv hususu ortaya çıkar.

### iii. Tasdikli fatura (certified Invoice)

İhracatçı tarafından ithalatçının ülkesinin konsolosluğuna onaylatılan faturadır. Bazı ülkeler özellikle Ortadoğu ülkeleri Örn.Suudi Arabistan Ticari Faturanın kendi konsoloslukları tarafından tasdik edilmesini istemektedir. Alıcıya düzenlenecek fatura muhakkak Suudi Arabistan Konsolosluğu'nda tasdik ettirilerek gönderilmelidir.<sup>57</sup>

### vi. Ayrıntılı Fatura

Ayrıntılı faturanın tarifi Gümrük Yönetmeliği<sup>58</sup>'nin 188.maddesinde şu şekilde yapılmaktadır:

“Ayrıntılı fatura kıymetleri üzerinden vergiye tabi olup da birden ziyade kap içinde gelen ve aynı zamanda çeşitli cins ve kıymette olan eşyadan, her kapta aynı cins ve kıymette ne miktar eşya bulunduğunu gösteren ve orijinal faturaya uygun bir şekilde, satıcı ve gönderici tarafından mahallinde düzenlenmiş bir belgedir”.

### c. Menşe Şahadetnamesi (Certificate Of Origin)

*Menşe şahadetnamesi uluslararası ticarete konu olan malın menşei, yani imal edildikleri ülkeyi gösteren, bu amacın yanısıra bazı ülkelere ithal edilen mallara indirimli gümrük vergisi uygulaması için ibrazı gereken, genellikle, yerel ticaret ve sanayi odalarının onaylanan bir belgedir. Akredi-*

---

<sup>56</sup> <http://belgerehberi.blogspot.com/2007/10/ticari-faturalar.html> (15.03.2009).

<sup>57</sup> Durukanoğlu Nihayet/ Dış Ticaret Dünyası, 2.Bası, Beta yayınevi, İstanbul, sh. 80

<sup>58</sup> RG. T.20.01.2000, S.23939 (mük).

*tifli işlemlerde menşe şahadetnamesi istendiği takdirde, onay mercii de belirtilmelidir.*

*Her ulusal devlet ithal edilen malların menşesini bilmek ister ve sıklıkla ihracatçı bu bilgiyi menşe şahadetnamesi olarak isimlendirilen belge aracılığı ile sağlar. Bu belgenin istenmesinde amaç ithalatı yapılan mallara daha düşük vergi uygulanması, ithalatı yasak olan ülkenin bilinmesi ve kotarlardan kaçınılmasıdır.<sup>59</sup>*

#### **d. A.TR Dolaşım Belgesi (Movement Certificate-A.TR)**

Türkiye'nin Avrupa Birliği üyesi ülkelere yönelik ihracatında, ihracata konu malların Katma Protokol hükümleri çerçevesinde tavizli gümrük indirimlerinden faydalanabilmesi amacıyla A.TR. Dolaşım Belgeleri düzenlenmektedir.

Öte yandan, Türkiye ile Avrupa Birliği arasında gerçekleştirilen tarım ürünleri ticaretinde ve Türkiye ile Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu ülkeleri ile akdettiği Serbest Ticaret Anlaşmaları çerçevesinde tek aşamalı üretim işleminden geçen belirli demir-çelik hammadde ve ara ürünlerin Türkiye'den Avrupa Birliği üyesi ülkelere yönelik ihracatında, ayrıca; Türkiye'nin Avrupa Serbest Ticaret Anlaşması (EFTA)'na dahil ülkeler ile akdettiği Serbest Ticaret Anlaşmaları çerçevesinde; Türkiye'nin EFTA ülkelerine yönelik ihracatında ve Türkiye'nin ülkelerarası ekonomik işbirliğinin artırılması ve adil bir ticaret ortamı oluşturulması amacıyla bazı ülkeler ile akdettiği Serbest Ticaret Anlaşmaları çerçevesinde, Türkiye'nin bu ülkelerden bir kısmına yönelik ihracatında ise EUR-1 Dolaşım Sertifikaları tanzim edilmektedir.

A.TR Dolaşım Belgesi; Türkiye ve Avrupa Birliği'nde serbest dolaşımda bulunan eşyanın Katma Protokol ile öngörülen tercihli rejimden yararlanabilmesini sağlamak üzere ihracatçı ülke yetkili kuruluşlarınca düzenlenip gümrük idarelerince vize edilen bir belgedir. Türkiye ve Avrupa Birliği, bu belgeleri kendileri bastırabilir veya onaylanmış matbaacılara bastırabilir. İhracatçılar, bu belgeleri gümrük idarelerinden veya 5174 sayılı Kanunla<sup>60</sup> bağlı oldukları Oda'lardan temin edebilirler.

---

<sup>59</sup> Weiss sh.168-169

<sup>60</sup> Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu, RG. T. 01.06.2004, S.25479.

*e. Manifesto*

Gümrük Kanunu'nda özet beyan şeklinde adlandırılan manifesto, deniz taşımacılığında kullanılan bir belgedir. Gemilerin dış seferlerinde yüke ilişkin manifesto veya onun yerine düzenlenecek hamule defterinin gemide bulundurulması, yükle ilgili niteliklerin gümrüğe sunulması bakımından oldukça önemlidir<sup>61</sup>. Manifesto, kaptan veya temsilcisi tarafından imzalanmaktadır<sup>62</sup>.

Manifestoda aşağıdaki hususlar yer alır<sup>63</sup>;

- Geminin adı,
- Taşındığı bayrak,
- Geminin maliki,
- Geminin sefer numarası,
- Bağlama limanı ve geliş limanları,
- Hareket ettiği tarih,
- Konişmento tarih ve numarası,
- Malların boşaltılacağı iskele,
- Malları gönderen,
- Malların alıcısı,
- Gelen eşyanın cinsi, miktarı ve örnekleri,
- Navlun sözleşmesi ile ilgili belgelere ilişkin bilgiler.

*f. Koli / Ambalaj Listesi (Packing List)*

Bu belgede malın paketleme, kutulama, sandıklama, balyalama, istifleme vs. gibi ayrıntıları ve her bir parça ambalaj içinde bulunan malların dökümü

---

<sup>61</sup> Şanlı /Ekşi, sh. 226.

<sup>62</sup> Tekil, Fahiman, Deniz Hukuku, 6. Bası, İstanbul 2001, sh. 543; Şanlı / Ekşi, sh.226.

<sup>63</sup> Şanlı / Ekşi, sh.227.



yer alır. Örneğin 7 numaralı sandıkta 50 tane oto farı, 5 numaralı sandıkta 70 düzine buji, 12 numaralı sandıkta 80 adet cep telefonu gibi. Böylelikle mal gümrük idarelerince kolaylıkla sayılıp, kontrol edilebilir olmaktadır.

#### **g. Çeki Listesi (Weight List)**

Ticari faturada da belirtilen ve malın brüt ve net ağırlığına ilişkin bilgilerin satıcı veya şarta göre tarafsız bir başka kişi tarafından ayrı bir belgede beyan edilmesidir. Çeki listesi, ambalajları parçalı olan sevkiyatlarda, tek tek parça ağırlıkları da gösterir. TIR ve vagonla yapılan taşımada otomatik tartı cihazlarından çıkan tartı fişleri çeki listesi yerine geçmektedir. Çeki listesi özellikle Arap ülkelerince talep edilmektedir. AB'ye üye devletler bu belgeyi istememektedir<sup>64</sup>.

Uygulamada Weight and Packing List şeklinde de düzenlenebilmektedir. Bu durumda belge, malla ilgili hem ambalaj hem de ağırlık bilgilerini içermektedir. Örneğin mallar koli de ambalajlanmış ise, yine beher kolinin içeriği: 62 nolu kolide 60.20 mt.brüt /35kg.brüt - 60.00 mt net/30 kg.net kadife kumaş vs. gibi. Ayrıca akreditifli bir işlemse ve akreditif şartlarında bu belgede yer alması istenen şerhler konmuşsa rezerv konusu oluşturulmaması için bu şerhlerinde belgede belirtilmesi gerekir.

#### **h. Sağlık Sertifikası (Health Certificate)**

Gıda maddeleri, deri, et, canlı hayvan ve bazı ambalaj maddeleri alım-satımında alıcı tarafından istenen ve bu maddelerin mikrop, bakteri, haşarat, vs.den arınmış durumda olduğunu, tüketime uygun bulunduğunu belgeleyen, yerel sağlık mercileri tarafından tasdik edilmiş belgelerdir. Görüldüğü üzere sağlık sertifikası gıda maddeleri, deri, et, canlı hayvan gibi ürünlerin hastaliksız olduğunu göstermeye hizmet etmektedir. Bakliyat ve hububat (pulses and grains) satışında haşarattan arındırılması için malın tütsülendiği beyanı da sağlık sertifikasında veya ayrı bir tütsüleme belgesi (fumigation certificate) ibrazı ile talep olunabilir.

#### **ı. Helal Belgesi (Halal Certificate)**

*Bu belge özellikle et ithalatına ilişkindir. Bu doğrultuda Müslüman ülkelerin yaptıkları et ithalatında alıcılar tarafından talep edilen bir belge-*

---

64 Şanlı / Eksi, sh.228.

*dir. Bu belge kesimlerin İslam dininin kurallarına göre yapıldığını belgeler. Yerel müftülükler tarafından düzenlenmektedir.*

### SONUÇ

Uluslararası ticari işlemler geniş planda Dünya Ticaret Örgütü'nü kuran antlaşma, iki veya çok taraflı uluslararası antlaşmalarla, ülkelerin kendi ulusal mevzuatları, uluslararası ticari teamüller ve geleneklere (Lex Mercatoria) göre gerçekleştirilmektedir. Uluslararası düzlemde yapılan ticari işlemlerin hukuki güvenilirliğinin temin edilebilmesi ve bu ilişkilere giren taraflar arasında tartışmalara meydan vermeden işleyebilmesi için, uluslararası ticarete kullanılan belgelerin düzenli, birbiri ile irtibatlı ve kurallara uygun olarak tanzim edilmesi gerekmektedir.

Böylece uluslararası ticari işlemlerde gelecekte çıkması muhtemel ihtilaflar, bu belge

lerin zamanında ve gerektiği gibi düzenlenmesi ile önlenilecek, ayrıca muhtemel ihtilaflarda da bu belgeler tarafların lehine veya aleyhlerine birer argüman teşkil edebilecektir. Açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, uluslararası ticarete kullanılan belgelerin türlerinin ve özelliklerinin ilgili taraflarca iyi tanınması, bilinmesi ve düzenlenmesi dış ticaret işlemlerinin aksamadan yürümesi açısından oldukça önemlidir.

Bu itibarla, gerek taraflar ve gerekse uygulamada karşılıklı ifaları gerçekleştiren bankalar bu belgelere gereken önemi vermeli ve intizamlı düzenlenmelerini sağlamalıdır.

**Kısaltmalar**

bkz.	:	bakınız
CMR	:	Convention On The Contract For The International Carriage Of Goods By Road; Eşyaların Karayolunda Uluslararası Nakliyatı İçin Sözleşme.
FIATA	:	International Federation of Freight Forwarders Associations (Uluslararası Taşıma Organizasyonları Federasyonu)
IATA	:	International Air Transport Association (Havayolu Taşımacılığı Birliği)
Karş.	:	Karşılaştırmamız
m.	:	madde
mük.	:	mükerrer
Ör.	:	Örneğin
RG.	:	Resmi Gazete
sh.	:	sahife
S.	:	Sayı
TTK	:	Türk Ticaret Kanunu
vd.	:	ve devamı
vs.	:	ve saire

**Referanslar**

**Akın, Hakan**, Yeni İşim Dış Ticaret, 6. Basım, Elma Yayınları, Ankara 2006.

**Ayşegül Atabey**, Dış Ticaret Ders Notları, 2004.

**Canitez Murat/ Demir Emine/ Yeniçeri Harun/ Bilginer Mesut/ Erdoğan Bülent/ İlker Alaaddin/ Kabacan Mustafa/ Tümer Güçlü/ Zengin B.Ali**, (Editörler: **Murat Canitez/ Kasım Karahan**), Uygulamalı İhracat-İthalat İşlemler ve Dokümantasyon, Gazi kitabevi, 2.Baskı, Ankara 2008

**Çağa, Tahir**, Deniz Ticareti Hukuku II, Navlun Sözleşmesi, 5. Baskı, İstanbul 1995.

**Deveci, Ali D.**, Deniz Konişmentoları ve Dış Ticaretteki Fonksiyonları, <http://www.geocities.com/CapitolHill/Senate/4950/deniz.htm>, (19/06/06).

**Durukanoğlu Nihayet**, Dış Ticaret Dünyası, 2.Bası, Beta yayınevi, İstanbul

**Hüseyin Ülgen**, Hüseyin, Hava Taşıma Sözleşmesi, Ankara 1987.

**İzveren, Adil / Franko, Nisim / Çalık, Ahmet**, Deniz Ticareti Hukuku, Ankara 1994.

**Kayıhan, Şaban, Eski, Mehmet**, Uluslararası Ekonomi Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2010.

**Kayıhan, Şaban**, Ticaret Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2009.

**Kender, Rayegân/Çetingil, Ergon**, Deniz Ticareti Hukuku, (Takip Hukuku ve Deniz Sigortaları ile Birlikte) Temel Bilgiler, Genişletilmiş 7. Baskı, İstanbul 2003.

**Şanlı, Cemal/Ekşi, Nuray**; Uluslararası Ticaret Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2005.

**Tekil, Fahiman**, Deniz Hukuku, 6. Bası, İstanbul 2001.

**US Department of Commerce**, A Basic Guide to Exporting, 1998 edition.

**Weiss Kenneth D.** /Building An Import/ Export business, second edition, John Wiley & Sons, Inc. ,2002

**Linkler**

<http://belgerehberi.blogspot.com200710mene-ahadetnamesi.html>  
(15.03.2009).

<http://www.gumrukkontrolor.org.trYayinlarDergiler446.html> (15.03.2009).

<http://www.gumrukkontrolor.org.trYayinlarDergiler446.html> (15.03.2009).

<http://www.pts.net/proforma.asp> (13.03.2009).

<http://www.pts.net/proforma.asp> (15.03.2009).



# İŞYERİNDE İŞÇİLERİN İZLENMESİ VE İŞÇİNİN KİŞİLİK HAKLARININ KORUNMASI

*Yrd. Doç. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR\**

## ÖZET

*İşveren, işyerinde iş akdi doğrultusunda çalıştırdığı, işçilerinin iş zamanlarında gerçekleştirdikleri İnternette ziyaret edilen siteleri ve diğer elektronik haberleşme faaliyetlerini, işyerinin ve işverenin ekonomik geleceği açısından inceleme yetkisine üstün yarar açısından sahiptir. Gerçekte işveren işçisinin özel hayatına, haberleşme hürriyetine saygı göstermekle yükümlüdür. İşverenin işçilerinin özel haberleşmelerini denetlemesi, onları işyerinde izlemesi hukuka aykırıdır. Ancak, yukarıda anılan işverenin, ekonomik geleceği, işyerinde yaşanması muhtemel hırsızlık olaylarına karşı alınması gereken tedbirler, söz konusu izlemeyi hukuka uygun hale getirmektedir. İşçi ancak, hukuka uygunluk halinin olmadığı durumlarda, TMK. m. 25 ve BK. m. 49 (TBK. 58/I)'da anılan yetkileri işçi işverenine karşı kullanabilir.*

**Anahtar Kelimeler:** İşçilerin İzlenmesi, İşçilerin Kişilik Hakları, İşyerlerinde Özel Haberleşme, İşçilerin E-posta Kullanması, Video ile izlenme.

## ABSTRACT

*The employer has the right to examine the websites on the Internet which are visited in the course of their work day by the employees working in accordance of the employment contract and the other electronic communication activities for the sake of the economical future of the work place and employer.*

*In fact, the employer is obliged to respect the employee's privacy and communication freedom. To control employees' private communications and*

---

\* Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

*monitor their activities in the work place is against the law. However, the economic future of the employer and the measures which have to be taken against the possible thefts in the work place make the monitoring legal. The employee can only use the competences stated in the article 25 of the Civil Code and article 49 of Law of Obligations against the employer in case of absence of the legal circumstances.*

*Keywords: Employee Monitoring, Personal Rights of the Employees, Private Communication in the Work Place, E-posta Communication of the Employees, Video Monitoring*

### I. GENEL OLARAK

Günümüzün hızla gelişen teknolojisi, toplum hayatında olduğu gibi çalışma hayatında da bir takım değişikliklere ve gelişmelere sebep olmaktadır. Özellikle İnternet ve e-posta yoluyla gerçekleşen haberleşmenin artmasıyla, işlerin daha hızlı ve düzenli yapılması sağlanmış, belgelerin kolay hazırlanması ve saklanması imkânı yaratılmış ve verilerin karşılıklı değişimine imkân tanınmıştır. Geçmişte işçilerin işyerlerine girerken kullanılan kontrol ve güvenlik amaçlı tedbirler, günümüzde bilgisayar teknolojisiyle bir anı olmuşlardır. Ancak, işyerinde İnternet ve e-posta kullanımı, işçiler ve işverenler arasındaki iş ilişkisi ile iş sağlığı ve güvenliği açısından birtakım sıkıntıları da beraberinde getirmiştir<sup>1</sup>. Her şeyden önce, işçilerin kendilerine tahsis edilen araçlar, kullanım amacı dışında, kendi kişisel ihtiyaçları için kullanmaları işverenler açısından üretim ve verimlilik kaybı anlamına gelir. Aynı zamanda, işverenlerin işçilerin internet üzerindeki bazı yasa dışı eylem ve işlemleri sebebiyle işverenlerin sorumlulukları söz konusu olabilir. Nitekim internet üzerinden işçilerin gönderdikleri e-postalar ve internetten yüklenen bazı programlar, telif haklarına ilişkin yasaların ihlâli ve virüs taşıyan mesajlarla üçüncü kişilere zarar verilebilmesi gibi sonuçları ortaya çıkarabilmektedir<sup>2</sup>. Aynı şekilde işveren, işçilerinin iş zamanlarında işyerindeki bilgisayarlarını özel amaçları doğrultusunda kullanıp kullanmadığını, kullanım söz konusu olduğunda da, duruma müdahale edebilmektedir. Teknoloji, işverenin işçisini çalışma alanının her anında gözetlemesine imkân vermektedir.

---

1 Okur, 47; Okur, Yeni Teknoloji, 4; Okur, İş Güvenliği, 19; Doğan, 464-465; Kuşku, 23; Özdemir, 13.

2 Özdemir, 13.



Meselâ, işçinin kendisine verilen işi, işyeri dışında yerine getirmesinin gerektiği durumlarda işveren GPS<sup>3</sup> adı verilen ve işçinin kullandığı araçla yapmış olduğu seyahat, işveren tarafından takip edilebilmektedir.

Türk hukukunda işçinin İnternet ve e-posta kullanımının denetlenmesine ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, hukukumuz açısından yeni olan bu durum 1982 tarihli Anayasamızda ve Medeni Kanunda yer alan genel hükümlere (m. 24, 25) başvurularak kolayca çözüm yoluna gidilebilir. Ayrıca 4857 sayılı İş Kanun'unun iş akdinin feshine ilişkin hükümleri de burada uygulama alanı bulabilir. Bunların yanı sıra hem yabancı literatürde yer alan konuya ilişkin makale, içtihatlardan da yararlanılarak hem de işçi ve işveren arasındaki ilişki göz önüne alınarak tarafların menfaatleri belirlenebilir. Bir tarafın hukukî menfaatinin belirlenmesi, diğeri için hukuka uygunluk sebebi teşkil edeceğinden yapılan ihlâl cezalandırılmayacaktır.

## II. İŞÇİLERİN İŞVEREN TARAFINDAN İZLENMESİNİN SEBEPLERİ VE İZLENMENİN SONUÇLARI

İşverenler, iş dünyasında en iyiyi yakalayabilmek ve ayakta kalabilmek için yanında çalışanları hakkında düzenli bilgiler elde etme ve bu bilgileri kontrol etme ihtiyacı duyarlar<sup>4</sup>. Çünkü günümüzde işverenler açısından rasyonel planlamanın olmazsa olmaz şartı, işçilere ait gözlemlere dayanan, sistemli bir şekilde elde edilip, sürekli olarak güncellenen bilgilere sahip olmaktır<sup>5</sup>. İşte bu bilgilere sahip olma ve izlemenin sebepleri beş ana gruba ayrılmaktadır.

---

<sup>3</sup> GPS, uydu bazlı radyo navigasyon sistemidir. (Global Positioning System= Global Yer Belirleme Sistemi) GPS, Düzenli olarak kodlanmış bilgi yollayan bir uydu ağıdır ve uydularla aramızdaki mesafeyi ölçerek dünya üzerindeki kesin yerimizi tespit etmeyi mümkün kılar. GPS alıcısı size yeryüzünde nerede hangi konumda olduğunuzu söyleyebilir. Bu sistem, ABD savunma bölümüne ait, yörüngede sürekli olarak dönen 24 uydudan oluşur. Bu uydular çok düşük güçlü radyo sinyalleri yayarlar. GPS' in karada, havada ve denizde birçok kullanım alanı vardır. GPS ile bulunduğunuz yerleri işaretleme ve belirlediğiniz noktaya geri dönme imkanı elde edebilirsiniz. GPS, kapalı alanlar ve su altı gibi sinyallerin alınmasının güçleştiği yerler dışında dünya üzerinde her yerde çalışır (<http://www.teknotimes.com/Telekom/Navigasyon/508.html>) (UT. 31.01.2011).

<sup>4</sup> Yargıtay, 9. Hukuk Dairesi, **19. 06. 2001 T, E. 2001/6100, K. 2001/10524** sayılı kararında, davacının iddia ettiği gibi fazla mesai alacağının bulunup bulunmadığının tespitinde işverenin bilgisayar kayıtlarından da yararlanılmıştır. Naklen, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr).

<sup>5</sup> Aydın, 205.

- a. Kanunî Zorunluluklar: Özellikle tele pazarlama hizmetlerinde telefon görüşmeleri ispat niteliği taşıyabilir.
- b. Kanuni Sorumluluklar: İşyerinde cinsel taciz niteliği taşıyan olaylarda bilgisayar dosyalarının tespiti gerekebilir.
- c. Performans Değerlendirme: Özellikle müşteri hizmetlerinde çalışan personelin değerlendirilmesinde önemlidir.
- d. Verimlilik Ölçümü: İnternette sörf, kişisel e-posta kullanımı, 900'lü hatların denetimi gibi asıl görülmesi gereken, işle ilgili olmayan faaliyetler izleme yoluyla tespit edilebilir.
- e. Güvenlik Sebepleri: İnternetin geliştiği ortamda, işletme bilgilerinin gizliliği sağlanır.

İşveren yukarıda bahse konu olan söz konusu sebeplere dayanarak gerekli izlemelerde bulunabilir. Ancak, söz konusu izlemeler gerçekleştirilirken her zaman “orantılılık” ilkesine işveren tarafından uyulmalıdır. Aksi takdirde, işçilerin özel hayatlarının ihlâli söz konusu olur. Bunların yanı sıra, işverenin işçilerini izlemesinin kanunî bir yükümlülük olarak tanındığı alanlarda bulunmaktadır. Meselâ, 5651 sayılı kanuna dayanılarak çıkarılan İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcılar Hakkında Yönetmeliğin<sup>6</sup> 4/I/a’da, yer alan hükme göre, “*Konusu suç oluşturan içeriklere erişimi önleyici tedbirleri almak*” işyerinde internet sağlayıcıların yükümlülüğü arasındadır. İşverenler bu yükümlülüklerini yerine getirebilmek amacıyla, işçilerin kullandığı IP loglarını kendi elektronik sistemlerine kaydederler<sup>7</sup>. Burada herhangi bir hukuka aykırılık söz konusu değildir. Çünkü işverenin yükümlülüğü kanuna dayanmaktadır. Çalışanlarının suç niteliği taşıyan sitelere girmelerini önlemek amacıyla işveren uygun filtreleme programları kullanabilir. Bu programlara takılan işçilerin de iş akdi İK. m. 25/II’e dayanılarak feshedebilir.

İzlenmenin işçiler üzerinde doğuracağı etkiler genelde strestir. İzlenme, işçiler üzerinde depresyona, sinir, yüksek tansiyon gibi hastalıklara sebep olabilmektedir. Bunun yanı sıra izlenmenin olumlu etkileri de bulunmaktadır. Meselâ, izlenen işçilerin kendilerini daha güvende hissettikleri; bu tür

---

<sup>6</sup> 27.11.2007 T ve 26680 numaralı RG’de yayınlanan Yönetmelik.

<sup>7</sup> <http://www.tib.gov.tr/content/turkinternetcom-ile-kurumumuz-aras%C4%B1ndayap%C4%B1lan-r%C3%B6portaj%C4%B1n-metni, UT. 23.11.2010.>

işyerlerinde işçilerin kolektif harekete daha yatkın oldukları; üretimin daha verimli ve kaliteli olduğu ileri sürülmektedir<sup>8</sup>.

### III. İŞVERENİN İŞÇİLERİNİ İZLEME YÖNTEMLERİ

#### A. GENEL OLARAK

İşveren işçilerini değişik yöntemlerle ve araçlar kullanarak izleyebilir. İzleme yöntemi olarak teknolojik araçlar kullanılabilmesi gibi görsel izleme de mümkün olabilir. Ancak, genelde işverenler çalışanlarını, iletişimin izlenmesi ve görsel izleme usulünü kullanarak izlemektedirler<sup>9</sup>. Türk İş Hukukunda işçilerin telefon, internet, e-posta ve video kamera ile izlenmesi ve bunun özel yaşamın gizliliğine etkileri bugüne kadar incelenmemiştir<sup>10</sup>. Çalışmamızda öncelikle iletişimin izlenmesi, daha sonra işçilerin GPS ve video kameralarla izlenmesine değinilecektir.

#### B. İLETİŞİMİN İZLENMESİ

##### 1. E-postaların İzlenmesi

İşveren işçileriyle yapacağı hizmet sözleşmelerinde Borçlar Kanununda belirtilen sözleşme özgürlüğü kapsamında sözleşmenin içeriğini özgürce belirleyebilir. Söz konusu sözleşmelerde, genel olarak işin ne olduğu, nasıl ifa edileceği, ücret, çalışma saatleri vs. gibi birçok hususun yanında bir de “gizlilik” başlıklı bir madde bulunur. Bu maddede genel olarak işçinin işiyle ve işyeri ile ilgili olarak elde ettiği bilgileri sözlü veya yazılı olarak, basın-yayın araçları, mektup, röportaj, İnternet gibi yollarla açıklaması yasaklanır. Bu şarta uyulmaması halinde, bu durumun işveren açısından haklı fesih sebebi olacağı ve işverenin bu durumdan bir zararı olmuşsa bunun işçi tarafından tazmin edileceği düzenlenmektedir. Bugün, birçok orta ölçekli ve büyük işyerinde bilgisayar kullanımı yaygınlaşmıştır. Özellikle de birçok işyerinde internet bağlantısının olması çalışanların bilişim teknolojilerinden faydalanmalarını mümkün kılmıştır. Bu durum beraberinde bazı yasal problemleri de beraberinde getirmektedir.

---

8 Aydın, 206.

9 Mollamahmutoğlu, 427; Sevimli, 196.

10 Aydın, 220.

Yukarıda bahsedilen problemlerden bugün en çok tartışılanı, işverenin işçinin elektronik posta trafiğini izleyip izleyemeyeceği, yani işçinin kişisel bilgilerinin gizliliğinin korunması problemidir<sup>11</sup>. İşveren, genel olarak işyerinde bilgisayar, İnternet ve e-posta sisteminin kullanım ve bu araçlarla yapılan işi denetleme hakkına sahiptir<sup>12</sup>. Ayrıca, işveren işçinin işle ilgili yazdığı e-postalarının çıktısını alabilir hatta okuyabilir<sup>13</sup>. İşveren buradan yapılan işle ilgili e-postalarının dışsal bağlantı bilgilerini, e-postanın tarihini, gönderme zamanını, gönderilen bilginin hacmini ve e-posta göndermeye denk gelen ücret ile alıcının adresini denetleyebilir. İşveren e-postanın işle ilgili olduğuna kanaat getirirse e-postanın kaydı ve içerik denetimi, işveren tarafından yapılabilir. İşçilerin izlenmesinde en çok başvurulan araçlardan biri e-postaların kontrolüdür.

İşveren, normal şartlar altında işçilerin haberleşme özgürlüğünü kısıtlayamaz<sup>14</sup>. Ancak, işverenin işyerinde yazılan e-postaları izlemesindeki amacı hem teknik hem de ekonomik olabilir<sup>15</sup>. Teknik olarak işçilerin işyerinde e-postalarını kullanmaları halinde, bilgisayarlara virüs girebilir ve teknik donanıma büyük zarar verebilir. Bunun yanı sıra, bilgisayarlar için tehlikeli olan ve habersiz bir şekilde bilgisayarlara yerleşebilen “truva atı” niteliğindeki yazılımlar yine bilgisayar ağını çökertebilir. İşveren bu tür programları engelleyebilmek için çok büyük meblağlar ödemek zorunda kalabilir. Ayrıca, işyerinin e-posta adresinin özel olarak kullanılması hallerinde de, söz konusu e-posta kutusunun spamlarla dolması sonucu işyeri için önemli olan e-postaların gelmemesine ve mali olarak büyük zararlara sebep olunabilir<sup>16</sup>.

İşyerinde izinsiz e-posta adreslerinin kullanımının, teknik zararların yanı sıra, firmanın kar marjına ve imajına zarar verebilecek etkileri de bulunmaktadır. Bu etkiler arasında, işyerinin imajını ve ismini zedeleyebilecek bilgile-

---

11 **Özdilek**, 4-5.

12 OGH 13.06.02, 8 Ob A 288/01p; “Nitekim Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin 19.06.2001 tarihli, E. 2001/6100, K. 2001/10524 sayılı kararında davacının iddia ettiği gibi fazla mesai alacağının bulunup bulunmadığının tespitinde işverenin bilgisayar kayıtlarından da yararlanılmıştır” (<http://www.kazanci.com.tr>).

13 **Kuşku**, 44.

14 **Barton-Dirk-M/Weissnicht**, E, PN. 149.

15 **Geiser**, 206; **Holenstein**, 89.

16 **Elschner**, PN. 9; **Dickmann**, PN. 1011.

rin elektronik posta yoluyla üçüncü şahıslara aktarılması<sup>17</sup>, işyeri ve işçiler hakkındaki bilgilerin aktarımı, işyerinin ticarî sırlarının diğer gizli bilgilerinin açıklanması kanunen yasak içerikli e-postaların gönderimi (çocuk ve diğer pornografik içerikli) sayılabilir. Yargıtay bir kararında, “*davacının işyerinde kendisine işlerini görmek üzere verilen bilgisayarı, mesai saatleri içerisinde İnternette alış veriş ve oyun sitelerine girmek suretiyle kullandığı, zamanını ve bilgisayarı iş görme edimi doğrultusunda kullanmadığı işverence tespit edilerek, işçinin iş akdinin feshedilmesinde herhangi bir hukuka aykırılık olmadığına*” işaret edilmiştir<sup>18</sup>. Bunların yanı sıra, günümüzde “işyeri düşmanlığı” adı verilen Mobbing uygulamalarına da işyerinde özel e-posta kullanımı sebep olabilir<sup>19</sup>. İşyerinde “Intranet (İç Web)” ile<sup>20</sup> işçiler birbirlerini taciz edebilirler. İşyerinde özel e-posta kullanımının bir diğer sakıncası ise, ceza hukuku nitelikli, bölücü ve halkı kin ve düşmanlığa sürükleyici içeriklerden oluşan e-postalar sebebiyle savcılık makamlarınca ilgili işyerinin cezai takibata uğrayabilmesidir<sup>21</sup>. Hatta işveren, e-postalara eklenen bazı uzantıları dahi denetleyebilir ve bunların belirli bir çapta olanlarını meselâ, ses, video ve film gibi dosyaların alınıp verilmesini önleyen araçlar kullanabilir<sup>22</sup>.

Yukarıda anlatılanların yanı sıra, işveren işçinin iş saatleri içinde ve dışında işyerindeki İnternet ve e-postayı özel amaçlı kullanılmasına izin verebilir. Burada verilen iznin temeli, işverenin sahip olduğu bilgisayarlar üzerindeki mülkiyet hakkının bir sonucudur. Verilen izin açık veya zımnî olabilir. İşveren tarafından verilen izin açık ise, söz konusu durum ya baştan sözleşme içeriğinde yer alır ya da işçinin işyerinde e-posta ile haberleşmesine

---

17 **Raffler/Hellich**, 862; **Elschner**, PN. 10; **Hartmann, Thomas**, Internetnutzung am Arbeitsplatz: Anmerkungen zu einem ersten Gesetzesentwurf, 44, [www.it.law.at](http://www.it.law.at).

18 **Y. 9. 10. HD. E. 2007/9052, K. 2008/10331, KT. 15.07.2008 (naklen, www.kazanci.com)**.

19 **Elschner**, PN. 10.

20 Intranet: sadece belirli bir kuruluş içindeki bilgisayarları, yerel ağları (LAN) ve geniş alan ağlarını (WAN) birbirine bağlayan, çoğunlukla TCP/IP tabanlı bir ağıdır. İnternet’ler Ağ geçitleri (İng: *gateways*) ile diğer ağlara bağlanabilir. Temel oluşturulma amaçları, kuruluş bünyesinde bilgileri ve bilgi işlem kapasitesini paylaşmaktır (Wikipedia, UT. 22.10.2010).

21 **Elschner**, PN. 11; **Tinnefeld**, 797- 799.

22 **Okur**, 60vd.

işverenin itiraz etmemesi halinde var olduğu kabul edilir. İşverenin izninin zımnî olması ise, işyeri uygulamasından veya işyerindeki somut bir durumdan kaynaklanabilir<sup>23</sup>. Meselâ, işçinin uzun bir süreden beri işyerindeki bilgisayarları özel amaçlı kullanması ve işverenin bu duruma ses çıkarmaması durumlarında veya işyerinde işçilerin kullanabilecekleri bir yerde İnternet bağlantısı olan bir bilgisayarın bulunması hallerinde işverenin izninin zımninden de olsa var olduğu varsayılır<sup>24</sup>.

İşverenin verdiği izne karşın sözleşme özgürlüğü çerçevesinde işyerinde özel olarak e-postayla haberleşme yasağı getirebilir<sup>25</sup>. Bu şarta işçinin uyması gerekir; aksi takdirde, sözleşmenin feshi ile karşı karşıya gelebilir. Meselâ, Frankfurt İş Mahkemesi'nin verdiği bir kararda, "işyerinde, işveren tarafından e-posta yoluyla haberleşmenin yasaklanmasına rağmen işçinin "zincir mektup" niteliğindeki e-postaları Intranet vasıtasıyla işyerinde bulunan arkadaşlarına göndermesi durumunda, istinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesinin işverence iş akdinin feshi haklıdır kararını onamıştır"<sup>26</sup>. Bunların dışında işveren özel e-posta kullanımına sınırlı bir şekilde de yer verebilir. İşveren özel haberleşme için belli bir an ve süre de tayin edebilir<sup>27</sup>. Bütün bu yasakların ve sınırlamaların temelinde işverenin, işyerinde barışı ve verimliliği sağlama amacı yatmaktadır. İşveren söz konusu amaçları gerçekleştirebilmek için gerekli tedbirleri işyerinde almak hakkına sahiptir<sup>28</sup>.

İş yerinde çalışanlar, paylaşımına açık bilgisayar ağı üzerinden, Usenet, Haber Grupları ve Elektronik Posta Listelerine üye olma, forumlara mesaj yazma gibi işlemleri gerçekleştirebilirler. Çalışanlar, söz konusu bu sitelere işveren ve iş alanı hakkında yazılar gönderebilirler. İşveren bu türlü faaliyetlerin önüne geçebilmek için yine İnternette yaralanabilir. İşveren söz konusu durumu, internet trafiğinin takip eden, ağdaki tüm şifreleri bulan programlar vasıtasıyla veya klavyeden girilen tüm bilgileri kaydeden bir

---

<sup>23</sup> Krauss, Abs. 11-14; Okur, 56; Kılıçoğlu, M/Şenocak, K, 430; Kuşku, 36.

<sup>24</sup> Okur, 56-57; OGH 2001/ARD 5323/8/2002.

<sup>25</sup> Gubbels, 652; Özdilek, 1 vd.

<sup>26</sup> Urt. V. 20. 03. 2001, RDV 2001, 189.

<sup>27</sup> Ernst, PN. 586.

<sup>28</sup> Tinnefeld/Viethen, 983.

keyboard logger programıyla kolayca öğrenilir<sup>29</sup>. İş yerinde bu tür faaliyetleri tespit edilen işçinin iş akdi feshedilebilir.

Yukarıda sözü edilen tedbirlerin Anayasa tarafından korunan haberleşme özgürlüğüne aykırı olmaması için, işyerinde işçilerin özel ve yaptıkları işle ilgili olmak üzere iki tane e-posta adresi kullanmaları tavsiye edilebilir<sup>30</sup>. Öyle ki, işçi kendi özel hayatı ile ilgili işlerde özel e-posta adresini kullanır, diğer işlerde ise işyerinin verdiği işçinin adı -soyadı ve işyerinin ticaret unvanını taşıyan e-posta adresi kullanabilir (Ad.Soyad@Firma.tr)<sup>31</sup>. Çünkü işyerine ait olan posta kutusu çok çabuk bir şekilde dolabilir. Ayrıca, posta kutusu istenmeyen reklam niteliğindeki e-postalar tarafından da doldurulabilir. İşçi, kendisi tarafından üçüncü kişilerle olan ilişkilerinde kullanılmak üzere özel olarak aldığı e-posta adresine ekleyeceği belirleyici bir ek veya şifreleme suretiyle söz konusu e-postaların işveren tarafından izlenmesine engel olabilir<sup>32</sup>. İşveren, işyeriyle ilgili olarak alınan e-posta adresini de doğrudan izleyemez. Bu e-posta adresinin de diğer e-posta adresi gibi izlenmesi gerekir. İşveren ancak üstün yarar ve hâkim kararının söz konusu olduğu durumlarda, işveren ilgili e-postaları kontrol edebilir<sup>33</sup>.

İşveren işçilerine ait e-postaların izlenmesini iki farklı e-posta adresi alma yoluyla ya da bilgisayar teknolojisinin yeniliklerinden yararlanarak izleyebilir. İşveren çalışanların, elektronik posta trafiğini izleyen yazılımlar kullanabilir. Günümüzde bu tür izlemeyi mümkün kılan çok sayıda program bulunmaktadır. Bu programlarla, işveren, işçisinin kimlerle mesajlaştığını, e-posta yazmanın ne kadar sürdüğünü, e-postanın alıcısını, içeriğini ve kaç karakterden oluştuğunu dahi işçinin tuşlara basmasıyla öğrenilir<sup>34</sup>.

---

29 Özdilek, 5.

30 Gubbels, 652; Selenkewitsch, PN. 26.

31 Sevimli, 202; Ernst, PN. 585-586; Okur, 61.

32 Koch, PN. 913.

33 Koch, PN. 914.

34 Özdilek, 5; Schönfeld/Stresse/Flemming, PN. 10.

## 2. İnternet Kullanımının İzlenmesi

İnternet, haberleşme ve haberleşme araçları açısından birçok firma için vazgeçilmezler arasındadır<sup>35</sup>. İşveren, internet alanında yaşanan gelişmeleri kendi işyerinde kâr etme amacıyla kullanabilirken, yanında çalışanların İnternet üzerinde gezinmelerini belli başlı siteleri ziyaret etmelerini teknik ve kâr amaçlı sebeplerle yasaklayabilir. Çünkü işçilerin İnternet ziyaretleri sırasında harcadıkları zaman ve enerji işveren için büyük zararlara sebep olabilmektedir<sup>36</sup>. Ayrıca internet ortamında işyerinde Mobbing<sup>37</sup> denilen işçilerin birbirini tacizi de mümkün olabilir<sup>38</sup>. Bu tür olayların önüne geçebilmek amacıyla da internetin izlenmesi gerekebilir. İnternette yapılan ziyaretler sonucu işçiler işlerini gereğince ve zamanında yerine getirmemektedirler. Bunun yerine, ev bankacılığını, turizm bürolarını ve porno içerikli siteleri ziyaret ederek çalışmalarını gereken zamanı harcayabilmektedirler<sup>39</sup>. Bu tür tehlikeleri önleyebilmek amacıyla işveren işyerinde internet ziyaretlerini yasaklayabilir<sup>40</sup>. Bunu sağlamak amacıyla da, teknolojidten yaralanılmaktadır. Meselâ, işyerinde kurulacak bir Network ağıyla, işveren çalışanlarının hareketlerini izleyebilir hatta onları kaydedebilir. İşçinin bilgisayarın tuşlarına her dokunuşu dahi kaydedilebilmektedir. Böylelikle, işçinin bilgisayar başında ne kadar süre harcadığı ve hangi siteleri ziyaret ettiği ortaya çıkarı-

35 Weissnicht, PN. 448.

36 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 10.10.2006 tarihli kararında, daha önce uyarılmasına rağmen mesai saatleri içinde internete girerek bahis oynamaya devam eden ve bu nedenle aşırı derecede borçlanan, hatta kredi kartı borcu sebebiyle icraya maruz kalan işçinin söz konusu davranışlarının iş sözleşmesinin feshi için geçerli neden teşkil ettiği sonucuna varmıştır Y. 9. HD'nin 10.10.2006 T. E. 2006/19150, K. 2006/26792 sayılı kararı, (<http://www.kazanci.com.tr>).

37 “Mobbing; bir grubun diğer grup üyeleri üzerinde kurduğu şiddet, hakaret küfür gibi çalışma hayatı ile bağdaşmayacak yol ve yöntemlerle psikolojik baskı, diğer bir anlamda psikolojik terör olarak tanımlanabilir”, naklen, Akı, Murat, **Mobbing Tanımı ve Türleri Türk ve Karşılaştırmalı Hukukta Yeri, Sicil Mart 2011**, 86, (86-99).

38 “.....işyeri bilgisayarını kullanarak mesai saatleri içinde aynı yerde çalışan bir kadın işçiye edep dışı sözler ve resimler içeren mesajların gönderilmesi iş sözleşmesinin feshi için geçerli neden olarak kabul edilmiştir. Y. 9. HD'nin 16.12.2004 T. E. 2004/18435, K. 2004/28069 sayılı kararı, (<http://www.kazanci.com.tr>).

39 Weissnicht, 448; Hanau/Hoeren, 58.

40 Raffler/Hellich, PN. 862; Gubbels, PN. 653.



labilmektedir<sup>41</sup>. Bunların yanı sıra, işveren işçilerine yapılan işle ilgili olmak üzere internet kullanımına müsaade edebilir. Bu durum sözleşmede açıkça öngörülebileceği gibi işyeri teamüllerinden de çıkarılabilir<sup>42</sup>. Ancak, işveren bazı hallerde vermiş olduğu müsaadeyi belli bir zaman dilimiyle kısıtlayabilir. Hatta internet bağlantısının iş saatleri dışında ve işle ilgili olmayan haller için ziyaret edildiğinin işveren tarafından anlaşılması halinde internet bağlantısı işveren tarafından kesilir<sup>43</sup>.

İşveren, işyerinde uyguladığı teknolojik izleme sonucu, işçilerinin yasak internet kullanımlarını tespit etmesi halinde, işçilerinin iş akitlerini de feshedilme hakkına sahiptir. Meselâ, Hannover İş Mahkemesi; “yasak sitelere giren işçinin, iş akdinin derhal işveren tarafından feshedilebileceğine hükmetmiştir”<sup>44</sup>. Söz konusu karar, Hannover Temyiz Mahkemesi tarafından da onaylanmıştır. Bunun yanı sıra, “bir çocuk bakımevi müdiresinin iş akdi, işyerinde iş saatlerinde çocuk pornografisi içeren dosyalar indirmesinden ve çocuk pornografisi içerikli fotoğraflardan dolayı işveren tarafından feshedilmiştir”<sup>45</sup>.

İşçiler, işyerinde paylaşımına açık ağlar üzerinden IRC (Internet Real Chat), ICQ, Net Meeting gibi eş zamanlı sohbet etmeye imkân veren programları da kullanabilirler. Bu yazılımlar sayesinde, işverene ait bilgilerin üçüncü kişilere aktarma tehlikesi söz konusu olabilir. Şöyle ki, IRC’de sohbet etmek isteyen kişi bir IRC servis sunucusuna bağlanır ve mevcut kanallardan birine girerek IRC genelinde veya özelinde sohbet edebilir. Buradaki sohbetlerin kaydedilip kaydedilmemesi sohbet edenin isteğine bağlıdır. Eğer sohbet kaydedilirse bunlar, log uzantılı olarak kaydedilirler. ICQ’da kullanıcılara ait bir hesap yaratılır ve kullanıcılara bir numara verilir. Bu numara o kişinin telefon numarası gibidir. O kişiye ulaşılmak istenildiğinde bu numara kullanılır. ICQ eş zamanlı sohbete imkân verdiği gibi gönderilen mesajların sonradan okunmasına da imkân verir. Ayrıca elektronik posta gönderilebilir ve alınabilir. ICQ’da da istenirse sohbetler kaydedilebilir. Bu iki örnekte de

---

41 **Aydın**, 202-203.

42 **Hanau/Hoeren**, 23vd; **Weissnicht**, PN. 450.

43 **Ernst**, 586; ArbG, NJW 2000, 2490.

44 ArbG MMR 2003, 133.

45 ArbG Braunschweig, Urt. V. 22. 01. 1999, NZA –RR 1999, 192; LAG Kiel, Urt. V. 2.11.1998, RDV 1999, 222; BAG, Urteil v 07.07.05, Az 2 AZR 581/04.

kişinin sohbetleri işveren tarafından izlenebilir. Meselâ paylaşım açık işyeri dâhilindeki ağlarda işveren çalışanın bu sohbetlerini izleyebilir kayıtlarını okuyabilir<sup>46</sup>.

İşyerinde çalışanlar, internette gezinirken bilerek veya bilmeyerek, bilgi sızdırmaya yönelik programları işyerindeki bilgisayar ağına yükleyebilir. Meselâ, çalışan kasten bir “truva atını” sisteme yerleştirerek önemli dosyalara ulaşılabilmesini sağlayabilecek bir arka kapı (backdoor) yaratabilir. Bu backdoor kullanılarak üçüncü bir kişi tarafından işverene ve işyerine ait bilgiler elde edilebilir. Bu durum işveren tarafından değerlendirilerek işçinin iş akdi feshedilebilir<sup>47</sup>.

Son dönemlerde, işverenler işyerinde sosyal paylaşım sitelerine giren ve orada diğer kişilerle sohbet eden işçilerinin iş akitlerini derhal fesih yoluna gitmektedirler. Yüksek Mahkemeler de bu kararı onaylamaktadırlar. Özellikle yurt dışında birçok çalışan, işyerlerinde sosyal paylaşım sitelerini kullandıklarından dolayı onların kurbanı olabilmektedirler<sup>48</sup>. Hiçbir firma işyerinde çalışanlarının sohbet etmesi için para ödeme arzusu içinde bulunmamaktadır. Söz konusu sosyal paylaşım sitelerine giriş birçok ülkede yasaklanmış bulunmaktadır. Meselâ İsviçre Zürih’te işyerlerinde Facebook’a giriş yasaklanmış durumdadır<sup>49</sup>.

### 3. Telefonların Dinlenmesi

Haberleşme hürriyeti anayasal bir hak olarak herkese eşit bir şekilde tanınmıştır (AY. m. 22). İşyerinde çalışan elemanların telefonları Anayasada ve diğer kanunlarda belirtilen “üstün” ve “özel yarar” doğrultusunda ve işverenin talebi üzerine hâkim kararıyla ilgili makamlar tarafından dinlenebilir. Gerekli şartlar yerine getirilmeden işveren tarafından yapılacak dinlemeler

<sup>46</sup> Özdilek, 5.

<sup>47</sup> Özdilek, 6.

<sup>48</sup> “Amerika’da sosyal paylaşım sitesi Facebook’a yasak bir şekilde girdiklerinden dolayı işinden olan kişiler için sokak dilinde “Facebook kovulması” anlamına gelen (Facebook fired) kelimesi türetilmiştir. Connecticut’ta bir hastane görevlisi, Facebook’a patronuyla ilgili “Bu adam kaçık” anlamına gelen bir takım tıbbi referanslar yazınca işini kaybetti. Yine New York’ta öğrencileriyle Facebook üzerinden iletişim kuran üç öğretmen, mesaj içerikleri okul yönetimince uygunsuz bulununca işinden oldu “ New York ANKA, UT. 18.11.2010.

<sup>49</sup> Rudin, 48.

tamamıyla hukuka aykırıdır<sup>50</sup>. İşveren telefon dinlemelerinde, işyerindeki sabit telefonları dinleyebileceği gibi işçilerine ait mobil telefonları da dinleyebilir. İşveren telefon dinlemelerinde; ekonomik kaygıların yanı sıra, işyerine ait özel bilgilerin çalışanlar tarafından üçüncü kişilere kolayca aktarımının önüne geçmeyi amaçlar<sup>51</sup>. İşverenin işçilerine ait telefonların dinlenmesini talep için hırsızlıktan şüphelenme veya ticarî sırların taşınması gibi önemli bir gerekçesi olmalıdır. Çünkü söz konusu şartlar gerçekleşmeden yapılan dinlemeler “gizli dinleme” niteliği taşıyacağından, hukuka aykırı olarak elde edilen delil statüsündedir. Bu yüzden, işveren mahkeme karşısında söz konusu dinlemeleri delil olarak ileri süremez. İşverene istisnai olarak dahi böyle bir hak tanındığında ise, işvereni kamu makamlarına dahi verilmeyen yetkilerle donatılmış olur<sup>52</sup>. Alman Federal Mahkemesi bir kararında, “gizli olarak gerçekleştirilen telefon dinlemelerinin işçilerin kişilik haklarını ihlâl ettiğini bundan dolayı dinlemeyi gerçekleştiren işvereni sorumlu bulmuştur”<sup>53</sup>.

İşyerinde gizli izlemeyle ilgili olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Halford kararı misâl olarak verilebilir. Karara göre Bayan Halford, Birleşik Krallık bünyesinde rütbeli bir polis memurudur ve işvereni aleyhine cinsiyet ayrımcılığı davası açmıştır. Davaya konu olan olay sırasında, biri kendi özel kullanımına özgülenen diğeri ise, ofiste kullanılan iki telefon hattına sahiptir. Bu telefonlar hakkında kendisine herhangi bir sınırlama getirilmediği gibi dava sırasında dahi söz konusu telefonların kullanılabilceği kendisine şefi tarafından belirtilmiştir. Daha sonra telefonlarının dinlendiği ortaya çıkmıştır. Yüksek Mahkeme, söz konusu olayda Avrupa İnsan

---

50 Yargıtay 4. Hukuk Dairesi’nin 31.10.2000 tarihli kararında, “..... Telefon konuşmasında yer alan sözler iki kişi arasında gizli kalması ve o kişilerin özel yaşam alanı ile ilgili bulunan sözler olduğu görülmektedir. Sözler bu içerikte olmasa dahi, bir kişinin telefonunun dinlenmesi veya dinlenen görüşmelerin yayınlanması, başlı başına özel yaşama ve hatta son derece gizli kalması gereken yaşamın gizliliğine saldırı teşkil eder. Kişi toplum tarafından tanınan bilinen bir kişi olsa dahi, özel yaşam hiçbir şekilde açıklanamaz. Hatta hiç kimsenin telefonu da dinlenemez” Y. 4. HD’nin 31.10.2000 T, E. 2000/6487, K. 2000/9467 sayılı kararı, (<http://www.kazanci.com.tr>).

51 **Portmann**, 1884, Art. 328b PN. 41.

52 **Sevimli**, 205.

53 BAG 5. Senat, Urteil vom 20.10.1997- 5AZR 508/96, 2. Instanz: Landesarbeitsgericht Köln.

Hakları Sözleşmesi madde 8/T'e aykırılık söz konusu olduğu yönünde karar vermiştir<sup>54</sup>.

### C. İŞÇİNİN VIDEO KAMERALARLA İZLENMESİ

İşveren, işçilerin işyerinde çalışmaları sırasında, resmi ile ilgili bilgilerini kaydedebilir. Burada aslında, kişilik haklarından olan resmin korunması veya sesin korunması söz konusudur<sup>55</sup>. Ancak, işçinin menfaati ile işverenin menfaati karşı karşıya geldiği durumlarda, işverenin menfaati ön plana çıkmaktadır. İşverenin kamera vasıtasıyla kaydettiği veriler, işçinin hassas verileridir. Söz konusu veriler, Alman ve İsviçre Veri Koruma Kanunlarında ve Türk Veri Koruma Kanunu Tasarısında özel olarak korunmuşlardır. Kamera ile izlemenin değişik metotları bulunmaktadır. Bunlar;

#### 1. Açık İzleme

Açık izleme, işyerinin herkes tarafından görülebilecek bir yerine konulan kamera yardımıyla izlenmesidir. Aslında söz konusu davranış kişilik haklarına aykırıdır. Ancak, işçi bu sayede işverene karşı uygunsuz hareketlerden kaçınmış olur<sup>56</sup>. İşçi aynı şekilde, sadece kısmen ilgili yerde kendisinin izlendiğini diğer yerlerde söz konusu durumun mümkün olmadığını bilerek, bir nevi açık izleme hukuka uygunluk halidir. Ancak, açık dahi olsa işçilerin devamlı izlenmeleri hukuka aykırılık olur. Çünkü işçilerde kendilerine ait bir zaman dilimine sahip olmalıdırlar<sup>57</sup>.

#### 2. Gizli İzleme

İşveren, işçileri izleyen kamera veya kameraları işçilerin göremeyeceği bir yere monte eder ve bu sayede işçiler haberleri olmadan izlenirler. Bu tür izleme hukuka aykırı olan izleme çeşididir<sup>58</sup>. Bu konuda genel kural, işverenlerin, gizli izleme ve gözleme yapamayacaklarıdır. Bu sebeple izlemele-  
rin hukuka uygun olmaları için önceden işçiler gizli izleme konusunda bilgi-

---

<sup>54</sup> Halford, v. UK, PN. 43-44-51. (20605/92) [1997] ECHR 32 (25 June 1997), naklen, <http://www.hrcr.org/safrica/privacy/Halford.html>, UT. 02.09.2009.

<sup>55</sup> Maties, 2219.

<sup>56</sup> Maties, PN. 2220.

<sup>57</sup> BAG, Beschluss vom 20.06. 2004-1 ABR 21/03, naklen NJW Spezial 2004, 473.

<sup>58</sup> Bayreuther, 1040; Wolfer, 138.

lendirilmelidirler<sup>59</sup>. Aynı zamanda gizli izleme dahi yapılacaksa bunun zaman sınırı olmalıdır. Devamlı gizli izleme yapılması o işyerinde çalışan işçilerin kişilik haklarına karşı yapılmış bir ihlâldir. Bu konuda Alman Federal Mahkemesinin vermiş olduğu bir kararında, "...mektup işleme merkezinde çalışan bir işçinin şikâyeti üzerine, iş yerine yerleştirilen gizli kameralar sayesinde elde edilen görüntüler sonucu bazı işçiler mektup işleme merkezinde meydana gelen mektup kaybolma olayından başka bir yere nakledilmişlerdir. Bu durum karşısında şikâyette bulunan işçi, "kamera kayıtları ancak, haftalık 50 saatlik kayıt yapabilecekleri ve bunların 8 gün içinde yok edilmeleri gerektiğine vurgu yaparak", işçilerin özellikle resim üzerindeki haklarının ihlâl edildiğini ileri sürmüştür. Ayrıca, devamlı işyerinin gözlenmesinde herhangi bir hukuka uygunluk halinin de bulunmadığını ileri sürmüştür. Yüksek mahkeme de talebi uygun bulmuştur"<sup>60</sup>.

Gizli izlenmede bir istisna bulunmaktadır. Eğer işveren işyerinde, hırsızlık ve buna benzer ceza hukukunu ilgilendiren durumların söz konusu olduğuna yönelik somut delillere sahip ise, mahkeme kararıyla ve gerekli prosedür izlenerek gizli video izlemesi yapılabilir<sup>61</sup>. Bu konuda yine Alman Federal Mahkemesi "iş merkezinin mutfağında meydana gelen malzeme hırsızlığına karşın takılan gizli kamera vasıtasıyla mutfakta çalışanların kişilik değerlerinden olan sesleri, resimleri video kamera tarafından kaydedilmiştir. Mahkeme vermiş olduğu kararında, "eğer somut cezai suç şüphesi bulunuyorsa işveren gerekli tedbirleri alabilir, dolayısıyla da söz konusu olayda herhangi bir hukuka aykırılığın söz konusu olamayacağına hükmetmiştir"<sup>62</sup>. Buna benzer bir karar İsviçre Federal Mahkemesi tarafından da verilmiştir. Kararda, "...saat ve mücevher dükkanında kasayı gösterecek şekilde, kasada çalışan işçiye haber verilmeden bir kamera monte edilmiştir. Savcılık, söz konusu kamerayı kasadan habersizce para kaçıran işçinin hırsızlıktan yakalanması için talep etmiştir. Ancak, soruşturma bittikten sonra olaya bakan mahkeme ilgili kayıtların işçiye haber verilmeden toplandığı için ortada hu-

---

<sup>59</sup> Sağlam, 111; Gola, 1139; Maties, 2220.

<sup>60</sup> BAG v. 29.06.2004-1 ABR 21/03 (LAG Berlin, Beschluss vom 5.3. 2003-10 TaBV 2089/02), naklen, RdA 2005, 381; BAG, Urteil vom 27.03.2003-2 AZR 51/02 (LAG Schleswg Holstein), NVwZ 2004 Heft 5.

<sup>61</sup> Wolfer, 138.

<sup>62</sup> BAG= NZA 2003, 1193; ArbG Hamburg, Urteil vom 20.02.2004-17 Ca 426/03, NZA – RR 2005, 520.

kuka aykırı olarak toplanmış deliller olduğunu ve bunların davada kullanılamayacağını ileri sürmüştür. Bunun üzerine kendisine şikâyetle başvuru Federal mahkeme, olayda bir hırsızlık olayının araştırılması ve ortaya çıkarılması durumunun olduğundan işçiye haber verilmeksizin de kamera kaydı yapılabileceğine hükmetmiştir. Olayda kameranın yönünün büyük ve önemli bir kısmının kasayı gösterdiğini iddia edildiği gibi işçinin özel hayatının bir ihlâlinin söz konusu olmadığını bilakis işverenin hırsızlık olayının ortaya çıkarılmasında büyük bir yararının olduğunu belirterek kişilik haklarının ihlâli iddiasını reddetmiştir<sup>63</sup>.

Yukarıda açıklanan hususlara ek olarak, gizli kameralar tarafından elde edilen ve işverenin herhangi bir üstün menfaati olmadan elde edilen kayıtlar mahkemede delil olarak kullanılamazlar. Çünkü hukuka aykırı olarak elde edilmişlerdir. Meselâ, “garaja daha evvel verilen zararların kim tarafından verildiğinin tespiti amacıyla takılan gizli kameralar sonucu elde edilen veriler, Alman yargı makamları tarafından, zarar veren kişinin bulunmasında, garaj sahibinin ilgili kişiyi tespit yararına rağmen delil olarak kullanılamayacağına hükmedilmiştir<sup>64</sup>. Bu duruma paralel olarak, işçilerin izlenmesi için gerekli prosedür tamamlansa bile izleme sadece işçilerin çalıştığı ana ilişkin olmalıdır. Öyle ki, Baden Wuttenberg Asliye Mahkemesi’ne, “işçilerin mal sayımı yapmalarından sonra dahi kamerayla izlenmelerini hukuka aykırıdır<sup>65</sup>. Aksi takdirde, işçilere iş saatleri dışında yapılan izleme hukuka aykırılık teşkil eder.

#### D. İŞÇİNİN GPS ARAÇLARIYLA İZLENMESİ

Son dönemlerde, uydu aracılığıyla çalışabilen elektronik gelişmiş GPS araçlarla yer tayini yapılabilmektedir. Bu araçlar bir nevi yön bulmaya yarayan araç kategorisindedirler. Bu araçlarda, yer tayinini sağlayacak uydudan gelen sinyalleri alabilecek bir alıcı bulunmaktadır. Alıcı vasıtasıyla elde edilen bilgiler, bu verileri değerlendirecek bilgisayar sistemlerine aktarılır ve

<sup>63</sup> 6B\_536/2009, 12 November 2009, Urteil des Bundesgerichts, Medialex 2010, s. 49-50.

<sup>64</sup> Bayreuther, 1040; OLG Karlsruhe, Urteil vom 08. 11. 2001, BGH, NJW 1995, 1955; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1998, 241.

<sup>65</sup> Baden Wuttenberg Landgericht, Urteil 6. Mai 1999, in: BB 1999, 1439.

uygun bir yazılım sayesinde yer verileri eksiksiz bir şekilde tayin edilebilir<sup>66</sup>.

Günümüzde cep telefonlarında dahi GPS özelliği bulunmaktadır. Kullanıcı bu cihaz vasıtasıyla gitmek istediği yeri kolayca bulabilmektedir<sup>67</sup>. Son dönemlerde GPS alıcıları iş dünyasında işçilerin takibi için oldukça sık kullanılmaktadır. Özellikle, işverenin kendisine verdiği işi, işyeri dışında ve işverene ait bir hizmet aracı vasıtasıyla yürütmek zorunda kalan işçinin kullandığı arabaya GPS alıcısı monte edilmektedir. Bu sayede işveren işçisini işyeri dışında zamanlama açısından birebir de takip edebilmektedir. GPS araçları değişik özellikleri barındırmaktadırlar. Meselâ, izlenen kişilerin gittikleri adresleri, gitme zamanı, süresi, GPS aletinin bağlı olduğu aracın hızını, hatta sapmış olduğu yanlış yolları dahi gösterebilir. Bu araçlarla izlenen işçilerde iş zamanlarında takip edilme baskısı hâsıl olduğundan işverenler daha çok kâr elde edebilmektedirler. Ayrıca, işçilere işlerini yapmaları için tahsis edilen araçların da amaç dışı kullanımı önlenmiş olmaktadır.

GPS günümüzde işçilerin gözlenmesi açısından sıkça kullanılmaktadır, fakat her şeyde olduğu gibi işverenin bu yetkisi sonsuz değildir. İşçilerin gözetlenmesi kişilik haklarını ihlâl etmeyecek derecede olmalıdır. GPS aletlerinin işçiden habersiz olarak takılması ve işçinin izlenmesi ve işçinin kişilik haklarını zedelediği için hukuka aykırıdır<sup>68</sup>.

#### IV. İŞÇİLERİN İŞVERENE KARŞI KORUNMASI VE DAYANAKLARI

##### A. GENEL OLARAK

İşçilerin izlenmesi, uluslararası hukuk alanında olduğu gibi, ulusal hukuk alanında da düzenleme bulmuştur. Uluslararası alanda, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (ILO) 1996 yılında bağlayıcı olmamakla birlikte, işçilere ait kişisel bilgilerin elde edilmesi ve işçilerin izlenmesine ilişkin tavsiye niteli-

---

<sup>66</sup> Biegel, 7; Höld, 181.

<sup>67</sup> Wolfer, 159.

<sup>68</sup> Urteil Bundesgericht, 1P. 51/2007 vom 24 September 2007, adı geçen kararda İsviçre Federal Mahkemesi söz konusu işçinin, GPS aletinden habersizce izlenmesini işçinin kişilik haklarından olan özel hayatına yapılan bir ihlâl olarak görmüştür; BGE 130 II 425.

ğinde bir metni bulunmaktadır<sup>69</sup>. Uluslararası alanda diğer bir metin ise Avrupa Birliği'nin kişisel verilerin korunmasına ilişkin olarak değişik tarihlerde kabul ettiği direktiflerdir. Söz konusu direktifler, özel ve tüzel kişilere ait kişisel verilerin toplanması, işlenmesine ve hukuka aykırı işleme durumlarında hukukî sorumlulukları düzenlediklerinden, işçilerle ilgili kişisel verilerin toplanması ve işlenmesinde de uygulama alanı bulabilir.

İşverenin gözetme borcu, işçinin kişilik haklarına ve Anayasa'da düzenlenen haberleşme ve özel hayatın korunması ilkelerine saygı göstermeyi kapsar. İşverenin kendine has sebeplerini dayanak göstererek hukuka uygunluk sebepleri söz konusu olmadan işçiyi izlemesi, anayasada teminat altına alınan temel hak ve hürriyetleri ihlâl edebilmektedir. İşçinin işverene karşı korunmasının anayasadaki dayanaklarının yanı sıra, Türk Medenî Kanunu'nun 23 vd. maddelerinde düzenlenen kişilik haklarının ihlâli söz konusu olabilmektedir. İşçilerin hukuka aykırı izlenmeleri ile kanun tarafından kişilik hakkı olarak teminat altına alınan özel hayat, sır alanı, isim, resim ve ses üzerindeki haklar ihlâl edilebilmektedir. Bu tür ihlâllere karşı, TMK. m. 24 ve 25'te ile Borçlar Kanunu m. 49'da (TBK. m. 58/I) genel olarak düzenlenmiş bulunan kişiliğin korunması hükümlerinin iş hukukuna yansımaları söz konusudur<sup>70</sup>. İşçinin işverenin kişisel bağımlılığı altında bulunması iş ilişkisinde, işçinin kişiliğinin korunması açısından özel bir önem arz eder. İşçinin rızası bulunsa bile, kişilik haklarına ve özgürlüklerine getirilecek kısıtlamalar ancak, hukuka ve ahlâka aykırı olmadıkları oranda geçerlidir. Aynı şekilde, işçinin kişilik haklarını ve hürriyetlerini bütünüyle ortadan kaldırmaya veya bunların kullanılmasını aşırı şekilde sınırlamaya yönelik sözleşmeler geçersizdir (TMK. m. 23/II, BK. m. 19/II, m. 20/I) (TBK. m. 27/I). Bu konuda 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda "İşçinin Kişilik Haklarının Korunması" başlığı altında yeni bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu düzenlemeyle doğrudan işçinin kişilik haklarının korunması hizmet sözleşmesinde işverenin yükümlülüğü olarak yer almış bulunmaktadır. Buna göre, "İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür" (TBK.

<sup>69</sup> [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_protect/---protrav/---safework/documents/normativeinstrument/wcms\\_107797.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/normativeinstrument/wcms_107797.pdf) (UT. 23.10.2010).

<sup>70</sup> Süzek, 313; Bakırcı, 156; Frei, 47.



m. 417/I) hükmü ile işçinin işyerinde uğradığı hukuka aykırı durumlara karşı bir tedbir alınmıştır. Bunun yanı sıra, işverenin yönetim hakkının sınırını işçinin kişilik hakları çizer. İşçi, kişilik haklarını sınırlayacak ona hanel getirecek işverenin talimatlarına uymak zorunda değildir. Meselâ, işveren gerekli koruyucusu bulunmayan bir makinede işçinin çalışmasını isteyemez<sup>71</sup>.

## B. ULUSLAR ARASI DAYANAKLAR

### 1. Uluslararası Çalışma Örgütü

Uluslararası Çalışma Örgütü çalışanların kişisel bilgilerinin ve temel hak niteliğinde olan özel hayatın gizliliği hakkının korunmasını sağlamaya yönelik 1996 yılında tavsiye kararları (“*Code of Practise on the Protection of Workers’ Personal Data*”) oluşturmuştur<sup>72</sup>.

Kararların “tanımlar” başlıklı 3. maddesinde izlenmenin tanımı yapılmaktadır. Söz konusu tanımda işçilerin elektronik araçlar vasıtasıyla izlenmesi örnek mahiyetinde sayılmıştır. Buna göre çalışanların izlenmesini bilgisayar, kamera, video cihazları, ses cihazları, telefon, diğer haberleşme araçları gibi çeşitli izleme metotları oluşturmaktadır. Söz konusu maddede yer alan ve değinilmesi gereken diğer bir husus da, işçi kavramının tanımıdır. Uluslararası Çalışma Örgütü, işçi tanımına yer vermiştir. Kararda işçi tanımına yer verilmesi ile güdülen amaç, fiilen çalışan işçiler değil bunların yanı sıra eski çalışanlar ile iş başvurusunda bulunanları da kapsam dâhiline alarak kapsamı geniş tutmaktır. Bu sayede işçilerin özel yaşamlarının daha iyi bir şekilde korunması sağlanır.

Uluslararası Çalışma Örgütünün çıkardığı kararlar tavsiye niteliğinde olup tarafları bağlayıcı herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Bunun sonucu olarak işçi ve işverenlerin çalışma kurallarını kendi istekleri doğrultusunda belirleme yetkileri de bulunmaktadır. ILO’nun kabul ettiği tavsiye kararlarının 5. maddesinde 13 genel ilkeye yer verilmiştir. Bunun yanı sıra, kişisel bilgilerin teminine ilişkin 6. maddenin 1. fıkrasında çalışanların izlenmesi yasaklanmamakta ancak, izleme iki şarta bağlanmaktadır. Bu şartlardan ilki, işçilerin izlenme olayı gerçekleşmeden evvel işçinin izlenmesinin şekli, han-

<sup>71</sup> Süzek, İşveren, 230; Aydın, 61.

<sup>72</sup> [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_protect/---protrav/---safework/documents/normativeinstrument/wcms\\_107797.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/normativeinstrument/wcms_107797.pdf) (UT.23.10.2010).

gi vakitler gerçekleştirileceği ne kadar süreceği konularında durumdan haberdar edilmesidir. Bu amaçla aydınlatmadan sonra işçilerin açık veya kapalı rızalarının alınması gerekir. Şartlardan diğeri ise, işverenin gerçekleştireceği izlemenin çalışanların özel hayatlarını en az ihlâl edecek nitelikte olması gerekir. Bunu sağlayacak metotlar tercih edilmelidir. Aynı maddenin 2 ile 3. fıkralarında ise hangi şartlar altında gizli izleme ve sürekli izlemeye izin verilebileceği düzenlenmektedir. Çalışanların işyerinde gizli bir şekilde izlenilmeleri konusunda genel hukuka uygunluk hallerinden olan “*kamu yararı, suçun veya suçluların tespiti ve yakalanması, işyerinde hırsızlık*” gibi davranışların olma ihtimaline karşılık gizli izlemenin yapılabileceğine yer verilmiştir. Kararda, çalışanların işyerlerinde izlenmeleri yasaklanmamakla beraber buna ilişkin genel ilkenin sınırları özel hayatın gizliliğini ihlâl edecek ihtimalleri göz önüne alarak gizli ve sürekli izleme hallerini daha sıkı şartlara tâbi kılmıştır.

Tavsiye Kararında, “bireysel haklara” ilişkin 11. maddesinde öngörülen şartlara uyulmasını sağlamak için toplu iş sözleşmesi, çalışma koşulu veya politikasında uygulanması basit ve işçiler açısından erişimi kolay olan gizli izlemeler veya diğer haller için bir şikâyet yolunun belirlenmesi gerekliliğine de yer verilmektedir.

## 2. Avrupa Birliği Direktifleri

Avrupa Birliği’nde “Kişisel Verilerin İşlenmesi Sırasında Gerçek Kişilerin Korunması ve Serbest Veri Trafikine İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyi’nin Direktifi” 24 Ekim 1995 tarihinde kabul edilmiştir. Söz konusu Direktif, kişisel verilerin korunması alanında genel ilkeler içermekte ve uluslararası alanda kişisel verilerin korunmasında genel kabul görmektedir<sup>73</sup>. Kişisel Verilerin Korunmasına ilişkin (95/46/EC) Direktifin temel amacı; kişisel verilerin tüm Avrupa Birliği üyesi ülkelerde aynı düzeyde ve benzer prensipler dâhilinde korunmasını, Birliğe üye ülkelerin bu konudaki ulusal mevzuatının uyumlu hale getirilmesini ve bu suretle kişisel verilerin Avrupa Birliği’ne üye ülkelerde güven içinde serbest dolaşımını sağlamaktır<sup>74</sup>.

---

<sup>73</sup> Schild, 747.

<sup>74</sup> EuGH. Urteil vom 20 Mai 2003-C-465 00: C-138/01:C-139/01-).RDV 2003. S. 5, 232.

Zira üye ülkelerdeki veri koruması düzenlemeleri arasındaki farklılık, Ortak Pazarın oluşumu ve işleyişi açısından bir engel oluşturmaktadır<sup>75</sup>.

Avrupa Birliği'ne üye devletler arasında kişisel verilerin korumasının sağlanması Ortak Pazarın önemini artırıcı bir faktör olarak değerlendirilmektedir. Çünkü kişisel verilerin korunması, böylelikle her üye ülkede belirlenen düzeyde gerçekleştirilme imkânı sağlanır. Buna karşılık üye ülkeler, mevcut veri koruması düzeyinin üzerinde bir düzenleme yapabilirler<sup>76</sup>. Üye ülkeler, Veri Koruma Direktifini kendi iç hukuklarına aktarırken, veri koruması düzenlemelerinin olmasından ziyade, aynı ağırlıkta olmalarını aramaktadırlar<sup>77</sup>. Direktif, kişisel verilerin, tamamen veya kısmen otomatik olarak işlenmesi veya otomatik olarak işlenmeyen, ancak, depolanan veya depolanma zorunluluğu bulunması durumlarında geçerlidir. Direktifin, her kişisel verinin işlenmesinde uygulanması kuraldır.

Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi “Elektronik Haberleşme Sektöründe Gizliliğin Korunması ve Kişisel Bilgilerin İşlenmesine İlişkin Direktif” 12 Temmuz 2002 tarihinde kabul etmiştir. Elektronik Veri Koruma Direktifinde, kişisel verilerin işlenmesi anlamında diğer Direktiflere nazaran önemli değişiklikler yapılmıştır<sup>78</sup>.

Direktiflerin genel nitelikleri ile iş dünyasının kendine has özelliklerini bir araya getirebilmek için 95/46/EC genel nitelikli direktifin 29. maddesine dayanılarak bir çalışma grubu oluşturulmuştur. Söz konusu çalışma grubu, işçilerin kişisel verilerinin toplanması, işlenmesi ve depolanması ayrıca işçilerin elektronik araçlarla izlenmeleri ve bunun sonucu olarak işçilerin kişilik haklarının ihlâl edilip edilmediği konularında raporlar hazırlamaktadırlar.

---

<sup>75</sup> Kişisel Verilerin Korunması Direktifinin 7 numaralı gerekçesi.

<sup>76</sup> Veri Koruma Direktifinin 8 numaralı gerekçesi.

<sup>77</sup> Veri Koruma Direktifinin 10 numaralı gerekçesi.

<sup>78</sup> KOM (2000) 385 s. 3-5; **Dix**, 278; **Gridl**, 258; **Brühann**, Kap.2, 4, C, PN.56 vd; **Schaar**, PN.110 vd.

## C. ULUSAL DAYANAKLAR

### 1. Anayasadaki Dayanaklar

İşveren, işçilerini izlemesiyle onlara ait kişisel veriler hakkında da söz sahibi olabilmektedir. Anayasamızın 20. ve 22. maddelerinde kişisel verilerin korunmasına ilişkin düzenlemelerdir. Anayasa'nın 20. maddesine göre : *“Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. Adli soruşturma ve kovuşturmanın gerektirdiği istisnalar saklıdır. Kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınan merciin emri bulunmadıkça, kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir”*<sup>79</sup> 80. Aynı şekilde konuyla ilgisi olması açısından, Anayasa'nın 22. maddesinde yer alan “Haberleşme Hürriyeti”dir. Söz konusu maddeye göre, *“ Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır. Kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınan merciin emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir”*<sup>81</sup>. Görüldüğü üzere, haberleşmenin gizliliği mutlak

79 “...telefon konuşmasında yer alan sözlerin iki kişi arasında gizli kalması ve o kişilerin özel yaşam alanı ile ilgili bulunan sözler olduğu görülmektedir. Sözler bu içerikte olmasa dahi, bir kişinin telefonunun dinlenmesi veya dinlenen görüşmelerin yayınlanması başlı başına özel yaşama... saldırı teşkil eder” (Y. 4. HD. 31.10.2000, E.6487/K. 9467).

80 Anayasasının özel hayatın Korunmasını düzenleyen 20. Maddesine Avrupa Birliği direktifleri ve diğer imzalanmış kararlar doğrultusunda kişisel verilerin korunmasının anayasal bir hak olarak 7.05.2010 tarihinde eklenmiştir.

81 “Anayasasının 22. Maddesi gereğince kural olarak herkes haberleşme hürriyetine sahiptir ve haberleşmenin gizliliği esastır. Ancak, ulusal güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerine dayalı olarak hâkim kararıyla gizlilik kuralı askıya alınabilir”, Y. 9. Ceza Dairesi, E. 2008/74, K. 2008/22381, T. 04.06.2008, naklen Saydam,

bir hak olarak tanınmıştır. Ancak, hâkim kararıyla haberleşmenin gizliliğine dokunulabilir.

Burada işverenin, işçilerinin özel hayatlarını ve haberleşme hürriyetlerini hiçbir şekilde kısıtlayamayacağı anayasal anlamda korunmuştur. Ancak, hemen maddenin geri kalan kısmında hangi hallerde işverenin, işçinin özel hayatına ilişkin unsurlara ve haberleşme hürriyetine müdahale edilebileceği de düzenlenmiştir. İşveren, işyerinde işçisinin yasak olmasına rağmen bilgisayar kullanması sonucu ticarî sırların üçüncü kişiler tarafından öğrenilmesi ihtimaline karşılık, işçinin haberleşme araçlarına yetkili makamlardan izin almak şartıyla müdahale etme hakkı bulunmaktadır.

## 2. Özel Hukuk Dayanakları

Türk hukukunda işçilerin izlenmelerini ve izlenme yetkisini açıkça düzenleyen herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, iş hukukunda, hâkim olan karşılıklı sadakat borcu ilkesi, işçi yönünden sadakat, işveren yönünden ise, işçiyi gözetme ve koruma borcu olarak hükme bağlanmıştır. Temel ilke işçinin korunması olduğuna göre, işveren BK. m. 332’de belirtildiği üzere, “*İş sahibi, akdin hususi halleri ve işin mahiyeti noktasından hakaniyet dairesinde kendisinden istenilebilecek derecede çalışmak dolayısıyla maruz kaldığı tehlikelere karşı icap ed en tedbirleri ittihaz ve münasip ve sıhhi çalışma mahalleri ile işçi birlikte ikamet etmekte ise, sıhhi bir yatacak yer tedarikine mecburdur*”<sup>82</sup>. Kanun koyucu kişilik haklarını oluşturan işçinin yaşam, vücut bütünlüğü ve sağlığının korunacağını hükme bağladığına göre<sup>83</sup>, işveren, kişilik haklarından olan işçinin ahlaki değerlerine saygı gösterilmesini, maddî ve manevî bütünlüğünün, şahsi ve mesleki şeref ve haysiyetinin, işçiyeye ait gizli kalması gerekli sırların korunmasını sağlayıcı tedbirlerin alınmasından yükümlü ve sorumludur<sup>84</sup>. Buna karşılık işçinin sadakat

---

Mehmet; *Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Erzincan 2011*, 200.

82 Doğan, 127.

83 Ulusan, 17; Kaplan, 139.

84 “...İş Hukukunun temel ilkelerinden biri işçinin korunmasıdır. Anılan ilke, sadece iş ilişkisinin maddî ve ekonomik yönleri yanında işçinin kişiliğinin, onurunun yaşamı ve beden bütünlüğünün de korunmasını gerektirmektedir....” Y. 9HD, T. 20.01.2002, E. 2001/15948, K. 2001/1627. (<http://www.tisk.org.tr/hukuk/ayrinti.asp?id=28>, UT. 04. 12.2010).

borcu gereği, işyerinin ve işverenin haklı çıkarlarını en iyi biçimde korumak ve söz konusu çıkarlara zarar verebilecek her türlü davranıştan kaçınmakla yükümlüdür<sup>85</sup>. Sadakat borcu, kanundan, sözleşmeden ya da meslekî veya mahallî örf ve adetlerden doğabilir. Kapsamına ise, işçinin işyerinde öğrendiği sırları saklaması, işverenin talimatlarına uyması, işyerine zarar vermesi gibi olumlu edimler yanında; işverenle rekabetten, işyerine ve işverene zarar verebilecek davranışlardan kaçınması gibi olumsuz edimler de girerler<sup>86</sup>.

İş Kanununda, sadakat borcuna açıkça değinilmiş olmamakla birlikte, İş Kanunu m. 25/II/e’de yer alan “*İşçinin, işverenin güvenini kötüye kullanmak, hırsızlık yapmak, işverenin meslek sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması*” gibi sadakat borcuna aykırılık niteliği taşıyan ve sınırlayıcı olmayan bazı ahlâk ve iyiniyet kurallarına değinilmiştir. Madde metninde genel olarak işçinin işverene karşı göstermesi gereken sadakat yükümlülüğüne yer verilmiştir. Buradan hareketle, işçinin iş vakitlerini internette değişik siteleri ziyaret ederek geçirmesi durumu da İK. m. 25/II/e bendinde örnekleyici bir şekilde sayılan sadakat yükümlülüğüne aykırı hallere dahildir. İşçinin bu tür davranışlarında işverene derhal fesih<sup>87</sup> olanağı tanındığı gibi ayrıca, m. 26/II ile de tazminat isteme imkânı da saklı tutulmuştur<sup>88</sup>. Bu anlamda olmak üzere, işveren, işyerinde iş saatlerinde sohbet sitelerine giren işçisinin iş akdini derhal fesih edebilir. Çünkü işçi, işverene karşı sadakat borcunu yerine getirmemektedir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda, İş Kanununun aksine işçinin sadakat yükümlülüğüne ilişkin özel bir hüküm öngörülmemiştir. Buna göre, “*İşçi, .... işverenin haklı menfaatinin korunmasında sadakatle davranmak zorun-*

<sup>85</sup> Aydın, 57; Centel, 135; Narmanhoğlu, 197.

<sup>86</sup> Aydın, 57.

<sup>87</sup> “..Eğitim sorumlusu olarak çalışan davacının, davalının ibraz ettiği, davacının da kendisi tarafından çekildiğini kabul ettiği e-posta kayıtlarından, işyeri bilgisayarını kullanarak, mesai saatleri içinde aynı yerde çalışan bir hanım iş arkadaşına edep dışı sözler ve resimler içeren mesajlar gönderdiği anlaşılmıştır. Bizzat davacı tanıkları bu mesajların işverence 7.1.2004 tarihinde öğrenildiğini ifade etmişlerdir. Bu durumda davacının iş akdinin feshi geçerli bir sebebe dayandığının kabulü gerekir. Böyle olunca davacı 4857 sayılı İş Kanununun 18 ve devamı maddelerinde yer alan işe iade hükümlerinden yararlanamayacaktır...”, (Y.9 HD. T. 16.12.2004, E. 2004/18435, K. 2004/28069).

<sup>88</sup> Aydın, 57; Çelik, 108; Narmanhoğlu, 200.

*dadır. İşçi, hizmet ilişkisi devam ettiği sürece, sadakat borcuna aykırı olarak bir ücret karşılığında üçüncü kişiye hizmette bulunamaz ve özellikle kendi işvereni ile rekabete girişemez(396/III).*

*İşçi, iş gördüğü sırada öğrendiği, özellikle üretim ve iş sırları gibi bilgileri, hizmet ilişkisinin devamı süresince kendi yararına kullanamaz veya başkalarına açıklayamaz. İşverenin haklı menfaatinin korunması için gerekli olduğu ölçüde işçi, hizmet ilişkisinin sona ermesinden sonra da sır saklamakla yükümlüdür” (TBK. m. 396/IV).*

Yukarıda açıklananların yanı sıra, eğer işveren işyerinde geçerli olmak üzere işyeri etik kuralları öngörmüş ve bu kuralları iş sözleşmelerinin bir eki olarak işçilerine sunmuş ise, işçilerin söz konusu etik kurallarında yer alan sadakat ve doğruluk kurallarına aykırı hareket etmeleri halinde de işveren, işçilerin işyeri etik kurallarına aykırı davrandıklarını öne sürerek iş akitlerini haklı sebebe dayanarak feshedebilir. Bu konuda Yargıtay da verdiği son kararında işyeri etik kurallarının ihlali halinde işverenin derhal fesih hakkı olduğunu kabul etmiştir<sup>89</sup>.

İşverenin işçiyi sözleşme hükümlerine aykırı olarak izlemesi onun kişisel verilerini işlemesi hallerinde işçiye de iş akdini haklı bir şekilde feshetme yetkisi tanınması gerekir. Bu konuda doktrinde değişik görüşler bulunmaktadır. Bunlardan ilkinde, işçinin haklı sebeplere dayanarak feshi 24/II’de ayrıca düzenlenmemiş olup işverenin işçilerini onlara haber vermeksizin izlemesi hallerinde, işverenin söz konusu maddede yer alan **“sataşmak”** fiiline tabi tutularak işçinin fesih hakkının doğacağına yer verilmiştir<sup>90</sup>. Diğer bir görüşe göre ise, işverenin iş akdi yapıma aşamasında işçilerin izlendiğinden hiç bahsetmemiş olması durumunda işçi İK. m. 24/II/a fıkrası gereği haklı olarak iş akdini feshedebilir. Aynı şekilde işverenin iş akdi devam ederken, işçilerini onların haberi olmaksızın sözleşmeye aykırı olarak izle-

---

<sup>89</sup> Yargıtay , “banka işyerinde çalışanların uymakla yükümlü olduğu işyeri etik kuralları bulunduğu ve bu kuralların iş sözleşmesinin eki niteliğinde olduğu, davacının iş amaçlı bilgisayarı mesai saatleri içinde internette alışveriş ve oyun sitelerine birden fazla girmek suretiyle amaç dışında kullandığı ve bu süre zarfında zamanını iş görme edimine harcamadığı,(.....) davacının yan yükümlülüğünü ihlâl ettiği, davacının bu davranışının işyerinde olumsuzluklara yol açtığı ve iş ilişkisinin işveren açısından devam ettirilmesinin beklenmez bir hal aldığından bahisle iş sözleşmesinin feshinin geçerli neden dayandığı belirtilmiştir.....”( Y. 9. HD. T. 04.05.2009, E. 2008/36305, K. 2009/12393, **naklen Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, S. 22, 2009, 645-649)

<sup>90</sup> **Sevimli**, 259.

mesi hallerini de İK. m. 24/II/a fıkrasına geniş bir yorum getirilerek dayandırılabilir<sup>91</sup>. Bu şekilde de işçinin iş akdini derhal haklı sebebe dayanarak feshedebilir. Kanaatimizce de ikinci görüş, işçinin gizli izleme sonucu kişilik haklarının ihlâl edilmesi durumunda haklı sebebe dayanarak feshetme hakkı verilmelidir. Çünkü sözleşme yapan taraflar sözleşmeden ilk olarak edim menfaatini beklerler. Bunun dışında, sözleşme görüşmeleriyle başlayan dayanağını MK. m. 2’de düzenlenen dürüstlük kuralından alan ve tarafların sözleşme süresince hatta sözleşme sonrasında da birbirlerinin mal ve kişi varlığı değerlerine saygı duymaları gerekir. Borçlu, borcu ifa ederken veya ifa vesilesiyle bu değerleri ihlâl etmemelidir<sup>92</sup>. Çünkü bunlar ihlâl edildiğinde borç gereği gibi ifa edilmemiş sayılır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda işverene, işçinin kişisel verilerini iş sözleşmesi kapsamında kullanması yönünde bir yükümlülük getirilmiştir. Buna göre, “İşveren, işçiye ait kişisel verileri, ancak işçinin işe yatkınlığıyla ilgili veya hizmet sözleşmesinin ifası için zorunlu olduğu ölçüde kullanabilir. Özel kanun hükümleri saklıdır” (TBK. m. 419) düzenlemesiyle, işçiye ait kişisel verilerin, onun izni olmaksızın hizmet sözleşmesiyle ilgisi olmayan yerlerde kullanımının önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Madde metninde yer alan konularda, işçinin kişisel verileri, işlenebilir. Bu durumda hukuka uygunluk hali söz konusudur. Sayılan bu hallerin dışında işveren tarafından yapılacak kişisel verilerin işlenmesi hukuka aykırılık halini oluşturur. Bu durumda işverenin hukuki sorumluluğu söz konusu olur.

## V. İŞÇİNİN KİŞİLİK HAKLARININ HUKUKA AYKIRI OLARAK İHLÂL EDİLMESİNİN HÜKÜMLERİ

### A. GENEL OLARAK

İşverenin, işçilerini hukuka aykırı olarak izleme sonucu sorumluluğu söz konusu olur. Sorumluluğun dayanakları ise, sözleşme öncesi sorumluluk, haksız fiil ve nihayet sözleşmeye aykırılığa dayanabilir. İşveren, işçi ile aralarındaki herhangi bir sözleşme olmadığı işçinin aday işçi olduğu bir dönemde, işçiye ait haberleşmeleri ve işçinin kendisini çalışma anında hukuka aykırı bir şekilde izlemesi halinde de, işçinin kişilik haklarının ihlâli söz konusu olur. Bu dönemde herhangi bir sözleşme ilişkisi taraflar arasında

<sup>91</sup> Savaş, 124.

<sup>92</sup> Eren, 40,41.



bulunmamaktadır. Ancak, sözleşme benzeri bir durum söz konusudur. Doktrinde<sup>93</sup> bu döneme diğer hükümlere göre zamanaşımı ve ispat açısından daha elverişli olan sözleşme hükümlerinin uygulanması gerektiği savunulmaktadır. Kanımızca bu görüş daha isabetlidir.

İşverenin yanında herhangi bir sözleşme olmaksızın çalışan bir işçiyi izlemesi, haberleşme kayıtlarının dinlenmesi ona ait kişisel verilerin toplanması hallerinde de haksız fiil hükümleri geçerli olur. Çünkü taraflar arasında herhangi bir sözleşme bulunmamaktadır.

Nihayet, işveren ile işçisi arasında var olan hizmet akdine binaen çalışan işçinin işvereni tarafından sözleşme hükümlerine aykırı olarak izlenmesi halinde, BK. m. 96'ya (TBK. m. 112) dayanılarak işverenin sorumluluğuna gidilebilir. Ayrıca BK. m. 98/II'de (TBK. m. 114/II) yer alan atıf da, "*Haksız fiillerden mütevellit mesuliyete müteallik hükümler kıyasen akde muhalif hareketlere de tatbik olunur*" hükmünden hareketle haksız fiilin sorumluluğuna ilişkin hükümleri uygun düştüğü oranda sözleşmeye aykırılık hallerine de uygulanır hükmü" burada da uygulama alanı bulur<sup>94</sup>.

## **B. SÖZLEŞME HÜKÜMLERİNE AYKIRILIK DURUMUNDA KİŞİLİK HAKLARININ İHLALİ**

İşçi ve işveren arasındaki sözleşmeye aykırı olarak işçinin izlenmesi sonucu kişilik haklarının ihlâl edilmesi halinde maddî ve manevî tazminat talep edilebilmesi için, taraflar arasında bir sözleşmenin var olması, sözleşme hükümlerinin ihlâlî, kusur, zarar ve illiyet bağının olması gerekir. Bunun yanı sıra, işçi ve işveren arasında herhangi bir sözleşme olmadan işverenin hukuka aykırı izleme yapması hallerinde ise taraflar arasında bir sözleşmenin varlığı ve sözleşmeye aykırılık şartları dışındaki ortak şartlar kişilik haklarının hukuka aykırı olarak ihlâlî, kusur, zarar ve illiyet bağı aranır. Çalışmamızda, sözleşmeye aykırılık esas alınıp, BK m. 98 /III (TBK. m. 114/II) gereği haksız fiil hükümlerine atıfla yetinilmiştir.

---

<sup>93</sup> Von Tuhr/Peter, 192 vd; Serozan, 189; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 979.

<sup>94</sup> Kılıçoğlu, 471.

### 1. Taraflar Arasında Bir İş Sözleşmesinin Varlığı

İşletmecilerin sorumluluğunun doğması için, öncelikle taraflar arasındaki hukukî işlemde doğan bir borç ilişkisinin olması gerekir<sup>95</sup>. Borç ilişkisi mevcut olmadan, borçlunun borcu ifa etmemesi, borca aykırı davranması ve dolayısıyla sözleşme ilişkisini ihlâl etmesi söz konusu olamaz<sup>96</sup>. İşverenin işçisini ondan habersizce izlemesi, kişisel verilerinin gizlice kaydetmesi, iş akdinden doğan işçiyi koruma ve eşit davranma borçlarının ihlâlidir. İşverenin iş sözleşmesi gereği üstlendiği sözleşme hükümlerine aykırı davranması, kendini en çok gizli izleme de gösterir. Çünkü işveren işçilerini izlemeden önce açıkça, izleme durumunu ve şartlarını belirtmekle yükümlüdür<sup>97</sup>. Bu açıklamalar yapılmadan işçilerin izlenmesi sözleşmeye aykırılık teşkil eder.

### 2. Sözleşmeye Aykırılık (İşçinin Kişilik Haklarının İhlâli)

İşçinin kişiliğinin korunması konusunda, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 328/I'de, "*işverenin işçiyi koruma ve gözetme borcu, işçinin hayat, sağlık ve vücut bütünlüğünün korunması yanında onun şeref ve haysiyetinin, özel ve gizli hayat alanlarının, mesleki itibarının korunmasını*", yani işçinin kişilik haklarını da kapsayacak şekilde geniş düzenlenmiştir<sup>98</sup>. Türkiye de ise, İsviçre'deki gibi açık bir düzenleme bulunmamakta idi. Ancak, mevcut BK. m. 332/I'de, "*İş sahibi, akdin hususi halleri ve işin mahiyeti noktasından hakkaniyet dairesinde kendisinden istenilebileceği derecede çalışmak dolayısıyla maruz kaldığı tehlikelere karşı icabeden tedbirleri ittihaz ve münasip ve sıhhi çalışma mahalleri ile işçi birlikte ikamet etmekte ise sıhhi yatacak bir yer tedarikine mecburdur*" hükmü, işçinin özel hayatına yönelecek tehlikeleri de kapsar şekilde geniş anlaşılması gerektiği doktrinde kabul edilmekte idi<sup>99</sup>. Bu hükme aykırı davranan işveren BK. m. 96 (TBK. m. 112) anlamında iş akdini ihlâl etmiş sayılıyordu. Çünkü burada da işçi, sözleşmeye aykırılık sebebiyle işçinin kişilik hakları ihlâl ediliyordu. Buna karşın 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun, 417. maddesinde İsviçre'de olduğu gibi "*işçinin kişilik haklarının korunması*" başlığı altında yeni bir

<sup>95</sup> Wolfer, 223; Rehbindler, PN. 267, 271.

<sup>96</sup> Eren, 1041; İnan, 485; Kılıçoğlu, 475.

<sup>97</sup> Sağlam, 111; Sevimli, 203.

<sup>98</sup> Frei, 49; Portmann, Art. 328, PN. 4, s. 1861.

<sup>99</sup> Kaplan, 139-140.

düzenlemeye yer verilmiştir. Gerçektende bu maddeye göre artık doğrudan işçinin kişilik haklarının ihlâlinde işverenin sorumluluğuna gidilebilecektir. Bu maddeye göre “İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.

*İşveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak; işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür.*

*İşverenin yukarıdaki hükümler dâhil, kanuna ve sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlâline bağlı zararların tazmini, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabidir”* şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu kuralın konmasında da İsviçre Borçlar Kanununun ilgili maddesinin temel alındığı görülmektedir. Ayrıca, İK. m. 77’de işçinin sağlığının ve vücut bütünlüğünün korunması hakkında hükümler de bulunmaktadır<sup>100</sup>. Kanuna göre, “İşverenle, işyerlerinde, **iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak, işçiler de iş sağlığı ve güvenliği** konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdürler. İşverenler, işyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uyulup uyulmadığını **denetlemek**, işçileri karşı karşıya buldukları mesleki riskler, alınması gerekli tedbirler, yasal hak ve sorumlulukları konusunda bilgilendirmek ve gerekli iş sağlığı ve güvenliği eğitimini vermek zorundadırlar”. Madde metninde de anıldığı üzere, işverenler, iş güvenliği ve iş sağlığı dolayısıyla gerekli tedbirleri almak ve işçilerde alınan tedbirlere uymakla yükümlüdürler. Burada, işverenin işçileri izlemesinin sınırını, iş yeri güvenliği çizmektedir. İş yeri güvenliğinin sağlanması ile ilgili olmayan her türlü tedbir amaca aykırıdır, dolayısıyla da bu durumun sözleşmeye de aykırı olduğu maddenin karşıt anlamından çıkarılabilir. Eğer iş güvenliği için gerekli olmayan izlemeler ve kişisel verilerin işlenmesi işveren veya talimat verdiği şahıs tarafından gerçekleştiriliyor ise, burada işveren açısından sözleşmeye aykırı bir davranış söz konusudur. Bu sebeple işverenin

---

<sup>100</sup> Aydın, 62.

amaca aykırı davranması sonucu işçilerin kişilik haklarının ihlâli söz konusu olur. Meselâ, tekstil fabrikasında çalışan bayan işçilerin çıkışta çantaları ve üstleri güvenlik sebebiyle aranabilir. Ancak söz konusu bayan işçilerin telefonlarının toplatılarak kimlerle görüşme yaptıklarının tespitinde amaca aykırılık söz konusu olur. Çünkü işyerinde bir hırsızlığın ortaya çıkarılması için arama amaca uygun bir davranış iken, kişilerin telefonlarının toplanması güvenlik amacını aşan bir durumdur.

İş Kanunu m. 75’de yer alan “*İşçinin Özlük Dosyası*”<sup>101</sup> başlıklı maddede, “*İşveren çalıştırdığı her işçi için bir özlük dosyası düzenler. İşveren bu dosyada, işçinin kimlik bilgilerinin yanında, bu Kanun ve diğer kanunlar uyarınca düzenlemek zorunda olduğu her türlü belge ve kayıtları saklamak ve bunları istendiği zaman yetkili memur ve mercilere göstermek zorundadır.*

*İşveren, işçi hakkında edindiği bilgileri dürüstlük kuralları ve hukuka uygun olarak kullanmak ve gizli kalmasında işçinin haklı çıkarı bulunan bilgileri açıklamamakla yükümlüdür”* hükmü yer almaktadır. Söz konusu madde metninde de belirtildiği üzere, işverenin işçisi ile sözleşme yapması anından itibaren onun hakkında tutacağı kayıtları gizli tutmak ve kimseye açıklamamakla yükümlülüğü doğar. Eğer işveren sözleşmeden kaynaklanan bu yükümlülüğüne aykırı davranarak işçinin dosyasında yer alan ve onun hakkında kişisel veri özelliğine sahip bilgileri üçüncü şahıslara açıklar veya sözleşmeye aykırı olarak işlerse, iş akdine aykırı davranmış olur. İK m. 75/II ile işverene işçinin dosyasında yer alacak bilgileri açıklamama, yani sır saklama yükümlülüğü getirilmiştir<sup>102</sup>. Kişilik dosyalarının düzenlenmesi alanında, Türk Borçlar Kanununun 418. maddesinde, “*İşveren, işyeri kayıt ve belgelerindeki işçiye ait kişisel verileri ancak hizmet ilişkisinde yeterliliği ve iş görme ediminin yerine getirilmesi için gerekli olmaları halinde işleyebilir. Özel kanun hükümleri saklıdır”* hükmü kabul edilmiştir. Maddenin gerekçesinde, teknolojik gelişmeler sonucu günlük yaşantının bir parçası haline gelen ve bilgisayar ortamında saklanabilen verilerin işlenmesi konusunda işçi-

<sup>101</sup> İşveren çalıştırdığı her işçi için bir özlük dosyası düzenler. İşveren bu dosyada, işçinin kimlik bilgilerinin yanında, bu Kanun ve diğer kanunlar uyarınca düzenlemek zorunda olduğu her türlü belge ve kayıtları saklamak ve bunları istendiği zaman yetkili memur ve mercilere göstermek zorundadır. İşveren, işçi hakkında edindiği bilgileri dürüstlük kuralları ve hukuka uygun olarak kullanmak ve gizli kalmasında işçinin haklı çıkarı bulunan bilgileri açıklamamakla yükümlüdür.

<sup>102</sup> Aydın, İşveren, 500; Uşan, 27 vd.

nin korunması amacıyla bazı sınırlamalar yapılmıştır. Buna göre, işverenin, işyeri kayıt ve belgelerindeki işçiye ait kişisel verileri ancak işçinin hizmet ilişkisinde yeterliliği ve iş görme ediminin yerine getirilmesi için gerekli olmaları halinde işleyebileceği belirtilmiştir. Kanun tasarısı aynen İsviçre’de olduğu gibi İBK m. 328b dikkate alınarak işçilerin kişisel verilerinin işveren tarafından ancak belli hallerde işleyebileceğini belirtmektedir<sup>103</sup>. Söz konusu bu haller dışındaki sebeplerden dolayı işverenin yapacağı işlemler sözleşmeye aykırı olur.

Yukarıdaki ifadelerden de görüldüğü üzere, Türk kanun koyucusu, İsviçre kanun koyucusu gibi tek bir maddede işçinin kişilik haklarına yer vermemiştir. Ancak, İş Kanununda ve Medenî Kanunda yer alan genel olarak kişilik hakları düzenleyen MK. 23, 24 ve 25, BK m. 49 (TBK. m. 58/I ) ve İK m. 77’den işçinin kişilik haklarının korunmasına kolaylıkla varılabilir. Burada işçinin kişilik haklarının korunmasında talep edilecek maddî ve manevî tazminat açısından sözleşme hükümleri ve sözleşme dışı hükümler yarışma halindedirler. Eğer işçinin kişilik hakları işverenin kendisi veya organı tarafından gerçekleştirilmişse, tazminat sözleşme hükümlerine göre talep edilir. Ancak işçi işverenin talimatı gereği BK m. 100 (TBK. m. 116) gereği ifa yardımcısı ise ve bu görevi gereği işçileri sözleşmeye aykırı olarak görevini aşarak izlemişse burada işverenin BK m. 100 (TBK. m. 116) anlamında sorumluluğu söz konusu olur. Eğer işçi işyerinde genel olarak ihtisas gerektirmeyen işlere bakıyor ise BK m. 55 (TBK. m. 66) uygulanır<sup>104</sup>. Ancak BK. m. 98/III’de (TBK. m. 114/II) haksız fiil hükümlerine yapılan atıf dolayısıyla haksız fiile ilişkin kurallar sözleşmeye aykırılıkta da uygulama alanı bulur. İşverenin sözleşmeye aykırılığı ister kendi veya organının davranışından kaynaklansın, isterse de haksız fiilden kaynaklansın kişilik haklarının korunması açısından genel hüküm olan MK. m. 25’de adı geçen açılabilmelelerinde kusurun şart olmadığı tespit<sup>105</sup>, önleme<sup>106</sup>, durdurma<sup>107</sup> davaları açı-

---

<sup>103</sup> Bayram, 19.

<sup>104</sup> Portmann, *Genugtuungsbegründe*, 13.

<sup>105</sup> Akipek/Akıntürk, 398; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 195; Bucher, N. 579; Helvacı, 131 vd; Akbulut, 17; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jumgo, 105.

<sup>106</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 193; Helvacı, 128; Akbulut, 16; Hausheer/Aebi-Müller, 211; Bucher, N. 574.

<sup>107</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 191; Akbulut, 16; Kılıçoğlu, Özel Yaşam, 206; Akipek/Akıntürk, 395; Bucher, N. 571; Helvacı, 130; Hausheer/Aebi-Müller, 213.

labilir. Bunların yanı sıra, kusuru şart koşan maddi<sup>108</sup> ve manevi<sup>109</sup> tazminat davaları da açılabilir.

İşverenin sözleşme hükümlerine aykırı olarak işçiyi izlemesi, onun kişisel verilerini hukuka aykırı olarak toplaması, elinde tutması sonucu işçinin maddî veya manevî zararı söz konusu olabilir. Her iki zararında tazmin edilmesi gerekir. İşverenin hukuka aykırı izlenmesi halinde doğacak manevi zararları da genel hükümler doğrultusunda tazmin edilebilir.

### 3) Uygun İlliyet Bağı

Uygun illiyet bağı, olayların normal akışına ve genel hayat tecrübelerine göre gerçekleşen türden zorunlu bir sonucun gerçekleştirilmesini kolaylaştıran sebeple sonuç arasındaki uygun illiyet bağının olması gerekir<sup>110</sup>. Buradan hareketle, işçinin iş sözleşmesine aykırı olarak izlenmesi ile doğan maddî ve ya manevi zarar arasında bir bağın olması gerekir. Yani zarar, işverenin hukuka aykırı işleminin bir sonucudur. Genel kural olan hukuka uygunluk bağını kesen sebepler olmadıkça işveren hukuka aykırı eylemlerinden sorumludur<sup>111</sup>. Uygun illiyet bağını kesen sebepler, rıza, daha özel nitelikte kamusal veya özel yarar, ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılmasıdır.

### Sonuç

Yaşadığımız iletişim çağında haberleşme hiçbir dönemde olmadığı kadar hızlı, zamandan ve mekândan ayrılmış bir şekilde insanoğlunu etkilemektedir. Bu durumun hem yararı hem de zararı söz konusu olmaktadır. Yararı, insanoğlu dünyanın diğer ucunda yaşayanlarla en hızlı şekilde haberleşebilmektedir. Ancak bu durum insanoğluna uzun uğraşlar sonucu kazandığı özel yaşam alanında serbestçe davranabilme ve kişiliğini en iyi şekilde maddi ve

<sup>108</sup> Hausheer/Aebi-Müller, 218; Kılıçoğlu, *Özel Yaşam*, 223; Akipek/Akıntürk, 424; Bucher, N. 600.

<sup>109</sup> Akipek/Akıntürk, 427; Bucher, N. 602; Hausheer/Aebi-Müller, 222; Ertaş, 65 vd; Kılıçoğlu, *Özel Yaşam*, 243; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 199 vd; Serozan, *Değişik Yaklaşım*, 70vd.

<sup>110</sup> "...hayattaki genel deneylere ve olayların tabii akışına göre bir olay, diğer bir olayı meydana getirmeye elverişli olur..." YHGK. T. 24.6.64; 508/4-181.15.03.1993; 1991-1145/1993-2534, YKD. Ağustos 1993, 1169.

<sup>111</sup> Eren, (*İlliyet Bağı*), 52.

manevi yönden geliştirebilme haklarını yaşamının her anında engelleyebilmektedir.

İş dünyasında da işçilerin, işyerlerinde anayasa tarafından tanınan özel hayatın korunması, haberleşme hürriyeti ve maddi ve manevi varlığını serbestçe geliştirme haklarına modern haberleşme araçları kullanılarak müdahale edilmektedir. Bütün bunlar yapılırken işverenlerin öne sürdüğü en etkili gerekçe ise, işyerinin ve işlerinin maddi geleceğidir. Adı geçen iki kavram için işçilerin özel yaşamları hiçe sayılabilmektedir.

İşçilerin işverenin karşısında, güçsüz ve muhtaç durumda olması onun hukuken korunmasına engel teşkil etmez. Gerçekten de mevzuatımız göz önüne alınarak, başta Anayasada daha sonra İş Kanunu ve nihayet Türk Medeni Kanununda yer alan hükümler ışığında işçilerin özel yaşamları ve kişilik hakları korunabilir. Bu konuda Türk Medeni Kanununun m. 24 ve 25. maddelerine genel hüküm olarak başvurulabilir. Bunların yanı sıra yine Borçlar Kanunu m. 49 (TBK. m. 58) hükümlerine dayanılarak manevi tazminat talep edilebilir. Bu sayılan kanuni yollara başvurunun hukuki dayanağı ise, işçinin işverenin yanında bir sözleşmeye dayanarak çalışıp çalışmamasına göre farklılık arz eder. İşçi, işverenle arasında bir iş sözleşmesine dayanarak çalışmakta ise, talep edilecek tazminatların dayanağı BK m. 96 (TBK m. 112) olur. Eğer işçi ile işveren arasında, herhangi bir sözleşme bulunmuyorsa, dayanılacak hukuki kurum, haksız fiil olacaktır.

**KISALTMALAR**

Abs:	Absatz.
ArbG:	Arbeitsgericht .
AY:	Anayasa.
BAG:	Bundesarbeitsgericht .
BGE:	Bundesgerichtsentscheidung .
BGH:	Bundesgerichtshof .
BK:	Borçlar Kanunu.
E.:	Esas.
EuGH:	Europaeische Gerichtshof .
HD:	Hukuk Dairesi.
İK:	İş Kanunu.
İBK:	İsviçre Borçlar Kanunu
İİK:	İcra İflas Kanunu.
KOM:	Kommission.
KT:	Karar Tarihi.
LAG:	Landarbeitsgericht.
NJW:	Neue Juristischewochenschrift.
NVwZ:	Neue Zeitschrift für Wervaltungsrecht.
NZA:	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht.
NZA-RR:	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht Rechtsprechung Report.
OGH:	Obergerichtshof .
OLG:	Oberlandsgericht .
PN:	Paragraf Numarası.
RdA:	Recht der Arbeit.



RDV:	Recht der Datenverarbeitung.
s.:	Sahife.
T.:	Tarih.
TMK:	Türk Medeni Kanunu.
UK:	United Kingdom.
URT:	Urteil.
UT:	Ulaşım Tarihi.
TBK:	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu.

**KAYNAKÇA**

Akbulut, Çiğdem: Manevi Tazminat Talebinin Hukuki Niteliği ve Şartları, Ankara 1989, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

Akipek, J/Akıntürk, T. Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Ankara 2007.

Aydın, Ufuk: İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakları, Eskişehir 2002.

.....: İşverenin İşçi Özlük Dosyası Tutma Yükümü, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, 2006 Ankara, (Aydın, İşveren).

Bakırcı, Kadriye: İş Hukuku Açısından İş Yerinde Cinsel Taciz, İstanbul 2002.

Barton-Dirk-Michael/Weissnicht Elmar: Online-Überwachung im Unternehmen-Ein Überblick über die Rechtslage, in Frankreich, MMR 2008, PN. 149-154.

Bayram, Fuat: Borçlar Kanunu Tasarısı Işığında İşverenin, İşçinin Kişiliğini Koruma Borcu, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006.

Bayreuther, Frank: Videoüberwachung am Arbeitsplatz, NZA 2005.

**Biegel, Andreas:** Überwachung von Arbeitnehmern durch technische Einrichtungen, Diss. Marburg, Hamburg 2000.

**Brühann, Ulf:** in: Rossnagel HAndbuch Datenschutzrecht, München 2003, s. 345-353.

**Bucher, Andreas:** Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz, 3. Auflage, Genf 1999.

Centel, Tankut: İş Hukuku, Bireysel İş Hukuku, C. I, İstanbul 1994.

Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri, 18.basım, İstanbul 2005.

Dix, Alexander: Der entwurf der ISDN Datenschutzrichtlinie, DuD 1997 (5), s. 278 vd.

**Dural, M/Öğüz, T:** Türk Özel Hukuku, C.II, Kişiler Hukuku, İstanbul 2004.

Doğan, Cahid: İş Hukuku, Niğde 2001

Elschner, Günther: in: Handbuch Multimedia-Recht, 21. Auflage, Münster 2008.

**Eren, Fikret:** Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 12. Bası, Ankara 2010.

.....: Sorumluluk Hukuku Açısından, Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975. (**Eren, İlliyet Bağı**).

Ernst, Stefan: Der Arbeitgeber, die E-posta und das Internet, NZA 2002.

Ertaş, Şeref: Manevi Tazminatın Hukuki Niteliği ve Miktarının Tespiti, Prof. Dr. İlhan Postacıoğlu'na Armağan, İstanbul 1990.

**Frei, Bernhard:** Der Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers nach OR. Art. 328 Abs. 1, Unter besonderer Berücksichtigung des Personaldatenschutzes, Zürich 1982.

**Geiser, Thomas:** Die Beaufsichtigung des Internetbenutzers im Arbeitsrecht, in: medialex 2001.

Gola, Peter: Datenschutz bei der Kontrolle "mobiler" Arbeitnehmer Zulaessigkeit und Transparenz, NZA 2007.

Gridl, Rudolf: Datenschutz in globalen telekommunikation Systemen, Baden-Baden 1998.

Gubbels, Achim: Beweisverwertungsverbote bei privater Internetnutzyng am Arbeitsplatz, NZA 2009.

Hanau, P/Hoeren, T: "Internetnutzung durch Arbeitnehmer", 2003 München.

**Hartmann, Thomas,** Internetnutzung am Arbeitsplatz:

Anmerkungen zu einem ersten Gesetzesentwurf, [www. it. law.at](http://www.it.law.at).

**Hausheer, H/Aebi-Müller, R.:** Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 2005.

**Helvacı, Serap:** Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, İstanbul 2001.

**Holenstein, Christoph:** Die Benutzung von elektronischen Kommunikationsmitteln (Internet und Intranet) im Arbeitsverhältnis, Diss. Zürich, Bern 2002.

**Höld, Florian:** Die Überwachung von Arbeitnehmern, Nichttechnische Überwachungsmethoden, technische Überwachungsmethoden und ärztliche Untersuchungen, Diss. Köln, Hamburg 2005.

**İnan, Ali Naim:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1979.

Kaplan, E. Tuncay: İşverenin Koruma ve Gözetme Borcunun Kapsamı, Kamu İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi; Prof. Dr. Kamil Turan'a Armağan, C. 7, 2003, S. 2.

**Kılıçoğlu Ahmet M:** Borçlar Hukuku, Genişletilmiş 11. Bası, Ankara 2010.

.....: Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırı-  
lardan Hukuksal Sorumluluk, 3. Bası, Ankara 2008. (**Kılıçoğlu, Özel Ya-  
şam**).

**Kılıçoğlu, M/Şenocak, K.,** İş Güvencesi Hukuku, İstanbul 2007.

**Krauss, Claudia:** Internet am Arbeitsplatz, Jur PC Web-Dok .  
14/2004, Abs. 11-14.

**Koch, Frank:** Rechtsprobleme privater Nutzung betriebliche elektronischer  
Kommunikationsmittel, NZA 2008.

**Kuşku, Çisem:** İşverenin, İşçinin İnternet ve E-Posta Kullanımına Müdahale-  
lesi ve İşçinin Kişilik Hakları, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

**Maties, Martin:** Arbeitnehmerüberwachung mittels Kamera? NJW 2008.

Mollamahmutoğlu, Hamdi: İş Hukuku, 2. Basım, Ankara 2005.

Narmanlıoğlu, Ünal: İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri, İzmir 1998.

Oğuzman, M.K./Seliçi, Ö/Oktay-Özdemir, S.: Kişiler Hukuku, 10. Bası,  
İstanbul 2010.

**Okur, Zeki;** İşyerinde işçinin Bilgisayar ve İnterneti Özel amaçlı Kullanı-  
mının İş İlişisine Etkisi, Kamu-İş C. 8, S. 2, 2005, s. 47.

.....; Yeni Teknoloji ve İş Hukuku, Çimento İşveren Dergisi, Mayıs  
2006, (**Yeni Teknoloji**).

.....; İş Sağlığı ve Güvenliği Açısından İşyerinde Bilgisayar Kulla-  
nımı ve İşverenin Yükümlülükleri, Çimento İşveren Dergisi, Kasım 2006,  
(**Okur, İş Güvenliği**)

**Özdemir, Erdem;** İnternet ve İş Sözleşmesi: Yeni Teknolojilerin İş İlişkisine Etkileri Üzerine, Sicil Dergisi, Haziran 2008.

Özdilek, Ali O: “Hizmet Akitlerinde Gizlilik Maddesinin Bilişim Teknolojileri Kullanımı açısından Değerlendirilmesi” www.hukuki.net, UT. 18.08.2009.

Portmann, Wolfgang: in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, 4. Auflage Basel 2008.

.....: Genugtuungsbegründende Persönlichkeitsverletzungen im Arbeitsverhältnis Konkretisierung nach Tatbeständen, Zurechnungsgründen und Rechtsgrundlagen, Recht 2010, s. 1-15. (**Genugtuungsbegründe**).

**Raffler, Andrea/Hellich, Peter,** “Unter welchen Voraussetzungen ist die Überwachung von Arbeitnehmer e-postas zulaessig?, NZA 1997, PN. 862-868.

.....: Schweizerisches Presserecht, Bern 1996 (**Presserecht**).

**Rudin, Beat:** Facebook, Twitter & Co. Am Arbeitsplatz Soziale Netzwerke-Traum aller Marketingfachleute oder Albtraum für die Sicherheitsverantwortlichen?, Digma 2010, s. 48-49.

**Sağlam, Fazıl:** Türk ve Alman Anayasa Hukukları Açısından Gizli Ses Kaydı, AÜSBFD. 1975, s.107–117.

**Savaş, F. Burcu:** İş Hukukunda “Siber Gözetim”, Çalışma ve Toplum, 2009/3, sh. 97-132.

**Schaar, Peter:** Datenschutz im İnternet, Die Grundlagen, München 2002.

**Schild, Hans-Hermann:** Die richtlinnie über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der privatsphaere im Bereich der telekommunikation, EuZW 1999, s. 69 vd.

Schönfeld, A/Stresse, F/Flemming, A: Ausgewaelte Probleme der Nutzung des İnternet im Arbeitsleben, MMR 2001.

Selenkewitsch, Ilja.I: İnternet und e-posta Nutzung am Arbeitsplatz in Spanien, NZA 2002.

**Serozan, Rona:** in: (Kocayusufpaşaoğlu, N/Hatemi H/Arpacı, A), İfa, İfa Engelleri ve Haksız Zenginleşme, İstanbul 1994.

.....: Manevi Tazminat İstemine Değişik Yaklaşım, Haluk Tandoğan'a Armağan, Ankara 1990 (**Serozan, Değişik Yaklaşım**).

Sevimli, Ahmet: İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, İstanbul 2006.

Süzek, Sarper: İş Hukuku, 3. Bası İstanbul 2006.

.....: İşverenin Yönetim Hakkı ve sınırları, Prof. Dr. Metin Kutsal'a

Armağan, TÜHİS Yayınları Ankara 1998. (Süzek, İşveren).

**Tekinay, S.S/Akman, S/Burcuoğlu, H/Altop, A:** Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993.

**Tinnefeld, Marie T:** Arbeitnehmerschutz in Zeiten des Internet, MMR 2001.

**Tinnefeld, Marie-T/Viethen, Hans-P:** Arbeitnehmerschutz und Internet Okonomie- Zu einem Gesetz über Information und Kommunikation im Arbeitsverhältnis, NZA 2000.

**Tuor, P/Schnyder, B/Schmid, J/Rumo-Jungo, A.:**Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Auflage, Zürich 2006.

Ulusan, İlhan: Borçlar Hukuku ve İş Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu, İstanbul 1990.

Uşan, Fatih: İş Hukukunda İş Sırrının Korunması, Ankara 2003.

**von Tuhr/Peter:** Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrecht, Band, I, Zürich 1974.

**Weissnicht, Elmar:** Die Nutzung des Internet am Arbeitsplatz, MMR 2003 C. 7.

**Wolfer, Simon;** Die elektronische Überwachung des Arbeitnehmers im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Zürich, Basel, Genf, 2008.

## MİRASBIRAKANIN BORCA BATIK OLMASI

*Yrd. Doç. Dr. Cumhur RÜZGARESEN\**

### A- MEDENİ KANUN m. 605'teki "ÖDEMEDEN ACZ" KAVRAMININ ANLAMI ve "BORCA BATIKLIK" KAVRAMI İLE İLİŞKİSİ

#### I- Genel Olarak

Eski Medenî Kanun m. 545 "*Kanuni ve mansup mirasçılar mirası reddedebilirler. Müteveffanın vefatı anında, terekenin borca müsteğrak olduğu şayi veya sabit olursa, miras reddedilmiş olur*" şeklinde idi. Bu maddede "*borca müsteğrak*" yani yeni ifade ile "*borca batıklık*" kavramından bahsedilmekte ve borca batık durumda olanın da "*tereke*" olduğu belirtilmekte idi. Bu hüküm, 22.11.2001 tarihli yeni Medenî Kanun m. 605'te "*Yasal ve atanmış mirasçılar mirası reddedebilirler. Ölümü tarihinde mirasbırakanın ödemedен aczi açıkça belli veya resmen tespit edilmiş ise, miras reddedilmiş sayılır*" şeklinde düzenlenmiştir<sup>1</sup>: Bu yeni düzenleme, eski hükümle karşılaştırıldığında, kanun koyucunun, eski düzenlemede borca batıklık anlamına gelen "*borca müsteğrak*" (Überschuldung) ifadesini kullanmaktan vazgeçtiği, bunun yerine "*ödemeden acz*" (Zahlungsunfähigkeit) ifadesini tercih ettiği; yine eski düzenlemede borca batık durumunda olanı ifade etmek için kullandığı "*tereke*" kavramını yeni kanunda "*mirasbırakan*" olarak değiştirmiştir. Eski Medenî Kanun m. 558'e denk gelen yeni Medenî Kanun m. 618 incelendiğinde, kanun koyucunun yeni Medenî Kanunda "*ödemeden acz*" kavramının kullanımına ilişkin bu tercihini bilinçli olarak yaptığı ve aynı ifadeyi bu hükümde de kullandığı görülmektedir<sup>2</sup>.

---

\* Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

1 RG, 8.12.2001, sa. 24607.

2 MK m. 618 "Ödemeden âciz bir mirasbırakanın mirasını reddeden mirasçılar, onun alacaklılarına karşı, ölümünden önceki beş yıl içinde ondan almış oldukları ve mirasın paylaşılmasında geri vermekle yükümlü olacakları değer ölçüsünde sorumlu olurlar" şeklindedir.

Aslında “borca batıklık” ile “ödemeden acz”, İcra ve İflâs Kanunu’nda yer alan, ancak birbirlerinden farklı anlam ve işleve sahip ifadelerdir<sup>3</sup>. Dolayısıyla bu ifadelerin birbirlerinin yerine kullanılmasına imkan olmadığı gibi, doğru da değildir. Ancak, bu ifadelerden hangisinin Medenî Kanun m. 605’in amaç ve ruhuna daha uygun olduğu hususu ise tartışmalıdır<sup>4</sup>. Aşağıda değinilecek olan bu tartışmaların daha iyi anlaşılabilmesi için, öncelikle “borca batıklık” ve “ödemeden acz” kavramlarının anlamlarını ortaya koymak gerekir.

## II- “Borca Batıklık” ve “Ödemeden Acz” Kavramlarının Anlamı

### 1- “Borca Batıklık” Kavramının Anlamı

Doktrinde borca batıklığın ne anlama geldiği konusunda çeşitli tanımlamalar yapılmıştır. Örneğin bir tanıma göre, borca batıklık; borçların, mevcut ve alacaklardan fazla olmasıdır<sup>5</sup>. Dikkat edilirse, burada “borca batıklık” tanımlanırken, özellikle “borç” ve “mevcud” kavramları kullanılmıştır. Ancak gerek kanunlarımızdaki bazı düzenlemeler ve gerekse doktrinde birçok yazar, borca batıklığın izahında, “borç” yerine “pasif”, “mevcud” yerine “aktif” kavramını tercih etmiştir. Örneğin, Türk Ticaret Kanunu m. 324,II ve birçok yazar, borca batıklığın izahını “*şirketin pasif değerlerinin aktif değerlerinden fazla olması durumu*” veya “*aktifin kıfayetsizliği*” şeklinde yapmıştır<sup>6</sup>. Ancak belirtmek

<sup>3</sup> **Ansay**, Sabri Şakir: Terekenin Tasfiyesi (AD, 1940/8 747-771), s. 767; **Umar, Bilge**: Aciz Hali-Borca Batıklık Kavramlarının Farkı ve Bu Yönden Yeni M.K. Metninin Düşüğü Yanlılık (YTÜHFD 2004/1, s. 317-324), s. 323-324.

<sup>4</sup> Bu konuda ileri sürülen görüşler için bkz. aşa. A.III.

<sup>5</sup> **Ansay**, Sabri Şakir: İcra ve İflâs Usulleri, Ankara 1960, s. 212; **Berkin**, Necmeddin M.: İflâs Hukuku, İstanbul 1972, s. 186.

<sup>6</sup> **Schech**, Gregor: Der Konkursaufschub im Schweizerischen Recht, Zürich 1937, s. 16; **Gentinetta**, Richard: Die Konkursöffnung ohne vorrangige Betreuung, Freiburg 1932, s. 25; **Amonn**, Kurt: Grundriss des Schuldbetreibungs und Konkursrechts, Bern 1988, s. 306; **Kuru**, Baki: İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, İstanbul 2006, s. 994, 995; **Jäger**, Ernst/**Weber**, Friederich: Konkursordnung mit Einführungsgesetzen, B. II, Berlin/New York 1973, § 102, Anm. 3; **İnan**, Ali Naim/**Ertaş**, Şeref/**Albaş**, Hakan: Türk Medenî Hukuku-Miras Hukuku, Ankara 2008, s. 508; **Pekcantez**, Hakan: Anonim Ortaklıkların İflâsı, Ankara 1991, s. 31; **Kuru**, Baki: İcra ve İflâs Hukuku, C. III, İstanbul 1993, s. 2805; **Kuru**, Baki: Pasifi Aktifinden Fazla Olan Sermaye Şirketlerinin İflâsı (AD, 1970/10, s. 621-634), s. 621 vd; **Umar**-Borca Batıklık, s. 317; **Umar**, Bilge: İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi, İzmir 1973, s. 27; **Atalay**, Oğuz: Anonim Şirketlerin İflâsı, İzmir 1996, s. 47 vd.



gerekir ki, şirketin aktif ve pasiflerine dayalı olarak yapılan bu tanımlamalar, borca batıklığın belirlenmesi konusunda sağlıklı sonuç vermektan uzaktır. Çünkü “aktif” ve “pasif” kavramları, şirketin yıllık bilançosunun<sup>7</sup> iki tarafını oluşturan muhasebe bilimine ait temel ifadelerdir<sup>8</sup>. Muhasebe biliminde, şirketlerin yıl sonu bilançosu, aktifler ve pasifler olmak üzere iki tablodan oluşur<sup>9</sup>. Bilançonun aktif tablosuna mevcudlar, alacaklar, zararlar (TTK m.74,II), esas sermayenin henüz ödenmemiş olan kısmı (TTK m.463,II) gibi kalemler yazılırken; pasif tablosunda borçlar (TTK m.74,II), ana sermaye, yedek akçeler, kârlar (TTK m.74,III; m.463,I), itfa, yenileme, yardım ve hayır işleri ve benzeri amaçlarla ayrılmış çeşitli akçeler (m.463,I) özkaynaklar<sup>10</sup> yer alır. Görüldüğü üzere, şirket bilançosunun pasif tarafında, hukuk bilimi açısından borç olarak nitelendirilmesi mümkün olmayan birçok kalem yer almaktadır ki, borca batıklığın veya borç miktarının tespitinde, bunları hesaplamaya dahil etmeye imkân yoktur<sup>11</sup>. Halbuki hukuk bilimi anlamında borç, sadece bir şeyi yapma, verme ya da kaçınma edimini içerir. “Pasif” kavramı ise, “borç”tan çok daha geniş bir içerik ve farklı bir işleve sahiptir; dolayısıyla, muhasebe bilimi anlamında pasif kısma yazılan bir çok kalem nitelikleri itibariyle ve hukuk bilimi anlamında üçüncü kişilerin alacağı olmaya müsait değildir<sup>12</sup>. “Borç” kavramı yerine “pasif” kavramının kullanımı için yapılan açıklamalar

- 
- 7 Muhasebe bilimi anlamında bilanço; işletmenin belli bir tarihteki aktiflerini (varlıklarını) ve pasiflerini (kaynaklarını) gösteren tabloya denir (**Sevilengül**, Orhan: Genel Muhasebe, Ankara 2005, s. 37; **Kutlu**, Hüseyin Ali: Tekdüzen Genel Muhasebe, Ankara 2009, s. 16). Bilanço bir işletmenin belli bir andaki finanssal durumunu gösterir (**Koç Yalkan**, Yüksel: Genel Muhasebe, Ankara 2001, s. 61).
- 8 **Kayar**, İsmail: Anonim Ortaklıkta Mali Durumun Bozulması ve Alınacak Tedbirler, Konya 1997, s. 126. Geniş bilgi için bkz. **Tekinalp**, Ünal: Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri 1979, s. 170 vd., s. 218 vd.
- 9 Aktifler bilançonun solunda, pasifler ise bilançonun sağında yer alırlar (bkz. **Sevilengül** s. 37).
- 10 Özkaynaklar, işletme sahip ve sahiplerinin işletmeye tahsis ettiği varlıklar ve faaliyetler sonucu ortaya çıkan değer artışları ve kârlardan oluşur (**Kutlu** s. 17).
- 11 **Lanz**, Rudolf: Kapitalverlust, Überschuldung, Sanierungsvereinbarung (Diss.), Zürich 1985, s. 107; **Giroud**, Roger: Die Konkursöffnung und ihr Aufschub bei der Aktiengesellschaft, Zürich 1986, s. 54-55; **Karayalçın**, Yaşar: Muhasebe Hukuku, Ankara 1988, s. 102-103; **Kuru**-Sermaye Şirketleri s. 625; **Tekinalp** s. 220-222; **Atalay**-Anonim Şirketler, s. 47.
- 12 **Lanz** s. 37-38; **Giroud** s. 55; **Atalay**-Anonim Şirketler 47; **Muşul**, Timuçin: İflâsın Ertelenmesi, İstanbul 2008, s. 35.

“*mevcud*” kavramı yerine “*aktif*” kavramının kullanılması için de geçerlidir. Zira “*aktif*” kavramı da “*mevcud*” kavramına göre daha geniş bir içeriğe sahiptir. Bilançonun aktif tarafında duran ve dönen varlıklar olmak üzere iki ana kalem yer alır<sup>13</sup>: Örneğin, dönen varlıklar, hazır değerler, menkul kıymetler, ticari alacaklar, diğer alacaklar, stoklar, yıllara yaygın inşaat ve onarım mâliyetleri, gelecek aylara ait giderler ve gelir tahakkukları, diğer dönen varlıklar gibi kalemlerden oluşurlar<sup>14</sup>. Bu kalemlerin çoğu “*mevcud*” kavramının içinde yer almakla birlikte, yıllara yaygın inşaat ve onarım mâliyetleri ile gelecek aylara ait giderlerin bu kapsamda olduğu söylemez. Dolayısıyla, “*aktif*” kavramı, tasfiyesi mümkün mal ve alacakları ifade etmeye yetmemektedir. Bütün bu açıklamalardan daha da önemlisi, muhasebe bilimi anlamında, pasifler, aktiflerden veya aktifler pasiflerden fazla olamaz. Bilançodaki aktif ve pasifin miktar olarak mutlaka birbirine eşit olması gerekir<sup>15</sup>. Böyle bir dengeyi gerektiren ve farklı işlevleri bulunan “*aktif*” ve “*pasif*” kavramlarıyla borca batıklığı izah etmeye imkân yoktur. Hatta, borca batıklığı, pasiflerin aktiften fazla olması olarak ifade eden görüş sahiplerinden bazıları, bu sakıncanın varlığının gözardı edilmemesini de ayrıca vurgulayarak, bilançonun aktif ve pasif kalemlerinde gerçek alacak ve borçların yazılması gerektiğini ifade etmektedirler<sup>16</sup>. Sonuç olarak denilebilir ki, borca batıklığın izahında, anlam ve kapsamlarındaki teknik farklılık sebebiyle, “*pasif*” kavramı “*borç*” yerine; “*aktif*” kavramı “*mevcud*” yerine ikame edilebilecek kavramlar değildir<sup>17</sup>. Kanaatimizce, borca batıklık, borçlunun mâli durumunun bozulmasının en üst derecesi olup<sup>18</sup>, şirketin mevcut ve alacaklarının, muaccel borçlarını karşıla-

---

13 **Kutlu** s. 16-17.

14 **Kutlu** s. 61 vd.

15 **Kayar** s. 126.

16 **Kuru-Sermaye Şirketleri**, s. 625; **Pekcanitez** s. 32-33; **Kuru-İcra ve İflâs III**, s. 2806.

17 Alman Acziyet Kanunu’nda borca batıklığın izahı yapılırken, aktif ve pasif kavramları yerine, “malvarlığı (Vermögen) ve borç-yükümlülük (Verbindlichkeiten) kavramları kullanılmıştır (InsO § 19,II).

18 **Franko**, Nisim: Sermaye Şirketlerinde-Özellikle Anonim Şirketlerde -İflâs ve Tehiri (Prof. Dr. Haluk **Tandoğan**’ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990, s. 409-433), s. 410.

maya yetmemesi olarak tanımlanabilir<sup>19</sup>. Nitekim, Alman Acziyet Kanunu da, borca batıklığı “*borçlunun malvarlığının oluşan borçlarını (yükümlülüklerini) karşılamaya yetmemesi*” şeklinde tarif etmiştir (InsO § 19,II)<sup>20</sup>.

“*Borca batıklık*” ile “*ödemeden acz hâli*” arasındaki ilişkiyi belirtmek gerekirse, borca batık olan bir kişi aynı zamanda ödemeden acz hâlinde de olabilir. Fakat kişi borca batık olmakla birlikte, kredi bularak borçlarını ödeyebiliyorsa, ödemeden acz hâlinde sayılmaz. Ancak borca batıklığı devam eder. Aynı şekilde, kişi ödemeden acz hâlinde olmakla birlikte, borca batık halde olmayabilir<sup>21</sup>.

## 2- “Ödemeden Acz” Kavramının Anlamı

İcra ve İflâs Kanunu’nda, acz hâlinin ne demek olduğu ve hangi şartların varlığı hâlinde acz hâlinin söz konusu olabileceği belirtilmeyerek, durum hâkimin takdir ve yorumuna bırakılmıştır. Buna karşılık, Alman Acziyet Kanunu’nda acz hâlinde olmanın tanımı yapılmıştır. Buna göre, “*Acz hâli, genel bir iflâs sebebi olup<sup>22</sup>, eğer borçlu vâdesi gelmiş ödeme yükümlülüklerini yerine getiremiyorsa, acz hâlinde sayılır*”<sup>23,24</sup>. Alman Acziyet Kanunu’na göre,

19 Diğer tanımlar için bkz. **Temme**, Ulrich: Die Eröffnungsgründe der Insolvenzordnung, Münster 1997, s. 112; **Lanz** s. 37; **Giroud** s. 54; **Leemann**, Hans: Die Konkursgründe nach dem Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (Diss.), Bern 1904, s. 129; **Berkin** s. 186; **Deliduman**, Seyithan: İflasın Ertelenmesinin Etkileri, Kocaeli 2008, s. 50; **Muşul** s. 36; **Rüzgaresen**, Cumhur: İflâs Sebepleri, Ankara 2011, s. 480.

20 **Penzlin** s. 46; **Temme** s. 112.

21 **Nerlich**, Jörg/**Römermann**, Volker/**Mönning**, Rolf Dieter: Insolvenzordnung (InsO) Kommentar, München 2003, § 17 Rdnr. 27 vd.; **Uhlenbruck**, Wilhelm: Insolvenzordnung, Kommentar, München 2003, § 19 Rdnr. 1.

22 **Onciul**, Georg Ritter: Die Rechtzeitige Auslösung des Insolvenzverfahrens, Berlin/New York 2000, s. 93; **Eilenberger**, Guido: Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, München 2001, § 17 Rdnr. 1.

23 **Eilenberger** § 17, Rdnr. 5; **Uhlenbruck** § 17 Rdnr. 4. Kural olarak, borçlunun malları üzerindeki tasarruf yetkisi iflâsın açılması ile kısıtlanır (m. 191,I). Ancak burada farklı olarak borçlunun acz hâli sebebi ile iflâsını istemek için mahkemeye başvuru yapması ile tasarruf yetkisinin kısıtlanmış sayılması gerekir. Çünkü borçlu acz hâlinde bulunduğunu mahkemeye beyan etmektedir. Dolayısıyla borçlunun kabullendiği bu acz hâli süresince malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunamaması gerekir. Alacaklıların menfaatlerinin korunması bakımından bu önemlidir. Eğer, mahkeme borçlunun iflâsına karar verirse, bu kısıtlılık varlığını sürdürmeye devam eder. Şayet, reddine karar verirse, o zaman kısıtlılık kalkar. Borçlunun tasarruf yetkisinin

“borçlunun ödemelerini tatil etmiş olması hâli de, borçlunun acz hâlinde olduğuna dair bir karine teşkil eder” (InsO § 17).

Doktrindeki bir tanıma göre, acz hâli, borçlunun muaccel hale gelen para borçlarını ödemesi için gerekli olan ödeme araçlarından geçici olmayan yoksunluktur<sup>25</sup>. Bu tanıma göre, buradaki yoksunluğun geçici değil, sürekli olması gerekir. Bir başka tanıma göre ise, “borçlunun ödeme araçlarından yoksunluğu sebebiyle, derhal ödenmesi gereken para borçlarını ödemek konusundaki süreli iktidarsızlığıdır”<sup>26</sup>. Kanaatimizce, bu tanımdaki “süreli” kavramı, “ödemeden acz” hâlinin özünü çelişmektedir. Çünkü “ödemeden acz” hâlinin temel özelliği, süreklilik gösteren ve muaccel borçların ifasına engel olan ödeme araçlarının yetersiz olmasıdır. Mâli durumda, arızî olarak meydana gelen bozulmalar “ödemeden acz” hâline değil, ödemelerin kesintiye uğramasına işaret eder.

Bütün bu tanımlardan hareketle, “ödemeden acz hâli” şöyle tanımlanabilir: Borçlar muaccel olmasına rağmen, ödeme araçlarının eksikliği veya yokluğu sebebiyle, sürekli (geçici olmayan)<sup>27</sup>, devamlı (kesintisiz)<sup>28</sup> ve giderilmesi zor

---

kısıtlanmasının üçüncü kişiler bakımından hüküm ifade etmesi, ancak iflâs talebinin m. 178, II ‘deki şekliyle ilân edilmesi ile mümkün olmalıdır.

- 24 Alman eski İflâs Kanunu’nda (KO § 102) acz hâli şimdi yürürlükte olan Alman Acziyet Kanunu’ndan (§ 17 InsO) farklı bir şekilde düzenlenmişti. Eski düzenlemeye göre, acz hâli “Ödeme araçlarının süreklilik arzeden eksikliği sebebiyle vâdesi gelmiş ve ciddi olarak istenen para borcunu kısmen veya tamamen yerine getirememesidir. Yeni Alman Acziyet Kanunu’nda ise acz hâli şöyle düzenlemiştir: “Eğer borçlu vâdesi gelmiş ödeme yükümlülüğünü yerine getiremezse veya ödemelerini tatil ederse, acz hâlinde olduğu kabul edilir”. Bu yeni kanunda, eski düzenlemede sayılmış olan iki unsur yoktur. Bunlar, süreklilik ve ödeme araçlarından yoksunluktur. Alman kanun koyucu, yeni kanunda bu unsurlardan vazgeçmiştir. Burada asli olma unsurundan vazgeçmenin anlamı bu konudaki düşüncenin değişmiş olduğudur (Witte, Eberhard: Finanzplanung der Unternehmung, Opladen 1997, s. 24 ff.; Penzlin s. 1203).
- 25 Braun, Eberhard: Insolvenzordnung (InsO) Kommentar, München 2004, §17 Rdnr. 1; Eilenberger § 17 Rdnr. 1; Gentinetta s. 25; Leemann s. 33; Amonn s. 306; Lanz s. 38; Atalay-Anonim Şirketler, s. 34; Türk, Ahmet: Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları, Ankara 1999, s. 36.
- 26 Umar-Genel Teori, s. 28; Umar-Borca Batıklık, s. 320.
- 27 Buradaki durumun geçici olması durumunda, ödemeden acz hâlinde değil, ödemelerin kesintiye uğramasından söz edilir (Bu konuda daha geniş açıklama için bkz. Rüzgaresen s. 378).

bir ödeme güçlüğü ile karşı karşıya kalınmakla birlikte, henüz borca batık hale gelmeyecek kadar mâli durumda meydana gelen bozulmaya “*ödemedен acz hâli*” denilir<sup>29</sup>. Borçlu, ödemedен acz hâlinde, muaccel borçlarının önemli bir bölümünü ödeyebilme gücünü, görünüş itibarıyla ve devamlı olarak yitirmektedir. Zaten, bir çok yazar, ödemedен acz hâline düşmenin, tamamen olabileceği gibi, kısmi olarak da gerçekleşebileceğini kabul etmektedir<sup>30</sup>. Buradaki “*tamamen*” veya “*kısmî*” kavramlarının anlamı, ödemedен acz hâlinin gerçekleşmesi için bütün borçların tamamının ödenememesi değil, bir kısmının ödenemiyor olmasının yeterli görülmesidir.

### III- Eski Medenî Kanundaki “*Borca Müsteğrak*” ve Yeni Medenî Kanundaki “*Ödemedен Acz*” Kavramları Hakkında İleri Sürülmüş Görüşler

Bir görüşe göre, eski Medenî Kanun’un 545 inci maddesinde yer alan ve “*borca batıklık*” anlamına gelen “*borca müsteğrak*” kavramı bu hükmün amacını yeterince yansıtmıyordu. Çünkü, me haz İsviçre Kanunu ve Alman Medenî Kanunda benzer düzenleme için “*borca batıklık*” kavramı değil, “*ödemedен acz*” kavramı kullanılmıştır. Dolayısıyla, eski Medenî Kanundaki “*borca müsteğrak*” kavramını “*miras bırakanın aczi*” olarak anlamak gerekiyordu. Bu yeni düzenleme ile bu sıkıntı giderilmiş ve me haz kanuna uygun düzenleme yapılmıştır<sup>31</sup>. Yine bu görüşe göre, mirasbırakanın ölüm anında borçlarını ödemekten aciz olmasından anlaşılması gereken, geçici bir nakit sıkışıklığı değildir. Burada önemli olan, mirasbırakanın ölüm anında kendi borçlarını ödemekten aciz olması, diğer bir anlatımla terekenin pasifinin aktiflerini aşmış durumda olmasıdır<sup>32</sup>.

28 Buradaki durum, kesintisiz değilse, ödemelerin duraklatılmasından sözedilir (Rüzgaresen s. 378).

29 Temme s. 7, 19; Häsemeyer, Ludwig: Insolvenzrecht, Köln/Berlin/ München/Bonn 2003, s. 136; Medenî Kanun’un bazı maddelerinde kullanılan “*ödemedен acz*” kavramı bazen, m. 178,I anlamında (MK 483,I, 513, 562,641, 640,V,952), “*borca batıklık*” (MK m. 605,618) bazen de iflâs (MK m. 381) anlamında kullanılmıştır.

30 Eilenberger § 17 Rdnr. 1; Uhlenbruck § 17 Rdnr. 3; Braun, §17 Rdnr. 1.

31 Helvacı, İlhan: Eski Medenî Kanunumuzla Karşılaştırmalı Olarak Türk Medenî Kanununa Göre Mirasın Reddi, İstanbul 2002, s. 189, 237 dn. 609.

32 Helvacı s. 195.

Karşı görüşe göre, “*ödemededen acz*” kavramı, her ne kadar, mehzaz İsviçre Kanunu’na uygun olsa da, yeni Medenî Kanun’un bu hükmü için uygun bir kavram olmamıştır. Dolayısıyla yeni Medenî Kanundaki, “*ödemededen acz*” kavramı “*borca batıklık*” olarak anlaşılmalıdır. Zira, kanunun ruhu bunu gerektirmektedir. Çünkü, aktif değerleri, pasifler toplamından kat kat fazla olan bir kimse dahi, geçici nitelikteki nakit sıkıntısı nedeniyle, borç ödemekten aciz hâline düşebilir ve bu husus açıkça belli ve yaygın şekilde söyleniyor olabilir<sup>33</sup>. Böyle bir durumla karşı karşıya olan bir borçlunun ertesi gün ölmesi hâlinde, ödemededen acz hâli nedeniyle terekenin mirasçılar tarafından hükmen reddedilmiş olarak kabul etmek, mirasçılarının hak ve menfaatlerinin ağır bir şekilde ihlâl edilme sonucunu doğurur. Zira bu pozisyondaki bir terekeye karşı, ister icra takibi yapılsın, ister tereke bizzat mirasçılarca veya resmi makamlarca tasfiye edilsin, terekenin yeteri miktarda mevcudu bulunduğundan, terekedeki borçların tamamı ödenebilecek ve belki de geriye mirasçılara yüklü miktarda malvarlığı kalacaktır. Sonuç olarak denilebilir ki, yeni Medenî Kanun’daki “*ödemededen acz*” kavramının “*borca batıklık*” olarak anlaşılması gerekir<sup>34</sup>. Benzer, bir başka görüşe göre, buradaki ödemededen acz hâlinde maksat, terekenin pasiflerinin aktifini aşkın olmasıdır<sup>35</sup>.

Yukarıda belirtilen görüşler farklı olmakla birlikte, yeni kanundaki “*ödemededen acz*” kavramının “*borca batıklık*” anlamına geldiği konusunda hem fikir olmaları, bu görüşlerin ortak noktasını oluşturmaktadır. Bu görüşlerden birincisinde de belirtildiği üzere, Türk Medenî Kanun’un 605 inci maddesinin ikinci fıkrasına tekabül eden mehzaz İsviçre Medenî Kanun’un 566 ncı maddesinin ikinci fıkrasında “*ödemededen acz*” kavramı<sup>36</sup> kullanılmıştır<sup>37</sup>. Bu madde, 1926 yılında Türkçe’ye çevrilirken, “*borca müsteğrak*” olarak çevrilmiştir. 2001 tarihli yeni Medenî Kanunda, mehzaz kanuna uygun olarak, “*borca batıklık*” ifadesi, “*ödemededen acz*” kavramı ile değiştirilmiştir. Birinci görüş, yeni Medenî Kanunda yapılan değişikliği olumlu bulmakla

33 **Ansay**-Tereke s. 767.

34 **Umar**-Borca Batıklık s. 323-324; **Baygı**n, Cem: Türk Miras Hukukunda Alacaklıların Korunması, Ankara 2005, s. 103.

35 **Aybay**, Aydın: Miras Hukuku Dersleri, İstanbul 2002, s. 93.

36 “Ist die **Zahlungsunfähigkeit** des Erblassers im Zeitpunkt seines Todes amtlich festgestellt oder offenkundig, so wird die Ausschlagung vermutet” (SZB Art. 566,II).

37 **Ansay**-Tereke s. 767; **İnan/Ertaş/Albaş** s. 499.

birlikte, “*ödemedен acz*” kavramını, borca batıklığın tanımı ile açıkladığı görülmektedir. Zira bu görüş, bir yandan eski düzenlemedeki “*borca müstağrak*” kavramının yerine, yeni düzenlemedeki “*ödemedен acz*” kavramının kullanılmasını isabetli olduğunu belirtirken, diğer taraftan “*ödemedен acz*” kavramının anlamını “*pasifinin aktiflerini aşmış durumda olması*”, yani “*borca batıklık*” olarak ifade etmesi bir çelişkidir. Çünkü, “*borca müstağrak*” zaten “*borca batıklık*” demektir. Daha önce de belirtildiği gibi, “*ödemedен acz*” ile “*borca batıklık*”, birbirlerinden tamamen farklı kavramlardır<sup>38</sup>. Dolayısıyla, bu görüşün, bir yandan “*ödemedен acz*” kavramını isabetli bulması, diğer taraftan da, bu kavramın izahını “borca batıklığın tanımını esas alarak yapması, her iki kavram arasında anlam kargaşasına neden olmaktadır. Burada özellikle belirtmek gerekir ki, ne “*ödemedен acz*”, ne de “*borca batıklık*” ifadeleri, mirasbırakanın içinde bulunduğu mali durumu tek başına izah etmek için yeterlidir. Çünkü mirasbırakanın mali durumunda meydana gelen bozulma “*ödemedен acz hâli*” şeklinde gerçekleşebileceği gibi, “*borca batıklık*” şeklinde de gerçekleşebilir. Örneğin, Alman hukukunda gerek, Acziyet Kanunu’nda (InsO § 320)<sup>39</sup>, gerekse Alman Medenî Kanunu’nda (BGB § 1980)<sup>40</sup>, terekenin acziyet prosedürüne göre tasfiye edilmesi için, borca batıklığın yanı sıra, ödemedен acz hâlini de birer sebep olarak saymıştır<sup>41</sup>. Mirasbırakana ait yeterli miktarda “*mevcud*” olmakla birlikte, bunların kolayca paraya çevrilememesi nedeniyle mirasbırakanın geride bıraktığı borçlar ödenemiyorsa, ortada bir ödemedен acz hâlinin varlığından söz edilecektir. Dolayısıyla, Medenî Kanun m. 605’te yer alan “*ödemedен acz*” kavramı, ister borca batıklık, isterse “*ödemedен acz hâli*” anlamında kullanılmış olsun, tek başına mirasbırakanın içinde bulunması muhtemel mali durum bozukluklarını ifade etmede tek başına yeterli değildir. Sonuç olarak, bu hükümde “*ödemedен acz*” kavramının yanı sıra, “*borca batıklık*” kavramının da kullanılması yerinde olacaktır.

---

38 Bkz. yuk. A. II.1,2.

39 “Gründe für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über einen Nachlass sind die Zahlungsunfähigkeit und die Überschuldung...” (InsO § 320).

40 “Hat der Erbe von der Zahlungsunfähigkeit oder der Überschuldung des Nachlasses Kenntnis erlangt, so hat er unverzüglich die Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens zu beantragen...” (BGB § 1980,1).

41 Beck, Siegfried/Depré, Peter: Praxis der Insolvenz, München 2010, § 46, Rdnr. 1.

Mirasbırakanın borca batıklığından maksat, mirasbırakanın var olan mevcudunun, bilinen borçlarını ve resmi tasfiye masraflarını karşılayacak düzeyde olmamasıdır. Mirasçılardan, mirasbırakandan olan alacakları da borç kalemine dâhildir. Ancak, borçların hesaplanmasında, mirasbırakanın vasiyet borçları, tereke borcu sayılmadıklarından dikkate alınmazlar<sup>42</sup>.

#### IV- Eski ve Yeni Medenî Kanunda Yer Alan Düzenlemelerin Başka Açılardan Eleştirisi

##### 1- Eski Medenî Kanun m. 545'teki Düzenlemenin Eleştirisi

Tereke, mal, alacak, borç ve şahısvarlığı hakları gibi çeşitli kalemlerden oluşur. Buradaki mal ve alacaklar terekedeki mevcuda, borçlar ise terekedeki borç kalemlerine tekabül eder. Kanunda, borçların mevcuddan fazla olması, “*terekenin borca müsteğrak*” olması şeklinde ifade edilmiştir. Burada “*tereke*” kavramının kullanılması isabetli değildi. Zira, tereke bir bütün olup, bu bütünü kapsama mirasbırakanın borçları da dahildir. Terekenin borca batıklığı denildiğinde, borçların borca batık olması gibi bir sonuç doğar ki, bu da doğru bir ifade olmaz. Ayrıca, terekenin bünyesinde mal veya borç olarak adlandırılmayan çeşitli kalemlerin bulunması nedeniyle “*terekenin borca batık olması*” ifadesinin yerine “*tereke borçlarının mevcudunu geçmiş olması*” veya “*tereke mevcudunun borçlardan az olması*” gibi ifadeler kullanmak daha doğru olacaktır. Zira bu ifadelerde, terekenin içinde ayrı birer kalem olan mevcut ve borçlar karşılaştırılmakta; bu karşılaştırma sonucunda, borçların mevcudun miktarını aşmış olduğu sonucuna varılmaktadır. Buna karşılık, “*terekenin borca batık olması*” ifadesinde, tereke bir bütün olarak, kendisini oluşturan kalemlerden sadece birisi olan “*borç kalemi*” ile karşılaştırılmaktadır. Böyle bir durumda, mirasbırakanın borca batık sayılması için, borçların, mirasbırakanın mevcudunun yanı sıra, diğer bütün kalemlerin toplamını aşmış olması gerekir. Ancak bu durum, “*tereke*” kavramının “*mevcud*” yerine, diğer bir ifade ile daha dar anlamda kullanılma sonucunu doğurur. Halbuki tereke, borç ve mevcudun toplamının yanı sıra, diğer bazı hakları da içeren bir üst kavramdır. Ayrıca terekenin mirasbırakanın borç ve mevcudundan bağımsız bir kişiliği veya konumu olmadığından, “*borca batık olmak*” ona bir sıfat olarak izafe edilemez.

<sup>42</sup> Ansay-Tereke s. 767; Ayan, Mehmet: Miras Hukuku, Konya 2009, s. 228; Serozan, Rona/Engin, Baki İlkay: Miras Hukuku, Ankara 2008, s. 157.



## 2- Yeni Medenî Kanun m. 605'teki Düzenlemenin Eleştirisi

Ödemeden acz hâlinin, borca batıklıkla aynı anlam ve işleve sahip olmadığı; kişinin borçlarını karşılamaya yetecek mevcudu bulunmasına rağmen, bunların hemen paraya çevrilememesi nedeniyle borcun ödenmesi konusunda sıkıntıya düştüğü bir durum olduğu yukarıda belirtildi. İstisnai durumlar hariç olmak üzere, hiçbir mirasçı, mevcudu borçlarından fazla olan bir terekeyi reddetmeyi düşünmez. Dolayısıyla yeterli mevcudu olmakla birlikte, ödeme araçlarının eksikliği gerekçe gösterilerek m. 605'teki red karinesini geçerli saymak mirasçıların aleyhine olur. Prensip olarak, mirasçılar ödemeden acz hâlindeki bir mirasbırakanın değil, borca batık olan mirasbırakanın terekesini almak istemezler. Borca batıklıkta borç ve mevcut miktarı bakımından net bir ölçüt vardır. O da, mevcudun borç miktarından mutlak olarak daha az olduğu hususudur. Buna karşılık ödemeden acz hâli için böyle bir ölçü koymaya imkân yoktur. Örneğin, kişinin 50.000 TL borcuna karşılık, 500.000 TL mevcudu olabilir. Kişi, 50.000 TL'lik borcunu ödemek için, 500.000 TL değerindeki mevcudunun bir kısmını paraya çeviremiyorsa, ödeme konusunda acz hâlinde demektir. Böyle bir terekenin, ödemeden acz hâli nedeniyle hükmen reddedildiğini söylemek hakkaniyete uygun düşmez. Buradaki “*ödemeden acz*” kavramının mevcut hâliyle mirasın hükmen reddi karinesine uygun düşmediği ortadadır. Dolayısıyla “*ödemeden acz*” kavramı “*borca batıklık*” şeklinde anlaşılması, mirasın hükmen reddi karinesinin amacına daha uygun olacaktır. Yapılan bir icra takibi nedeniyle, alacaklıya borç ödemekten kesin aciz belgesinin verilmesi durumunda, ödemeden acz hâli, ancak o zaman borca batıklık anlamına gelebilir. Bu durum haricinde, hiçbir acz hâli durumunun borca batıklık olarak nitelendirilmesine imkan yoktur. Ayrıca yeni düzenlemede “*tereke*” kavramı yerine “*mirasbırakan*” kavramının tercih edilmesi, yukarıda belirttiğimiz nedenlerden dolayı isabetli olmuştur. Sonuç olarak denilebilir ki, anlam ve işlev olarak eski düzenlemedeki “*borca müsteğrak*” kavramı daha isabetli idi. Yeni Medenî Kanun m. 605'te her ne kadar “*mirasbırakanın ödemeden aczi*” kavramı kullanılmışsa da, bu ifadeyi, “*mirasbırakanın borca batıklığı*” şeklinde anlamak gerekir. Aksi halde, red karinesinden beklenen amaç hâsıl olmaz.

## V- Mirasbırakanın Borca Batıklığının Gerçekleşme Anı

### 1- Borca Batıklığın Ölüm Anında Var Olması

Medenî Kanun m. 605,II'ye göre “Ölümü tarihinde mirasbırakanın ödemedi aczi açıkça belli veya resmen tespit edilmiş ise, miras reddedilmiş sayılır”. Bu maddeden hareketle, mirasbırakanın borca batıklığının anlaşılması konusunda iki ihtimalin bulunduğu söylenebilir: Birinci ihtimal, mirasbırakanın ölümü anında borca batıklık durumunun var olduğunun bir resmi tespiti ihtiyaç duymayacak şekilde açıkça belli olmasıdır. Bu halde borca batıklığın öteden beri var olması gerekmeyip, ölüm anında mevcut olması yeterlidir. Mirasbırakanın borca batıklığı ölüm tarihinde ortadan kalkmış ise, zimni red sözkonusu olmaz<sup>43</sup>. Ancak burada belirtmek gerekir ki, ölüm tarihinde açıkça mevcut olan borca batıklık, sonradan üç aylık kanuni süre red süresi içinde son bulursa, örneğin mirasbırakanın hisse senetleri bu süre zarfında büyük bir değer kazanırsa, mirasın hükmen reddine ilişkin kanuni karine de ortadan kalkacaktır. Zira mirasbırakanın mevcudundaki böyle bir değişikliği, mirasçılarının menfaatleri doğrultusunda yorumlamak hakkaniyete daha uygun olacaktır. Yani bu üç aylık süre içinde, mirasçılar mirası açıkça reddetmemişlerse, bu sürenin dolmasıyla birlikte mirası kabul etmiş sayılacaklardır.

İkinci ihtimal, borca batıklığın resmi olarak tespit edilmiş olmasıdır. Resmi tespit ise, iki şekilde yapılmış olabilir: Birincisi, borca batıklık konusunda kuvvetli bir şüphenin varlığı nedeniyle yapılan tespittir. Bu şüphenin giderilmesi için yapılan resmî tespit sırasında mirasbırakanın borca batık olduğu ortaya çıkabilir. Kural olarak, bu tespit üç aylık mirası red süresi içinde yapılması gerekir. Üç aylık süre içinde resmi tespit işlemi gerçekleştirilir ve bu tespit neticesinde borca batıklık ortaya çıkarsa, mirasçılar lehine olan hükmî red karinesi işlerlik kazanır. Burada asıl sorun, üç aylık süre içinde borca batıklığa ilişkin resmi tespit işlemi bitirilemezse ne olacaktır? Kanaatimizce, böyle bir durumda mirasçılar mirası açık bir surette kabul etmemişler ve sonradan borca batıklığın varlığı tespit edilmişse, mirasçılarının mirası hükmen reddettiklerini kabul etmek gerekir. Buna karşılık, mirasçılar mirasın borca batık olmadığını düşünerek kabul etmişler ve sonradan borca batıklığın varlığı anlaşılınca ve mirasçılar bu durumu bilseydi, mirası kabul

---

<sup>43</sup> Kılıçoğlu, Ahmet: Miras Hukuku, Ankara 2007, s. 261.

etmeyecek idi iseler, mirasçılardan bu konudaki iyi niyetleri korunarak, mirası hükmen reddettikleri sonucuna varılmalıdır. Resmi tespitin ikinci biçimi, borca batıklığın borç ödemekten kesin aciz belgesiyle tespit edilmiş olmasıdır. Ölümden önce, mirasbırakana karşı yapılan takip neticesinde alacaklılara borç ödemekten aciz belgesinin verilmiş olması, mirasbırakanın borca batıklığının resmi olarak tespiti anlamına gelir. Zira, bu belgenin alacaklılara verilmesi, mirasbırakanın borçları olmasına rağmen, haczi caiz mevcudunun bulunmaması anlamına gelir<sup>44</sup>.

## **2- Ölümden Sonra Üç Aylık Red Süresi İçinde Borca Batıklığın Gerçekleşmesi**

Burada tartışılması gereken bir diğer durum, ölüm tarihinde, mirasbırakanın mevcudu borçlarından fazla olmakla birlikte; sonradan, daha doğrusu üç aylık mirası red süresi içinde, mirasbırakan borca batık hale gelirse, mirasçılardan hüküm red karinesinden faydalanıp faydalanamayacağı hususudur. Böyle bir durumda, hüküm red karinesinin işlerlik kazanıp kazanmayacağı konusunda kanunda bir düzenleme yoktur. Kanaatimizce, böyle bir durumda, hüküm red karinesi, mirası kabul veya red süresi olan üç ay boyunca varlığını devam ettirir. Bu durumda, ölüm tarihinde borca batık olmayan, sonradan, fakat üç aylık red süresi içinde terekedeki borç kaleminin mevcudu geçmesi halinde, hüküm red karinesinin mirasçılar için işlerlik kazanacağı kabul edilmesi, hakkaniyete uygun bir tutum olacaktır. Ancak, borca batıklık, mirasçılardan bir takım yanlış ve zamansız müdahaleleri sonucu gerçekleşmiş ise, mirasçılardan hüküm red karinesinden faydalanmayacaklardır. Ayrıca mirasçılardan bu müdahaleleri, mirası sahiplenme saikiyle yapmaları durumunda da hüküm red karinesi işlerlik kazanmayacaktır.

## **VI- Mirasbırakanın Borca Batık Olmasının Bir İflâs Sebebi Olup Olmadığı Hususu ve Diğer İflâs Sebepleri İle İlişkisi**

Borca batıklık, İcra ve İflâs Kanunu m. 179 ve Türk Ticaret Kanunu m. 324'te kural olarak, sadece sermaye şirketleri ve kooperatifler için; istisnai

---

<sup>44</sup> Kanaatimizce böyle bir durumda, mirasbırakanın mirasının hükmen reddedilmiş sayılması nedeniyle, parasal değeri olan, ancak haczi caiz olmayan mal ve hakları da tasfiye edilerek elde edilen paranın da alacaklılara ödenmesi gerekir.

olarak m. 178,III'de diğer borçlular için kabul edilmiş bir iflâs sebebidir<sup>45</sup>. Ancak, bu düzenlemelere ilâve olarak, Medenî Kanun'un 636 ıncı maddesi, ölümle kişiliğini yitirmiş olan mirasbırakan ile borca batıklık arasında bir ilişki kurmuştur<sup>46</sup>. Fakat bu ilişki bir iflâs ilişkisi değil, bir tasfiye ilişkisidir. Yani borca batıklık, mirasbırakan için, bir iflâs sebebi değil, terekenin iflâs hükümlerine göre bir tasfiye edilme sebebidir. Acaba kanun koyucunun mirasbırakanın mevcudunun iflâs hükümlerine göre tasfiye edilmesini istemesindeki amaç nedir? Kanaatimizce buradaki asıl amaç, mevcudun yeterli miktarda olmaması nedeniyle, alacaklıların eşitlik ilkesine uygun olarak en adil şekilde tatminini sağlamaktır. Zira alacaklıları bu şekilde tatmin etmeyi amaçlayan tasfiye, sadece iflâs hukukunda öngörülmüştür. Buna karşılık, Ticaret Kanunu'ndaki tasfiye biçimlerinin asıl amacı, şirket borçları öndikten sonra, şirket mallarını ortakları arasında paylaşmaktır. Bu tasfiyenin yapılabilmesi için, şirket mevcudunun borçlarından fazla olması gerekir<sup>47</sup>. Aynı şekilde miras hükümlerine göre yapılan tasfiyede de durum aynıdır; yani mevcut kalemleri borç kalemlerinden daha fazla olan bir terekede, borçlar ödendikten sonra artan miktarın mirasçılar arasında paylaşılması asıl hedeftir. Şayet, Medenî Kanun m. 605'teki "*mirasbırakanın ödemedeni aczi*" ifadesi, "*mirasbırakanın borca batıklığı*" şeklinde yorumlanmazsa, terekenin iflâs hükümlerine göre tasfiye edilmesinin mümkün olmayacağını bir eleştiri olarak, yukarıdaki eleştirilerimize ilâve edilebilir<sup>48</sup>. Yani, Medenî Kanun m. 605'teki "*ödemedeni aczi*" ifadesinin İcra ve İflâs Kanunu m. 178,I'deki "*acz*" kavramı ile aynı anlama geldiği iddia edilirse, terekenin tasfiyesinin, iflâs hükümlerine göre değil, miras hükümlerine göre yapılması gerekirdi. Halbuki, Medenî Kanun m. 612,I'e göre "*En yakın yasal mirasçılarının tamamı tarafından reddolunan miras, sulh mahkemesince iflâs hükümlerine göre tasfiye edilir*". Mirasçılarının tamamı tarafından mirasın reddedilmiş olması mirasbırakanın borca batık olduğu anlamına gelir. Aynı şekilde

---

<sup>45</sup> Sermaye şirketleri ve kooperatiflerin dışındaki kişilerin borca batıklığı için bkz. **Rüzgaresen** s. 634 vd.

<sup>46</sup> Terekenin iflâs hükümlerine göre tasfiye edilmesi için bkz. aşa. B.II.

<sup>47</sup> Eğer, ticari şirketin mevcudu borçlarından az ise, tasfiye yine iflâs hükümlerine göre yapılmak zorundadır.

<sup>48</sup> Bu eleştiriler için bkz. yuk. A.IV.

Medenî Kanun m. 636' ya göre "Mevcudu borçlarını ödemeye yetmeyen terekenin tasfiyesi, sulh mahkemesince iflâs hükümlerine göre yapılır<sup>49</sup>".

İcra ve İflâs Kanunu m. 179 ve TTK m. 324'e göre borca batıklığın gerçekleşmesi hâlinde, borçlunun iflâsına hükmedilir. Buna karşılık, mirasbırakanın borca batık olduğunun anlaşılması üzerine, tasfiye kararı veren sulh mahkemesi, mirasbırakanın veya herhangi bir kimsenin iflâsına karar vermemektedir. Hem Türk, hem de İsviçre hukukuna göre, bir mamelekin iflâs usulü ile tasfiye edilebilmesi, borçlunun ticaret siciline kayıtlı bulunması hâlinde mümkün iken, terekenin iflâs hükümlerine göre tasfiye edilmesi için, mirasbırakanın terekesi açısından böyle bir şart aranmamıştır<sup>50</sup>. Dolayısıyla, terekenin iflâs hükümlerine göre tasfiye edilmesi yönünden, mirasbırakanın hayatta iken, iflâsa tabi kişilerden olup olmaması bir önem arzetmez. Türk hukukunda açık bir düzenleme ile terekeye atfedilmiş bir hükmî kişilik durumu da bulunmadığından, tereke hakkında icra veya iflâs takibi yapılmasına, terekenin müflis olarak ilan edilmesine imkan yoktur<sup>51</sup>. Zaten, borçlu öldüğünden ve mirasçılar da mirası kabul etmediğinden, iflâsına karar verilecek kimse bulunmamaktadır. Mirasçıların iflâsının istenebilmesi, mirasın kabul edilmesinin yanı sıra, onların iflâsa tâbi kişilerden olmaları hâlinde mümkündür.

Sonuç olarak denilebilir ki, bir durumun "iflâs sebebi olması" ile "iflâs-taki tasfiye hükümlerine tabi olması" aynı anlama gelmediği gibi, mirasbırakana ilişkin borca batıklığı bir iflâs sebebi olarak görmek de mümkün değildir. Bu durum, terekenin, İcra ve İflâs Kanunu'ndaki iflâsa tabi olma kuralı (İİK m. 43; TTK m. 20) ile tasfiyede görevli organlar bakımın-

49 Ancak, burada, normal iflâs tasfiyesinden farklı olarak, ticaret mahkemesi yerine sulh mahkemesi; iflâs idaresi yerine tasfiye memurları vardır.

50 **Ansay**-Tereke, s. 766.

51 Türk hukukundaki bu düzenlemeye karşılık, İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun 49 uncu maddesi "Die Erbschaft kann, solange die Teilung nicht erfolgt, eine vertragliche Gemeinderschaft nicht gebildet oder eine amtliche Liquidation nicht angeordnet ist, in der auf den Verstorbenen anwendbaren Betreibungsart an dem Ort betrieben werden, wo der Erblasser zur Zeit seines Todes betrieben werden konnte" şeklindedir. Bu hükme göre, mirasın taksimi yapılmadıkça veya resmi tasfiyeye karar verilmedikçe terekenin mirasbırakanın son yerleşim yerinde veya mirasbırakan hayatta iken, kendisine tatbiki mümkün olan usulle takip edilecektir. Bu hüküm, terekeye karşı takip yapılacağını düzenleyerek, terekeye bir çeşit hükmî şahsiyet izafe etmiştir. Fakat bu hüküm Türk İcra ve İflâs Kanunu'na alınmamıştır.

dan (İİK m. 221, 223, 237), Medeni Kanun'da öngörölmüş özel bir statüye sahip olmasından kaynaklanmaktadır (MK m. 612).

## VII- Mirasbırakanın Borca Batıklığı Hâlinde Mirasçılarının Sorumluluğu

Kural olarak mirasbırakanın geride bıraktığı mirasın mirasçılar tarafından kabul edilmesi beklenir. Mirasçılarının mirası kabul etmeleri hâlinde, mirasbırakanın borçlarından da bütün malvarlıkları ile müteselsilen sorumlu olurlar (MK m. 641,I; 681,I). Ancak bazen çeşitli nedenlerden dolayı, mirasçılar mirası kabul etmek istemeyebilirler. Mirasçılar böyle bir durumda, terekedeki borçlardan sorumlu olmayacaklarından<sup>52</sup>, terekedeki hak ve mallar ile karşılanmayan borçlar için, mirasçılar dahil bir başkasının mallarına müracaat edilemez<sup>53,54</sup>.

Medenî Kanunda genel kural, yasal süre içinde mirası reddetmeyen mirasçının, mirası kayıtsız şartsız kazanmış olacağı şeklindedir (MK m. 610). Ancak terekedeki borçların mevcuddan fazla olması, yani borca batıklık hâlinde zımni red karinesi devreye gireceğinden, mirasçılar mirası kabul ettiklerini beyan etmiş olmadıkça, mirası reddetmiş sayılırlar. Zira, yaşam deneyimleri, borçları mevcudundan fazla bir terekenin kabul edilmeyeceği yönündedir<sup>55</sup>. Fakat mirasçılar borca batıklık hâlinde bazen mirası kabul ettiklerini açıkça beyan etmemekle birlikte, bir takım tutum ve davranışlarıyla mirası kabul ettiklerini gösterebilirler. Mirasçılarının bu türdeki tutum ve davranışlarını belirlemek her zaman kolay olmayabilir. Buna göre, mirası red süresi sona ermeden tereke işlemlerine karışılması, terekenin olağan yönetimi niteliğinde olmayan veya mirasbırakanın işlerinin yürütülmesi için gerekli olanın dışında işler yapılması ya da tereke mallarını gizlenmesi veya mirasçı tarafından

<sup>52</sup> Burada belirtmek gerekir ki, mirasın açılması anında mirasbırakan borca batık ise, mirası reddeden mirasçılar, mirasbırakanın alacaklılarına karşı ölümünden önceki beş yıl içinde ondan almış oldukları ve mirasın paylaşılmasında geri vermekle yükümlü olacakları değerler ölçüsünde sorumlu olurlar (MK m. 618).

<sup>53</sup> Mirasçılar mirası ancak tamamen kabul veya tamamen reddedebilirler. Yani mirasçılar, borç ve mevcut ayrımı yapmaksızın, mirası kısmi red veya kısmi kabul talebinde bulunamazlar. Zira bu durum, mirasçılar aleyhine sonuç doğurabilir. Buna karşılık, mirasbırakanın alacaklılarının lehine olacağından, mirasçılar mirasbırakanın borçlarının bir kısmını kabul etmelerinde bir sakınca yoktur.

<sup>54</sup> Karş. BGB § 1975; bkz. Beck/Depré, § 46, Rdnr. 1.

<sup>55</sup> Kılıçoğlu s. 261.

kendisine mal edilmesi<sup>56</sup>, terekedeki borçların ödenmesi, terekedeki malların vergisinin verilmesi<sup>57</sup> mirasın kabulü anlamına geldiğinden, bu durumlarda mirasçılar miras kabul etmiş sayılırlar. Buna karşılık, mirasçılık belgesi talep edilmesi<sup>58</sup>, zamanaşımı veya hak düşümü sürelerinin dolmasına engel olmak için dava açılması ve cebrî icra takibi başlatılması<sup>59</sup>, muris için defin işlemlerin yapılması, dini rituellere yerine getirilmesi, içeriği mirasçılara terekeden birtakım kazandırmalar olmayan vasiyetlerin yerine getirilmesi, mirasın kabul edildiği anlamına gelmez.

## B- MİRASBIRAKANIN BORCA BATIK OLMASININ ÖZELLİKLERİ

### I- Terekedeki Borçların Mevcudundan Fazla Olması

#### 1- Genel Olarak

Mirasbırakanın borca batık sayılması için, terekedeki borçların mevcudundan fazla olması gerekir. İcra ve İflâs Kanunu m. 179 ve Türk Ticaret Kanunu m. 324'teki borca batıklığın tespiti, borca batıklık (ara) bilançosu ile yapılır. Mirasbırakanın borca batıklığının tespiti için de böyle bir bilanço hazırlanabileceği gibi, bu borca batıklık, bir bilançonun hazırlanmasını gerektirmeyecek kadar açıkça belli de olabilir. Borca batıklığın açıkça belli olduğu, her türlü delil ile, özellikle kesinleşen bir iflâs kararıyla veya borç ödemekten kesin aciz belgesi ile ispatlanabilir<sup>60</sup>.

<sup>56</sup> Kılıçoğlu s. 260.

<sup>57</sup> Antalya, Gökhan: Miras Hukuku, İstanbul 2009, s. 387.

<sup>58</sup> "... Veraset belgesi, her zaman terekeye sahip çıkmak, başka bir anlatımla mirası kesin olarak iktisap etmek (kabullenmek) iradesini gösteren bir davranış değildir. Sözgelimi, emekli - dul - şehit aylığı almak veya Medenî Kanununun 610. maddesi gereğince emeğinin karşılığı olan tazminatı isteyebilmek ya da miras bırakanın öldürülmesi sebebi ile manevî tazminat davası (BK. 47) açabilmek, terekenin defterinin tutulmasını (MK. 559) isteyebilmek veya herhangi bir vakıf sebebi ile "tevlîyete hak kazandığını" tesbit ettirmek amacı ile ve daha benzeri birçok sebeplerle veraset belgesi almak mümkündür. Bu bakımdan böyle bir belgenin alınması için Mahkemeye başvurmak, mirası red hakkının yitirilmesine veya borca batıklık iddiasında bulunmak hakkının ortadan kaldırılmasına yol açmaz..." (2.HD, 27.3.1979, 1027/2645 (www.kazanci.com, E.T., 12. 10.2010).

<sup>59</sup> Kılıçoğlu s. 260; Antalya s. 388.

<sup>60</sup> Kılıçoğlu s. 261; Antalya s. 381.

Medenî Kanun'un 507,I ve 575,I hükümleri gereğince, mirasbırakanın mevcudu içinde yer alan taşınırlar, taşınmazlar, alacaklar, ölümü ile sona ermeyen, yani şahsa sıkı sıkıya bağlı olmayan haklar, ölüm günündeki durumuna ve o tarihteki satış kıymetlerine göre değerlendirilirler<sup>61</sup>.

## 2- Terekedeki Mevcud ve Borçların Tespiti

### a- Mevcudun Tespiti

Tereke mevcudunun tespitinde dikkate alınacak unsurların başında taşınmazlar gelir. Muvazaa nedeniyle iptali gereken taşınmaz temlik varsa, bunların da miras açıldığında terekede varsayılarak mevcuda ilave edilmesi gerekir<sup>62</sup>. Medenî Kanun m. 657,II'ye göre, paylaşma için zirai taşınmazların değerinin belirlenmesinde, gelir kıymetinin esas alınacağı belirtilmiş olmasına rağmen, borca batıklığın tespitinde tenkise esas alınacak ölçütün hangi değere göre belirleneceği kanunda düzenlenmemiştir<sup>63</sup>. Kanaatimizce, zirai taşınmazlarının mevcut olarak değerinin tespitinde de satış değerinin esas alınması gerekir. Çünkü, borca batıklık durumunda, borçlunun mevcudunun paraya çevrilerek, alacaklıların tatmin edilmesi gerektiğinden, burada önemli olan satış sonunda, alacaklıların eline geçen değerdir. Yoksa, gelir kıymetinin alacaklılar bakımından bir önemi yoktur. Ayrıca, rehnedilmiş, haczedilmiş ve ihtiyaten haczedilmiş olan taşınmazlar da, mirasbırakan hayatta iken mülkiyetinden henüz çıkmış olmadıklarından, mevcudun hesaplanmasında dikkate alınırlar.

Taşınmazların yanı sıra, terekedeki taşınırlar da mevcudun önemli bir unsurunu oluştururlar. Ancak, satış ve mübadele değeri olmayan ve para ile ölçülemeyen kıymetler, örneğin sadece manevi değeri olan aile resimleri, mektuplar, mirasbırakanın mevcudunun tespitinde dikkate alınmazlar. Gerek taşınmazların gerekse taşınırların mirasbırakanın ölüm tarihine kadar meydana gelmiş semereleri de terekede kalan miktarıyla taşınır olarak mevcutta yer alırlar<sup>64</sup>. Kanaatimizce, taşınmazlarda olduğu gibi, rehnedilmiş, haczedilmiş ve ihtiyaten haczedilmiş olan taşınırlar da, mirasbırakan hayatta iken

---

61 İnan/Ertas/Albaş s. 334; Antalya s. 285.

62 Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurul Kararı (RG, 30.5.1974, sa. 14900, s.4).

63 İnan/Ertas/Albaş s. 334.

64 İnan/Ertas/Albaş s. 335.



mülkiyetinden henüz çıkmadıklarından, mevcudun birer kalemini oluştururlar.

Mirasbırakanın alacakları ve bunlar için işlemiş olan faizleri, mevcuda dâhil edilir<sup>65</sup>. Buna karşılık, borçlusu mutlak olarak acz içinde bulunan alacaklar hesaba dâhil edilmez<sup>66</sup>. Şarta bağlı alacaklar bakımından ise doktrinde bir ayırım yapılmaktadır. Bir görüşe göre, taliki şarta bağlı alacaklar mevcuda dâhil edilmezler, ancak bozucu şarta bağlı alacaklar, miras açıldığı anda var olduğu gerekçesiyle mevcuda dâhil edilmeleri gerekir<sup>67</sup>. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise, şüpheli ve şarta bağlı alacaklar mevcudun belirlenmesinde dikkate alınmaması gerekir<sup>68</sup>. Şayet, şüpheli alacak sonradan tahsil edilirse veya şart gerçekleşirse, alacaklılar, bu yeni alacaklara göre mevcudun hesabının düzeltilmesini isteyebilirler<sup>69</sup>. Rehin ile temin edilmiş alacaklar, kural olarak tam miktarları ile dikkate alınırlar. İpotek, ipotekli borç senedi ve menkul rehnine konu teşkil eden şeyin değeri, alacağı karşılamaya yeterli gelmezse ve borçlulardan da arta kalan kısmın tahsili imkânı bulunmazsa, rehnedilen şeyin satış değeri mevcuda dâhil edilir<sup>70</sup>.

Bir görüşe göre, terekede borsada işlem gören hisse senetleri ve tahvil gibi kıymetli evraklar varsa, bunların değeri de, mirasbırakanın ölüm tarihindeki borsa rayicine göre belirlenir. Yabancı paralar da resmi kurlarına göre hesaplanır<sup>71</sup>. Kanaatimizce, borsada işlem gören hisse senetleri için mirasbırakanın ölüm tarihindeki borsa satış değeri esas alınmamalı, hisselerin satışı yapıldıktan sonra, değerlerinin belirlenerek, mevcuda dâhil edilmesi gerekir. Çünkü, borsada işlem gören hisse senetlerinin değerleri, piyasa koşullarına bağlı olarak sürekli değişkenlik gösterdiklerinden, nakde çevril-

65 Faizli alacaklar, faiz oranına göre, mirasın açıldığı tarihe göre anaparaya eklenerek terekede yer alır (**Antalya** s. 285).

66 **İnan/Ertas/Albaş** s. 335.

67 **Tuor**, Peter: Berner Kommentar, III. B. Das Erbrecht, Bern 1952, Art. 474, Nr. 16. s. 155; **Eren**, Fikret: Türk Medenî Hukukunda Tenkis Davası (Yayınlanmamış Doçentlik Tezi), Ankara 1967, s. 23.

68 **Antalya** s. 285; **İnan/Ertas/Albaş** s. 335.

69 **İnan/Ertas/Albaş** s. 335.

70 **Vital**, H.L.: Verfügungsfreiheit des Erblassers nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuch (Diss.), Bern 1915, s. 170; **İnan/Ertas/Albaş** s. 335.

71 **Tuor** Art. 474, Nr. 19. s. 159; **İnan/Ertas/Albaş** s. 335.

medikçe gerçek değerleri bulunamaz. Aksi halde, mevcudu borçlarından fazla gözüken tereke, bir anda borca batık hale gelebilir veya borca batık gözüken tereke bir anda, mevcut bakımından pozitif noktaya ulaşabilir.

Terekedeki mevcudun belirlenmesinde, mirasbırakanın hayatta iken yaptığı kazandırmalar da dikkate alınır<sup>72</sup>. Bu kazandırmalar terekeye aynen veya değerleriyle fiilen iade edilmesi gerekir<sup>73</sup>. Ancak Medenî Kanun'un 671 inci maddesinin birinci fıkrasına göre, böyle bir kazandırma alan kimsenin, aynı zamanda mirasçı olması hâlinde, iki seçimlik hakkı vardır; buna göre, bu mirasçı ister, aldığı aynen geri iade eder, isterse, payından fazla olsa bile, değerini miras payına mahsup ettirir.

#### **b- Borçların Tespiti**

Mirasbırakanın borca batıklığının belirlenmesi için, terekedeki mevcudun yanı sıra, borçların da belirlenmesi gerekir. Çünkü tereke içerik olarak, mirasbırakanın mevcudunun yanı sıra borçlarını da kapsar. Bu borçlar, mirasbırakanın hayatta iken edindiği borçları ve ölümü nedeniyle meydana gelen giderlerinin toplamından oluşur. Bunun için mirasbırakanın borçlarının muaccel olması gerekmez. Mirasbırakanın borçlarını, onun ölümünden kaynaklanan ve ölümden sonra doğan giderler, cenaze giderleri, terekenin mühürlenmesi ve yazımı giderleri, mirasbırakan ile birlikte yaşayan ve onun tarafından bakılan kimselerin üç aylık geçim giderleri (MK m.507,II), mirasçılar arasında varsa cenin ve ceninin annesi muhtaç ise, doğuma kadar geçim için ihtiyaç duyduğu nafaka (MK m.643,II)<sup>74</sup>, eğitimini tamamlamamış çocuklar ile malûl çocuklara (MK m. 674) ödenecek tazminatlar oluşturur<sup>75</sup>.

Mirasbırakanın borçlarının geçerli ve henüz yerine getirilmemiş borçlar olması gerekir. Ayrıca bu borçların fer'ileri, (örneğin faizleri de) ölüm anına kadar olan kısımları da borç kalemine dahil edilir. Şayet, borçlardan bazıları şarta bağlanmış ise ikili bir ayırım yapmak gerekir: Sözkonusu borç, bozucu bir şarta bağlanmışsa, tereke borçlarına dahil edilmeli; buna karşılık, borç

---

<sup>72</sup> Vital s. 203.

<sup>73</sup> İnan/Ertay/Albaş s. 336.

<sup>74</sup> Antalya s. 287.

<sup>75</sup> İnan/Ertay/Albaş s. 336 vd.

erteleyici bir şarta bağlanmışsa, tereke borçlarına dahil edilmez<sup>76</sup>. Değerinin üzerinde uyuşmazlık olan borçlarda ise, bir görüşe göre, bu borçların yaklaşık asgari değeri esas alınır<sup>77</sup>. Kanaatimizce, bu tür borçların ortalama piyasa fiyatı esas alınmalıdır.

İflas hukukunda borca batıklık belirlenirken, borçlunun para borçları esas alınır. İcra ve İflâs Kanunu m. 198'e göre iflâsın açılması ile borçlunun konusu para olmayan borçları para borcuna dönüşür. Ancak mirasbırakanın borca batıklığı hâlinde iflâs kararı verilmesine imkan olmadığından, İcra ve İflâs Kanunu'ndaki bu hükmün mirasbırakanın borca batıklığı için uygulanması mümkün değildir. Kanaatimizce, mirasbırakanın borca batıklığının tespit edilebilmesi için, mirasbırakanın ölüm tarihi itibarıyla, konusu para olmayan borçlarının parasal değerlerinin tespiti yapılarak, borca batıklığın o şekilde tespit edilmesi gerekir. Belirtmek gerekir ki, bu tespit sadece borca batıklığın belirlenmesi bakımındandır. Yani, kendisine mal teslimi gereken bir alacaklı, eğer mümkünse, malın teslim edilmesini<sup>78</sup>; bu mümkün değilse, malın parasal değerini talep edebilir.

### c- Terekeye Eklenecek Değerler

Terekedeki mevcuddan borçlar ve giderler çıkarıldıktan sonra, net mevcut elde edilir. Ancak Medenî Kanun'a göre, net mevcut bulunduktan sonra, denkleştirmeye (iadeye) tabi kazandırmalar<sup>79</sup>, sağlararası karşılıksız

<sup>76</sup> Antalya s. 287.

<sup>77</sup> Antalya s. 287.

<sup>78</sup> İcra ve İflâs Kanunu m. 198, c.2'ye kıyasen.

<sup>79</sup> Mirasbırakanın, kanuni mirasçılara yapmış olduğu sağlararası karşılıksız kazandırmalar, kazandırmayı alan kanuni mirasçının miras payına mahsuben yapılmışsa denkleştirmeye tabidir (Serozan/Engin s. 159; MK m. 669, I). Tenkis hesabında terekeye hangi kalemlerin ekleneceğini gösteren MK m. 508'de, denkleştirmeye tabi olan sağlararası kazandırmaların tenkis hesabına dâhil edileceği konusunda bir düzenleme olmadığı gibi, kanunun diğer hükümlerinde de bu konuda bir düzenleme mevcut değildir. Ancak, MK m. 669, I' e göre, yasal mirasçılar, mirasbırakandan miras paylarına mahsuben elde ettikleri sağlararası karşılıksız kazandırmaları, denkleştirmeyi sağlamak için terekeye geri vermekle birbirlerine karşı yükümlüdürler. Bu hükümden hareketle, denkleştirmeye tabi kazandırmaların da tereke mevcuduna öncelikle eklenmesi gerektiği sonucu çıkarılabilir. Örneğin, mirasbırakan, iki oğlundan büyük olana 15.000 TL ile iş kurmuş, diğer çocuğunun küçük olması nedeniyle, ona iş kurmadan ve geride 35.000 TL değerinde bir tereke bırakarak ölmesi hâlinde denkleştirme gündeme gelecektir. Şayet, mirasbırakan yaşasaydı, küçük oğluna da bir iş kuracak ve böylece çocukları arasında denkleştirmeyi bizzat

kazandırmalardan tenkise tabi olanlar (MK m. 508)<sup>80</sup> ve ölüme karşı sigortalıların satın alma değerleri (MK m. 509)<sup>81</sup> olmak üzere üç kalemin de hesaplanarak terekedeki net mevcuda eklenmesi gerekir<sup>82</sup>.

#### **d- Borca Batıklık Hâlinde Reddedilmiş Sayılmayan Hak ve Alacaklar**

Terekedeki borçların mevcudundan az olması nedeniyle mirasın hükmen reddedilmiş olması, destekten yoksun kalma tazminatı<sup>83</sup> ve manevi tazminat

---

kendisi yapacaktı. Mirasbırakanın ölmesi nedeniyle, artık bu denkleştirmenin ölümünden sonra yapılması gerekir. Eğer, denkleştirme yapılmazsa, büyük çocuk mirasın paylaşılmasında kendisine düşecek pay bakımından avantajlı hale gelecektir. Büyük çocuk lehine yapılan kazandırma, mirasbırakanın açık beyanından aksi anlaşılmadıkça, iki çocuk arasındaki eşitliği bozmak için değil, tam tersine onun miras payına mahsuben yapılmış olarak anlamak gerekecektir. Dolayısıyla, terekenin mevcuduna büyük çocuğun aldığı 15.000 TL'nin eklenmesi gerekir. Böylece alt soy kanuni mirasçılar arasında denge sağlanmış olur. Şayet, mirasbırakan sağlar arası ivazsız kazandırmayı, altsoy kanuni mirasçılar haricindeki diğer kanuni mirasçılara yapmışsa, bu kazandırmanın onların miras paylarına ek olarak yapıldığı kabul edilir (**Serozan/Engin** s. 160). Kanaatimizce, buradaki denkleştirme, alt soy mirasçılar arasında menfaat dengesinin kurulması bakımından önem arzeder. Yoksa, buradaki kazandırma mevcuda dâhil edilerek, tereke alacaklılarının tatmin edilmesi sağlanmaz. Bu kazandırmaların terekeye dâhil edilmesi, terekenin alacaklıları bakımından mevcut-borç dengesini etkilemez. Yani bu kazandırmalar, terekeye dâhil edilmekle birlikte, mirasa mahsuben yapılan sağlaları işlemler olması nedeniyle, alacaklıların alacağıının ödenmesi bakımından terekenin net mevcuduna eklenmeleri gerekir.

<sup>80</sup> MK m. 508'e göre, mirasbırakanın sağlalar arası karşılıksız kazandırmalarından, tenkise tabi olanlar, tenkise tâbi oldukları ölçüde, tasarruf edilebilir kısmın hesabında terekeye eklenir. Bu tasarrufların neler olduğu, MK m. 565'te tahdidi olarak sayılmışlardır. Bu madde kapsamına girmeyen sağlalar arası kazandırmaların tenkisi sözkonusu olmadığından, terekeye eklenmeleri de sözkonusu olmayacaktır (**Serozan/Engin** s. 161).

<sup>81</sup> MK m. 509'a göre, ve ölüme karşı sigortalıların satın alma değerleri de terekeye eklenir. Mirasbırakanın kendi ölümünde ödenmek üzere üçüncü kişi lehine hayat sigortası sözleşmesi yapması veya böyle bir kişiyi sonradan lehdar olarak tayin etmesi ya da sigortacıya karşı olan istem hakkını sağlalar arası veya ölüme bağlı tasarrufla karşılıksız olarak üçüncü kişiye devretmesi hâlinde, sigorta alacağının mirasbırakanın ölümü zamanındaki satın alma değeri terekeye eklenir (MK m. 509). Bu hükme göre, mirasbırakan, sağlığında yaptırdığı ve primlerini bizzat ödediği hayat sigortası, sözleşmesine göre ödenecek olan sigorta alacağını, karşılıksız olarak, maddede belirtilen şekillerde bir üçüncü kişiye kazandırmışsa, sigortacıya ödenen primlerin toplam bedeli ve üçüncü kişiye ödenecek sigorta alacağı değil, mirasbırakanın ölüm günündeki sigorta alım bedeli tenkise tabi sayılacak ve bu alım bedelinin değeri, tenkis hesabında terekeye eklenecektir (**Antalya** s. 296; **Serozan/Engin** s.167).

<sup>82</sup> **İnan/Ertas/Albaş** s. 339 vd.; **Serozan/Engin** s. 159.

gibi tazminatların talep edilmesine ve bunlara ilişkin davaların açılmasına yasal bir engel oluşturmaz<sup>84</sup>. Mirasın reddi gerekçe gösterilerek, mirasçılardan bu tazminatları talep edemeyeceklerini iddia etmek hukuka aykırılık oluşturur. Bu tazminatlar, terekeyi oluşturan unsurlardan olmayıp, ölümle birlikte mirasçılardan lehine doğan haklardır. Bu haklar mirasçılar tarafından kullanılmadıkça, parasal getirileri de olmayacağından, terekede bir karşılıkları da olmaz. Dolayısıyla, mirasçılar bu haklarını kullandıkları takdirde elde edecek paralar, terekeye dahil olmadan doğrudan mirasçılara ait olur.

Acaba borca batıklık nedeniyle, mirasın hükmen reddi, sosyal güvenlik kurumundan doğan haklara etkisi olur mu? Örneğin, sağ kalan eş, mirasını reddetmekle birlikte, ölen eşin Sosyal Güvenlik Kurumu'ndan bağlanan maaşını alabilir veya onun sosyal güvencesinden faydalanmaya devam edebilir mi? Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından mirasbırakanın dul ve yetimlerine yapılan ödemeler, mirasbırakanın geride bıraktığı kimselerin sosyal güvencesini sağlamak amacıyla yapılmaktadır. Bu kimselere tanınan sosyal güvenceler anayasal birer haktır<sup>85</sup>. Bu haklar, mirasçılardan lehine mirasbırakanın ölümüyle doğmakla birlikte, terekeye giren ve miras olarak mirasçılara intikal eden unsurlar değildir. Dolayısıyla, bu tür sosyal güvenceler, mirasın reddinden etkilenmezler<sup>86,87</sup>. Doktrindeki bir görüş, bu açıklama-

83 **Antalya** s. 388; 4.HD, 21.5.1992, 1991-3944/1992-6778 (www.kazanci.com, E.T. 11.6.2011).

84 “*Dava, ölüm nedeni ile destekten yoksun kalma ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Davacılar ölenin eşi ve çocuklarıdır. Davacıların terekesinin borca batık olması nedeni ile ölenin mirasını reddetmiş olmaları bu davanın incelenip hasil olacak sonuç uyarınca esasına karar verilmesine engel yasal bir neden değildir*” (4.HD, 21.5.1992, 1991/3944, 1992/6778; www.kazanci.com, 12.10.2010). Ayrıca bkz. 2.HD, 27.3.1979, 1027/2645 (www.kazanci.com, E.T., 12. 10.2010).

85 **Kılıçoğlu** s. 262.

86 **Kılıçoğlu** s. 262; **Antalya** s. 388.

87 “... Tereke borca batık olduğu takdirde, miras hükmen red edilmiş sayılır ( MK. 545 ). Mirasçılar M.K.’ nun 550. maddesinde yazılı eylemlerde bulunmadıkça yani, red hakkından yoksun kalmadıkça, her zaman borca batık olduğunun tesbiti istenebilir. Bu bakımdan mahkemenin davanın M.K.’ nun 546. maddesinde yazılı 3 aylık süre içerisinde açılmadığı yolundaki gerekçesi yanlış olduğu gibi, ölenin eş ve çocuklarının Sosyal Sigortalar Kurumu'ndan aylık almalarının M.K.’ nun 550. maddesi gereğince benimseme ( tesahüp ) şeklinde bir eylem sayılması da doğru değildir. Çünkü ölenin eş ve çocuklarına Sosyal Sigortalardan bağlanan maaş terekeye dahil değildir. Onun için maaş sağlanması red hakkını kullanmaya engel değildir...” (2.HD, 22.11.1983, 8965/8919 (www.kazanci.com, E.T., 12.10.2010).

maların kamu hukuku kurallarından doğan sosyal güvenceler için olduğu, özel sigortalardan doğan güvenceler buraya dahil olmadığı yönündedir<sup>88</sup>. Kanaatimizce özel sigorta güvenceleri bakımından ikili bir ayırım yapmak gerekir: Birinci olarak, mirasbırakanın Sosyal Güvenlik Kurumu'nun yanı sıra, özel sigorta şirketlerinden sağlanmış sosyal ve ekonomik güvenceleri varsa, mirasçılar, özel sigorta şirketlerinden mirasbırakana bağlanan ve kendilerine de intikali mümkün olan bu güvenceleri de reddetmiş olurlar. Bu güvenceler tasfiyeye dahil ederek, elde edilecek gelirlerle alacaklılar tatmin edilirler. Ancak bir süre sonra, mirasın borçları sona ererse, kanaatimizce hükmen red olmamış gibi, mirasçılar bu gelirlerden faydalanma imkanı elde etmelidir<sup>89</sup>. İkinci olarak, mirasbırakanın Sosyal Güvenlik Kurumu'ndan herhangi bir sosyal güvencesi bulunmayıp, bunu yerine sadece özel sigorta şirketinden bağlanan güvencesi varsa, mirasın hükmen reddi ile, bu sosyal güvence reddedilmiş sayılmamalıdır. Fakat mirasbırakanın birden fazla özel sigorta şirketinden geliri varsa, bunlardan hangisinin reddedilmemiş sayılacağına mahkemenin karar vermesi gerekir.

Doktrindeki bir görüşe göre mirasın reddinden, mirasbırakanın mirasçıya yaptığı ölüme bağlı tasarruflar etkilenmez. Örneğin, mirasbırakanın mirası reddeden kimsenin lehine yaptığı vasiyetname geçerli olmaya devam eder<sup>90</sup>. Kanaatimizce mirasbırakanın borca batıklığı ve dolayısıyla zımni red hâlinde, bu görüş alacaklıların aleyhine sonuç doğurur. Zira böylece, borca batık bir mirasbırakan hayatta iken, hem alacaklılarını zarara uğratmak, hem de var olan mevcudunu mirasçılara kazandırmak amacıyla, ölüme bağlı tasarruflarda bulunması mümkün hale gelir.

### 3- Borca Batıklığın Açıkça Belli veya Resmen Tespit Edilmiş Olması

#### a- Genel Olarak

Eski Medenî Kanun m. 545, borca batıklık için “şayi veya sabit olursa” ifadesini kullanmıştı. Hâlbuki, mehaz İsviçre Medenî Kanunda “açıkça belli

---

88 Kılıçoğlu s. 262.

89 Karş. MK m. 612,II.

90 Öztan, Bilge: Miras Hukuku, Ankara 2008, s. 328.

ve resmen tespit edilmiş ise” ifadesini kullanmıştır<sup>91</sup>. Bu nedenle, eski Medenî Kanundaki düzenleme isabetli değildi<sup>92</sup>. Eski düzenlemedeki “sabit” ifadesini, mehazına uygun olarak “resmen tespit edilmiş”, “şayi” kavramını ise “açıkça belli” şeklinde anlamak gerekiyordu<sup>93</sup>. Yeni Medenî Kanunda m. 605, II ise, mehaz kanuna uygun olarak “açıkça belli veya resmen tespit edilmiş ise” ifadesini kullanarak isabetli bir düzenleme yapılmıştır.

Kanaatimizce, her ne kadar, Medenî Kanun, m. 605’te “Ölümü tarihinde...” ifadesini kullanmışsa da, öyle bazı durumlar vardır ki, bu durumlarda, borca batıklığın mirasbırakan ölümü tarihinde fiilen gerçekleşmiş olması gerekmez. Bu duruma, borca batıklığın, mirasbırakanın ölüm tarihinden sonraki üç aylık red süresi içinde de mirasçılardan elinde olmayan nedenlerden dolayı da gerçekleşmesi örnek olarak verilebilir. Mesela, borçlunun ölümünden bir gün sonra, borsadaki hisse senetlerinin büyük bir değer kaybetmesi ile tereke borca batık hale gelebilir<sup>94</sup>. Bu tür durumlarda da mirasçılara hükûmî red imkânının verilmesi hakkaniyete uygun olacaktır.

Borca batıklığın varlığını tam olarak ortaya koyabilmek için kanuni birer ifade olan “borca batıklığın açıkça belli” veya “resmen tespit edilmiş olma” hususlarını ayrı ayrı incelemek gerekir:

#### **b- Borca Batıklığın Açıkça Belli Olması**

Mirasbırakanın açıkça borca batık olduğu, onun ölümünden önce biliniyor olabileceği gibi, onun ölümüyle de ortaya çıkabilir. Bir görüşe göre, mirasbırakanın yakınları arasında, ekonomik ve hukuki ilişki içinde olduğu kişiler veya alacaklıları arasında, mirasbırakanın borca batık olduğu konusunda, yaygın bir söylenti varsa, tereke açıkça borca batık demektir<sup>95</sup>. Kanaatimizce, “açıkça belli” kavramından maksat, uzmanlık gerektirmeyen, basit bir araştırma veya inceleme sonucunda veya gözle görülebilir bir şekilde veya ölüm anına kadar tereke hakkında elde edilen bilgilerden

91 “Ist die Zahlungsunfähigkeit des Erblassers im Zeitpunkt seines Todes amtlich festgestellt oder offenkundig, so wird die Ausschlagung vermutet (SZB Art. 566,II)”.

92 Helvacı s. 189.

93 Helvacı s. 190.

94 İnan/Ertas/Albaş s. 500.

95 İnan/Ertas/Albaş s. 500; Helvacı s. 195.

mirasbırakanın borca batık olduğu anlaşılabilirse, borca batıklık açıkça belli demektir. Bu durumlara, borçlu hayatta iken, mevcudunun mali bir krizle erimesi nedeniyle, borçlarını ödeyemez hale gelmiş olması; alacaklılarının yaygın bir şekilde hakkında alacak davaları açması veya takip başlatması; mirasçılardan mirasbırakanın işlerinin kötü gidişatı hakkında yeterli bilgiye sahip olması örnek olarak verilebilir. Mirasbırakanın borca batık olduğu konusunda yakın çevresinde bir dedikodu veya kanaatin olması, tek başına borca batıklığın açıkça belli olması için yeterli değildir. Bu dedikodu veya kanaatin, örneğin mirasbırakanın kumar alışkanlığı, ekonomik kriz veya borçları nedeniyle intihar etmiş olması gibi, bazı somut olgulara dayanması gerekir.

#### **c- Borca Batıklığın Resmen Tespit Edilmiş Olması**

##### **aa- Mirasbırakan Hayattayken Borca Batıklığın Resmi Makamlarca Tespit Edilmiş Olması**

Borçlu hayatta iken, kendisine karşı bir icra takibi yapılmış ve bu takip sonucunda, alacaklıların bazıları alacağını tamamen veya kısmen alamadıkları için kendilerine borç ödemekten kesin aciz belgesi verilmiş olması, borçlunun mevcudunun borçlarını karşılayamadığını gösterir<sup>96</sup>. Her ne kadar, bu belgenin adı aciz belgesi ise de, bu belge, borçlunun haczi caizi bir malının olmadığını, bunun aksine ödenmesi gereken borçlarının bulunduğunu göstermesi nedeni ile aslında bir borca batıklık belgesidir<sup>97</sup>. Aynı şekilde, borçlu veya alacaklı borca batıklık nedeniyle mahkemeye başvurmuş ve mahkeme de borca batıklığı tespit etmiş, ancak henüz iflâsına karar vermeden önce borçlu ölmüşse, borca batıklık resmi makamlarca tespit edilmiş olur.

##### **bb- Mirasbırakanın Ölümünden Sonra Borca Batıklığın Resmi Makamlarca Tespit Edilmiş Olması**

Borca batıklığın, ölüm gününde aciz belgesi ve benzeri belge ve delillerle ispatlanması zorunlu olmayıp, sonradan yapılacak tespitle de mirasbırakanın borca batık olduğu ortaya konulabilir. Ancak bu tespit, ölüm

---

<sup>96</sup> Umar-Borca Batıklık s. 324; Helvacı s. 196.

<sup>97</sup> Umar-Borca Batıklık s. 324.



gününe dönük sonuçlar doğurur<sup>98</sup>. Mirasbırakanın borca batık olduğu açıkça belli değilse ve mirasçılar da mirasbırakanın borca batık olduğunu iddia ediyorlarsa, borca batıklığın tespitini, müstakil bir dava ile isteyebilecekleri gibi, açılmış bir davada da ileri sürebilirler<sup>99,100</sup>.

Ölümden sonraki dönemde borca batıklığın tespiti, genelde resmi tasfiye sırasında yapılır. Buradaki tasfiye, Medenî Kanun hükümlerine göre yapılan resmi tasfiye olup, mirasbırakanın yürüyen işlerinin tamamlanmasını, borçlarının yerine getirilmesini; alacaklarının tahsilini, vasiyet borçlarının terekenin olanağı ölçüsünde yerine getirilmesini, zorunlu olduğu takdirde, mirasbırakanın haklarının ve borçlarının mahkemece tespitini ve mallarının paraya çevrilmesini kapsar (MK m. 635,I). Resmi tasfiyeyi, mirasçılar isteyebileceği gibi, alacaklılar da isteyebilir<sup>101</sup>. Her mirasçı, mirası red veya resmî deftere göre kabul etmek yerine, terekenin resmî tasfiyesini isteyebilir (MK m. 632,I). Ancak bunun için, mirasçılardan hiç birisinin mirası kabul etmemiş olması gerekir. Şayet, birlikte mirasçı olanlardan birisi, mirası kabul ederse, resmi tasfiye talebi dikkate alınmaz (MK m. 632, III)<sup>102</sup>. Mirasçılar, terekenin durumu hakkında tam bir fikir edinemedikleri zaman ve bilhassa, mirasbırakanın, muamelelerinin geniş ve karışık olduğu, birtakım borçlarının ve sorumluluklarının sonradan ortaya çıkmasının muhtemel bulunduğu hallerde, durumu netleştirmek ve terekedeki mevcut ve borçların miktarından emin olmak için resmi tasfiye isteyebilirler<sup>103</sup>. Mirası reddetmeyen, ancak mirasçının borçlarından, sadece terekedeki mevcut oranında sorumlu

98 2. HD 1.4.1974, 2038/1987 (İnal, Nihat: Miras Davaları, Ankara 2005, s. 616).

99 2. HD 23.11.1992, 10677/10986 (İnal s. 619).

100 "...terekenin borca batık olduğunun tesbiti hakkındaki davada yetkili mahkeme; davalının, yani tereke alacaklısının davanın açıldığı zamandaki ikametgâhı mahkemesidir..."(2.HD, 17.4.1997, 3065/4332; 2HD, 10.3.2000, 852/3152, www.kazanci.com, E.T. 23.4.2011).

101 "Mahkeme, en yakın tüm mirasçıların mirası reddettiğini belirlediği anda iflâs usulü ile tasfiyeye geçmelidir. Esasen, ilgililerin bu yolda işlem yapılması için sulh hâkimine müracaatını engelleyen bir hüküm de yoktur ve mirasbırakandan alacaklı olanların, bir an önce tasfiye icrasında hukuki yararları açıktır. Buna göre; mirasın en yakın tüm mirasçılar tarafından reddedildiği, kendisinin ise alacaklı olduğu iddiasıyla tasfiye isteyen davacının isteğinin, mirasçı olmadığından ve sıfat yokluğundan bahisle reddi doğru değildir" (2.HD, 27.1.1995, 13145/947, www.kazanci.com, E.T. 23.4.2011).

102 2.HD, 2.11.1972, 6552/6313 (İnal s. 692).

103 Ansay-Tereke s. 748.

olmak isteyen mirasçılar için, Medenî Kanun bu yolu kabul etmiştir<sup>104</sup>; çünkü resmî tasfiye hâlinde mirasçılar, terekedeki borçlardan sorumlu olmazlar (MK m. 632,III)<sup>105</sup>. Bu imkândan, sadece resmi tasfiye isteyen mirasçı değil, resmi tasfiye talep etmemişler olsa dahi, diğer mirasçılar da faydalanırlar<sup>106</sup>.

Alacaklarını elde edemeyecekleri konusunda inandırıcı sebeplerle kuşku duyan mirasbırakanın alacaklıları, istedikleri hâlde alacakları ödenmediği veya kendilerine güvence verilmediği takdirde, mirasbırakanın ölümünden ya da vasiyetnamenin açılmasından başlayarak üç ay içinde, terekenin resmî tasfiyesini isteyebilirler (MK m. 633,I)<sup>107</sup>. Her alacaklı, bir diğer alacaklının katılımı olmaksızın bu talebi tek başına yapabilir. Bunun için alacağının muaccel olması da gerekmez<sup>108</sup>.

Resmî tasfiyeye, sulh mahkemesince tereke defterinin düzenlenmesiyle başlanır ve aynı zamanda yapılacak ilânla mirasbırakanın alacaklılarından ve borçlularından, belirtilen süre içinde alacaklarını ve borçlarını bildirmeleri istenir (MK m. 634,II). Tereke defterinin tutulması ve ilânın yapılması mecburidir. Bu deftere, terekeye ait mevcudlar ve borçlar takdir edilen değerleriyle kaydedilir. Kaydedilecek borçların muaccel olması gerekmez. Ancak daha önce terekenin resmî defteri düzenlenmiş ise, resmî tasfiye bu deftere göre yapılır (MK m. 634,III). Terekedeki mevcut ve borçların belirlenmesi, tasfiyeye, Medenî Kanun hükümlerine göre mi, yoksa İcra ve İflâs hükümlerine göre mi devam edileceğinin tespiti bakımından önemlidir. Çünkü mevcudun, terekedeki borçları karşılayamayacağına anlaşılması hâlinde, durunun derhal sulh hâkimine bildirilmesi<sup>109</sup> ve tasfiyenin iflâs hükümlerine göre tasfiye edilme mecburiyeti vardır.

---

<sup>104</sup> **Ansay**-Tereke s. 748.

<sup>105</sup> Buna karşılık, mirası reddetmeye hakkı olan mirasçılar, resmi tasfiye yerine, resmi defter tutulmasını ister ve tutulan bu deftere göre terekeyi kabul ederlerse, sadece resmi defterde yazılan borçlardan, ancak hem tereke malları, hem kendi malvarlığı ile sorumludurlar (MK m. 619 -630).

<sup>106</sup> **Ansay**-Tereke s. 748.

<sup>107</sup> 2.HD 16.4.2003,3244/5572 (**İnal** s. 694).

<sup>108</sup> **Ansay**-Tereke s. 750.

<sup>109</sup> **Ansay**-Tereke s. 755.

Resmî tasfiye, bizzat sulh hukuk hâkimince yapılabileceği gibi, sulh hâkiminin atayacağı bir ya da birkaç tasfiye memuru tarafından da yapılabilir (MK m. 634,I). Bu memurlar, göreviyle ilgili işlerini sulh hukuk mahkemesinin gözetim ve denetimi altında yürütürler (MK m. 634,IV, c.1; VVMT m.50 vd.)<sup>110</sup>. Ancak bu görev, mirasçılardan birisine tevdi edilmez<sup>111</sup>.

Resmi tasfiye (MK m. 632-636) sırasında, terekenin durumunu belirlemek için tutulan defterden, terekedeki mevcudun borçlarını ödemeye yetmeyeceği anlaşılabilir. Ancak mirasbırakanın ölümü anında, borca batıklık açıkça anlaşılıyorsa, ayrıca resmi bir tespitin yapılması gerekmez<sup>112</sup>.

Terekedeki mevcud, ilk etapta borçlardan fazla olduğu için, mirasçılar mirası kabul eder, ancak sonradan mevcudu aşacak miktarda başka borçlar ortaya çıkarsa, bu tereke hükmen reddedilmiş olmaz. Kanaatimizce, böyle bir durumda mirasçıların açık bir irade beyanı ile mirası reddetme mecburiyetleri vardır. Aksi halde, mirası kabul ettiklerine dair ilk irade beyanları geçerli olmaya devam eder. Mirasçıların, açık bir irade beyanı ile borca batık olduğu anlaşılan bir terekeyi reddetmeleri hâlinde, o ana kadar terekeden aldıkları mevcudu terekeye iade etmeleri gerekir. Aksi halde, mirası reddetmiş sayılmazlar ve redde ilişkin olarak yaptıkları açık irade beyanları da geçersiz olur. Mirasçının tam ehliyetli olmaması durumunda, mirasın reddi ile ilgili bir işlem yapma veya irade beyan etme yetkisi kanuni temsilcisine aittir. Sözkonusu temsilcinin vasi olması hâlinde, mirasın reddedilebilmesi için vesayet makamının izninin yanı sıra, denetim makamının da iznine ihtiyaç vardır (MK m. 463/5). Buna karşılık, kanunî temsilcinin kayyım olması durumunda, Medenî Kanun m. 460'a göre "*Kayyım bir malvarlığının yönetimi ve gözetimi ile görevlendirilmiş ise, yalnız o malvarlığının yönetim ve korunması için gerekli olan işleri yapabilir. Kayyımın, bunun dışındaki işleri yapabilmesi, temsil olunanın vereceği özel yetkiye, temsil olunan bu yetkiyi verecek durumda değilse vesayet makamının iznine bağlıdır*". Redde ilişkin beyan ve işlemlerin vekil aracılığıyla yapılmak istenmesi hâlinde ise, bu konuda vekaletnâmede vekile verilmiş özel bir yetkiye ihtiyaç vardır (VVMT m. 39).

---

<sup>110</sup> 2.HD 16.4.2003,3244/5572 (İnal s. 694).

<sup>111</sup> Ansay-Tereke s. 754.

<sup>112</sup> İnan/Ertas/Albaş s. 500.

Medenî Kanun m. 609,II'ye göre “*Reddin kayıtsız ve şartsız olması gerekir*”. Medenî Kanun m. 610,I'e göre ise “*Yasal süre içinde mirası reddetmeyen mirasçı, mirası kayıtsız şartsız kazanmış olur*”. Bu hükümlerden de anlaşılacağı üzere, mirasçılar mirası şarta bağlı olarak kabul edemezler. Ancak kanaatimizce, mirasçılar borca batıklık konusunda şüpheleri varsa, mirası, borca batıklık olmaması şartıyla kabul edebileceklerini bir şart olarak ileri sürebilmeleri gerekir. Aslında bu durum, mirasçılara tanınan hükmi red karinesinden kaynaklanan istisnai bir durumdur. Zira, mirasçıların hükmi red karinesinden faydalanmaları için, borca batıklığın tespit olması gerekmez. Ancak, böyle bir şüphenin varlığı hâlinde, mirasçıların mirası reddetmeleri daha emin bir yol olacaktır. Sonradan bu şüphenin yanlış olduğunun anlaşılması hâlinde, mirasçılarının bir kaybı olmayacaktır. Zira Medenî Kanun m. 612'ye göre “*En yakın yasal mirasçılarının tamamı tarafından reddolunan miras, sulh mahkemesince iflâs hükümlerine göre tasfiye edilir. Tasfiye sonunda arta kalan değerler, mirası reddetmemişler gibi hak sahiplerine verilir*”. Görüldüğü üzere, böyle bir red durumunda tasfiyeden arta kalan miktar mirasçılara geri verilecektir. Zaten mirasçılarının mirası şartlı olarak reddetme yetkileri olmuş olsaydı, aynı sonuç doğacaktı. Yani terekedeki mevcut, borçlardan fazla ise kabul ederek mirastan faydalanacak, az ise yaptıkları red sayesinde borçlunun borçlarını ödemek zorunda kalmayacaklardı.

#### **4- Mirasbırakanın Borca Batıklığının Giderilmesi**

##### **a- Mirasın Kabulü Hâlinde**

Mirasbırakanın içinde bulunduğu borca batıklığının giderilmesi mümkündür. Ancak bunun için, terekenin öncelikle mirasçılar tarafından kabul edilmiş olması gerekir. Mirasçılar mirası kabul ederek terekede bulunan bütün borç kalemlerini de üstlenmiş olurlar. Öncelikle belirtmek gerekir ki, İcra ve İflâs Kanunu m.179 ve Türk Ticaret Kanunu m. 324'ten (YTTK m.376) farklı olarak, mirasbırakanın borca batıklığının tespiti hâlinde, durumun derhal mahkemeye bildirilme mecburiyeti yoktur. Mirasbırakanın borca batıklığında önemli olan, mirasçılarının borca batık terekeyi kabul edip etmedikleridir. Mirasçılarının açık bir irade beyanı ile borçları mevcudundan fazla olan terekeyi kabul etmeleri hâlinde, bu durum, mirasçılarının terekedeki borçları da üstlendikleri anlamına gelir. Zira mirasçılar borçları mevcudundan fazla olan bir terekeyi, bütün borçlarını ödemek suretiyle alacaklılar tarafından tasfiye yolu ile satılmaktan kurtarabilirler.

Konkordato, borçlunun borçlarında indirim yapılmasına<sup>113</sup>, yani borçlarının bir kısmından kurtulmasına imkân tanıyan bir yoldur<sup>114</sup>. Ancak mirasın kabulü halinde, tereke borçları için konkordato teklifi yapıp yapılamayacağı konusunda çeşitli görüşler mevcuttur. Bu konudaki birinci görüşe göre, mirasçılar mirası kabul etmişlerse, terekedeki borçlardan müteselsil olarak sorumlu olurlar ve bu gerekçe ile de terekedeki borçlar için konkordato teklifinde bulunabilirler<sup>115</sup>. İkinci bir görüşe göre, mirasçıların terekedeki borçları konusunda, konkordato teklif edebilecekleri konusunda kanunda bir düzenleme mevcut değildir. Ancak, bu durumdan, mirasçıların tereke borçları konusunda konkordato teklifinde bulunamayacakları yönünde bir sonuç çıkarılamaz<sup>116</sup>. Üçüncü görüşe göre, tereke borçları için konkordato teklif edilemez. Zira miras şirketinin tüzel kişiliği bulunmadığından konkordato teklif etme hakkı yoktur<sup>117</sup>. Dördüncü bir görüşe göre ise, mirasçıların mirası kabul etmiş sayılmaları, ancak tereke borçlarının tamamını kabul etmeleri şartı ile mümkündür. Şayet, mirasbırakanın borçları için mirasçılara konkordato teklif etme imkanı verilirse, mirasçılar terekedeki borçların bir kısmını ödemekten kurtuldukları halde, terekedeki mevcuddan faydalanmış olacaklardır ki, bu durum, Medenî Kanun'un istemediği bir husustur<sup>118</sup>. Beşinci bir görüşe göre ise, mirasın kabulünden sonra miras şirketi bu sıfatla bütün aktifleri alacaklılara terk ederek, tereke borçları hakkında konkordato teklif edemez. Çünkü, mirası kabul eden mirasçılar, terekedeki borçlardan şahsen sorumlu olurlar. Fakat her biri şahsen bir konkordato talebinde bulunabilir<sup>119</sup>. Bu görüşlerden hareketle kendi görüşümüzü belirtmemiz gerekirse, terekenin tüzel kişiliği mevcut olmaması nedeniyle, terekenin konkordato teklif etme kabiliyetinden yoksun olduğu ifadesi doğrudur. Ancak bu durum, mirası kabul eden mirasçıların konkordato teklif etmelerinin önünde herhan-

---

113 **Tanrıver**, Süha: Konkordato Komiseri, Ankara 1993, s. 4.

114 **Ulukapı**, Ömer: Konkordatonun Feshi, Konya 1998, s. 7.

115 **Jaeger**, Carl/**Walder**, Hans Ulrich/**Kull**, Thomas M./**Kottmann**, Martin: Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, B.III, Zürich 1997/2001, Art. 293, N. 19.

116 **Fritzsche**, Hans/**Walder**, Hans Ulrich: Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, B. II, Zürich 1993, s. 596.

117 **Kuru**-El Kitabı, s. 1233.

118 **Postacıoğlu**, İlhan E.: Konkordato, İstanbul 1965, s. 19-20.

119 **Ansay**-Tereke, s. 771.

gi bir engel oluşturmaz. Mirasçılar, mirası açıkça veya zımni olarak kabul etmeleri hâlinde, terekedeki hak ve borçlar mirasçılara ait hale gelir. Böyle bir durumda mirasçılar, mirasbırakanın borçlarından muteselsilen sorumlu olurlar. Kural olarak, konkordato, alacaklılar ile borçlular arasında yapılan ve cebirlik içeren bir kurum olduğuna göre<sup>120</sup>, borçlu sıfatını haiz olan her mirasçının konkordato teklifinde bulunmasında bir sakınca mevcut değildir. Mirasın kabulü ile mirasbırakanın borçları ve mevcudu mirasçılara ait hale gelmesi kuralından hareketle, kanaatimizce burada asıl sorun, konkordato teklifi yapılırken, “*orantılılık*” şartının (İİK m. 298/1) nasıl sağlanacağıdır. Yani, mirasçıların ödemeyi teklif ettikleri borç miktarı ile mevcut arasındaki orantıda sadece mirasbırakanın mevcudu mu esas alınacak, yoksa mirasçılarının mevcudu da dikkate alınacak mıdır? Kanaatimizce, mirasbırakanın mevcudu ve borçları mirasçılara ait olması demek, aynı zamanda terekedeki mevcudun mirasçılarının mevcudu ile karışması demektir. Dolayısıyla, orantılılık şartı sağlanırken, sadece mirasbırakanın mevcudu değil, mirasçılarının mevcudu da esas alınarak belirlenmelidir. Şayet, bunun için sadece mirasbırakanın mevcudunun esas alınması gerektiği iddia edilirse, mirasçılarının mirası reddetmeleri hâlinde, oluşan fiili konkordatodan<sup>121</sup> bir farkı kalmaz. Mirasçılar orantılılık şartını kendi mevcudlarını da dahil ederek sağlarlarsa, konkordato teklifinde bulunmalarının önünde bir engelin kalmayacağını söylemek mümkündür. Mirasçılar bu konkordato teklifini, haklarında bir icra takip başladıktan sonra yapabilecekleri gibi, henüz bir takip başlatılmadan da yapabilirler<sup>122</sup>.

İcra ve İflâs Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu anlamındaki borca batıklık bir iflâs sebebi olarak kabul edilmiş ve bu sebebin varlığı halinde, “*iflâsın ertelenmesi*” ve “*yeniden yapılandırma*” adı altında başvurulabilecek iki yol mevcuttur. Fakat bu iki kurumdan faydalanacak kişiler, sadece sermaye şirketleri ve kooperatifler ile sınırlandırılmıştır<sup>123</sup>. Aslında, hem iflâsın erte-

<sup>120</sup> **Tanrıver** s. 7; **Ulukapı** s. 67, 76; **Amonn** s. 433; **Kuru-El Kitabı**, s. 1230.

<sup>121</sup> Fiili olarak gerçekleşen konkordato için bkz. aşa. B.I.4.b.

<sup>122</sup> Mirasçılar mirası kabul etmişler ve terekenin içinde borca batık bir sermaye şirketine ait bir pay varsa, bu sermaye şirketi için konkordato teklif edilemez. Zira, bu şirketin mahkemeye borca batıklık bildiriminde bulunması gerekir.

<sup>123</sup> Yeniden yapılandırma ile ilgili olarak için bkz. **Taşpınar** Ayvaz, Sema: İcra-İflâs Hukukunda Yeniden Yapılandırma, Ankara 2005, s. 297; İflâsın ertelenmesi ile ilgili olarak

lenmesi, hem de yeniden yapılandırma, konkordato gibi borca batıklığı hemen gidermemekte, tam aksine borca batıklığın giderilmesini zamana yaymaktadır. Mevzuatımızda mirasbırakanın borca batıklığı, terekenin iflâs hükümlerine göre bir tasfiye edilme sebebi olarak kabul edilmekle birlikte, bir iflâs sebebi olarak öngörülmediğinden, tereke hakkında iflasın ertelenmesi yoluna başvurulmasına imkân yoktur. Aynı şekilde, mirasbırakanın borca batıklığı halinde, mirasbırakan iflâsa tâbi kişilerden olsa bile, bir sermaye şirketi veya kooperatif sıfatını haiz olmadığından, terekesinin yeniden yapılandırılma hükümlerinden faydalanması mümkün değildir. Şayet tereke içinde sermaye şirketlerine ait hisseler var ve bu hisselerin ait olduğu şirket borca batık durumda ise, bu şirketin borca batıklığı, ortaklardan biri olan mirasbırakanın borca batıklığı anlamına gelmez<sup>124</sup>.

#### **b- Mirasın Reddi Hâlinde**

Doktrindeki bir görüşe göre, mirasçılar mirası açık veya zımni bir şekilde reddetmişlerse, terekedeki borçlardan sorumlu olmayacaklarından, bu borçlar için konkordato teklifinde bulunmalarına imkan yoktur<sup>125</sup>. Kanaatimizce, mirasçıların, borçları mevcudunu aşmış terekeyi açıkça veya zımni olarak reddetmeleri hâlinde, fiili bir konkordato durumu sözkonusu olur. Zira böyle bir durumda terekedeki mevcut iflâs hükümlerine göre tasfiye edilecek, mevcudun paraya çevrilmesinden elde edilen para, alacaklılara m. 206'ya göre paylaştırılacak ve bu paranın bütün alacakları karşılamaması hâlinde, alacaklılar alacaklarının geri kalan kısmından feragat etmiş olacaklardır. Zira kişi öldükten sonra, bir emek veya çaba sonucunda mal kazanmasına imkan olmadığından, alacaklıların böyle bir duruma razı olmaktan başka çareleri olmadığı gibi, iradelerinin de bir önemi yoktur. Ancak burada normal bir konkordatodan farklı olarak, sonradan mirasbırakana ait başka malların bulunması veya çekişmeli bir malın sonradan mirasbırakana ait olduğunun tespiti hâlinde, alacaklılar bu malların satılmasını ve alacaklarının ödenmesini isteyebileceklerdir. Halbuki normal bir konkordatoda borçlunun

---

bkz. **Atalay**, Oğuz: *Borca Batıklık ve İflâsın Ertelenmesi*, İzmir 2006, s. 3 vd.; **Deliduman** s. 9 vd.; **Muşul** s. 34.

<sup>124</sup> Böyle bir durumda, mirasbırakanın sorumluluğu, koymayı taahhüt ettiği sermaye ile sınırlı olacaktır.

<sup>125</sup> **Jaeger/Walder/Kull/Kottmann**, Art. 293, N. 19.

sonradan mal kazanmış olması, alacaklıların geri kalan alacaklarını talep etmelerini mümkün kılmaz<sup>126,127</sup>.

Yukarıda da belirtildiği üzere, miras şarta bağlı olarak kabul edilemez<sup>128</sup>. Ancak kanaatimizce, mirasçılar, borçları mevcudundan fazla olan bir terekeyi, teklif edecekleri bir konkordatonun onaylanması şartı ile kabul edebilmeleri gerekir. Konkordatonun tasdik edilmesi şartına bağlanmış bir kabul beyanı alacaklıların lehine ise; yani alacaklıların konkordatonun tasdiki sonucunda kavuşacakları alacak, mirasın reddi hâlinde kavuşacakları alaktan fazla olacaksa, böyle bir şarta bağlı bir kabulü geçersiz saymak hakkaniyetle bağdaşmaz.

## II- Terekeye İlişkin Tasfiyenin İflâs Hükümlerine Tâbi Olması

Bazı hallerde, terekenin tasfiyesi iflâs hükümlerine göre yapılır (İİK m.180). Bu hallerden birisi de terekedeki borçların, mevcuddan fazla olmasıdır<sup>129</sup>. Terekenin resmî tasfiyesinde (MK m.632-636) tutulan deftere göre, mirasbırakanın mevcudunun borçlarını ödemeye yetmediğinin anlaşılması veya başlangıçta mevcudun borcu karşılayacağı kanaati ile olağan usulle tasfiyeye başlanıp sonradan mevcudun borçları ödemeye yetmediği sonucuna varılması (MK m.636; VVMT m.52) veya bu durumun, bir tespitte mahal vermeyecek şekilde, açıkça belli olması durumunda, terekenin tasfiyesi iflâs hükümlerine göre yapılır (m.180). Bunun için mirasbırakanın iflâsa tabi kim-selerden olması gerekmez<sup>130</sup>.

<sup>126</sup> Ancak borçlunun konkordato sürecinde mallarını gizlemiş olduğunun, konkordatonun tasdikinden sonra anlaşılması durumunda, bu saklama konkordato için bir fesih sebebi oluşturur.

<sup>127</sup> İflastaki tasfiyeden farklı olarak, konkordatoda alacaklılar alacakların bir kısmından feragat etmiş olurlar. Bu nedenle de konkordatoda alacaklılara borç ödemekten aciz belgesi verilmez.

<sup>128</sup> Bkz. yuk. B.I.3.c.bb.

<sup>129</sup> Ayrıca, bütün kanunî mirasçılarının mirası reddetmiş olmaları (MK m. 612) veya ölümü tarihinde miras bırakanın ödemediği aczinin açıkça belli veya resmen tespit edilmiş olması nedeniyle mirasın reddedilmiş sayılması (MK m. 605) hallerinde terekenin tasfiyesi iflâs hükümlerine göre yapılır (İİK m.180). Ancak bu durumlar, konumuzun kapsamının dışında kalmaktadır.

<sup>130</sup> Kuru-El Kitabı s. 1004.



Normal bir iflâs tasfiyesinde, borçlunun haczi caiz olmayan mal ve haklar tasfiyenin dışında tutulur. Yani, bunlar borçlunun tasarrufunda kalmaya devam eder. Mirasbırakanın borçlarının mevcudundan fazla olması hâlinde de, terekenin tasfiyesi iflâs hükümleri doğrultusunda yapıldığına göre, acaba mirasbırakanın haczi caiz olmayan malları da tasfiyenin kapsamının dışında mı kalacak, yoksa tereke bir bütün olarak mı tasfiye edilecektir? Kanaatimizce, borca batıklık hâlinde, mirasçılar mirası bir bütün ve zimni olarak reddetmiş sayılırlar<sup>131</sup>. Bunun kapsamına mirasbırakanın haczi caiz olmayan mal ve hakları da dâhildir. Zira haczedilmezlik, borçlu sıfatını haiz olan kimselere asgari şartlarda da olsa, yaşamlarını sürdürmeleri için, kanun tarafından verilmiş bir imtiyazdır. Mirasçılar mirası kabul etmedikleri müddetçe, tereke için borçlu sıfatını kazanamayacakları gibi, haczedilmezlik imtiyazından faydalanamazlar.

---

<sup>131</sup> Yani mirasbırakanın haczi caiz olmayan malları mirasçılara intikal etmez.

**KISALTMALAR**

<b>AD</b>	:Adalet Dergisi
<b>Art.</b>	:Artikel
<b>aşa.</b>	:aşağıda
<b>B.</b>	:Band
<b>BGB</b>	:Bürgerliches Gesetzbuch
<b>bkz.</b>	:bakınız
<b>C.</b>	:Cilt
<b>Diss.</b>	:Dissertation
<b>dn.</b>	:dipnot
<b>E.T.</b>	:Erişim Tarihi
<b>HD</b>	:Hukuk Dairesi
<b>InsO</b>	:Insolvenzordnung (Alman Acziyet Kanunu)
<b>İBD</b>	:İstanbul Barosu Dergisi
<b>İİK</b>	:İcra İflâs Kanunu
<b>KK</b>	:Kooperatifler Kanunu
<b>KO</b>	:Konkursordnung (Eski Alman İflâs Kanunu)
<b>m.</b>	:madde
<b>MK</b>	:Medenî Kanun
<b>N.</b>	:Note, Radnote
<b>OR</b>	:Schweizerisches Obligationenrecht
<b>Rdnr.</b>	:Randnummer
<b>RG</b>	:Resmi Gazete
<b>s.</b>	:sayfa
<b>S</b>	:Seite
<b>sa.</b>	:sayı

<b>SZB</b>	:Schweizerische Zivilgesetzbuch
<b>TTK</b>	:Türk Ticaret Kanunu
<b>vd.</b>	:ve diğerleri
<b>VVMT</b>	:Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzük.
<b>YTTK</b>	:Yeni Türk Ticaret Kanunu
<b>YTÜHFD</b>	:Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>yuk.</b>	:yukarı

**KAYNAKÇA**

**Amonn**, Kurt: Grundriss des Schuldbetreibungs und Konkursrechts, Bern 1988.

**Ansay**, Sabri Şakir: İcra ve İflâs Usulleri, Ankara 1960 (Ansay-İcra ve İflâs).

**Ansay**, Sabri Şakir: Terekenin Tasfiyesi (AD 1940/8 747-771) (Ansay-Tereke).

**Antalya**, Gökhan: Miras Hukuku, İstanbul 2009.

**Atalay**, Oğuz: Anonim Şirketlerin İflâsı, İzmir 1996 (Atalay-Anonim Şirketler).

**Atalay**, Oğuz: Borca Batıklık ve İflâsın Ertelenmesi, İzmir 2006 (Atalay-Borca Batıklık).

**Ayan**, Mehmet: Miras Hukuku, Konya 2009.

**Aybay**, Aydın: Miras Hukuku Dersleri, İstanbul 2002.

**Baygın**, Cem: Türk Miras Hukukunda Alacaklıların Korunması, Ankara 2005.

**Beck**, Siegfried/**Depré**, Peter: Praxis der Insolvenz, München 2010.

**Berkin**, Necmeddin M. : İflâs Hukuku, İstanbul 1972.

**Deliduman**, Seyithan: İflasın Ertelenmesinin Etkileri, Kocaeli 2008.

**Eilenberger**, Guido: Münchener Kommentar zur Insolvenz-ordnung, München 2001.

**Eren**, Fikret: Türk Medenî Hukukunda Tenkis Davası (Yayınlanmamış Doçentlik Tezi), Ankara 1967.

**Franko**, Nisim: Sermaye Şirketlerinde-Özellikle Anonim Şirketlerde - İflâs ve Tehiri (Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990, s. 409-433).

**Fritzsche**, Hans/**Walder**, Hans Ulrich: Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, B. II, Zürich 1993.

- Gentinetta**, Richard: Die Konkursöffnung ohne vorrangige Betreuung, Freiburg 1932.
- Giroud**, Roger: Die Konkursöffnung und ihr Aufschub bei der Aktiengesellschaft, Zürich 1986.
- Häsemeyer**, Ludwig: Insolvenzrecht, Köln/Berlin/München/ Bonn 2003.
- Helvacı**, İlhan: Eski Medenî Kanunumuzla Karşılaştırmalı Olarak, Türk Medenî Kanununa Göre, Mirasın Reddi, İstanbul 2002.
- İnal**, Nihat: Miras Davaları, Ankara 2005.
- İnan**, Ali Naim/**Ertas**, Şeref/**Albaş**, Hakan: Türk Medenî Hukuku-Miras Hukuku, Ankara 2008.
- Jaeger**, Carl/**Walder**, Hans Ulrich/**Kull**, Thomas M./**Kottmann**, Martin: Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, B.III, Zürich 1997/2001.
- Karayalçın**, Yaşar: Muhasebe Hukuku, Ankara 1988.
- Kayar**, İsmail: Anonim Ortaklıkta Mali Durumun Bozulması ve Alınacak Tedbirler, Konya 1997.
- Kılıçoğlu**, Ahmet: Miras Hukuku, Ankara 2007.
- Koç Yalkın**, Yüksel: Genel Muhasebe, Ankara 2001.
- Kuru**, Baki: İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, İstanbul 2006 (Kuru-El Kitabı).
- Kuru**, Baki: İcra ve İflâs Hukuku, C. III, İstanbul 1993 (Kuru-İcra ve İflâs III).
- Kuru**, Baki: Pasifi Aktifinden Fazla Olan Sermaye Şirketlerinin İflâsı, (AD, 1970/10, s. 621-634) (Kuru-Sermaye Şirketleri).
- Kutlu**, Hüseyin Ali: Tekdüzen Genel Muhasebe, Ankara 2009, s. 16).
- Lanz**, Rudolf: Kapitalverlust, Überschuldung, Sanierungsvereinbarung (Diss.), Zürich 1985.
- Leemann**, Hans: Die Konkursgründe nach dem Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (Diss.), Bern 1904.
- Muşul**, Timuçin: İflâsın Ertelenmesi, İstanbul 2008.
- Nerlich**, Jörg/**Römermann**, Volker/**Mönning**, Rolf Diete: Insolvenzordnung (InsO) Kommentar, München 2003.

**Onciul, Georg Ritter:** Die Rechtzeitige Auslösung des Insolvenzverfahrens, Berlin/New York 2000.

**Öztan, Bilge:** Miras Hukuku, Ankara 2008.

**Pekcanitez, Hakan:** Anonim Ortaklıkların İflâsı, Ankara 1991.

**Penzlin, Dietmar:** Kritische Anmerkungen zum Insolvenz-eröffnungsgrund der Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO) (NZG, 1999/24, s. 1203-1208).

**Postacıoğlu, İlhan E.:** Konkordato, İstanbul 1965.

**Schech, Gregor:** Der Konkursaufschub im Schweizerischen Recht, Zürich 1937.

**Rüzgaresen, Cumhur :** İflâs Sebepleri, Ankara 2011.

**Serozan, Rona/Engin, Baki İlkay:** Miras Hukuku, Ankara 2008.

**Sevilengül, Orhan:** Genel Muhasebe, Ankara 2005, s. 37.

**Taşpınar Ayvaz, Sema :** İcra-İflâs Hukukunda Yeniden Yapılandırma, Ankara 2005.

**Tanrıver, Süha :**Konkordato Komiseri, Ankara 1993.

**Tekinalp, Ünal :**Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri 1979.

**Temme, Ulrich:** Die Eröffnungsgründe der Insolvenz-ordnung, Münster 1997.

**Tuor, Peter:** Berner Kommentar, III. B. Das Erbrecht, Bern 1952.

**Türk, Ahmet:** Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları, Ankara 1999.

**Uhlenbruck, Wilhelm:** Insolvenzordnung, Kommentar, München 2003.

**Uhlenbruck, Wilhelm:** Insolvenzordnung, Kommentar, München 2003.

**Ulukapı, Ömer:** Konkordatonun Feshi, Konya 1998.

**Umar, Bilge:** Aciz Hali-Borca Batıklık Kavramlarının Farkı ve Bu Yönden Yeni M.K. Metninin Düştüğü Yanlışlık (YTÜHFD 2004/1, s. 317-324) (Umar-Borca Batıklık).

**Umar, Bilge:** İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi, İzmir 1973 (Umar-Genel Teori).

**Vital**, H.L.: Verfügungsfreiheit des Erblassers nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuch (Diss.), Bern 1915.

**Witte**, Eberhard: Finanzplanung der Unternehmung, Opladen 1997.





# DENİZ TİCARETİ HUKUKUNDA HAZIRLIK İHBARI

*Yrd. Doç. Dr. Mustafa TÜYSÜZ\**

## Özet

*Hazırlık ihbarı, geminin, yükleme veya boşaltma yerine vardığının taşıyan tarafından taşıtanlara bildirilmesidir. Hazırlık ihbarı, gemin vardığı ve yükleme/boşaltmaya (yüke, denize elverişlilik gibi) tüm açılardan hazır olduğu anlamına gelir. Hazırlık ihbarı, charter partilerde aksine bir hüküm yoksa, sözlü olarak verilir. Öte yandan, hazırlık ihbarı staryaya süresinin başlaması için gereklidir. Hazırlık ihbarı verilebilmesi için geminin charter partide belirlenen rıhtıma yanaşmış olması ve bazı formalitelerin yerine getirilmiş olması gerekir. Bununla birlikte, charter partilere konan klozlarla bunun aksine düzenleme yapılabilir. Bu klozlar arasında wipon (gemi limanda olsun olması), wibon (gemi rıhtıma yanaşsın yanaşması), time lost (rıhtım beklenirken kaybolan zamanın staryadan sayılması) veya serbest pratika alınsın alınmasın gibi klozlar yer almaktadır. Bu klozlar gereği, geçerli bir hazırlık ihbarında bulunabilmek için geminin rıhtıma yanaşması veya bazı formalitelerin yerine getirilmesi aranmamıştır.*

## İngilizce Özet

*Once the vessel has arrived at the place for loading and is ready to load, notice of readiness can and must be given to the charterer. This notice informs the charterer that the ship has arrived at the port and is ready in all respects to load or discharge. Unless the charter party provides otherwise, notice of readiness may be oral. The notice of readiness is required for the initiation of laytime. For the notice to be effective, the vessel must actually be prepared to receive or to discharge cargo. The charter party may contain a wibon (whether in berth or not) or time lost (time lost in waiting for berth to count as loading/discharging time) or whether free partique or not clause.*

---

\* Karadeniz Teknik Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

*If the loading/discharging berth is not available on the vessel's arrival at or off the port of loading/discharging, the vessel shall be entitled to give notice of readiness on arrival there.*

**Anahtar sözcükler:** Hazırlık ihbarı, starya, wibon klozu, time lost klozu, varmış gemi.

*Notice of readiness, laytime, wibon clause, time lost clause, arrived ship.*

## I. GİRİŞ

Hazırlık ihbarı (*notice of readiness, notizabgabe*), geminin limana veya yükleme/boşaltma yerine varmış olduğunun, yükleme/boşaltmaya hazır olduğunun, taşıtana, yükletene, alıcıya veya sözleşme ile belirtilen diğer kimselere, kaptan (ya da uygulamada çok defa olduğu gibi taşıyan veya acentesi) tarafından bildirilmesidir<sup>1</sup>.

Kısmi çarterde, yükleme sırası gelen her taşıtana hazırlık ihbarı ayrı ayrı verilmelidir [Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 1030, 1045]<sup>2</sup>. Bununla birlikte, hazırlık ihbarı bütün taşıtanlara aynı anda yapılmışsa (ki bu mümkündür) yükleme süresi her taşıtan için, ancak yükün fiilen yüklenmesine sıra geldiği anda işlemeye başlar<sup>3</sup>.

Hazırlık ihbarı, ihbarın alıcısına iki şeyi onaylamaktadır. Bunlardan biri geminin vardığı, diğeri yükleme/boşaltmaya hazır olduğudur<sup>4</sup>. Bu hazır olma hem yasal olarak hem de fiziki olarak geminin yükü almaya/boşaltmaya hazır olmasını ifade eder<sup>5</sup>. Yasal açıdan hazır olma, geminin uygun belgelere sahip olmasını gerektirir. Bunlar arasında gemi ve mürettebatıyla ilgili sağlık

---

<sup>1</sup> Okay,Sami, Deniz Ticaret Hukuku II, 2. Baskı, İstanbul, 1971, s. 113-114; Karakadılar, Nejat, “Deniz Ticaret Hukukunda Yükleme ve Boşaltma Müddeti (Starya Süresi)”, İstanbul Barosu Dergisi, Yıl: 1986, S.1, s. 38; Çağa, Tahir/Kender, Rayegân, Deniz Ticaret Hukuku, C. 2, 8. Baskı, İstanbul, 2006, s. 40.

<sup>2</sup> Çağa/Kender, C. 2, s. 41.

<sup>3</sup> R. Peters, der Beginn der Ladezeit, Berlin, 1964, s. 51; RGZ 114, 163 (Çağa/Kender, C. 2, s. 41); Çağa/Kender, C. 2, s. 41.

<sup>4</sup> Vandeventer, Braden, “Admiralty Law Institute: Symposium on Charter Parties: Analysis of Basic Provisions of Voyage and Time Charter Parties”, Tulane Law Review, May, 1975, s. 817.

<sup>5</sup> Burke, Raymond, J., “Admiralty Law Institute: Symposium on Charter Parties: Voyage Charters -- Special Problems”, Tulane Law Review, May, 1975, s. 946.

düzenlemelerine uygunluğu gösteren serbest pratika almış olması da yer alır<sup>6</sup>. Fizikî açıdan ise geminin denize (*seaworthy*)<sup>7</sup> ve yüke elverişli olması (*cargoworthiness*)'dır. Belirtelim ki, geminin yükleme zamanında belirli kargoyu almaya uygun olma yükümlülüğü, kargonun yüklenmesinden sonra da devam eder, ihlal edilemez<sup>8</sup>.

Hazırlık ihbarının verilebilmesi bakımından TTK'da m. 1030 vd; yeni Türk Ticaret Kanunu (YTTK)<sup>9</sup> m. 1152'de hüküm olmakla birlikte, günümüzde taşımacılık alanında sefer çarteriyle<sup>10</sup> ilgili olarak bazı kurumlar tarafından düzenlenen standart formlar kullanılmaktadır.

Sefer çarterleriyle ilgili kurumlardan biri The Baltic and International Maritime Council (BIMCO) olup, bu kurumun Standart Genel Sefer Çarteri (Uniform General Charter –GENCON)<sup>11</sup> formudur<sup>12</sup>. 1994 Gencon'da, hazırlık ihbarının yükleme limanında kutucuk 17'de gösterilen gönderene veya gönderen belirtilmemişse, taşıtana veya onların acentesine, boşaltma limanında ise, alıcılara, eğer alıcı gösterilmemişse taşıtanlara veya onların alıcılarına verilebileceği belirtilmiştir.

---

6 Burke, s. 946.

7 Gemi, yolculuk için gerekli her açıdan denize elverişli olmalıdır. Bu bakımdan gemi, kargonun normal şartlar altında güvenli taşınmasına uygun ve gerekli ekipmanlarla donatılmış olmalıdır (Vanderverter, s. 839).

8 Vanderverter, s. 839.

9 YTTK, 1.7.2012 tarihinde yürürlüğe girecektir.

10 Sefer çarteri sözleşmesi, istisna sözleşmesi niteliğindeki navlun sözleşmelerinin bir alt türü olup, karşılıklı borç yükleyen akitlerdendir. Taşıyan, taşıtanın mallarını taşımayı, yani bunun için gemisinin bir kısmını veya tamamını taşıtana tahsis etmeyi, taşıtan ise bir navlun ödemeyi taahhüt etmektedir (Demir-Araz, Yeliz, "GENCON (94) Sefer Çarteri Sözleşmesinde Sürastarya Klozu", İstanbul Ticaret Üniversitesi Dergisi, s. 86).

11 [https://www.bimco.org/~media/Documents/Document\\_Samples/Voyage\\_Charter\\_Parties/Sample\\_Copy\\_GENCON\\_94.ashx](https://www.bimco.org/~media/Documents/Document_Samples/Voyage_Charter_Parties/Sample_Copy_GENCON_94.ashx).

12 Uniform General Charter (GENCON), global düzeyde kargo taşımacılığının pek çok şeklinde (sefer çarter partilerde) yaygın olarak kullanılan formlardan biridir. İlk olarak 1922'de yayımlanmış olup, 1976 ve 1994'de değişiklikler yapılmıştır. Uygulamada 1976 tarihli form yaygın olarak kullanıldığı söylenebilir (Ülgener, Fehmi, GENCON 94 Çarter Partisine Genel Bir Bakış, Deniz Hukuku Dergisi, Yıl:1, Sayı:1, s. 23, 24).

İngiliz Hukuku<sup>13</sup> charterde kararlaştırılmamışsa, yükleme limanının aksine boşaltma limanında hazırlık ihbarı verme yükümlülüğünü yüklememiştir<sup>14</sup>. Dolayısıyla, hazırlık ihbarının verilmesi her zaman taşıtanın boşaltma yükümlülüğünü yerine getirmesinin bir ön şartı değildir<sup>15</sup>. Öte yandan, İngiliz Hukukuna göre sözleşmede varsa, hazırlık ihbarı verilmesi gerekir. Diğer pek çok ülke hukuklarında hem yükleme, hem de boşaltma limanında hazırlık ihbarının verilmesi öngörülmüştür<sup>16</sup>. Aynı şekilde, sefer (*voyage*) charter formları yükleme/boşaltma için genellikle hazırlık ihbarının verilmesini içermektedir.

Hukumumuzda hazırlık ihbarı starya (yükleme/boşaltma) süresinin<sup>17</sup> başlaması ve belirlenmesi için gereklidir. Starya süresi, hazırlık ihbarının verildiği günü takip eden iş günü<sup>18</sup> başlayacaktır (TK m 1036, 1052)<sup>19</sup>.

- 
- 13 Deniz taşımacılığında İngilizler önemli bir yere sahip olduğundan, denizcilik alanındaki uygulamalar açısından İngiliz Hukukunun etkisi önemlidir. Taşımacılık sözleşmesinde taraflar, İngiliz Hukukunu kabul eden hüküm getirmeleri halinde de bu hukuk uygulanacaktır. İngiliz Hukukunda da, denizcilik alanında gelişmeler yasalardan ziyade, mahkeme kararları (case law) ile gerçekleşmektedir. Dolayısıyla, sürastaryaya ilişkin carterparti klotlarının Türk Hukuku açısından yorumlanmasında, kaynak İngiliz Hukukunun gerek TTK m.2/1 gereği ticari teamül olarak dikkate alınmasında gerekse taraf iradelerinin yorumlanmasında önemlidir (Atamer, Kerim, “Bir Navlun Sözleşmesinde Yer Alan Whether In Bert Or Not Klozunun Uygulama Alanı ve Davada İleri Sürülmesi”, İstanbul Barosu Dergisi, Yıl: 1991, S.1, C.65, s. 63).
- 14 Nelson v. Dahl (1879) 12 Ch D 568, at 583 Aspragkathou, Despoina, “The Happy Day and Issues of the Invalidity of a Notice Of Readiness under English Law”, Journal of Maritime Law & Commerce, April, 2007, s.192 (Notice of Readiness); Aspragkathou, Review of The Gencon Charter, s. 606; United Nations Conference on Trade and Development, 27 June, 1990, Trade and Development Board Committee on Shipping Working Group on International Shipping Legislation Twelfth Session Geneva, 22 October, 1990,s. 59, dn. 331, 62 <http://r0.unctad.org/ttl/docs-legal/Reports%20and%20Documents/Charter%20Parties-A%20Comparative%20Analysis.pdf>.
- 15 Cromwell, s. 887.
- 16 United Nations Conference on Trade and Development, 27 June, 1990, Trade and Development Board Committee on Shipping Working Group on International Shipping Legislation Twelfth Session Geneva, 22 October, 1990,s. 62, <http://r0.unctad.org/ttl/docs-legal/Reports%20and%20Documents/Charter%20Parties-A%20Comparative%20Analysis.pdf>.
- 17 Starya süresi, geminin yükleme/boşaltmanın yapılabilmesi için limanda kanunen (TK m. 139/2) ve sözleşme gereği beklemekle yükümlü olduğu süredir. Starya süresi, aksi sözleşmede kararlaştırılmamışsa, taşıyanın navlundan ayrı bir para talep etme hakkı olmaksızın, yükleme veya boşaltma için beklemeye mecbur olduğu süredir (Karakadılar, s. 30). Starya süresi taraflarca belli bir süre olarak kararlaştırılabileceği gibi, gün başına yükle-

## II. HAZIRLIK İHBARININ ŞEKLİ, ŞARTLARI, VERİLME YERİ, ZAMANI

### 1. Şekli

Hazırlık ihbarında bulunma, charter partide aksi öngörülmemişse bir şekle tabi değildir (TTK m. 1034; YTTK m. 1152/5). Sözlü olarak da verilebilir<sup>20</sup>. Ancak, uygulamada ihbar genellikle, yazılı olarak yapılmaktadır<sup>21</sup>. Yükletenin kim olduğu bilinmiyor, taşıtanı da bulmak mümkün olmuyorsa, ilan suretiyle de yapılabilir (TTK m. 1052/1'e kıyasen)<sup>22</sup>. Bu ihbar, tek taraflı varması (ulaşması) gerekli bir beyandır<sup>23</sup>. İhtilaf halinde, taşıyan, hazırlık ihbarının usulüne uygun, diğer bir ifadeyle kanuni şartlara sahip bulunduğunu ve ilgiliye ulaştığını ispat etmekle yükümlüdür<sup>24</sup>. Hazırlık ihbarının sözlü yapılması durumunda ispat sorunu ortaya çıkabileceğinden, hukukumuzda

---

necek yük miktarının verilmesi suretiyle sonradan yapılacak matematiksel hesaplamayla da belirlenebilir (Ülgener, Sürastarya II, s. 6-10 (Demir-Araz, s. 89); Kender/Çetingil, s. 116). Starya süresi taraflarca kararlaştırılmasa bile hukukumuzda (TK m. 1030 ve 1052) ve Alman Hukukunda kanunen vardır. Buna karşılık Amerikan ve İngiliz Hukuklarında ise, kanunda yer almamakta, sözleşmelerle kararlaştırılmaktadır. Sözleşmelerde yer almamışsa, yükleme/boşaltmadaki gecikmelerden doğan zarar için tazminat talebi, yükleme/boşaltma için makul sürenin aşıldığının ve kusurlu olduğunun ispatıyla mümkün olacaktır ([iberg, Hugo, The Law of Demurrage, Sweet & Maxwell, s. 169-170 (Demir-Araz, s. 88'den naklen)]).

- 18 YTTK m. 1156/1 uyarınca, yükleme süreleri (starya) takvime göre aralıksız hesaplanacaktır.
- 19 Starya süresi bitmesine rağmen yükleme tamamlanamamışsa, aksi kararlaştırılmamışsa artık geminin daha fazla beklemesine gerek yoktur. Ancak bunun için sürenin bitiminden üç gün önce haber vermek gerekir. Süre bittikten sonra böyle bir ihtar yapılırsa, ihtardan sonra artık yine üç gün beklemek gerekecektir (TK m.1033).
- 20 Cromwell, A. Anderson, "Admiralty Law Institute: Symposium on Charter Parties: Time and Voyage Charters: Proceeding to Loading Port, Loading, and Related Problems" Tulane Law Review, May, 1975, s. 886-887; United Nations Conference on Trade and Development, 27 June, 1990, Trade and Development Board Committee on Shipping Working Group on International Shipping Legislation Twelfth Session Geneva, 22 October, 1990, s. 62, <http://r0.unctad.org/ttl/docs-legal/Reports%20and%20Documents/Charter%20Parties-A%20Comparative%20Analysis.pdf>.
- 21 Çağa/Kender, C. 2, s. 40. Standart charter partilerin çoğunda yazılı yapılma öngörülmektedir [Peters, 52, not 29 (Çağa/Kender, C. 2, s. 40, dn. 83'den naklen)].
- 22 Okay, s. 114; Çağa/Kender, C. 2, s. 40.
- 23 Okay, s. 114; Çağa/Kender, C. 2, s. 40; Cromwell, s. 887.
- 24 Çağa/Kender, C. 2, s. 41.

ihbarda bulunulan kişiden belge istenebileceği, ancak ihbarı alan kişinin yeterli bir şekilde belgele vermeden kaçınması halinde, taşıyanın masrafi taşıtana ait olmak üzere bu durumu noterden bir zabıta tespit ettirebileceği kabul edilmiştir (TTK m. 1034).

Öte yandan, hazırlık ihbarının şekli konusunda charter partilerde şekle ilişkin hüküm olabilir. Örneğin, Baltic and International Maritime Council (BIMCO) Standard Grain Voyage Charterparty (GRAINCON), kloz 41/(a)'da, bir tarafın kendisi veya acentesinin diğer tarafa veya onun acentesine yapacağı tüm ihbarların yazılı olması gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca, kloz 41/(b)'de “ yazılı olmadan kastın, okunaklı iletişimin her hangi bir metodu olduğu ifade edilmiştir. Bir ihbar, etkili her bir araçla verilebilir. Örneğin hazırlık ihbarı, bunlarla sınırlı olmamakla birlikte, telgraf, teleks, faks, e-mail veya elden verilebilir”<sup>25</sup>.

## 2. Şartları

Kanunumuza göre, gemi yüklemeye hazır olunca bu durumu kaptanın taşıtana veya yükletene bildirmesi gerekir (TTK m. 1030/1; YTTK m. 1152). Hazırlık ihbarında bulunabilmek için geminin yükleme/boşaltma limanına ulaşmış olması (*arrived ship*) gerekse de, yükleme/boşaltma yerine ulaşmış olması şart olmayıp oraya zamanında ulaşabilecek ve birinci vardiya başında derhal yüklemeye/boşaltmaya başlayabilecek durumda (geniş anlamda yüklemeye/boşaltmaya hazır olma) olması yeterlidir<sup>26</sup>. Alman doktrininde de hâkim görüş bu yöndedir<sup>27</sup>. Buna karşılık, Fransa ve Belçika'da yazarlar, hazırlık ihbarında bulunabilmek için, geminin ihbar yapıldığı anda yüklemeye hazır ve yükleme yerinde demirlemiş olması gerektiğini ileri sürmektedirler<sup>28</sup>. İngiliz Hukukunda ise, bu konuda ikili ayırım yapılmaktadır. Geminin olağan demirleme yerine varıp hazırlık ihbarı vermesi charter partilerde yasaklanmış, yükleme/boşaltma rıhtımında verilebileceği öngörülmüş olabilir.

---

<sup>25</sup> Aspragkathou, Notice of Readiness, s. 214, dn. 106.

<sup>26</sup> Çağa/Kender, C. 2, s. 35. Alman doktrininde de hakim görüş bu yöndedir (Okay, s. 116). Buna karşılık, Fransa ve Belçika'da yazarlar, hazırlık ihbarında bulunabilmek için, geminin ihbar yapıldığı anda yüklemeye hazır ve yükleme yerinde demirlemiş olması gerektiğini ileri sürmektedirler (bkz. Okay, s. 116).

<sup>27</sup> Okay, s. 116.

<sup>28</sup> Okay, s. 116.

Bu durumda olağan demirleme yerinde verilen hazırlık ihbarı geçerli olmayacaktır, zira gemi varmış bir gemi (*arrived ship*) olarak düşünülmecektir<sup>29</sup>. Buna karşılık, sözleşmede belirli bir liman tayini ile yetinilmişse, geminin o limana gelmiş olması, yüklemeye hazır sayılması ve hazırlık ihbarının verilmesi için yeterli görülmüştür<sup>30</sup>.

Hukukumuzda, kaptanın yükü almak için gemiyi taşıtanın ve gemi birden çok kimselere tahsis edilmişse hepsinin gösterecekleri yere demirleyeceği, demirleme yerinin zamanında gösterilmemiş veya bütün taşıtanlar yer göstermede anlaşılamamışlarsa ya da suyun derinliği, geminin güvenliği, mahalli nizamlar veya tesislerin, verilen talimata göre hareket etmeye engel olursa, kaptanın mutad yükleme yerine demirleyebileceği düzenlenmiştir (TTK m. 1020)<sup>31</sup>. Dolayısıyla, burada hazırlık ihbarında bulunulabilecektir.

Sefer (yolculuk) çarterlerin çoğunda, hazırlık ihbarı iki şartın karşılanması durumunda geçerli olarak verileceği belirtilmiştir. Bunlardan biri, geminin çarterde belirlenen noktaya ulaşması, yani geminin ulaşmış gemi (*arrived ship*) olmasıdır<sup>32</sup>. Diğeri ise, geminin fiziksel ve yasal tüm açıları

---

29 Aspragkathou, Despoina, "Review of The Gencon Charter Clauses for the Commencement of Laytime: Analysis of The "Time Lost in Waiting for a Berth yo Count as Laytime or Time on Demurrage" Clause", Journal of Maritime Law Commerce, October, 2007, s. 606.

30 Okay, s. 116.

31 YTTK m. 1142'de, kaptanın, yükü almak için gemiyi sözleşmede kararlaştırılan yere demirleyeceği, sözleşmede yalnızca geminin yükleme yapacağı liman veya bölge kararlaştırmışsa, geminin bu liman veya bölge için tahsis edilmiş bekleme alanında yükleme yerinin belirlenmesini bekleyeceği hükme bağlanmıştır. YTTK m. 1152/3'de, hazırlık ihbarında bulunulması üzerine gemiye yükleme yeri gösterilmez veya suyun derinliği, geminin selameti, yerel düzenlemeler veya tesisler verilen talimata göre hareket etmeye engel olursa, gemi bekleme alanında kalacağı ifade edilmiştir. Bu hükmün uygulanmasında, liman yönetiminin talimatının, taşıtanın talimatı hükmünde olacağı da yine aynı maddede belirtilmiştir.

32 Zim Israel Navigation Company Ltd v. Tradax Export S.A. (The Timna) [1970] 2 Lloyd's Rep. 409; [1971] 2 Lloyd's Rep. 91 (Aspragkathou, Notice of Readiness, s. 192).

dan yükleme/boşaltmaya hazır olması<sup>33</sup> ve eğer serbest pratika buna ekli bir şart ise, bu şartın da yerine getirilmesidir<sup>34</sup>.

Serbest pratika, limanın tıbbî (sıhî) yetkilisi tarafından verilen bir izin belgesidir. Bu belge, yabancı bir limandan gelen geminin varması üzerine, mürettebatın karaya çıkmasına ve ziyaretçilerin (*visitors*) gemiye (güverteye) binmesine izin verir<sup>35</sup>. Gemiye serbest pratika, ya gemide çeşitli bulaşıcı enfeksiyonun olması veya geminin enfeksiyona kapılmış bir bölgeden gelmiş olması nedeniyle verilmeyebilir. Bu durumda karantina sınırlamaları bu gemiyi etkileyecektir. Bununla birlikte çarter parti'de, “*whether in free prarique or not*” klozu varsa, bu durumda serbest pratikanın alınmış olup olmamasının hazırlık ihbarının verilmesi ve staryanın başlamasına etkisi olmayacaktır<sup>36</sup>. Dolayısıyla, gemi sahibi hazırlık ihbarında bulunabilecek, starya süresi de işlemeye başlayacaktır. Görüldüğü üzere, gerçekte geminin yükleme/boşaltmaya hazır olması ile hazırlık ihbarını verme farklı anlamlar içerebilir<sup>37</sup>.

Buna karşılık, aksine hükümler sözleşmelerde olabilir. Sefer çarterlerinden olan (*voyage charters*) Asbatankvoy charter kloz 17 (a)'da, karantina sınırlamalarının sonucu olarak meydana gelen kayıp zamandan taşıtan sorumlu tutulmayıp, gemi sahibinin gecikme nedeniyle her hangi bir sürastarya (*demurrage*) ücreti veya zarar için bir ücret talebi kabul edilme-

---

33 Bu şart sefer çarterlerinde hariç bırakılabilir [The Linardos, 1994 1 Lloyd's Rep. 28; London Arbitration 7/04-LMLN 636, 31 March 2004, at 3-4 (Aspragkathou, Notice of Readiness, s. 192); Burke, s. 946].

34 London Arbitration 14/86- LMLN 179, 11 September 1986, at 4 (Aspragkathou, Notice of Readiness, s. 192); Burke, s. 946.

35 Shaw, Nick/Galloway, Diane, “Shipping: An Ill Wind Blows”, Legal Week, 1 December 2005 <http://www.legalweek.com/legal-week/news/1166756/shipping-an-ill-wind-blows> (1.8.2011).

36 Starya (laytime), taşıtana yükleme ve boşaltma için verilen zamanı ifade eder, bu süre içerisinde taşıtanın bir yükümlülüğü (bu süre için ücret ödemesi) bulunmamaktadır (Burke, s. 939).

37 Gaisford, Robert, E., “Cancellation of Voyage Charterparties: A Comparison of Chinese and English Law”, Journal of Maritime Law & Commerce, April, 1996, s. 301. Aktieselskabet Christianssand v. W.R. Grace & Co. (The Skomvaer), 297 F. 746 (2d Cir. 1924) davasında, yükleme hazırlık ihbarının tesliminden önce başlamış olsa da, staryanın hazırlık ihbarının verilmesiyle başlayacağı ifade edilmiştir (Vandeventer, s. 817).



miştir<sup>38</sup>. Gemi karantina alınması halinde, hazır bir gemi olarak düşünülemez, zira bu durum yükleme/boşaltmayı engeller, yani taşıtanın gemiye erişmesi mümkün olmaz<sup>39</sup>.

Öte yandan, zaman charterlerinden olan (*time charters*) New York Produce Exchange (NYPE) 1946 kloz 16' uyarınca, karantina durumunda bir sınırlama olsa da, taşıtan gemi kirası verebilecektir<sup>40</sup>. NYPE'nin aksine Shelltime 4, karantina sınırlamaları durumunda, bu gecikme süresi için geminin tam çalışması (*'the full working of the vessel'*) engellendiğinden kira dışı (*off-hire*) sayılacağı belirtilmiştir<sup>41</sup>.

Görüldüğü üzere, charter partilerde taraflar, açıkça hazırlık ihbarının verilmesinden önce serbest pratika almanın gerek olmadığını kararlaştırabilirler. Bu çeşit bir şart, sözleşmelerde açıkça ifade edilmelidir<sup>42</sup>.

Hazırlık ihbarının verilmesinde *dürüstlük kurallarına da uymak* gerekir. *Sofial S.A. v. Ove Skou Rederi (The Helle Skou)* davasında<sup>43</sup>, kloz 22'de (Gencon formu altında bir berth charter parti vardı) geminin temiz, kuru ve kokudan arındırılmış olması gerektiği ifade edilmiştir. Bu kloz çok önemlidir. Bu kloz çok önemlidir zira gemi süt taşıyacaktı, önceki yükü ise balık idi. Gemi Antwerp'e vardığında, rıhtıma varmadan önce hazırlık ihbarında bulunuldu, sonrada yükleme başladı. Daha sonra, geminin kokudan arındırılmadığı anlaşıldı. Gemi temizlenebilmek için yüklenen kargo boşaltıldı. Gemi daha sonra rıhtıma

---

38 Shaw, Nick/Galloway, Diane, "Shipping: An Ill Wind Blows", Legal Week, 1 December 2005 <http://www.legalweek.com/legal-week/news/1166756/shipping-an-ill-wind-blows> (1.8.2011).

39 Shaw, Nick/Galloway, Diane, "Shipping: An Ill Wind Blows", Legal Week, 1 December 2005 <http://www.legalweek.com/legal-week/news/1166756/shipping-an-ill-wind-blows> (1.8.2011).

40 NYPE off-hire klozu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Weale, John, "The NYPE Off-Hire Clause and Third Party Intervention: Can an Efficient Vessel be Placed Off-Hire?", *Journal of Maritime Law & Commerce*, April, 2002.

41 Shaw, Nick/Galloway, Diane, "Shipping: An Ill Wind Blows", Legal Week, 1 December 2005 <http://www.legalweek.com/legal-week/news/1166756/shipping-an-ill-wind-blows> (1.8.2011).

42 Shaw, Nick/Galloway, Diane, "Shipping: An Ill Wind Blows", Legal Week, 1 December 2005 <http://www.legalweek.com/legal-week/news/1166756/shipping-an-ill-wind-blows> (1.8.2011).

43 *Sofial S.A. v. Ove Skou Rederi (The Helle Skou)* [1976] 2 Lloyd's Rep. 205 (Aspragkathou, Notice of Readiness, s. 200-201).

tekrar yanaştı ve yeniden yüklendi. Sorun, erken (prematüre) verilen hazırlık ihbarının etkisinin ne olacağı konusundadır. Mahkemeye göre, hazırlık ihbarı, hile olmadıkça (ki olayda bu ileri sürülmemiştir) taşıtan tarafından kabul edilince, daha sonra bu reddedilemez.

Hazırlık ihbarını önce kabul edip daha sonra onu reddetmeye izin verilmemiştir. Bunun nedeni taşıyanın buna güvenmesi nedeniyle ona uygun eylemlerde bulunmasıdır. Taşıtan düşüncesini değiştiren her şeyin değişmesi, belirsizliği, karışıklığı ve belki de taşıyana ekonomik zorluğu getirecektir<sup>44</sup>.

Aynı şekilde, *The Jay Ganesh* davasında<sup>45</sup> olduğu gibi, sözleşmede taraflar, dürüstlük kuralına (*bonafides, good faith*) güvenirler. Dürüstlüğü keskin bir tanımla olmamakla birlikte, tarafların, ticaret erbabının kabul ettiği tarzda sözleşmelerdeki yükümlülüklerini yerine getirirken dürüst bir şekilde davranacağına ilişkin bir beklenti olarak ifade edilmektedir<sup>46</sup>. Karşı tarafın makul bir şekilde tahmin edebileceği bir eylem, dürüstlikle ilgilidir<sup>47</sup>.

Bu olayda, kaptan 10 Ağustosta hazırlık ihbarında bulunmuş ancak rıhtımların hazır olmaması nedeniyle yanaşamamıştır. Sekiz gün sonra gemi gönderenin/taşıtanın muayene memurları tarafından incelenmiş ve böcekler tarafından kargonun istila edildiği tespit edilmiştir. Çünkü gemide çuvallanmış pirinçler bulunmaktaydı. Kaptan, gemiyi temizletmiş, 9 Eylül'de yüklemeye hazır olmuş ve yükleme de ertesi gün başlamıştır. Sürastarya ücretinin ödenebilirliği, hazırlık ihbarı verilsin verilmesin ("*whether the notice of readiness given*") şartına bağlı idi. Bu durumda ya 10 Ağustosta verilen ihbar

---

44 Aspragkathou, Notice of Readiness, s. 201.

45 United Nations/Food and Agriculture Organization -World Food Programme v. Caspian Navigation Inc. (The Jay Ganesh) [1994] 2 Lloyd's Rep. 358 ("Law: Owners to bear expense of delay in loading at berth", Lloyd's List, 8 July, 1994, s. 6; Aspragkathou, Notice of Readiness, s. 201; Howard, Tim/Davenport, Brian, "English Maritime Law Update 1994/1995", Journal of Maritime Law & Commerce, July, 1996, s. 438; Bush, Philip, "Charter Party Symposium: Delay and Detention", 25 Tulane Maritime Law Journal, Summer, 2001, s.450. Cromwell, s. 454-455).

46 Tetley, William, "Good Faith in Contract: Particularly in the Contracts of Arbitration and Chartering", Journal of Maritime Law & Commerce, October, 2004, s. 564; E.A. Farnsworth, "Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations" 87 Colum. L. Rev. 217 (Aspragkathou, Notice of Readiness, s. 201).

47 Tetley, s. 564.

böcek istilası nedeniyle geçersiz olacağından, süre yüklemenin başladığı 10 Eylül'e kadar başlamayacaktı ya da ihbar geçerli olacak ve starya 10 Ağustos'tan itibaren, geminin yüklemeye hazır oluncaya kadar geçen kayıp zaman indirilmesine bağlı olarak, başlayacaktı. Hâkim, çarterin gemi sahibinin kargo alanını fiziki olarak hazırlama yükümlülüğünden etkilendiğine karar vermiştir. Gemi sahibi geminin tüm açılardan kargoyu almaya uygun olduğundan emin olmalıdır ve o bunu sağladıktan sonra sadece hazırlık ihbarı verebilir.

Hâkim, taşıtanın memurunun memnuniyetsizliğini, tayfaların sağlık kontrolü hususunda serbest pratika alma bakımından sağlık otoritelerinin memnuniyetsizliği ile kıyas yaparak bu kararı vermiştir. Çarter'de bir rıhtım sağlanamadığından demirleme yerinde beklenirken kaybedilen zaman için ödeme yapılacağı kararlaştırılmıştı. Ancak, gemi vardıktan sonra yükleme veya boşaltmaya hazır olmadığından dolayı bir zaman kaybedildiğinden, kayıp zaman gemi sahibinden kaynaklanmıştır<sup>48</sup>. Taraflar arasında düzenlenen berth çarter partide, diğer hükümler yanında, gemi gümrük işleri veya serbest pratika<sup>49</sup> işlerini tamamlasın veya tamamlamasın hazırlık ihbarı verilebilir hükmü de yer almaktadır. Bu hüküm gereği, gemi rıhtıma vardıktan sonra, serbest pratika veya gümrüğe kabul elde etme bakımından ortaya çıkan herhangi bir gecikmeye taşıtan katlanacaktır (kloz 9/e). Hâkime göre, olayda hazırlık ihbarının verildiği anda, kaptanın inancı aksine gemi objektif olarak fiziksel bakımdan hazır değildir. Fiziksel hazır olmama klozu ile serbest pratika veya gümrüğe kabul ile ilgili klozlar arasında bir çatışmanın olması yapısal açıdan mümkün olmasına karşın bu durum ticari bir bakış açısından açıkça tuhaftır. Taraflar arasında düzenlenen kloz yorumlandığında, taraflar arasında işlemlerde tutarlığın karşılıklı olarak istendiği varsayımına ulaşılabilir<sup>50</sup>. Buna uygun olarak kloz 9/e'nin, tayfaların durumu nedeniyle serbest pratika alamamadan kaynaklanan ek gecikme ile kargo bölümünün fiziksel olarak hazır olmamasından kaynaklanan ek gecikme üzerindeki etkisi ayrıdır<sup>51</sup>. Bu nedenlerden dolayı hâkim hazırlık ihbarının verilmesinden

---

48 Howard/Davenport, s. 439; Tetley, s. 564.

49 Serbest pratika (free pratique), mürettebatın hastalıklı olmadığına dair verilen sertifikaya denmektedir.

50 Bush, s. 455.

51 Bush, s. 455.

sonra rıhtımda geminin temizlenmesi için geçirilen tüm zamanın muhafaza edileceği kararını vermiştir<sup>52</sup>.

Keza, **The Linardos**<sup>53</sup> davasında tahkimde, kaptanın hazırlık ihbarı verdiğinde dürüst davranmadığı ileri sürülmüştür. Geminin hazır olmaması durumunda verilen ihbar doğru olmayacaktır. Dolayısıyla doğru olmayan hazırlık ihbarı, sürenin başlamasında etkili olmamalıdır. Olayda<sup>54</sup> charterde, eğer rıhtımın sıkışık (dolu) olması nedeniyle giriş gecikirse, geminin yüklemeye hazır olup olmamasına bakılmaksızın starya başlar hükmü bulunmakta idi. Gemi, 4 Ocak 1991 saat 1650’de rıhtım dolu olması nedeniyle yanaşamamış olmasına rağmen kaptan hazırlık ihbarında bulunmuştur. Öte yandan bu zamanda gemi yüklemeye de hazır değildi. Çünkü ambarları yeterince temizlenmemişti. Gemi nihayetinde 8 Ocak saat 630’da yükü almayı kabul etmiştir. Tahkim heyeti, charterde yer alan kloz gereği rıhtımın sıkışık olması durumunda hazırlık ihbarı verilebileceğini dikkate alarak gemi sahibinin iddiasını kabul etmiştir. Temyiz üzerine hâkim, hazırlık ihbarının genel olarak, gemin yüklemeye hazır olmadıkça verilemeyeceğini, tarafların bunun aksini açıkça kararlaştırabileceğini belirtmiştir. Kloz 4’de normal kuralın aksi taraflarca kararlaştırılmıştır. Dolayısıyla hazırlık ihbarının geçerli olduğu belirtilmiştir.

Kanaatimizce, geminin rıhtıma yanaşamamasına yol açan sıkışıklık durumu ortadan kalkmış olmasına rağmen gemi hala temizlenememişse, bu sürelerin staryadan sayılmaması gerekir. Zira tarafların sözleşmede belirtmek istedikleri esas itibarıyla geminin rıhtıma yanaşamamasına rağmen (bu arada gemi yük almaya elverişli olmasa bile) hazırlık ihbarında bulunma yönündedir. Dolayısıyla, geminin yanaşmasına engel neden ortadan kalkmış olması durumunda artık bu sürelere gemi sahibi katlanmalıdır. Dürüstlük kuralı bunu gerektirir.

---

<sup>52</sup> Bush, s. 455.

<sup>53</sup> [Cobelfret N.V. v. Cyclades Shipping Co. Ltd. (The Linardos), [1994] 1 Lloyd's Rep. 28, 32 (Q.B. Com. Ct.) (per Colman J.) (Tetley, s. 613; Moore, Ann, “Law: Award should be remitted to arbitrator for further consideration – Is a notice of readiness to load valid even if the ship is not actually ready to load”, Lloyd’s List, 2 July, 1993, s. 6)].

<sup>54</sup> “Law: Notice of readiness held valid –Casebook”: Mavis D’Souza, Barrister, Lloyd’s List 26 November, 1993, s. 4.

Taşıyan lehine dürüstlük kuralı, taşıtanın, hazırlık ihbarını aldığı anda onu hemen reddetmemesi durumunda, taşıyanın hazırlık ihbarının geçerli olduğu ve şartların karşılandığı yönündeki iyi niyetidir<sup>55</sup>. Taşıtan lehine dürüstlük kuralı ise, hazırlık ihbarı verildiğinde geminin yükleme/boşaltmaya hazır olduğu inancıdır<sup>56</sup>. Dolayısıyla, gemi yükleme/boşaltmaya hazır olmadan verilen hazırlık ihbarı, dürüstlük kuralına aykırı olabileceği gibi, geçersiz bir hazırlık ihbarının geçersizliğini ileri sürme de dürüstlüğe aykırı olabilecektir.

Diğer taraftan, geminin yasal şartlar bakımından hazır olması, geçerli bir hazırlık ihbarı verilmesi için gereklidir. Bazı yasal şartlar güvenlik nedeniyle aranyor olabilir. Örneğin, *Poseidon Schiffahrts GmbH v. American AGIP Co., Ltd. (The Mercure)* olayında<sup>57</sup>, geminin boşaltma limanında Sahil Korumadan (Coast Guard) geçerli bir Tank Vessel Examination Letter (TVEL) alınmadan geçerli bir hazırlık ihbarı verilemeyeceği, tahkim heyetinin çoğunluğu tarafından karara bağlanmıştır. Bu durumun ASBATANKVOY Çarter Parti'deki üç klozu ihlal ettiğine karar vermiştir. Sahil Koruma Tüzükleri (Coast Guard Regulations) gereği<sup>58</sup>, liman kaptanı Maritime Transportation Security Act (MTSA) ve International Ship and Port Facility Security (ISPS) Code<sup>59</sup> uyarınca gemiyi incelemeye yetkili olup<sup>60</sup>, bunlardaki şartları karşılamayanı durumu düzeltmesini isteyebilir. Bu önlemler şunları içerebilir (bunlarla sınırlı değildir: a) Geminin incelenmesi; b) Geminin geciktirilmesi; c) Geminin tutulması (alıkonulması); d) Gemi işlemlerini sınırlama; e) Limana girişi reddetme; f) Limandan ihracı (çıkartılması); g) İkinci derecede idari ve düzeltici önlemler veya h) geminin işlemlerini yapması mümkün kılan ABD tarafından onaylanan güvenlik planının (gemiler

---

55 Aspragkathou, Notice of Readiness, s. 202.

56 Aspragkathou, Notice of Readiness, s. 202.

57 2003 SMA No. 3785 (Bulow, Lucienne Carasso, "Charter Party Consequences of Maritime Security Initiatives: Potential Disputes and Responsive Clauses", Journal of Maritime Law & Commerce, January, 2006, s. 86).

58 37 C.F.R., Pts. 6, 160 & 165 (Bulow, s. 86).

59 33 C.F.R., Ch. 1, Subch. H, Pt. 101 (Bulow, s. 86).

60 Güvenlik incelemesi, yabancı gemilerin hepsi için zorunlu değildir. Bunların belirli kargo taşımaları veya mürettebatı, milliyeti veya işlemleri incelemeyi gerektirebilir (Bulow, s. 87).

ABD için 1 Temmuz 2004'den beri [46 U.S.C. section 70103 (c) (5) uyarınca]<sup>61</sup> bir güvenlik planına<sup>62</sup> sahip olması gerektirilmiştir) iptali veya onayı.

### 3. Verilme Yeri

Hazırlık ihbarının verilmesiyle ilgili olarak charterlerde genellikle hükümler bulunmaktadır. Hazırlık ihbarının nerede verileceğine ilişkin bir hüküm yoksa, ihbar sadece yükleme/boşaltma limanında verilir. Eğer birden fazla yükleme limanı varsa, aksi sözleşmede kararlaştırılmamışsa, ilk limanda verilmesi yeterli olacaktır<sup>63</sup>.

Hazırlık ihbarı yanlış yerde (örneğin, gemi limana ulaşmadan) yapılmışsa, taşıtanın bundan dolayı uğrayacağı zararları (örneğin yükün zamanından önce hazır hale getirilmesi nedeniyle yapılan masrafları) taşıyan karşılayacaktır<sup>64</sup>.

*Triton Navigation Ltd v Vitol SA*, (2003) davasında<sup>65</sup>, gemi sahibi sözleşmede kararlaştırılan zamanda limanda olamayacağını taşıtanlara bildirmiş ve onlardan süre uzatımına izin almıştır. Daha sonra limana gelmiş ancak gemi temiz olmadığından dolayı yükleme başlayamamıştır. Üçüncü incelemenin ardından geminin yükü almaya elverişli (temiz) olduğu anlaşılmış, hazırlık ihbarında tekrar bulunularak gemi rıhtıma yanaşmıştır. Ancak, taşıtanlar bu gecikmeler nedeniyle bu arada yükü yüklemeye hazır hale getirmemiştir. Mahkeme (*The Court of Appeal*), yükleme için kargoyu sağlamanın taşıtanın yükümlülüğü olduğunu belirtmiş ve starya süresinin charter partide belirtildiği üzere hazırlık ihbarının verilmesinden altı saat sonra başlamış olduğunu kabul etmiştir.

---

<sup>61</sup> 33 C.F.R. § 101.410 (Bulow, s. 86).

<sup>62</sup> Bu plan, bir anlamda bir TVEL veya International Safety Management Code (ISM) sertifikasına sahip olmakla benzer olup, bu olmaksızın U.S limanlarına boşaltmaya izin verilmemektedir (Bulow, s. 86).

<sup>63</sup> Burke, s. 946.

<sup>64</sup> Prüssman §567, C 1. d. (Çağa/Kender, C. 2, s. 41).

<sup>65</sup> Kumar, Selva, Charterer has absolute duty to provide cargo: court, The Business Times Singapore, 19 December, 2003.

Öte yandan, charter partilerde, ön ihbar<sup>66</sup> yapılması da şart koşulabilir. Taşıyan, gemi henüz yükleme limanına gelmeden önce örneğin bir önceki limandan ayrılırken veya yükleme limanına muhtemel varışından 48 saat önce bulunması istenebilir<sup>67</sup>. Bu şartın yerine getirilmemesi sözleşmeye aykırı bir davranış olduğundan bundan doğan zararın karşılanması gerekir<sup>68</sup>. Öte yandan ön ihbar, hazırlık ihbarı yerine geçmeyip, hazırlık ihbarında yine bulunmalıdır<sup>69</sup>.

Hazırlık ihbarı, aynı taşıtan için birden çok limanda mal yüklenecekse, her liman için tekrar verilmelidir<sup>70</sup>. Aynı şekilde, aynı liman içinde başka bir yükleme yerinde de o taşıtan için birden çok mal yüklenecekse, eğer müteakip yükleme için tekrar verilmesi açık bir şekilde gerekli değilse, tekrar verilmesi gerekir<sup>71</sup>.

#### 4. Verilme Zamanı

TTK'da, hazırlık ihbarının, geminin yükü alacak hale gelir gelmez verileceği ifade edilmiştir (TTK m. 1030/1). YTTK m. 1152/2'de, hazırlık ihbarının, geminin 1142. maddede<sup>72</sup> öngörülen demirleme yerine varınca yapılacağı belirtilmiştir.

TTK'daki sürelerle ilişkin hüküm emredici değildir. Dolayısıyla, taraflar hazırlık ihbarının ne zaman yapılabileceğini sözleşme ile belirleyebilirler. Bu durumda, ihbarın geçerli olabilmesi için belirlenen bu süreler içerisinde yapılması gerekir. Örneğin, charter partide geminin en erken ve en geç yükle-

---

<sup>66</sup> [ETA-İhbarı ("expected or estimated time of arrival", veya ETB-İhbarı ("expected time of berthing") (Çağa/Kender, C. 2, s. 41, dn. 86)].

<sup>67</sup> Çağa/Kender, C. 2, s. 41.

<sup>68</sup> Çağa/Kender, C. 2, s. 41.

<sup>69</sup> Çağa/Kender, C. 2, s. 41.

<sup>70</sup> Çağa/Kender, C. 2, s. 41.

<sup>71</sup> Çağa/Kender, C. 2, s. 41.

<sup>72</sup> 1142. maddede, kaptanın gemiyi sözleşmede kararlaştırılan yere demirleyeceği; sözleşmede yalnızca geminin yükleme yapacağı liman veya bölge kararlaştırılmışsa, gemi, bu liman veya bölge için tahsis edilmiş bekleme alanında yükleme yerinin belirlenmesini bekleyeceği ifade edilmiştir.

meye hazır olması gereken tarihler belirlenmişse, ihbar yapılırken bu tarihlerle uygun hareket edilmelidir<sup>73</sup>.

Wibon klozunda bu ihbarın geminin yükleme/boşaltma rıhtımına varmadan da yapılabileceği kabul edilmiştir. Bununla birlikte, geminin serbest zamanı (*free time*) takip eden iş günü başında geminin fiilen yük almaya hazır olması gerekir<sup>74</sup>. Birçok halde, ihbar ile yüklemenin başlangıcı arasında 12 veya 24 saat gibi belirli bir sürenin geçmesi de kararlaştırılmaktadır. Bu süreye serbest zaman (*free time, Notizfrist*) denmektedir<sup>75</sup>. Bu süreler, taşıtan veya yükletene hazırlıklarını tamamlaması için tanınmakta olup, taşıyan bu süreler içinde yükleme yapmaya mecbur değildir. Bu süreler içinde yükleme yapılırsa, aksi kararlaştırılmadıkça, geçen bu süreler yükleme süresinden sayılmaz<sup>76</sup>.

Görüldüğü üzere, geminin yükleme/boşaltmaya hazır olmadan hazırlık ihbarında bulunabileceği veya yüklemenin/boşaltmanın belirli bir tarihte ihbarsız olarak başlayacağı sözleşmeyle kararlaştırılabilir<sup>77</sup>. Örneğin, wipon (gemi limanda olsun ya da olmasın), wibon (gemi rıhtıma yanaşmış olsun ya da olmasın) klozları bu amaçla kararlaştırılmaktadır<sup>78</sup>. Wibon klozunda, hazırlık ihbarında bulunulduğu zamanda veya onu takip eden serbest zamandan sonra geminin rıhtıma yanaşması ve starya süresinin başlaması için şart değildir<sup>79</sup>.

---

<sup>73</sup> Okay, s. 114.

<sup>74</sup> Okay, s. 116; Çağa/Kender, C. 2, s. 35; Kender/Çetingil, s. 116.

<sup>75</sup> Kender, Rayegân/Çetingil, Ergon, Deniz Ticareti Hukuku (Takip Hukuku ve Deniz Sigortaları ile Birlikte) Temel Bilgiler, 9. Baskı, İstanbul, 2007, s. 116; Çağa/Kender, C. 2, s. 42. Serbest zaman (Free Time) klozu, hazırlık ihbarının verilmesinden sonra starya (laytime) süresinin başlamasına kadar olan süredir. Örneğin, hazırlık ihbarı verildi, starya süresi ihbarın verilmesinden sonra izleyen sabah 08<sup>00</sup>'da başlayacaksa, aradaki bu süre serbest zamandır (Burke, s. 946). Bu süre, taşıtana kargoyu teslim etmeye veya almaya ilişkin hazırlıkları tamamlama ilişkin verilen bir süredir (Burke, s. 946).

<sup>76</sup> [Peters, 55 (Çağa/Kender, C. 2, s. 42)].

<sup>77</sup> Okay, s. 113.

<sup>78</sup> Kender/Çetingil, s. 116.

<sup>79</sup> Kender/Çetingil, s. 116.



Hazırlık ihbarının verilmesinde zamanla ilgili The Antclizo olayında<sup>80</sup>, çarter parti kloz 34'de, kaptanın boşaltma için verdiği hazırlık ihbarının kabulünden itibaren 24 saat sonra sürenin başlayacağı, keza gemi rıhtımda olsun olmasın (*whether in berth or not*), gümrüğe (*Custom House*) girdiğinde ve serbest pratika aldığı anda, zamanın başlayacağı ifade edilmiştir. Kaptan, rıhtım hazır olmamasına rağmen, Bombay Floating Light'a vardıktan (orda demirledikten) sonra hazırlık ihbarında bulunmuştur. Taşıtan, bunun kloz 34'ün şartını karşılamadığı, dolayısıyla hazırlık ihbarının geçersiz olduğunu ileri sürmüştür. *Custom House* girmek demek, dâhili girişin tamamlanması demektir. Gemi sahibi ise, Bombay'da adet ve uygulamalarının hazırlık ihbarının geçerli olarak verildiğini gösterdiğini ileri sürmüştür. Geminin, dâhili tüm prosedürlerin tamamlanmasından önce ve ilk giriş formalitelerinin tamamlanması ile, çarter partinin şartları altında sürastaryanın hesaplanması amacıyla, hazırlık ihbarı geçerlidir. House of Lord, gemi sahibi lehine karar vermiştir.

Öte yandan, hazırlık ihbarının iş günlerinde ve iş saatlerinde yapılması gerektiği konusunda kanunda bir hüküm bulunmamaktadır. Bazı yazarlar, hazırlık ihbarının iş günlerinde ve mesai saatleri içinde yapılması gerektiğini savunurlar. Aksi takdirde taşıtana yükleme için hazırlanma imkânı verilmezse, hazırlık ihbarının da bir anlamı olmayacaktır<sup>81</sup>. Okay'ın haklı olarak ifade ettiği üzere, bu hususta ticari örf ve âdete ve teamüllere bakarak karar vermek daha isabetli olacaktır. İhbarın iş günleri ve iş saatleri içinde yapılabileceği savunan yazarların bir kısmı, bu saatler dışında yapılan ihbarı geçersiz kabul ederken bazıları ise bu ihbarı geçerli kabul etmekle birlikte ihbarın, müteakip iş gününde yapılmış sayılacağını ileri sürmektedir<sup>82</sup>.

Diğer taraftan, çarter partide ihbarın yapılabileceği saat aralıkları belirlenmişse ve ihbar buna rağmen, çarter partide belirtilen saat dışında başka bir saatte yapılırsa geçerli olacak mıdır? Yukarıda ifade edildiği üzere, bu durumda müteakip iş gününde yapılmış sayılabilir. Buna ilişkin bir olayda İngiliz Temyiz Mahkemesi (Court of Appeal), hazırlık ihbarının yapılabile-

---

80 Moore, Ann, "Law: Charterer appeals in 'Antclizo' case", Lloyd's List, 25 January, 1992, s. 3.

81 Bu yazarlar için kz. Okay, s. 115, dn. 436; Çağa/Kender, C. 2, s. 41.

82 Bkz. Okay, s. 115, dn. 436.

ceği kararını vermiştir<sup>83</sup>. Olayda ihbar, sözleşmede belirlenen saatler dışında yapılmış olmakla birlikte, gemi ihbarın yapıldığı zamanda yükleme/boşaltmaya fiziksel olarak hazırды. Bu durumda ihbar geçersiz sayılmayacaktır. Ancak, bu takdirde sürenin, hazırlık ihbarının verilebileceği zamandan itibaren başlaması kabul edilmiştir<sup>84</sup>. Örneğin, charter partide hazırlık ihbarının yapılabileceği süre olarak 8<sup>00</sup>-18<sup>00</sup> belirlenmiş, buna rağmen ihbar 19<sup>00</sup>'da verilmişse, bu ihbarın geçerliliği ertesi sabah 8<sup>00</sup>'da başlamalıdır. Eğer, ihbar taşıtana verilmiş veya o bundan haberdar olmuşsa, artık yeni bir hazırlık ihbarının verilmesi gereksiz bir alıştırma niteliğinde olacaktır. Mahkemeye göre hukuk, kişileri gereksiz ve faydasız bir iş yapmaya zorlamaz<sup>85</sup>.

Öte yandan, hazırlık ihbarı, charter partilerde belirlenen zamanda yapılmazsa, taşıtanın sözleşmeyi iptal etme hakkı ortaya çıkabilir. Örneğin, buna ilişkin olarak The Exxonmobil Voy 2000 formunun Part II, kloz 12'de hüküm bulunmaktadır. Buna göre, eğer gemi yerel saat 16<sup>00</sup>'a kadar geçerli bir hazırlık ihbarında bulunmazsa, taşıtanın iptal hakkı vardır. Taşıtan iptal hakkını, gemi sahibini veya acentesini telefon, elektronik posta, teleks veya faks ile iptal hakkının doğumundan itibaren 48 saat içinde kullanmalıdır, aksi takdirde sözleşme geçerliliğini devam ettirir. Bununla birlikte iptal hakkı, bazı durumlarda kullanılamaz. Bu bakımdan gecikmeye taşıtanın emirlerini değiştirmesi veya buzlanma riski sebep olmuşsa iptal edememe süresi uzar<sup>86</sup>.

The Gevalia (1925) davasında, gemi 31 Mart öğleden önce Hull limanına varmış, fakat doka sıkışıklık nedeniyle girememiş, bu nedenle 3 Nisan saat 9<sup>00</sup>'a kadar hazırlık ihbarı verememiştir. Bu tarihte, sözleşmenin iptali için

---

83 Litigator's view; Imogen Rumbold on notices of readiness in shipping law. Imogen Rumbold is a partner at Lawrence Graham, The Lawyer, April 21, 1998, Section: Litigation:Analysis; p. 14 (<http://www.thelawyer.com/imogen-rumbold-on-notice-of-readiness-in-shipping-law-imogen-rumbold-is-a-partner-at-lawrence-graham/77851.article>) (1.8.2011).

84 Andrewartha, Jane/Hayhurst, Penny, "English Maritime Law Update: 1998", Journal of Maritime Law & Commerce, July, 1999, s. 470.

85 <http://www.thelawyer.com/imogen-rumbold-on-notice-of-readiness-in-shipping-law-imogen-rumbold-is-a-partner-at-lawrence-graham/77851.article> (1.8.2011).

86 Textor, James, "OilVoy Clauses - Vessel Late Arrival at Load Port: Recovery of Commercial Damages", Tulane Maritime Law journal, Summer, 2003, dn 28.

daha üç saat vardı. Taşıtan, taşıma sözleşmesini iptal hakkını kullanmak istemiş, High Court'da davayı kazanmasına karşın, Temyiz Mahkemesinde (*The Court of Appeal*) kaybetmiştir. Temyiz Mahkemesi, çarter partinin uygun bir yorumunun, yükleme için hazırlık ihbarının, iptal klozunun amacı için önemsiz olduğuna ve iptal hakkının geminin iptal tarihinden (saatinden) önce hazır olması halinde kullanılamayacağına karar vermiştir<sup>87</sup>. Dolayısıyla belirtelim ki, geminin çarteri iptal edilebilecek zamana kadar gerekli şartları karşılayamayacağı açık olsa bile, taşıtan çarterde belirlenen iptal zamanını beklemek zorundadır<sup>88</sup>. İleride etkili olacak şekilde iptal hakkını kullanmaz<sup>89</sup>.

Hazırlık ihbarının çarter partide belirlenen zaman dışında yapılmasıyla ilgili bir diğer olay (*Front Commander*)<sup>90</sup> davasıdır. Bu olayda, çarter partide hazırlık ihbarının, taşıtan yazılı izin vermedikçe, 9 Ocak 2004'den önce verilemeyeceği ve staryanın 9 Ocak sabah saat 6<sup>00</sup>'dan önce başlamayacağı kararlaştırılmıştır. Bununla birlikte, daha sonra taşıtan tarafından 6 Ocak'ta gönderilen bir e-mail ile hazırlık ihbarının geminin varması ve terminal idaresi tarafından rıhtıma yanaşma ve yükleme yapmaya izin verilir verilmez, verilebileceği gemi sahibine bildirilmiştir. Gemi, 8 Ocak'ta öğlen 12'de limana varmış ve hazırlık ihbarında bulunmuştur. Yükleme hortumlarının hazırlanması ile yükleme gece 4<sup>48</sup>'de başlamıştır. Buna karşılık taşıtan, hazırlık ihbarının geçerli olmadığı, zira e-maile bildirilen iznin yazılı olmadığı gerekçesiyle geçerli olamayacağını ileri sürmüştür. Gemi sahibi ise, taşıtanın e-mailinin yazılı izin olduğunu ve dolayısıyla hem hazırlık ihbarının verilebileceğini hem de staryanın başlayacağını ifade etmiştir. Londra'da Temyiz Mahkemesi (*The Court of Appeal*) taşıtanın konumunu, tamamen pratik olmayan ve yasal bir manevra olarak kabul ederek gemi sahibi lehine karar vermiştir. Zira, taşıtan rıhtıma yanaşma ve yüklemeye başlama ile er-

---

87 Gaisford, s. 301, dn. 10.

88 Vandeventer, s. 818.

89 Vandeventer, s. 818.

90 *Tidebrook Maritime Corporation v Vitol SA of Geneva ('Front Commander')*, 2006 EWCA Civ 944, July 5, 2006 (Kumar, Selva, "Notice of readiness linked to start of laytime", *The Business Times Singapore*, 4 August, 2006; "Early loading triggers earlier laytime", *The Times London*, 4 August, 2006, s. 63; Pearson, Roger, "High Court ruling in *Front Commander* case gives laytime guidance: *Tidebrook* and *Vitol* dispute could prove useful to others", *Lloyd's List*, 23, November, 2005, s. 6).

ken verilen hazırlık ihbarına sadece rıza göstermiş değil, aynı zamanda yazılı izin de vermiştir.

### III. HAZIRLIK İHBARININ GEÇERLİ OLUP OLMAMASIYLA İLGİLİ DİĞER OLAYLAR

Gemi yükleme/boşaltma limanına ulaşmış ancak rıhtım (berth) hazır olmadığından yanaşamamışsa, demirleme yerinde beklerden vereceği hazırlık ihbarı geçerli olacak mıdır yoksa rıhtım hazır olunca yeniden hazırlık ihbarı vermesi gerekecek midir? Hazırlık ihbarı, örneğin, geminin tam olarak yüklemeye hazır olmadan verilmesi veya boşaltmada kargonun diğer yüklerin altında kalması nedeniyle erişilebilir olmaması ya da gerekli şartların karşılanmaması durumunda, erken (prematüre) olacaktır<sup>91</sup>. Bununla birlikte, sadece rutin formaliteler yerine henüz getirilmemişse, hazırlık ihbarı geçersiz olmayacaktır<sup>92</sup>.

Bazı olaylarda, gemi yükleme/boşaltmaya hazır olmadan hazırlık ihbarı verildiğinde bu ihbar henüz tamamlanmamış (prematüre, inchoate) olarak dikkate alınmış, gemi yükleme/boşaltmaya hazır hale gelince tamamlanmış olarak kabul edilmiştir<sup>93</sup>.

Vaktinden evvel verilen hazırlık ihbarının geçerliliği fikri, *Government of Ceylon v. Societe Franco-Tunisienne D'Armement-Tunis (The Massalia No 2)* davasında desteklenmiştir<sup>94</sup>. Olayda sefer charter parti (Gencon charter parti formu) ile un taşınmaktadır. Gemi limana varmış ve hazırlık ihbarında bulunmuştur. Rıhtımın hazır olmaması nedeniyle olağan bekleme yerinde beklemiştir. Bu yer, rıhtımın dışında olup, limanın yasal, coğrafik sınırları içindedir. Burası, gerçek boşaltma rıhtımına şartlar elverdiğince olabildiğince en yakın yerdir. Geminin gerçekten yükü boşaltma için hazır olmasından önce hazırlık ihbarı verilmişse, artık tekrar hazırlık ihbarında bulunmaya gerek yoktur. Zira bu ihbar geminin hazır olması durumunda etkili hale gelecektir. Bu erken (*prematüre, inchoate*) hazırlık ihbarı doktrini olarak kabul edilmiş-

<sup>91</sup> Summerskill, Michael, B., Laytime, Fourth Edition, 1989, London, s.128.

<sup>92</sup> Summerskill, s. 128.

<sup>93</sup> London Arbitration 14/86 LMLN 179, 11 September 1986, at 4(Aspragkathou, Notice of Readiness, s. 192).

<sup>94</sup> Government of Ceylon v. Societe Franco-Tunisienne d'Armement -Tunis (The Massalia No 2) [1960] 2 Lloyd's Rep. 352 (Aspragkathou, Notice of Readiness, s. 192).

tir. İlk başta bu ihbar etkili olmayacak; ancak, geçersiz olarak da düşünülmecektir. Yükleme/boşaltma başlar başlamaz etkili hale gelecektir. İngiliz Hukukunda bu doktrin (*inchoate doktrini*) The Mexico I davasına<sup>95</sup> kadar kabul edilmiştir.

*The Mexico I* (*Transgrain Shipping B.V. v. Global Transporte Oceanico SA*).<sup>96</sup> olayında, sefer charter partide<sup>97</sup> yük mısırdır. Bu yükün üzerine başka bir yük de yüklenmiştir. Gemi vardığında kaptan boşaltma için hazırlık ihbarında bulunmuştur. Mısır yükü, diğer yükün altında kaldığından, bu kargo erişilebilir değildi. İngiliz Temyiz Mahkemesi (*The Court of Appeal*), staryanın başlaması için hazırlık ihbarında bulunma yükümlülüğünün sözleşmede yer aldığına işaret ederek, bu şartı değiştiren bir feragat veya anlaşmanın bulunmadığına karar vermiştir. Hazırlık ihbarı geçersiz olduğundan dolayı, geçersiz bir ihbarla da starya süresi başlamayacaktır. Öte yandan, boşaltmanın başlaması ile taşıtan yeni bir hazırlık ihbarı talep etme hakkından vazgeçmiş de değildir. Diğer bir ifadeyle, boşaltmanın başlaması staryanın başlamasına etki eder ancak, bu durum geçersiz hazırlık ihbarını geçerli hale getirmez. Geçersiz ve henüz tamamlanmamış (*prematüre, inchoate*) bir hazırlık ihbarının taşıtan tarafından alınması, onun geçerliliği için yeterli olmayacaktır. Aynı şekilde, prematüre hazırlık ihbarı gemi hazır olunca otomatik olarak etkili hale gelmez. Bunun bir nedeni, hazırlık ihbarı hiç verilmemiş olsa bile, gemi hazır olunca starya süresi otomatik olarak başlayıp başlamayacağı sorusudur. Bu soruya olumlu cevap verilemez. Aynı

---

<sup>95</sup> Transgrain Shipping B.V. v. Global Transporte Oceanico S.A. (The Mexico I) [1988] 2 Lloyd's Rep. 149; [1990] 1 Lloyd's Rep. 507 (Aspragkathou, Notice of Readiness, s. 193; Andrewartha, Jane/Norris, Riley, English Maritime Law Update: 2001", Journal of Maritime Law & Commerce, July, 2002, s. 354).

<sup>96</sup> *Transgrain Shipping BV v. Global Transporte Oceanico SA (The Mexico I)* [1990] 1 Lloyd's Rep. 507 (C.A.), (Andrewartha/Norris, s. 354).

<sup>97</sup> Charter parti kloz 24'de şu hüküm yer almaktadır: "Yükleme/boşaltma limanında hazırlık ihbarı gönderene/alıcılara veya onların acentelerine hazırlık ihbarı yazılı olarak verilir, gemi ticari limanın dışında beklemedikçe kaptan normal iş saatleri süresince rıhtımda olsun ya da olmasın (wibon), limanda olsun yada olmasın (wipon), serbest pratika alsın almasın (whether free pratique or not) ve gümrük formaliteler tamamlanıp giriş yapılsın yapılsın (whether custom's cleared or not) hazırlık ihbarı vermede özgürdür, ... starya gemi rıhtımda olsun olmasın ertesi gün sabah saat 08<sup>00</sup>'da işlemeye başlar (Aspragkathou, Notice of Readiness, s. 194, dn. 13)..

şekilde, kaptan gemi hazır olmamasına rağmen hazırlık ihbarı verirse bu ihbarı geçerli olmayacaktır<sup>98</sup>.

Hâkim, çarter partide taraflar geçerli bir hazırlık ihbarının verilmesi konusunda anlaşışını ifade ederek, eğer geçersiz bir hazırlık ihbarına daha sonra etki verilmesi kabul edilirse, bu durum da tarafların çarter şartlarını istedikleri gibi belirleme hak ve özgürlüğüne aykırı olacaktır. Hâkimin haklı olarak belirttiğı üzere, taşıtan daha sonra etkili hale gelecek bir prematüre hazırlık ihbarı durumunda taşıtan çoğu zaman, geminin ne zaman hazır olacağını da bilemez.

*Öte yandan, erken (prematüre) ihbarın geçersizliğini açıkça ileri sürmeme, hakkı ileri sürmeden bir vazgeçme (zımni kabul) niteliğinde olacak mıdır?* Çarter parti şartları altında taraflar, hazırlık ihbarının verilmesi gibi haklara sahip olup, bunlardan vazgeçebilirler<sup>99</sup>. Taşıtan, geminin hazır olmasından ihbar dışında başka şekilde haberdar olmuşsa ve yükleme/boşaltmaya başlamışsa, starya işlemeye başlayacak mıdır? Boşaltma başladığında vazgeçme varsayılabilir, ancak bu eylem tek başına hazırlık ihbarını geçerli kılmaya yeterli değildir. Boşaltmanın başladığını kabulle, taşıtanın yeni bir hazırlık ihbarı verilmesi hakkından vazgeçtiğı ispatlanmalıdır<sup>100</sup>. Diğer taraftan, geminin varması, hazır olduğu anlamına gelmez. Hazır olma, genellikle yükleme/boşaltmanın ilk adımı başladığında anlaşılır. Bu demektir ki, ihbar verilir verilmez geçersizliğini bildirmek (itiraz etmek) mümkün değildir. Prematüre ve geçersiz hazırlık ihbarı problemi, yeniden ihbar verilerek çözülebilir<sup>101</sup>. Bu açıdan ticari belirlilik yerleşmiş olur ve daha sonra etkili olacak prematüre ihbara izin verilmemiş olur<sup>102</sup>.

---

<sup>98</sup> The Mexico 1 [1990] 1 Lloyd's Rep. 507, at 512 (Wood, Michael, Law (Legal Eye): Notice of readiness –not a 'delayed action device', Lloyd's List, 7 December 1990; Aspragkathou, Notice of Readiness, s. 195, dn. 14). The Shackleford davasında da The Mexico I ile aynı yönde bir karar verilmiştir [Surrey Shipping Co Ltd v. Compagnie Continentale (France) S.A. (The Shackleford) [1978] 2 Lloyd's Rep. 514 (Aspragkathou, Notice of Readiness, s. 195)].

<sup>99</sup> Aspragkathou, Notice of Readiness, s. 196.

<sup>100</sup> Aspragkathou, Notice of Readiness, s. 196; Andrewartha/Norris, s. 354.

<sup>101</sup> Surrey Shipping Co Ltd v. Compagnie Continentale (France) S.A. (The Shackleford) [1978] 2 Lloyd's Rep. 513 (Aspragkathou, Notice of Readiness, s. 196).

<sup>102</sup> Aspragkathou, Notice of Readiness, s. 196.

Hazırlık ihbarı ve staryanın başlaması hakkında benzer bir konu *T.A. Shipping Ltd v. Comet Shipping Ltd (The Agamemnon)* davasında<sup>103</sup> incelenmiştir. Gemi Baton Rouge'den Avustralya'ya sefer çarteri altında yük getirecekti. Baton Rouge yükleme limanı idi. Gemi Mississippi ağzında South-West Pass'da yükleme limanına ilerlemeye hazırdı. Ancak, gemi ciddi hava uyarıları (bir kasırga başlangıcı) nedeniyle bulunduğu demirleme yerinden denize açılmaya zorlandı, daha sonra South-West Pass'a 5 Ocak 1995'de geri döndü. Burası, gemilerin Mississippi'ye girme için olağan bekleme alanı olup, Baton Rouge yaklaşık 170 mil uzakta idi. Gemi, demirleme yerine dönmesinden sonra hazırlık ihbarında bulunmuştur. İzleyen gün gemi Baton Rouge doğru hareket etmiş ve 7 Ocak saat 1025'de olağan (genel) demirleme yerine varmıştır. Gemi aynı gün rıhtıma yanaşmış ve nihayet 8 Ocak'ta yükleme başlamıştır. Çarter partinin ilgili klozunda (kloz 32), eğer yükleme/boşaltma rıhtımı, geminin varması üzerine hazır değilse veya yükleme/boşaltma limanı kapalı ise, gemi girişe izin verilen yere varması üzerine hazırlık ihbarında bulunabilir. Bu durumda kaptanın geminin her açıdan gerçekten hazır olduğunu garanti etmesi şartıyla, gemi rıhtımda yükleme/boşaltmaya hazır imiş gibi starya başlar hükmü bulunmaktaydı.

Hâkim, bu olayda *The Mexico I* olayındaki kararı izleyerek, hazırlık ihbarının geçersiz olduğuna karar vermiştir. Hazırlık ihbarının geçerli olması ve staryanın başlaması sadece, geminin yükleme rıhtımına varması veya rıhtım hazır değilse, geminin liman dışında girişine izin verilebilir yere varması ve geminin her açıdan yüklemeye hazır olması halinde söz konusudur. Bu çarter partinin özel hükmü olup hazırlık ihbarının geçerli olması için buna uygun olması gerekir. Oysa gemi hazırlık ihbarında bulunduğu, ihbarın verilebileceği yere varmamıştı. Gemi bu noktaya sadece Baton Rouge'de demirleme yerine vardığı 7 Ocak saat 1025'te ulaşmıştır. Bu nedenle hazırlık ihbarı geçersizdir.

Bu olayda sözleşme (çarter parti) şartlarının önemli olduğu ifade edilmiştir. Taraflar isterlerse erken verilen hazırlık ihbarını geçerli olarak kabul edebilirler. Bu bakımdan taraflar ticari ihtiyaçları doğrultusunda çarter parti

---

<sup>103</sup> *T.A. Shipping Ltd v. Comet Shipping Ltd (The Agamemnon)*, 1998, 1 Lloyd's Rep. 675 (Aspragkathou, Notice of Readiness, s. 196; Andrewartha/Norris, s. 354; Kumar, Selva, "Notice of readiness hangs on truthfulness, not time or place", *Business Times - Singapore*, 31 July, 1998; Hobbs, Chris, "Legal Focus: When NOR decisions support different views: When is a Notice of Readiness valid", *Lloyd's List*, 29 April, 1998).

klozlarını düzenlemelidirler. Bu olayda, hazırlık ihbarının geçerliliği, geminin coğrafik konumu (yani limanda ve dışında bulunduğu yer) ile ilgilidir. Hazırlık ihbarı verilebilmesi bakımından geminin charter partide belirlenen noktada olması ve hazırlık ihbarı konusunda charter partideki şartın karşılanmış olması gerekir. Erken (prematüre) verilip sonradan etkili olması istenen ihbar, sonuç doğurmayacaktır. Kaptan, daha önce verdiği hazırlık ihbarının geçerli olduğu önyargısıyla hareket etmemeli, yeni bir hazırlık ihbarında bulunmalıdır.

*Galaxy Energy International Ltd v. Novorossiysk Shipping Co (The Petr Schmidt)* davasında da<sup>104</sup>, hazırlık ihbarında kullanılan ifadelerin ihbarın alındığı veya verildiği zaman doğru olmaması durumunda, ihbarın da geçersiz olduğu ifade edilmiştir. Olayda taşıtan, hazırlık ihbarının sözleşmede belirlenen (06<sup>00</sup>-17<sup>00</sup>) limitler dışında verildiğinden geçersiz olduğunu ileri sürmüştür. Mahkemeye göre, geminin varması veya hazır olması hakkında hazırlık ihbarında kullanılan ifadeler doğru ise, bu ihbarın charter partide belirlenen saatler dışında verilmiş olması onu geçersiz kılmaz. Bununla birlikte, hazırlık ihbarının geçerli olması durumu, starya süresinin charter partide belirlenen zamandan önce de başlamasında neden olmaz. Dolayısıyla, hazırlık ihbarının verilmesinden itibaren değil de sözleşme gereği verilebileceği zamandan itibaren starya süresi işlemeye başlar.

Öte yandan İngiliz Hukukunda, sözleşme taraflarının makul beklentilerini koruma için, vazgeçme (waiver) ve önceden yapılan eylemin sonraki savunmaya -redde engel olması (estoppel) doktrini geliştirilmiştir<sup>105</sup>. Vazgeçme veya önceki beyandan dönememe (estoppel) durumu, a) bir tarafın yasal haklarını kullanma niyetinde olmadığını, kelimeler veya davranışlarıyla açıkça karşı tarafa sunmuş olmasını; b) diğer tarafın bu sunuşa göre davran-

---

<sup>104</sup> *Galaxy Energy International Ltd v. Novorossiysk Shipping Co (The Petr Schmidt)* [1998] 2 Lloyd's Rep. 1; [1997] 1 Lloyd's Rep. 284 (Rumbold Imogen, Legal Focus: Common sense on Notice of Readiness, Lloyd's List, 3 June, 1998, s. 9; Aspragkathou, Notice of Readiness, s. 197; Kumar, Selva, "When notice of readiness tendered outside specified period is valid", Business Times-Singapore, 25 April, 1997; Moore, Ann, Accurate notice of readiness not a 'nullity'..., Lloyd's List, 7 December, 1996, s. 2; Moore, Ann, "Accurate notice of readiness not a 'nullity'...", Lloyd's List, 7 December, 1996, s. 2; Felsted, Andrea, "Legal Focus: Good news from Appeal Court – but caution is still", Lloyd's List, 3 June, 1998, s. 9).

<sup>105</sup> Tetley, s. 578.



mış olmasını; c) bu durumda ilk tarafın (taşıtanın) tüm şartlarda haklarını tekrar ileri sürmesine izin vermenin adil olmamasını ifade eder<sup>106</sup>.

Öte yandan, vazgeçmenin açık olması gerektiğinden, varsayımsal olarak kabul edilemez.<sup>107</sup> Vazgeçme açık olmalı, belirsiz (muğlâk) olmamalıdır<sup>108</sup>. Bununla birlikte, vazgeçildiğine yönelik bir açıklama gerekli değildir<sup>109</sup>. Bu bakımdan, kişinin sözleri veya davranışlarıyla onun niyeti açıkça belirlenebilmelidir<sup>110</sup>. Bu açıdan, yerleşmiş davranışlar referans gösterilerek vazgeçme belirlenebilir<sup>111</sup>. Aynı şekilde açıkça bildiri, karşı tarafın yanlış anlamasını gidermek konusunda yasal görev ise susulamaz<sup>112</sup>.

***Ocean Pride Maritime Ltd Partnership v Qingdao Marine Limited Partnership*** davasında<sup>113</sup>, gemi sahibi gecikme nedeniyle uğradığı zararın karşılanmasını talep etmektedir. Gemi 17 Kasım 2005’de limanın dış demir-

---

<sup>106</sup> [Youell and Others v. Bland Welch & Co. Ltd. and Others (The "Superhulls Cover" Case) (No. 2) [1990] 2 Lloyd's Rep. 431, at 449; K. Lokumal & Sons (London) Ltd v. Lotte Shipping Co. Pte Ltd. (The August Leonhardt) [1985] 2 Lloyd's Rep. 28, at 35 (Aspragkathou, Notice of Readiness, s. 202).

<sup>107</sup> Mardorf Peach & Co Ltd v. Attica Sea Carriers Corporation of Liberia (The Laconia) [1977] 1 Lloyd's Rep. 315, at 331 (Aspragkathou, Notice of Readiness, s. 199).

<sup>108</sup> Woodhouse A.C. Israel Cocoa Ltd. S.A. and A.C. Israel Cocoa Inc. v. Nigerian Produce Marketing Company Ltd [1972] 1 Lloyd's Rep. 439 (Aspragkathou, Notice of Readiness, s. 202).

<sup>109</sup> Bremer Handelsgesellschaft M.B.H. v. Vanden Avenne Izegem P.V.B.A. [1978] 2 Lloyd's Rep. 109 (Aspragkathou, Notice of Readiness, s. 199).

<sup>110</sup> Mardorf Peach & Co Ltd v. Attica Sea Carriers Corporation of Liberia (The Laconia) [1977] 1 Lloyd's Rep. 315. Kammins Ballrooms Co Ltd v. Zenith Investments (Torquay) Ltd [1971] AC 850, at 881, 882; Bremer Handelsgesellschaft M.B.H. v. C. Mackprang JR [1979] 1 Lloyd's Rep. 221, Italmare Shipping Co v. Ocean Tanker Co Inc. (The Rio Sun) [1982] 1 Lloyd's Rep. 404, Youell and Others v. Bland Welch & Co. Ltd. and Others (The "Superhulls Cover" Case) (No. 2) [1990] 2 Lloyd's Rep. 431, Motor Oil Hellas (Corinth) Refineries S.A. v. Shipping Corporation of India (The Kanchenjunga) [1990] 1 Lloyd's Rep. 391; The Happy Day [2002] 2 Lloyd's Rep. 487, at 507 (Aspragkathou, Notice of Readiness, s. 199).

<sup>111</sup> Bremer Handelsgesellschaft M.B.H. v. C. Mackprang JR [1979] 1 Lloyd's Rep. 221 (Aspragkathou, Notice of Readiness, s. 199).

<sup>112</sup> K. Lokumal & Sons (London) Ltd v. Lotte Shipping Co. Pte Ltd. (The August Leonhardt) [1985] 2 Lloyd's Rep. 28, at 34 (Aspragkathou, Notice of Readiness, s. 203)..

<sup>113</sup> [2008] 1 Lloyds Rep. 24, (Andrewartha, Jane, "English Maritime Law Update: 2007", Journal of Maritime Law & Commerce, July, 2008, s. 394-397; "Ocean Pride wins \$450,000 demurrage case", Lloyd's List, 5 December, 2007, s.7).

leme yerine ulaşınca saat 05<sup>50</sup>'de hazırlık ihbarında bulunmuştur. Ancak, gemi rıhtıma 27 Kasım saat 09<sup>35</sup>'e kadar, rıhtımın dolu olması nedeniyle yanaşamamıştır. Yük yüklendikten sonra, gemi 29 Kasım'da limandan ayrılmıştır. Gemi sahibi, charterpartide “*whether in berth or not (wibon), whether in port or not (wipon), whether customs clearance or not (wccon)*”<sup>114</sup>, *whether in free pratique or not*” klotlarının bulunduğunu, ve buna uygun olarak dış demirleme yerinde verilen hazırlık ihbarının geçerli olduğunu ileri sürmüştür. Taşıtan ise geminin dış demirleme yerinde iken verdiği hazırlık ihbarının geçersiz olduğunu belirtmiştir.

Gemi sahibi, starya süresinin başlaması ile ilgili olarak bu iddiasının kabul edilmemesi durumunda, alternatif olarak, yetkili kişilerce kabul edilen hazırlık ihbarında bir eksiklik varsa, bu kişiler tarafından geçersizlik ileri sürülebilirdi; ileri sürülmemesi haktan vazgeçildiği anlamına gelir iddiasını dile getirmiştir.

Gemi sahibi, genel hükümlerin dış demirleme yerinde hazırlık ihbarında bulunmaya izin verdiğini belirtmesine karşılık, taşıtan 6B klotuna göre, hazırlık ihbarının liman dışı demirleme yerinden verilebilmesinin sadece, iç demirleme yerinde boş bir yerin olmaması nedeniyle, geminin dış veya orta yerde demirlemek zorunda kalması halinde olabileceğini ifade etmiştir. Taşıtana göre, olay zamanında limanın iç demirleme yerine ulaşılabilirdi. Dolayısıyla, dış demirleme yerinde verilen hazırlık ihbarı geçersizdir.

Gemi sahibinin alternatif iddiası, hazırlık ihbarının geçersiz olduğu ileri sürülmediği için, taşıtan hakkından vazgeçmiştir yönünde idi. Hakim, hazırlık ihbarının terminalde yetili otoriteye verildiğini ve onlar tarafından 17 Kasım saat 05<sup>50</sup>'de kabul edildiğini belirlemiştir. Hazırlık ihbarı taşıtana veya onun adına davranan acenteye (*charterers' agent on their behalf*) verilebilir.

Gemi sahibi, charterparti açıkça veya zımnen, hazırlık ihbarı taşıtandan başka birilerine verilebileceğini gösterirse, o kişi aynı zamanda (taşıtan adına) hazırlık ihbarındaki bir eksikliği ileri sürmeden de vazgeçebilir iddiasındadır. Taşıtan ise, hazırlık ihbarını almaya yetkili kişilerin bundan vazgeçmeye yetkileri olmadığını ileri sürmektedir. Olayda mahkeme, hazırlık ihbarını kabule yetkili kişinin, onun geçersizliğini ileri sürmeden de vazgeçebile-

---

<sup>114</sup> Gümrük formaliteleri gerçekleştirilip gümrüğe girilmiş olsun olmasın demektir.

ceği görüşündedir. Bu bakımdan “*The Shackelford Surrey Shipping Co Ltd v Compagnie Continentale (France) SA.* davası dikkate alınmıştır. Temyiz mahkemesi, hazırlık ihbarı alıcılarının staryanın başlamasına engel olacak bir şarttan vazgeçebileceği konusunda zımnî otoriteye sahip olmasını ticari pratikliğın gerektirdiğine, karar vermiştir.

*Surrey Shipping Co Ltd v. Compagnie Continentale (France) SA. (The Shackelford)*<sup>115</sup>, davasında gemi Constantza’ya varıp demirledikten sonra hazırlık ihbarı hemen verilmiş ve aynı zamanda alıcı tarafından ihbar kabul edilmiştir. Gemi olağan bekleme yerinde demirlemiş olup, burada gemi taşıtanın tasarrufuna hemen hazırды. Bununla birlikte, rıhtıma yanaşma için serbest pratika ve gümrüğe giriş belgesini hemen alamamıştır. Bu belgeleri aldıktan daha sonra, rıhtımın sıkışıklığı nedeniyle boşaltma yerine gemi ilerleyememişti. Mahkeme, hazırlık ihbarının gemi Constantza’ya varması ve boşaltmaya hazır olmasına rağmen, gümrüğe girişi elde edemediğinden prematüre olduğuna karar vermiştir. Bununla birlikte, çarter şartları altında, alıcı ihbarı reddedebilir veya önemsemeyebilirdi, ancak o bunu kabul etmiş ve böylelikle sonradan geçersizliğini ileri sürmeden vazgeçmiştir. Temyiz Mahkemesi (*The Court of Appeal*), geminin bir rıhtıma yanaşmasından ve gümrüğü girmesinde önce hazırlık ihbarının kabul edilmesi durumunda staryaya süresinin ertesı iş günü sabah 8’den itibaren başlayacağına karar vermiştir. Hazırlık ihbarını, etkili bir ihbar olarak kabul etmiştir. Hazırlık ihbarı prematüre dolayısıyla geçersiz olmasına karşın, onun kabulü ile, bu ihbara geçerli gibi davranılmış olup, taşıtan bir tüm şartlar karşılandığında yeniden geçerli bir hazırlık ihbarı isteme hakkından vazgeçmişti. Belirtilmelidir ki, kişi hakkından vazgeçebilir. Buna yetkili olan, taşıtan ve onun yetkili kıldığı (acente, alıcı gibi) kişilerdir.

Bununla birlikte, *The Mexico I* davasında gösterildiği üzere, hazırlık ihbarının kabulü her zaman haktan vazgeçme ve daha sonra ileri sürülemediği olarak değerlendirme için yeterli olmaz<sup>116</sup>.

Hazırlık ihbarıyla ilgili önemli bir dava da *Glencore Grain Ltd v. Flacker Shipping Ltd (The Happy Day)*’dır<sup>117</sup>. Taraflar arasında bir berth

---

<sup>115</sup> *Surrey Shipping Co Ltd v. Compagnie Continentale (France) S.A. (The Shackelford)* [1978] 2 Lloyd’s Rep. 154 (Aspragkathou, Notice of Readiness, s. 204).

<sup>116</sup> Aspragkathou, Notice of Readiness, s. 205.

çarter parti vardır<sup>118</sup>. Gemi limana varmış ancak med ceziri (suların yükselmesini) kaçırmıştır. Bu nedenle, hemen limana girememiş ve diğer med ceziri beklemeye başlamıştır. Hazırlık ihbarı, rıhtım dışında beklenilirken 25 Eylül 1998, saat 16<sup>30</sup>'da verilmiştir. Olayda rıhtım sıklığı mevcut değildi. Rıhtıma yanaşılınca başka bir ihbar verilmemiş, boşaltma izleyen gün başlamıştır. Taşıtan, olayda bir berth çarter parti olduğunu, geminin rıhtıma ulaştığı anda varmış gemi olacağını ileri sürmüştür. Hazırlık ihbarının geçersizliğine, ihbarın rıhtıma varılmadan verilmesi ve geminin taşıtanın tasarrufuna hemen ve etkili bir şekilde bırakılmış olmaması neden gösterilmiştir. Olay hakeme (Londra tahkimi) intikal etmiş, hakem kararında taraflar arasında bir berth çarter parti olduğu ifade edilerek hazırlık ihbarının ancak geminin rıhtıma yanaşmış olması halinde verilebileceğini belirtmiştir. Hakemler, çarter parti kloz 30 uyarınca<sup>119</sup> geçerli bir hazırlık ihbarı verilmesi halinde staryanın başlayacağını ifade etmiştir. Öte yandan, hakemler, boşaltma işlemlerinin fiilen başlamasıyla da staryanın başlayacağına karar vermiştir.

Bunun üzerine gemi sahipleri temyize başvurmuştur. Gemi sahipleri, taşıtanların hazırlık ihbarı ile ilgili hakkından vazgeçtiği ya da alternatif olarak da hazırlık ihbarının boşaltmanın başladığı anda başlayacağını kabulünü ileri sürmüştür.

---

<sup>117</sup> Glencore Grain Ltd v. Flacker Shipping Ltd (The Happy Day) [2001] 1 Lloyd's Rep. 754; [2002] 2 Lloyd's Rep. 487 (Aspragkathou, Notice of Readiness, s. 205; Andrewartha/Norris, s. 354; Kumar, Selva, "Laytime does not begin if no valid notice is given: English court", The Business Times Singapore, 13 July, 2001; Woo, Nicholas, "Complying strictly with notice of vessel's readiness", New Straits Times Malaysia, 7 May, 2001, s. 25).

<sup>118</sup> Kloz 28'de şu hüküm yer almaktadır: Eğer yükleme/boşaltma limanındaki sıklıktan gemi limana girememişse starya başlar. Kaptan, telgraf, radyo ile hazırlık ihbarı vermeye yetkilidir ve starya başlar, whether in berth or not, whether in port or not, whether in free pratique or not, whether entered customs or not, gemi liman otoritesi tarafından belirlenen limanın ticari sınırları içine veya demirleme yerine varması şartıyla. Demirleme veya bekleme yerinden yükleme/boşaltma yerine geçerkengeçirilen süre hesaba katılmaz (sayılmaz) (Aspragkathou, Notice of Readiness, s. 205, dn. 79).

<sup>119</sup> Kloz 30: Boşaltma limanında hazırlık ihbarı alıcıya/acentesine yerel iş saatlerinde verilebilir ve starya ertesi gün sabah saat 8'de başlar whether in berth or not, whether in port or not, whether in free pratique or not, whether customs cleared or not. Cuma akşam saat 5'den pazartesi sabah 8'e kadar süre hesap edilmez (Andrewartha, Jane/Borrowdale, Kate, "English Maitime Law Update: 2002", Journal of Maritime Law & Commerce, July, 2003, s. 439; Aspragkathou, Notice of Readiness, s. 205, dn. 79; Woo, s. 25).

Olayda hâkimin cevaplamak istediği soru, geçerli bir hazırlık ihbarı hiç verilmezse, hazırlık ihbarı verilmesini gerektiren sefer charter parti altında starya başlayacak mı? Eğer cevap evetse ne zaman başlayacaktır?<sup>120</sup>. Hâkim, *The Mexico I* ve *Agamemnon* kararlarına dayanarak, taşıtanın geçersiz bir hazırlık ihbarını protesto etmemesi veya çekince koymamasının, staryanın başlaması için yeterli olmayacağına karar vermiştir. Gemi daha sonra hazır olsa, ya da taşıtan geminin hazır olduğunu bilse veya bilmesi gerekse bile veya boşaltma başlasa da starya geçersiz bir hazırlık ihbarının verildiği andan itibaren başlamaz. Diğer bir ifadeyle, erken (*prematüre*) hazırlık ihbarı daha sonra etkili hale gelmez<sup>121</sup>. Bu keza demektir ki, ihbarın geçersizliği nedeniyle starya süresi, gemi ulaşmış bir gemi (*arrived ship*) olduğunda bile başlamayacaktır. Hâkime göre, sözleşme geçerli bir ihbar ile (başka bir yolla değil) starya süresinin başlamasını öngördüğünden, daha sonra gemi boşaltma için hazır olduğunda veya hazır olduğu bilindiğinde, erken (*prematüre*) hazırlık ihbarına etki tanınarak ona geçerli bir ihbar gibi muamele edilmesi söz konusu olmayacaktır<sup>122</sup>. Hazırlık ihbarının reddedilmemiş olması, onu kabul edildiğine ilişkin (zımnî) bir anlaşmanın varlığını ortaya koyma bakımından yeterli değildir<sup>123</sup>.

The Happy Day olayında mahkemeye göre, geçersiz ihbarın reddedilmediği iddiasının, sadece boşaltmanın başlamasına veya devamına ilişkin olaylardan çıkarılması ilk bakışta mümkün değildir. Zira, taşıtanın hakkından vazgeçtiğine ilişkin bir ihbarda bulunması gerekli değildir. Eğer charter partide hazırlık ihbarının verilmesi gerektirilmişse, gemi belirlenen yere ulaştığında sözleşmedeki şartlar uyarınca, yükleme/boşaltmaya hazır olduğuna yönelik ihbarda bulunmalıdır. Dolayısıyla, kaptan rıhtıma yanaşır yanaşmaz veya boşaltma başlamadan evvel yeni bir hazırlık ihbarında bulunmalıdır. Taşıtanın, önceki ihbarı öğrenmiş olması durumunda, onun geçersizliğini ileri sürmemesi veya bir rezervasyon (çekince) koymaması hakkından vazgeçtiği anlamına gelmez. Diğer bir ifadeyle, eğer boşaltma (taşıtan tarafından veya onun izni dâhilinde) başlamışsa ve taşıtan hazırlık ihbarını öğren-

---

<sup>120</sup> Andrewartha/Norris, s. 354.

<sup>121</sup> The Happy Day [2001] 1 Lloyd's Rep. 754, at 760 (Aspragkathou, Notice of Readiness, s. 206; Andrewartha/Norris, s. 354; Andrewartha/Borrowdale, s. 439).

<sup>122</sup> The Happy Day [2001] 1 Lloyd's Rep. 754, at 760 (Andrewartha/Borrowdale, s. 439-440; Aspragkathou, Notice of Readiness, s. 206, dn 80).

<sup>123</sup> McIntoshn, Alex, "Laytime decision unpopular", Lloyd's List, 7 February 2001.

miş olmasına rağmen, hazırlık ihbarının geçersizliği konusunda hiçbir çekince ileri sürmemişse, bu durum tek başına<sup>124</sup> hakkı ileri sürmeden vazgeçme veya vazgeçmeden sonra hakkını ileri sürememe (*estoppel*) konusunda zımni bir irade açıklaması olarak kabul edilemez. Ancak burada yukarıda ifade edildiği üzere starya, prematüre hazırlık ihbarından itibaren değil de, geminin taşıtanın bilgisi ile boşaltılmaya başlamasından itibaren başlayacaktır. Diğer bir ifadeyle, her halükârda, starya en geç yükleme/boşaltma başlar başlamaz başlar<sup>125</sup>.

Bir diğer olayda da (*Glencore Grain Ltd v. Goldbeam Shipping Inc; Goldbeam Shipping Inc v. Navios International Inc (The Mass Glory)*)<sup>126</sup>, geminin varması ve rıhtımın hazır olmasına rağmen, yük belgeleriyle ilgili problem nedeniyle rıhtıma yanaşma sağlanamamıştır. Gemi, demirleme yerinde hazır olarak beklemeye devam etmiştir. Gerekli belgelerin düzenlenmesi iki ayı bulmuş sonunda belgeler hazır olunca gemi rıhtıma yanaşmıştır. Ancak, bu aşamada bir hazırlık ihbarında bulunulmamıştır. Mahkeme, taraflar arasında bir berth charterin olması nedeniyle geminin rıhtıma yanaşmadan demirleme yerinde hazırlık ihbarı vermesini geçersiz kılmış; yolculuğun sadece geminin boşalma rıhtımına ulaşması ile sona ereceğini belirtmiştir. Gemi rıhtıma ulaştıncaya hazırlık ihbarında bulunabilir, boşaltmanın başlaması, ihbarı geçerli hale getirmez. Gerçi, gecikme taşıtanların sözleşmeyi ihlalin-den doğmuştur. Ancak, bu durum geminin sonunda rıhtıma yanaşması durumunda yeniden geçerli bir hazırlık ihbarı vermesine engel değildir. Bu olayda da The Mexico I davasındaki karar izlenerek, erken (prematüre) ihbara geçerlilik verilmemiş ve ihbar daha sonra boşaltma başladığında etkili hale geleceği kabul edilmemiştir.

---

<sup>124</sup> Zira sonradan geminin yüklemeye elverişli hale getirilmediği anlaşılabilir, örneğin yükleme zamanında geminin temizlenmediği, süt yükleme söz konusu olayda geminin kötü kokulardan arındırılmadığı sonradan anlaşılabilir.

<sup>125</sup> Aspragkathou, Notice of Readiness, s. 209; Andrewartha/Norris, s. 354.

<sup>126</sup> *Glencore Grain Ltd v. Goldbeam Shipping Inc; Goldbeam Shipping Inc v. Navios International Inc (The Mass Glory)* [2002] 2 Lloyd's Rep. 244 (Aspragkathou, Notice of Readiness, s. 210; Mabane, Richard, "Mass Glory shows need for masters to tender valid notices of readiness", Lloyd's List, 20 February, 2002).

**Kyzikos davasında**<sup>127</sup> gemi boşaltma limanına varınca hazırlık ihbarında bulunmuş ancak, yoğun sis (kötü hava şartları) nedeniyle rıhtıma zamanında yanaşamamıştır. Starya süresi, hazırlık ihbarı öğleden önce çalışma saatleri içinde verilmiş olsaydı, saat 14<sup>00</sup>'de, eğer öğleden sonra verilirse ertesi gün saat 08<sup>00</sup>'da başlayacaktı. Hazırlık ihbarı 06<sup>45</sup> ile öğle arasında verilmiştir. Hazırlık ihbarı verilmiş ancak, rıhtımın hazır olmasına rağmen sis nedeniyle gemi rıhtıma hemen yanaşamamıştır. Olayda taraflar arasında düzenlenen berth charterde, wibon (*whether in berth or not*) klozu yer almaktadır<sup>128</sup>.

Rıhtıma yanaşmadaki gecikmenin tek nedeni, yoğun sis olmuştur. Olayda taşıtan, rıhtıma yanaşmak için liman açığında beklenen sürenin staryadan sayılmaması gerektiğini belirtmekte; buna karşılık taşıyan ise, aksini iddia etmektedir. İngiliz mahkemesi taşıtanın iddiasını haklı bulmuştur. Mahkemeye göre, wibon klozu taşıyanın gemiyi yanaştırma borcunu ortadan kaldırmaz. Üstelik, wibon klozu gereği, rıhtım charterinin (berth charter) liman charterine (port charter) dönüştüğü kabul edilse bile, bu charter türü altında hazırlık ihbarı verebilecek nitelikte limana ulaşmış bir gemi (*arrived ship*) bulunmamaktadır, zira gemi taşıtanın doğrudan tasarrufuna hazır değildir. Öte yandan, donatan daima erişilebilirlik (*always accessible*) klozuna da dayanamaz, çünkü sis bu klozun uygulama alanına girmemektedir<sup>129</sup>. Bu karar wibon klozunun dar yorumlanmasını ifade etmektedir.

Bu karar, üst yargı organı olan House of Lord'a intikal ettirilmiştir. House of Lord, "*wether in berth or not*" (wibon) klozunun amacını, bir berth charter parti altında varış limanına ulaşan ve hazır bir rıhtım bulamayan bir geminin karşılaşılabileceği problemin üstesinden gelmesi olduğunu ifade etmiştir. Bu kloz, bir berth charter parti altında hazır bir rıhtım olmasına karşın, rıhtıma ulaşmayı engelleyen kötü hava şartlarına uygulanamaz. Zira, bu kloz, bir *berth charterini*, *port charter* haline, sadece rıhtımın hazır olmaması

---

<sup>127</sup> Bulk Transport Group Shipping Co Ltd v Seacrystal Shipping Ltd (The Kyzikos) [1989] 1 Lloyd's Rep. 1; [1989] A.C. 1264; "Meaning of 'whether in berth or not'; Bulk Transport Group Shipping Co Ltd v Seacrystal Shipping Ltd (The Kyzikos); Law report", The Times London, 24 October, 1988; "Law Report: Bad weather no bar to notice of readiness", The Times London, 20 May, 1987.

<sup>128</sup> Charter partilerde "time lost in waiting for berth to count as loading/discharging time" (rıhtım beklerken kaybedilen zaman, yükleme/boşaltma süresinden sayılır) klozu veya "whether berth or not" (rıhtıma yanaşmış olsun ya da olmasın) klozu yer alabilir.

<sup>129</sup> Atamer, s. 69; Bush, s. 451.

durumunda dönüştürür. Bu nedenle, House of Lord, burada dar yorumu benimseyerek, wibon klozunun rıhtımın hazır olmaması durumunda uygulanacağına, buna karşılık olayda rıhtımın hazır olduğu ancak kötü hava şartları nedeniyle yanaşmaya uygun olmadığı, dolayısıyla bu duruma uygulanamayacağına hüküm vermiştir<sup>130</sup>.

İngiliz doktrininde bu karar, geminin yük ile ilgilinin tasarruf ve kontrolüne geçmesi noktasında haklı görülmektedir. Buna göre, gemi limana ulaşmış olmasına rağmen yükleme/boşaltma yerine elverişsiz hava şartları nedeniyle yanaşmıyorsa, bu durum geminin taşıyanın tasarruf ve kontrolünde olduğu şekilde değerlendirilir. Buna karşılık, durum liman sıkışıklığından kaynaklanıyorsa, artık geminin yük ile ilgilinin tasarruf ve kontrolüne geçtiğini göstermektedir<sup>131</sup>.

Görüldüğü üzere, wibon klozunun dar ve geniş olmak üzere iki yorumu bulunmaktadır. Dar yorum, sadece rıhtım sıkışıklığına uygulanacağı yönündedir. “Kyzikos” kararında İngiliz mahkemeleri bu yorumu dikkate almıştır. Alman doktrini de bu konuda dar yorumu benimsemiştir<sup>132</sup>. Türk Hukukunda, “Meriç” davasında<sup>133</sup> Yargıtay, rıhtımın dolu olmasını, wibon klozunun uygulama alanı içinde saymış ancak ayrıntılı bir yorumlamaya gidilmemiştir<sup>134</sup>.

## SONUÇ

İngiltere’de yerleşmiş hukuk, erken (prematüre) hazırlık ihbarı doktrinini reddetmektedir<sup>135</sup>. Diğer bir ifadeyle charter partide starya süresinin başlaması için geçerli bir hazırlık ihbarı verilmesi ifade edilmişse, gemi daha sonra boşaltmaya başlamış olmasına rağmen hazırlık ihbarı prematüre olarak verildiğinden, geçerli olmayacaktır. Dolayısıyla starya, hazırlık ihbarının veril-

---

<sup>130</sup> Aspragkathou, s. 609.

<sup>131</sup> Ülgener, M. Fehmi, “Bekleme Sürelerinin Başlangıcına Dair Bazı Hukuki Sorunlar”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C.16, S.2, Yıl.1991-92, s. 125.

<sup>132</sup> ATAMER, s. 68.

<sup>133</sup> 11. HD. 23.5.1978 (ATAMER, s. 67).

<sup>134</sup> ATAMER, s. 67.

<sup>135</sup> The Happy Day [2001] 1 Lloyd's Rep. 754, at 760 (Aspragkathou, Notice of Readiness, s. 206).



diği andan itibaren başlamayacaktır. Bununla birlikte, (*The Mexico I* ve *The Agamemnon* olaylarında görüldüğü gibi), taşıtanın yükü boşaltmaya fiilen başladığında starya işleyecektir.

Hazırlık ihbarının, gemi varmadan verilebilmesi bakımından sözleşmele-re klozlar konabilir. Çarter partilerde, “reachable on arrival” klozu ile, taşıta-na “ulaşılabilir” bir rıhtım (*berth*) sağlama yükümlülüğü getirilebilir. Aynı şekilde wibon (“time to count whether in berth or not”) klozu ile gemi rıhtımda olsun ya da olmasın sürenin başladığının kabulü sağlanabilir. Keza, time lost (“time lost waiting for a berth to count as loading time”) klozu ile, rıhtım beklerken kaybolan zamanın staryadan sayılması öngörülebilir. Örneğin, Baltic and International Maritime Council Standart Grain Voyage Charterparty (GRAINCON) kloz 18<sup>136</sup> alt paragraf (b)’de, geminin serbest pratika alıp almaması veya gümrük işlemlerinde geçmiş olup olmaması hazırlık ihbarının verilmesine engel olmayacağı ifade edilmiştir. Bu kloz, taşıyana yeniden geçerli bir hazırlık ihbarı verme yükümlülüğü yüklememiştir.

<sup>136</sup> kloz 18 Zamanın Sayılması (Time Counting),

(a) Hazırlık İhbarı. İlk veya tek yükleme ve boşaltma limanında geminin yükleme ve boşaltmaya hazır olduğu ihbarı, taşıtana veya onun acentesine 09<sup>00</sup> ile 17<sup>00</sup> saatleri arasında, Pazar günü (veya buna eş yerel gün hariç) ve tatiller hariç ve cumartesi (veya bu güne eş yerel günde) 09<sup>00</sup> ile 12<sup>00</sup> saatleri arasında yazılı olarak verilir. Bu ihbar gemi yükleme veya boşaltma rıhtımında (*berth*) ise verilir...

b) Liman Sınırları Dışında Rıhtım İçin Bekleme: Liman sınırları içinde yükleme/boşaltma rıhtımı veya olağan demirleme yeri veya bekleme yeri hazır olmadığından veya taşıtanın emirlerini beklemenin neticesi olarak veya yetkili resmi organ veya otoritenin emirleri gereği ve kaptanın yükleme/boşaltma konusunda tüm açılardan geminin fiziksel olarak hazır olacağına ilişkin güvencesiyle, geminin liman sınırları içinde yükleme/boşaltma yerine girmesi engellenmişse, kaptan geminin hazırlık ihbarını yazılı olarak, geminin olağan demirleme yerinde veya liman sınırları dışında bekleme yerinde, serbest pratika alınsın alınmasın (*whether in free pratique or not*), gümrük formaliteleri yapılsın yapılmassın (*whether customs cleared or not*), verebilir. Yükleme limanın sınırları içine girdikten sonra, gemi incelemeyen geçemezse, incelemeyen geçinceye kadar kaybolan zaman staryadan veya sürastaryadan sayılmaz.

c) Staryanın Başlaması. Hazırlık ihbarının alınmasını izleyen gün saat 08<sup>00</sup>, da starya başlar. Staryanın başlamasından önce bilfiil kullanılan zaman hesap edilir (sayılır)

Starya veya sürastarya süresi, geçerli bir hazırlık ihbarının verilip verilmediğine bakılmaksızın (dikkate alınmaksızın), kargonun yüklenmesi veya boşaltılmasının başlanmasını izleyen ertesi gün saat 08<sup>00</sup>, da başlar”.

d) Müteakip Limanlar: İkinci veya müteakip yükleme/boşaltma liman(lar)ında starya veya sürastarya süresi geminin limanın sınırları içine varmasından sonra yeniden hesap edilmeye başlar” ([https://www.bimco.org/~media/Documents/Document\\_Samples/Voyage\\_Charter\\_Parties/Sample\\_Copy\\_GRAINCON.ashx](https://www.bimco.org/~media/Documents/Document_Samples/Voyage_Charter_Parties/Sample_Copy_GRAINCON.ashx)) [14.8.2011].

Aynı şekilde, hazırlık ihbarı ile ilgili Gencon hükmüne göre, gemi liman dışında bir yerde olsa da hazırlık ihbarı verilecek starya süresi başlayacaktır. BIMCO 1994 Gencon 6/c alt paragraf 2'de<sup>137</sup> bu duruma ilişkin düzenleme yer almaktadır. Buna göre, yükleme/boşaltma yeri (*berth*) hazır değil, ancak gemi limana veya liman dışına varmışsa, hazırlık ihbarı orada verilebilir. Bu yer liman sınırları dışında bir yer olsa bile, alışılmış demirleme yeri varsayılarak oraya ulaşmakla hazırlık ihbarında bulunulabilir. Geminin serbest pratika alıp almaması veya geminin gümrükten geçip geçmemesi hazırlık ihbarı için problem oluşturmaz (94 Gencon 6/c, 2.alt paragraf). Bununla birlikte, gemi burada iken tüm açılardan yükleme ve boşaltmaya hazır olması gerekir. İncelemenin neticesinde geminin her açıdan yükleme/boşaltmaya hazır olmadığı anlaşılırsa, geminin o durumdan kurtuluncaya kadar geçen zaman staryadan sayılmayacaktır (94 Gencon 6/c alt paragraf 3).

Keza, Bimco'nun waitberth 2002 klozu<sup>138</sup> bu bakımdan örnek olabilir. Bu kloza göre, "gemi yükleme/boşaltma limanına ve dışına vardığında, yükleme/boşaltma rıhtımı hazır değilse, gemi oraya vardığında, serbest pratika alsın almasın (*whether in free pratique or not*), gümrük formaliteleri yapılsın yapılmassın (*whether customs cleared or not*), olağan iş saatleri içerisinde hazırlık ihbarında bulunmaya yetkilidir. Starya veya sürastarya zamanı, kapitanın tüm açılardan geminin hazır olduğu güvencesiyle, gemi rıhtımda ve tüm açıdan yükleme boşaltmaya hazır imiş gibi, başlayacaktır. Bekleme yerinden yükleme/boşaltma rıhtımına harekette kullanılan zaman staryadan sayılmayacaktır".

Görüldüğü üzere, taraflar, sözleşmelere koyacakları klozlarla muhtemel problemlerin ortaya çıkmasına engel olabilecektir. Bu nedenle, çarter partide, staryanın başlaması için hazırlık ihbarının belirli zamanlar içinde verilmesi öngörülebilir. Bu çeşit hükümler yoksa, yükleme/boşaltma fiilen her ne zaman başlarsa, starya da o zaman başlayacaktır<sup>139</sup>.

---

<sup>137</sup> [https://www.bimco.org/~media/Documents/Document\\_Samples/Voyage\\_Charter\\_Parties/Sample\\_Copy\\_GENCON\\_94.ashx](https://www.bimco.org/~media/Documents/Document_Samples/Voyage_Charter_Parties/Sample_Copy_GENCON_94.ashx) [15.8.2011].

<sup>138</sup> [Bimco'nun 01.06.2002 tarihli, waiting for bert klozu (Code Name: WAITBERTH 2002) [https://www.bimco.org/en/Chartering/BIMCO%20Clauses/Waiting\\_for\\_Berth\\_Clause.aspx](https://www.bimco.org/en/Chartering/BIMCO%20Clauses/Waiting_for_Berth_Clause.aspx). (15.8.2011)].

<sup>139</sup> Cromwell, s. 887.

Belirtelim ki, starya süresinin başlaması için hazırlık ihbarının verilmesi yanında geminin yükleme/boşaltma limanına varmış olması ve geminin yükleme/boşaltmaya hazır olması gerekir<sup>140</sup>. Yükleme/boşaltmaya hazır olma kavramı, (hazırlık ihbarının verilmesi şartlarını daha ağırlaştırmakta olup), burada geminin ilk vardiyada fiilen yükü almaya/boşaltmaya hazır olmasını gerektirir<sup>141</sup>. Geminin yükleme yerine yanaşmış veya demirlemiş olması, ambarlarının boş ve temiz olması, yükleme donanımının yüklemenin başlamasına engel olmayacak durumda bulunması, gerekli resmi formalitelerin tamamlanmış olması ve sağlık ve gümrük zabıtası icaplarının yerine getirilmiş olması gerekir<sup>142</sup>.

Hazırlık ihbarı, staryanın başlaması için gereklidir. Ancak, hazırlık ihbarının geçerli bir şekilde verilmesi gerekir. Bunun için, kanunun ve sözleşmede belirlenen şartların karşılanmış olması gerekir. Geçersiz olarak verilen hazırlık ihbarı bir sonuç doğurmayacaktır. Öte yandan, hazırlık ihbarı geçersiz olmasına karşın, bunun geçersizliğinin ileri sürülmesinden vazgeçilebilir. Gerçekte, vazgeçme için açık iradenin aranması gerekir, ancak bazı olaylarda susma vazgeçme olarak değerlendirilebilir. Bu hususta dürüstlük kurallarına da başvurulabilir. Bu bakımdan taşıyanın, taşıtanın eylemlerine olan güveni korunmalıdır. Dürüstlüğe aykırı olarak hazırlık ihbarının geçersizliğini ileri sürme mümkün olmamalıdır. Öte yandan, yüklemeye/boşaltmaya başlamanın, hazırlık ihbarının geçersizliğini ileri sürmeden vazgeçme olarak değil de, starya süresinin başlamasına etki edeceği kabul edilmelidir. Diğer bir ifadeyle, hazırlık ihbarının geçersizliğine karar verilse bile, nihayetinde yükleme veya boşaltmanın başlamasıyla staryanın da başlayacağına hükmetmek gerekir.

Nihayetinde, hazırlık ihbarının geçersizliğiyle ilgili problemlerin ortaya çıkmasını engellemek için çarter partilere, hazırlık ihbarının verilmesiyle ilgili açık klozlar konması yerinde olur.

---

<sup>140</sup> Okay, s. 115.

<sup>141</sup> Çağa/Kender, C. 2, s. 35.

<sup>142</sup> Okay, s. 115; Çağa/Kender, C. 2, s. 35.

**KAYNAKÇA**

**Andrewartha, Jane**, “English Maritime Law Update: 2007”, *Journal of Maritime Law & Commerce*, July, 2008, s. 389-433.

**Andrewartha, Jane/Borrowdale, Kate**, “English Maritime Law Update: 2002”, *Journal of Maritime Law & Commerce*, July, 2003, s. 413-450.

**Andrewartha, Jane/Hayhurst, Penny**, “English Maritime Law Update: 1998”, *Journal of Maritime Law & Commerce*, July, 1999, s. 457-487.

**Andrewartha, Jane/Norris, Riley**, “English Maritime Law Update: 2001”, *Journal of Maritime Law & Commerce*, July, 2002, s. 329-370.

**Aspragkathou, Despoina**, “Review of The Gencon Charter Clauses for the Commencement of Laytime: Analysis of The "Time Lost in Waiting for a Berth yo Count as Laytime or Time on Demurrage" Clause”, *Journal of Maritime Law Commerce*, October, 2007 (Review of The Gencon Charter), s. 603-616.

**Aspragkathou, Despoina**, “The Happy Day and Issues of the Invalidity of a Notice Of Readiness under English Law”, *Journal of Maritime Law & Commerce*, April, 2007, s.192 (Notice of Readiness), s. 191-214.

**Atamer, Kerim**, “Bir Navlun Sözleşmesinde Yer Alan Whether In Bert Or Not Klozunun Uygulama Alanı ve Davada İleri Sürülmesi”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Yıl: 1991, S.1, C.65, s. 60-94.

**Bulow, Lucienne Carasso**, “Charter Party Consequences of Maritime Security Initiatives: Potential Disputes and Responsive Clauses”, *Journal of Maritime Law & Commerce*, January, 2006, s. 79-112.

**Burke, Raymond, J.**, “Admiralty Law Institute: Symposium on Charter Parties: Voyage Charters -- Special Problems”, *Tulane Law Review*, May, 1975, s. 937-956.

**Bush, Philip**, “Charter Party Symposium: Delay and Detention”, *25 Tulane Maritime Law Journal*, Summer, 2001, s. 441-468.

**Cromwell, A. Anderson**, “Admiralty Law Institute: Symposium on Charter Parties: Time and Voyage Charters: Proceeding to Loading Port, Loading, and Related Problems” *Tulane Law Review*, May, 1975, s. 880-899.

**Çağa, Tahir/Kender, Rayegân**, Deniz Ticaret Hukuku, C. 2, 8. Baskı, İstanbul, 2006.

**Demir-Araz, Yeliz**, “GENCON (94) Sefer Çarteri Sözleşmesinde Sürastarya Klozu”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl, 2004, C. 3, S. 5, s. 85-118.

**Felsted, Andrea**, “Legal Focus: Good news from Appeal Court – but caution is stil”, Lloyd’s List, 3 June, 1998.

**Gaisford, Robert, E.**, “Cancellation of Voyage Charterparties: A Comparison of Chinese and English Law”, Journal of Maritime Law & Commerce, April, 1996, s. 293-304.

**Hobbs, Chris**, “Legal Focus: When NOR decisions support different views: When is a Notice of Readiness valid”, Lloyd’s List, 29 April, 1998.

**Howard, Tim/Davenport, Brian**, “English Maritime Law Update 1994/1995”, Journal of Maritime Law & Commerce, July, 1996, s. 427-452.

**Karakadılar, Nejat**, “Deniz Ticaret Hukukunda Yükleme ve Boşaltma Müddeti (Sarya Süresi)”, İstanbul Barosu Dergisi, S.1, Yıl: 1986, s. 27-62.

**Kender, Rayegân/Çetingil, Ergon**, Deniz Ticareti Hukuku (Takip Hukuku ve Deniz Sigortaları ile Birlikte) Temel Bilgiler, 9. Baskı, İstanbul, 2007.

**Kumar, Selva**, “Laytime does not begin if no valid notice is given: English court”, The Business Times Singapore, 13 July, 2001.

**Kumar, Selva**, “Notice of readiness hangs on truthfulness, not time or place”, Business Times -Singapore, 31 July, 1998.

**Kumar, Selva**, “Notice of readiness linked to start of laytime”, The Business Times Singapore, 4 August, 2006.

**Kumar, Selva**, “When notice of readiness tendered outside specified period is valid”, Business Times-Singapore, 25 April, 1997.

**Kumar, Selva**, Charterer has absolute duty to provide cargo: court, The Business Times Singapore, 19 December, 2003.

**Mabane, Richard**, “Mass Glory shows need for masters to tender valid notices of readiness”, Lloyd’s List, 20 February, 2002.

**Macauley, Thomas, G.**, “Comments: Laytime And Time On Demurrage: Should Their Exceptions Be Coextensive?”, *Tulane Law Review*, January, 1994, s. 627-655.

**McIntoshn, Alex**, “Laytime decision unpopular”, *Lloyd’s List*, 7 February 2001.

**Moore, Ann**, “Accurate notice of readine not a ‘nullity’...”, *Llyod’s List*, 7 December, 1996.

**Moore, Ann**, “Law: Award should be remitted to arbitrator for further consideration – Is a notice of readiness to load valid even if the ship is not actually ready to load “, *Lloyd’s List*, 2 July, 1993.

**Moore, Ann**, “Law: Charterer appeals in ‘Antclizo’ case”, *Lloyd’s List*, 25 January, 1992.

**Okay, Sami**, *Deniz Ticaret Hukuku II, 2. Baskı*, İstanbul, 1971.

**Pearson, Roger**, “High Court ruling in Front Commander case gives laytime guidance: Tidebrook and Vitol dispute could prove useful to others”, *Lloyd’s List*, 23, November, 2005.

**Shaw, Nick/Galloway, Diane**, “Shipping: An Ill Wind Blows”, *Legal Week*, 1 December 2005 <http://www.legalweek.com/legal-week/news/1166756/shipping-an-ill-wind-blows> (1.8.2011).

**Summerskill, Michael, B.**, *Laytime*, Fouth Edition, London, 1989.

**Tetley, William**, “Good Faith in Contract: Particularly in the Contracts of Arbitration and Chartering”, *Journal of Maritime Law & Commerce*, October, 2004, s. 561-617.

**Textor, James**, “OilVoy Clauses - Vessel Late Arrival at Load Port: Recovery of Commercial Damages”, *Tulane Maritime Law journal*, Summer, 2003, s. 467-497.

**Ülgener, Fehmi**, *GENCON 94 Çarter Partisine Genel Bir Bakış*, *Deniz Hukuku Dergisi*, Yıl:1, Sayı:1, s. 23-24 (Gencon).

**Ülgener, M. Fehmi**, “Bekleme Sürelerinin Başlangıcına Dair Bazı Hukuki Sorunlar”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C.16, S.2, Yıl.1991, s. 122 vd. (Bekleme Süreleri).

**Vandeventer, Braden**, “Admiralty Law Institute: Symposium on Charter Parties: Analysis of Basic Provisions of Voyage and Time Charter Parties”, *Tulane Law Review*, May, 1975, s. 806-845.

**Weale, John**, “The NYPE Off-Hire Clause and Third Party Intervention: Can an Efficient Vessel be Placed Off-Hire?”, *Journal of Maritime Law & Commerce*, April, 2002, s. 133-178.

**Woo, Nicholas**, “Complying strictly with notice of vessel’s readiness”, *New Straits Times Malaysia*, 7 May, 2001.

**Wood, Michael**, “Law (Legal Eye): Notice of readiness –not a ‘delayed action device’”, *Lloyd’s List*, 7 December 1990.

----- “Early loading triggers earlier laytime”, *The Times London*, 4 August, 2006.

----- “Law Report: Bad weather no bar to notice of readiness”, *The Times London*, 20 May, 1987.

----- “Law: Owners to bear expense of delay in loading at berth”, *Lloyd’s List*, 8 July, 1994.

----- “Law: Notice of readiness held valid –Casebook: Mavis D’Souza, Barrister”, *Lloyd’s List* 26 November, 1993.

----- “Litigator's view; Imogen Rumbold on notices of readiness in shipping law. Imogen Rumbold is a partner at Lawrence Graham, *The Lawyer*, April 21, 1998, Section: Litigation:Analysis”; p. 14 (<http://www.thelawyer.com/imogen-rumbold-on-notices-of-readiness-in-shipping-law-imogen-rumbold-is-a-partner-at-lawrence-graham/77851.article>) (1.8.2011).

----- “Ocean Pride wins \$450,000 demurrage case”, *Lloyd’s List*, 5 December, 2007.

----- “Meaning of 'whether in berth or not'; Bulk Transport Group Shipping Co Ltd v Seacrystal Shipping Ltd (The Kyzikos); Law report”, *The Times London*, 24 October, 1988.

----- United Nations Conference on Trade and Development, 27 June, 1990, Trade and Development Board Committee on Shipping Working Group on International Shipping Legislation Twelfth Session Geneva, 22 October, 1990, <http://r0.unctad.org/ttl/docs->

legal/Reports%20and%20Documents/Charter%20PartiesA%20Comparative%20Analysis.pdf [20.8.2011].

<http://www.thelawyer.com/imogen-rumbold-on-notices-of-readiness-in-shipping-law-imogen-rumbold-is-a-partner-at-lawrence-graham/77851article> [1.8.2011].

[https://www.bimco.org/~media/Documents/Document\\_Samples/Voyage\\_Charter\\_Parties/Sample\\_Copy\\_GRAINCON.ashx](https://www.bimco.org/~media/Documents/Document_Samples/Voyage_Charter_Parties/Sample_Copy_GRAINCON.ashx) [14.8.2011].

[https://www.bimco.org/en/Chartering/BIMCO%20Clauses/Waiting\\_for\\_Berth\\_Clause.aspx](https://www.bimco.org/en/Chartering/BIMCO%20Clauses/Waiting_for_Berth_Clause.aspx). [15.8.2011].



# EVLATLIK İLİŞKİSİNİN KALDIRILMASI

*Arş. Gör. Başak GÖRGEÇ\**

## GİRİŞ

Evlatlık ilişkisinin ortadan kaldırılması; mahkeme kararı ile kurulan evlatlık ilişkisinin, Medeni Kanun'da belirtilen hallerde yine mahkeme kararı ile sona erdirilmesidir. Evlatlık ilişkisinin sona erdirilebilmesi için, evlatlık ilişkisinin kurulmasına dair mahkemece verilmiş olan kararın kesinleşmiş olması öncelikli şarttır<sup>1</sup>. Evlat edinmeye ilişkin karar kesinleşmeden evlatlık ilişkisi kurulmuş olmayacağından, henüz kurulmamış bir ilişkinin kaldırılması da talep edilemeyecek, bu aşamada ilişkinin kurulmasına engel olunmak istenildiği takdirde temyiz yoluna gidilmesi gerekecektir<sup>2</sup>. Zira, 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren Medeni Kanun ile evlatlık ilişkisinin kurulması, konuya dair mahkeme kararının verilmesi ile mümkün hale gelmiştir. Eski Medeni Kanun döneminde sözleşme yolu ile evlatlık ilişkisinin kurulabilir olması, yürürlükteki Medeni Kanun ile son bulmuş, mahkeme kararı olmaksızın evlatlık ilişkisinin kurulması imkânsız hale gelmiştir.

Eski Medeni Kanun döneminde, sözleşme yoluyla kurulan evlatlık ilişkisinin sona ermesi üç ihtimalde mümkündür. Bunlar; kendiliğinden sona erme, tarafların anlaşması ve mahkeme kararı ile sona erme halleri idi. Evlatlık ilişkisinin kendiliğinden sona ermesi; kesin olmayan evlenme engellerine aykırı olarak tarafların birbirleri ile evlenmeleri veya taraflardan birinin diğerinin eski eşi ile evlenmesi, evlatlığın evlat edinene sahîh nesep bağı ile bağlanması ile söz konusu olurdu<sup>3</sup>. Tarafların anlaşması ile sona erme halin-

---

\* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

1 AYDOĞDU, Murat, *Çağdaş Hukuki Gelişmeler Işığında Evlat Edinme*, Ankara 2010, s. 648; DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Mustafa Alper, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, İstanbul 2010, s. 313.

2 AYDOĞDU, s. 648; BAYGIN, Cem, *Soybağı Hukuku*, İstanbul 2010, s. 247.

3 AYAN, Nurşen, *Evlat Edinmenin Hükümsüzlüğü ve Sona Ermesi*, Prof. Dr. Halil Cin'e Selçuk Üniversitesinde 10. Hizmet Yılı Armağanı, Konya 1995, s. 633 vd.; IŞIK, Mehmet, *Yeni Türk Medeni Kanun Hükümlerine Göre Evlat Edinme*, Ankara 2005, s. 130; AYDOĞDU, s. 657; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 311; BAYGIN, s. 242.

de, evlat edinenin ikametgahındaki hakimden izin almaları şartı ve evlatlık ilişkisinin sona erdirilmesini konu alan noterde yapılacak bir sözleşme ile taraflar, aralarındaki evlatlık ilişkisini her zaman sona erdirmeye imkanına sahiptilerdi<sup>4</sup>. Eski Medeni Kanun'da, evlat edinmenin hükümsüzlük halleri ise, yokluk, butlan ve iptal başlıkları altında düzenlenmişti<sup>5</sup>.

Mahkeme kararı ile sona ermede ise, evlatlık ilişkisinin tarafları, hâkimden bu ilişkinin sona erdirilmesini talep etmek durumundalardı. Hâkimden evlat ilişkisini sona erdirmesini talep edecek olan evlat edinen ve evlatlığın başvuru sebepleri birbirinden farklı düzenlenmiş idi. Evlat edinenin, bu ilişkinin sona erdirilmesini hâkimden talep edebilmesinin yolunu açan, mirastan ıskat sebeplerinden birinin gerçekleşmesi haliydi<sup>6</sup>. Evlatlık ise, ancak haklı bir sebebin varlığı halinde içinde bulunduğu evlatlık ilişkisinin sona erdirilmesini hâkimden talep edebilirdi. Burada bahsi geçen haklı sebep, somut olayın özelliklerine göre incelenir ve sebebin haklı olup olmadığı hâkimin takdir yetkisine bırakılmıştı<sup>7</sup>.

Yeni Medeni Kanun çerçevesinde geçerli bir şekilde kurulmuş olan evlatlık ilişkisinin sona erdirilmesi söz konusu olamaz<sup>8</sup>. Zira, kan bağına bağlı olan soybağının tarafların anlaşması yoluyla sona erdirilmesi mümkün olmadığı gibi, evlat edinme yoluyla kurulan soybağının da sona erdirilmesi mümkün olmamalıdır. Bu ilkeye evlatlık ilişkisinin çözümeziği denmektedir<sup>9</sup>. Eski Medeni Kanunun anlayışından ayrılan yürürlükteki Medeni Kanunumuz, evlatlık ilişkisinin taraflarca keyfi bir şekilde kaldırılmasının önü-

---

4 AYAN, s. 619; OĞUZMAN, Kemal/DURAL, Mustafa, Aile Hukuku İstanbul 1998, s. 622 vd.; BELEN, Herdem, Yeni Medeni Kanun Hükümleri Uyarınca Evlat Edinme, İstanbul 2005, s. 97; IŞIK, s. 130 vd.; AYDOĞDU, s. 657; BAYGIN, s. 242.

5 AYDOĞDU, s. 654.

6 BERKİ, Şakir, Türk Hukukunda Evladedinme ve Evladlığın Mirası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 9, S. 3, Ankara 1952, s. 17(1-39); AYAN, s. 626 vd.; IŞIK, s. 132; KAYA, Cengiz, Türk Hukukunda Evlat Edinme, İstanbul 2009, s. 84; AYDOĞDU, s. 657; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 311; BAYGIN, s. 242.

7 BERKİ (Evladedinme), s. 18; AYAN, s. 630 vd.; IŞIK, s. 131 vd.; KAYA, s. 84; AYDOĞDU, s. 660; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 311; BAYGIN, s. 242.

8 ŞIPKA, Şükran, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Evlat Edinmeye İlişkin Hükümlerinin İncelenmesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LVII, S. 1-2, İstanbul 1999, s. 317; SEROZAN, Rona, Çocuk Hukuku, İstanbul 2005, s. 234; BELEN, s. 97; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 311; AYDOĞDU, s. 646; BAYGIN, s. 241.

9 IŞIK, s. 137; AYDOĞDU, s. 646; BAYGIN, s. 242.

ne geçmiştir. 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe girmiş olan Medeni Kanun ile, evlatlık ilişkisinin tarafların anlaşması ve mahkeme kararı ile sona erme halleri kaldırılmıştır<sup>10</sup>. Yeni Medeni Kanun ile kanun koyucu, “iptali” ve “ref’i” terimlerini kullanmamış ve evlatlık ilişkisinde sakatlığın bulunması halinde söz konusu ilişkinin “kaldırılması”ndan bahsederek bu konuda, Eski Medeni Kanun’un tanıdığı keyfiliğin önüne geçmeyi amaçlamıştır. Mahkeme kurulmasına karar verilen evlatlık ilişkisinin ancak kanunda aranan şartlarda eksiklik olması halinde, yine mahkeme tarafından kaldırılmasına imkan verecek bir düzenleme yoluna gitmiştir<sup>11</sup>. Evlatlık ilişkisinin kaldırılması başlığının kapsamında, eski Medeni Kanun döneminde iptal ve butlan sebepleri olarak düzenlenen haller incelenmiştir.

Eski Medeni Kanun döneminde butlan hali olarak kabul edilen sebepler; kanunda aranan ve esasa ilişkin olan şartların yerine getirilmemiş olması idi. Evlat edinmenin taraflarından birinin fiil ehliyetine sahip olmaması, evli olmayan kişilerin birlikte evlat edinmiş olmaları, evlat edinen kişinin ayırt etme gücüne sahip olmaması, ayırt etme gücüne sahip olan evlatlığın rızasının alınmamış olması, evlat edinen kişinin nesebi sahih altsoyunun bulunması, özel temsil yetkisi olmadan evlat edinme işleminin gerçekleştirilmiş olması halleri evlatlık ilişkisinin butlanını gerektiren sebepler olarak sayılabilir. Evlatlık ilişkisinin butlanını, başta taraflar olmak üzere, ilgililer ve savcı talep etme imkanına sahip olup, butlan davasının açılabilmesi herhangi bir hak düşürücü süre veya zamanaşımına tabi tutulmamıştı<sup>12</sup>.

Evlatlık ilişkisinin iptali ise alınması gereken rızanın alınmamış olması veya alınmış olmasına rağmen bu rızanın irade sakatlığına uğramış olması yani; hata, hile, ikrah sebeplerinden bir tanesi ile sakatlanmış olması halle-

---

<sup>10</sup> AYDOĞDU, s. 647.

<sup>11</sup> ÖZTAN, Bilge, Aile Hukuku, Ankara 2004, s. 592; AYDOĞDU, s. 647. AYDOĞDU, “evlatlık ilişkisinin kaldırılması” teriminin, butlan ve iptal hallerini kapsadığını, bu nedenle kanun koyucunun bu terimi tercih etmesine ve yeni düzenleme ile evlat edinmenin sözleşmesel özelliğinin ortadan kalkmış olmasına rağmen, hala evlatlık ilişkisinin butlanı veya iptali ayrımını yapmanın doğru olmayacağını belirtmekte, kanundaki düzenlemenin içeriğine bakıldığında bu görüşün doğru olduğunu düşünmekteyiz. Aynı yönde bkz. IŞIK, s. 138. DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, evlatlık ilişkisinin kaldırılması için açılan davayı iptal davası adıyla incelemektedir.

<sup>12</sup> TEKİNAY, S. Sulhi, Türk Aile Hukuku, İstanbul 1990, s. 470; HATEMİ Hüseyin/SEROZAN Rona, Aile Hukuku İstanbul 1993, s. 325; AYAN, s. 263; AYDOĞDU, s. 655.

rinde söz konusu olurdu. Bu durumda iptal isteminde bulunabilecek kişiler, rızası alınmayan veya rızasında sakatlık olduğunu iddia eden kişiler ile sınırlı olup, söz konusu talep süreye bağlıydı<sup>13</sup>.

Yürürlükteki Medeni Kanun düzenlemesinde evlatlık ilişkisinin tarafların iradesi ile sona erdirilmesi imkansız hale gelmiş olup, kanunda belirtilen haller dışında evlatlık ilişkisinin sona ermesi de mümkün olmayacak şekilde düzenlenmiştir<sup>14</sup>. Kanuna göre, evlatlık ilişkisinin, evlat edinme için gerekli görülüş koşulların yerine getirilmemesi halinde mahkeme tarafından kaldırılması söz konusu olmaktadır. Ancak evlat edinme için gerekli olan kurucu unsurların yerine getirilmemesi halinde evlatlık ilişkisinin kaldırılması ihtimalinden değil, evlat edinmenin yokluğundan bahsedilecektir. Diğer bir ifade ile, ilgili düzenlemeler uyarınca evlatlık ilişkisinin ya yokluğundan ya da kaldırılmasından bahsedilebilecektir<sup>15</sup>. Evlat edinme için gerekli olan mahkeme kararının olmaması, tam ehliyetsiz kişinin evlat edinmesi veya evlat edinen kişinin evlat edinme yönünde herhangi bir talepte bulunmamış olduğu hallerde yokluk durumu söz konusu olmaktadır<sup>16</sup>. Buna ilişkin mahkemeye yapılacak başvuru; evlatlık ilişkisinin kaldırılması istemi ile değil, evlat edinme işleminin yokluğunun tespitine yönelik olacaktır. Yani bu durumda söz konusu olacak olan dava, tespit davası olacaktır. Kanundaki düzenlemeye karşılık nüfus siciline evlatlık ilişkisini belirtir kaydın düşülmüş olması halinde, yokluk söz konusu olduğu için süre sınırlaması bulunmaksızın nüfus sicilinin düzeltilmesi için dava açılacaktır<sup>17</sup>.

Evlatlık ilişkisinin kaldırılması sonucunu doğuracak olan sebepler, Medeni Kanununun 317 ve 318. maddelerinde belirtilmiştir.

---

<sup>13</sup> TEKİNAY, s. 473; HATEMİ/SEROZAN, s. 325; AYAN, s. 621; OĞUZMAN/DURAL, s. 264; AYDOĞDU, s. 656.

<sup>14</sup> SEROZAN, s. 234; KAYA, s. 82; AYDOĞDU, s. 663; BAYGIN, s. 242.

<sup>15</sup> AYDOĞDU, s. 648.

<sup>16</sup> RUHİ, Ahmet Cemal, Türk Hukukunda Evlat Edinme ve Evlat Edinme ile İlgili Yabancı Mahkeme Kararlarının Türkiye’de Tanınması, Ankara 2003, s. 63; BELEN, s. 107; IŞIK, s. 128; KAYA, s. 82; KIZIR, Mahmut, Türk Hukukunda Evlat Edinme, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 17, S. 1, Konya 2009, s. 176; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 311; AYDOĞDU, s. 638 vd.; BAYGIN, s. 243.

<sup>17</sup> RUHİ, s. 63; IŞIK, s. 129; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 311; BAYGIN, s. 243.

**A. Evlatlık İlişkinin Kaldırılmasının Sebepleri**

Evlatlık ilişkisinin kaldırılmasına neden olacak durumlar; evlat edinme konusunda rızasının alınması gereken kişilerin rızalarının alınmamış olması, esasa veya usule ilişkin eksiklerin bulunmasıdır.

Evlatlık ilişkisinin kaldırılması sebepleri kanunda sınırlı sayıda düzenlenmiş olduğundan, Eski Medeni Kanun düzenlemesinde mevcut olan; tarafların anlaşması, haklı sebebin gerçekleşmiş olması veya mirastan ıskatı gerektiren durumların varlığı halinde, evlenme yoluyla ya da taraflardan birinin ölümü ile kendiliğinden sona ermesi halleri evlatlık ilişkisinin sona ermesine sebep olmayacaktır. Zira, kanunkoyucu, yaptığı düzenlemeyle, evlatlık ilişkisi ile soybağı ilişkisi arasındaki farkları en aza indirmeyi amaçlamıştır.<sup>18</sup> Evlatlığın mirastan yoksun bırakılmasını veya mirasçılıktan çıkarılmasını gerekli kılabilecek bir durumun varlığı halinde, evlatlığın mirastan yoksun bırakılması ya da mirasçılıktan çıkarılması yine mümkün olmakla beraber, bu yoksun bırakma/mirasçılıktan çıkarma hali evlat edinen ile evlat edinilen arasındaki evlatlık ilişkisinin sona ermesi sonucunu doğurmayacaktır<sup>19</sup>. Diğer bir ifade ile, evlatlık ilişkisi, şartların varlığı halinde mirasçılıktan çıkarılmaya veya mirastan yoksun bırakılmaya rağmen devam edecektir.

**1. Evlatlık İlişkinin Kurulmasında Rızası Gereken Kişilerin Rızalarının Alınmaması**

Medeni Kanununun 317. maddesi uyarınca; küçüğün menfaatini ağır bir şekilde zedelememek şartıyla, evlat edinme işlemi sırasında rızasının alınması gereken kişilerin, rızalarının alınmaması nedeniyle kurulmuş olan evlatlık ilişkisinin kaldırılmasını talep etmeleri mümkündür.

Rızasının alınması gereken kişilerden ilki; evlat edinilecek kişinin küçük ve ayırt etme gücüne sahip olması halinde evlat edinilecek kişinin kendisidir<sup>20</sup>. Küçüğün evlat edinilmesi söz konusu olduğu durumlarda; küçüğün

---

<sup>18</sup> IŞIK, s. 136; KAYA, s. 84; AYDOĞDU, s. 664.

<sup>19</sup> AYDOĞDU, s. 665.

<sup>20</sup> BAYGIN (Koşullar), s. 612; IŞIK, s. 138; KIZIR, s. 161; AYDOĞDU, s. 671vd.; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 312; BAYGIN, s. 244. RUHİ, BELEN ve KIZIR, bu eksikliği evlat edinmede kesin hükümsüzlük halleri başlığı altında incelemektedir; bkz. RUHİ, s. 64; BELEN, s. 111; KIZIR, s. 177. Yargıtay 2. HD., E. 2003/1679, K. 2003/2907, T. 5.3.2003; “..ayırt etme gücüne sahipse onunda rızasının alınması koşullar oluşmuşsa ev-

anne ve babasının da rızasının alınması gerekmektedir<sup>21</sup>. Vesayet altındaki bir küçüğün evlat edinilmesi ihtimalinde, vesayet makamlarının rızası alınmalıdır<sup>22</sup>. Evlat edinilecek kişinin kısıtlı veya ergin olması halinde onun rızası alınmalıdır. Bu durumda evlat edinenin altsoyunun bulunması halinde altsoyun rızasının da alınması gerekmektedir<sup>23</sup>. Ayrıca, evlat edinilecek ergin veya kısıtlı kişinin evli olması ihtimalinde, eşinin rızası da aranmaktadır<sup>24</sup>. Yapılan açıklama ışığında, evlatlık ilişkisinin kurulmasında rızası gereken kişilerin rızalarının alınmaması sebebiyle evlatlık ilişkisinin kaldırılmasını talep edebilecek kişiler; rızası alınmamış ayırt etme gücüne sahip küçük, küçüğün rızası alınmamış anne ve babası veya küçüğün vesayet altında olması şartı ile vesayet makamı, rızası alınmamış ergin veya kısıtlı evlat edinilecek kişi, evlat edinenin rızası alınmamış altsoyu, evlat edinilecek ergin veya kısıtlı kişinin rızası alınmamış olan eşi olarak sıralanmaktadır.

Rızanın alınmaması kadar, alınan rızanın geçersiz olması halinde de belirtilen kişilerin evlatlık ilişkisinin kaldırılmasını talep edebilmeleri mümkün

---

lat edinmesine izin verilmesi şeklinde infazda tereddüde yer verecek nitelikte olmayan, infazı olanaklı evlat edinme kararı verilmesi gerekir. (TMK. md. 305, 306, 308, 315, 316, 426/2-3, HUMK. md.388) Bu yönler gözetilmeden eksik hasımla yeterli araştırma yapılmadan ve infazda tereddüde yer verecek şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir. (HUMK.md.439/2)..” (Kazancı Bilişim).

- 21 BAYGIN (Koşullar), s. 615; IŞIK, s. 138; KAYA, s. 85; KİZİR, s. 161; AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ KARAMAN Derya, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, İstanbul 2010, s. 388; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 312; AYDOĞDU, s. 671. KİZİR, bu durumda evlatlık ilişkisinin iptal edilebilirlik ile sakat olacağını belirtmektedir; bkz. KİZİR, s. 179.
- 22 BAYGIN (Koşullar), s. 614vd.; IŞIK, s. 138; KİZİR, s. 161 vd.; AYDOĞDU, s. 671; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 312; BAYGIN, s. 244. RUHİ ve KİZİR, vesayet makamlarının rızalarının alınmamasını iptal sebebi olarak ele almaktadır; bkz. RUHİ, s. 66; KİZİR, s. 179.
- 23 KAYA, s. 85; KİZİR, s. 162; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 312. BELEN, ergin veya kısıtlanmış kişinin evlat edinilmesi halinde, evlat edinecek kişinin alt soyunun bulunmaması şartının gerçekleşmesinin aranması gerektiğini belirtmektedir; bkz. BELEN, s. 113. Ancak, söz konusu düzenleme 03.07.2005 kabul tarihli, 15.07.2005 tarih ve 25876 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan 5399 sayılı Kanunun 1. maddesi ile değiştirilmiş ve evlat edinecek kişinin altsoyunun rızasının alınması şart ile söz konusu evlatlık ilişkisinin kurulması mümkün hale getirilmiştir.
- 24 IŞIK, s. 138; KAYA, s. 85; KİZİR, s. 164; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 312. RUHİ ve KİZİR, bu eksikliği iptal nedeni olarak kabul etmekte iken; BELEN, bu rızanın eksikliğinin evlat edinmede kesin hükümsüzlük sonucu doğuracağını belirtmektedir; bkz. RUHİ, s. 66; BELEN, s. 117; KİZİR, s. 179.

olmalıdır<sup>25</sup>. Küçüğün doğumunu takip eden altı hafta içinde anne ve babadan, Medeni Kanunun 310. maddesinin ilk fıkrası uyarınca rıza alınması engellendiğinden maddeye aykırı olarak alınan rıza geçersiz olmaktadır<sup>26</sup>. Bu geçersizlik anne ve baba tarafından evlatlık ilişkisinin kaldırılmasının talebini meşru kılmaktadır.

Kanuna uygun bir şekilde alınmış olan rızanın, Medeni Kanunun 310. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca tutanağa geçtiği tarihten itibaren altı hafta içinde rıza gösteren tarafından geri alınması mümkündür. Kişinin rızasını bu süre içerisinde geçerli bir şekilde geri almasına karşın, geri alma gözardı edilerek evlat edinme işlemi gerçekleştirilirse, rızasını geri alan kişi evlatlık ilişkisinin kaldırılmasını talep edebilecektir. Ancak rıza geçerli bir şekilde geri alındıktan sonra, kişinin tekrar rıza gösterdiğini belirtmesi halinde, bu rıza kesin bir şekilde geçerli olur ve geri alınma imkanı ortadan kalkar.

Medeni Kanunun 311. maddesinin ilk fıkrasında ise, anne ve babanın rızasının aranmasını gerektirmeyen hallerden bahsedilmiştir. Bu hükme göre; anne ve babanın kim olduğu veya uzun süreden beri nerede oturduğu bilinmiyorsa ya da ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksun olması halinde, bu kişinin rızası aranmamaktadır. Aynı şekilde küçüğe karşı özen yükümlülüğünü yeterince yerine getirmeyen anne babanın da rızası aranmaz<sup>27</sup>.

Medeni Kanunun 312. maddesinin son fıkrası uyarınca, küçüğe karşı özen yükümlülüğünü yerine getirmeyen anne veya babanın rızasının alınmamasına ilişkin mahkeme kararının, bu kişiye yazılı olarak bildirilmesi gerekmektedir. Bu bildirim yapılmadan kişinin rızası alınmadan gerçekleştirilen evlat edinme işlemi bu kişi tarafından evlatlık ilişkisinin kaldırılması talebi ile karşı karşıya kalabilecektir<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup> SEROZAN, s. 234; BAYGIN, s. 244. BELEN, evlatlık ilişkisinin rızası gereken kişilerin rızalarının alınmaması halini, evlat edinmede hükümsüzlük halleri başlığında, kesin hükümsüzlük hali olarak incelemiştir; bkz. BELEN, s. 113 vd. ve ayrıca bkz. BELEN, s. 120 vd..

<sup>26</sup> BELEN, s. 116; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 312; BAYGIN, s. 244.

<sup>27</sup> ÖZTAN, s. 592; BAYGIN (Koşullar), s. 618vd.; BELEN, s. 114. Yargıtay 2. HD., E. 2004/4013, K. 2004/5129, T. 22.4.2004; “.. 309. maddesi evlat edinilebilmesi için küçüğün ana, babasının rızasının alınmasının zorunlu olduğunu, 311/son maddesi; küçüğe karşı özen yükümlülüğünü yerine getirmeyen ana, babanın rızasının aranmayacağını..” (Kazancı Bilişim).

<sup>28</sup> ÖZTAN, s. 593; BELEN, s. 115 vd.; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 312; BAYGIN, s. 244.

Evlat edinme kararının alınabilmesi için aranan rızaların alınması, ancak bu rızalardan birinde irade sakatlığının bulunması halinde, bu sakatlığın evlatlık ilişkisinin kaldırılmasına neden olup olmayacağı tartışmalıdır. Bir görüş; evlatlık ilişkisinin kaldırılmasına neden olacak hallerin kanunda sınırlı sayıda belirtilmiş olması ve bunların arasında irade sakatlıklarının sayılmamış olmasından yola çıkarak, rıza verilirken meydana gelecek olan irade sakatlığı nedeniyle evlatlık ilişkisinin kaldırılmasının talep edilmesinin mümkün olmayacağını belirtmektedir<sup>29</sup>. Diğer bir görüş ise, Borçlar Kanunu'nun 23 ve devamı maddelerinden yola çıkılarak irade sakatlığının bulunması halinde verilmiş olan rızanın geçersiz bir rıza olacağını, bu nedenle de söz konusu geçersiz rızaya dayanılarak verilen evlat edinme kararının kesinleşmesinden sonra artık evlatlık ilişkisinin kaldırılmasının talep edilebilmesi gerektiğini savunmaktadır<sup>30</sup>. Eski Medeni Kanun döneminde sözleşme olarak kabul edilen evlat edinmede irade sakatlığı nedeniyle doğrudan evlat edinmenin iptalinin istenmesi mümkündür. Ancak mevcut düzenlemede sözleşmesel özelliği ortadan kaldırıldığından doğrudan irade sakatlığının öne sürülmesi söz konusu olmaması gerekir, yalnız bu irade sakatlığına rağmen evlatlık ilişkisinin ayakta tutulması zorunluluğu anlamına gelmemektedir. Zira, irade sakatlığı bulunan bir rızanın söz konusu olduğu durumlarda, bu rıza geçersiz bir rıza olacak ve geçersiz rızanın alınmamış rıza olarak kabul görmesinden yola çıkılarak, söz konusu evlatlık ilişkisinin alınması gereken rızanın alınmaması sebebi ile kaldırılması talep edilebilecektir. Diğer bir ifade ile, irade sakatlığına uğramış bir rızanın varlığı halinde geçerli bir rızanın alınmamış olmasına dayanarak evlatlık ilişkisinin kaldırılması talebinde bulunulabilecektir. Bu şekilde geçersiz rızanın alınmamış rıza olması sebebiyle sınırlı sayıda sayılmış olan evlatlık ilişkisinin kaldırılması şartlarına bir

<sup>29</sup> SEROZAN, s. 234. SEROZAN, ayrıca evlat edinenin iradesinde sakatlık bulunması halinde evlatlık ilişkisinin kaldırılması sonucunu doğurmayacağını belirtmektedir. Ancak aranan rızalar arasında evlat edinen kişinin rızasından bahsedilmediği nedeniyle bu görüş AYDOĞDU tarafından eleştirilmiştir. Kanaatimizce, SEROZAN'ın evlat edinenin irade sakatlığına dayanarak söz konusu evlatlık ilişkisinin kaldırılamayacağı görüşü, alınması gereken rızaların arasında evlat edinenin de rızasının bulunması düşüncesiyle değil, alınması gereken rızanın alınmaması sebebi ile evlatlık ilişkisinin kaldırılması konusundan bağımsız olarak belirtilmiştir. Diğer bir ifade ile, SEROZAN'ın evlat edinenin rızasından ve bu noktadaki irade sakatlığından bahsettiğini değil, evlat edinme talebi ile mahkemeye başvurma esnasında evlat edinenin irade sakatlığına uğraması ihtimalinden bahsettiğini düşünmekteyiz. Bu ihtimalde de SEROZAN'a katılmaktayız.

<sup>30</sup> ÖZTAN, s. 592; AYDOĞDU, s. 671; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ s. 313.



yenisi eklenmemiş olmasının yanısıra, geçersiz rızaya dayanarak kurulan evlatlık ilişkisine devam zorunluluğu getirilmemiş olmaktadır.

Evlat edinmeye ilişkin karar verilirken rızası aranan kişiler arasında bulunmayan, ancak evlat edinme kararının verilmesinden sonraki dönemde; kanunda rızası alınması gereken kişiler arasında sayılmasını gerektiren bir konuma sahip olan kişi, evlatlık ilişkisinin kaldırılmasını talep etme imkânına sahip değildir<sup>31</sup>. Örneğin, kısıtlı veya ergin kişinin evlat edinilmesi sırasında bekar olması ve evlat edinme kararı verildikten sonra evlenmiş olması ihtimalinde, evlat edinilen kişinin eşinin rızasının alınması gerekli değildir. Diğer bir ifade ile, evlat edinme kararının verilmesinden sonra evlat edinilen ile evlenen kişinin rızası aranmamaktadır. Alınması gereken bir rızadan söz edilebilmesi için, evlat edinme kararı verilmeden önce rıza verme hakkına sahip kişiler arasında bulunulması gerekmektedir.

Bir diğer dikkat edilmesi gereken nokta ise, evlat edinme kararı verilirken evlatlığın anne ve babasının rızasının gerektiği durumlarda, bu rızanın alınmamış olması sebebi ile evlatlık ilişkisinin kaldırılmasını talep edilebilmesi için, anne ve babanın evlat edinme kararına karşın olağan itiraz ve temyiz yollarını tüketmiş olması aranmalıdır<sup>32</sup>. Zira, olağan kanun yollarına başvurmamış olup evlatlık ilişkisinin kaldırılmasını talep etmeleri halinde hakkın kötüye kullanımı şüphesi doğacaktır. Yalnız evlat edinme kararının kesinleşmesinden sonra evlatlık ilişkisinin kaldırılmasına yol açacak olan sebebin öğrenilmiş olması halinde, olağan kanun yollarının tüketilmediği gerekçesi ile bu talep reddedilemez<sup>33</sup>.

## **2. Evlatlık İlişkisinin Kurulmasında Esasa İlişkin Noksanlıklar**

Evlatlık ilişkisinin kaldırılmasına ilişkin talepte bulunulması sonucunu doğuracak olan bir diğer sebep; rızası alınması gereken kişilerin rızalarının alınması dışında kalan esasa ilişkin diğer konularda eksiklik olmasıdır<sup>34</sup>. Böyle bir eksikliğin bulunması halinde Cumhuriyet savcısı ve her ilgili, evlatlık ilişkisinin kaldırılmasını talep etme hakkına sahiptir.

---

<sup>31</sup> KAYA, s. 85; AYDOĞDU, s. 672; BAYGIN, s. 244.

<sup>32</sup> AYDOĞDU, s. 675; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 313.

<sup>33</sup> AYDOĞDU, s. 675.

<sup>34</sup> SEROZAN, s. 235; KAYA, s. 86; AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 388; AYDOĞDU, s. 677; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 313.

Esasa ilişkin noksanlık hallerinden ilki, küçüğün evlat edinilmesi söz konusu olduğu durumlarda evlat edinen kişi ile evlatlık arasında en az bir yıldır, evlat edinilmesi düşünülen kişinin ergin veya kısıtlı olması halinde en az beş yıldır bulunması gereken bakım ve eğitim ilişkisinin olmamasıdır<sup>35</sup>. Küçüğün evlat edinilmesi için aranan şartlardan biri olan çocuğun eğitim ve bakımının evlat edinecek kişi tarafından en az bir yıl süreyle karşılanmış olması; çocuk ile evlat edinecek arasında bir bağ oluşması ve evlat edinecek kişi ile çocuğa birbirlerini tanımaları için bir deneme süresi verilmesi amacını taşımaktadır. Ayrıca, çocuğun eğitime ve bakımına en ufak bir katkıda bulunmayan kimsenin küçüğü evlat edinmesini engellemeyi amaçlamaktadır. Küçüğün evlat edinecek kişi ile arasında bir bağ olması, çocuğun evlat edildikten sonraki hayatına uyum sağlamasını da kolaylaştırmaktadır. Bu nedenle çocukla bakım ve eğitim konusunda hiç ilgilenmemiş birinin, çocuğu evlat edinebilmesi engellenmek istenmiş, bu rağmen evlat edinme kararının verilmiş olması halinde evlatlık ilişkisinin kaldırılması talep edilebilmesi mümkündür.

Bir diğer noksanlık hali; evlat edinme işleminin evlat edinilecek çocuğun menfaatine aykırı olmasıdır<sup>36</sup>. Küçüğün yararına aykırı olmasına karşın evlat edinme kararı verilmesi, evlatlık ilişkisinin kaldırılmasının talep edilebilmesi sonucuna yol açmaktadır. Zira, küçüğün evlat edinilmesi, küçüğün ruhsal ve bedensel sağlığına, gelişimine, geleceğine zarar verecek ise evlat edinme kararı verilemez. Aynı şekilde küçüğün evlat edinilmesi, evlat edinecek kişinin diğer çocuklarının yararlarını hakkaniyete aykırı biçimde zedelememesi gerekmektedir<sup>37</sup>. Evlat edinilecek çocuğun aileye katılması, diğer çocukların

<sup>35</sup> ŞIPKA, s. 307; ÖZTAN, s. 593; IŞIK, s. 139; KAYA, s. 86; AYDOĞDU, s. 678; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 313; BAYGIN, s. 245. Ayrıca bkz. BAYGIN, Cem, Evlat Edinmenin Koşulları, Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VII, S. 3-4, Erzincan 2003, s. 591-626. Yargıtay 2. HD., E. 2004/800, K. 2004/1687, T. 16.2.2004; “..Bir küçüğün evlat edinilmesi evlat edinen tarafından bir yıl süre ile bakılmış ve eğitilmiş olması koşuluyla bağlıdır. (MK.m.305/1) Toplanan delillerden bu şartın gerçekleşmediği anlaşılmaktadır. Açıklanan sebeple de sonucu itibariyle doğru olan kararın onanmasına karar verilmesi gerekmiştir.”; Yargıtay 2. HD., E. 2004/6944, K. 2004/7910, T. 15.6.2004 (Kazancı Bilişim). RUHİ, bu şartın eksikliğinin butlan sonucunu doğuracağını, KIZIR ise bu halde iptal edilebilirliğin söz konusu olacağını belirtmektedir; bkz. RUHİ, s. 64; KIZIR, s. 179.

<sup>36</sup> BAYGIN (Koşullar), s. 598; KIZIR, s. 156; AYDOĞDU, s. 679; BAYGIN, s. 245.

<sup>37</sup> BAYGIN (Koşullar), s. 600; KIZIR, s. 156. BELEN, evlat edinecek kişinin çocuklarının çıkarının zedelenmesi halini mutlak butlan sebepleri arasında saymakta iken, KIZIR bu

menfaatini hakkaniyete aykırı bir şekilde zedeleyecek ise, bu çocukların menfaatlerinin de korunması gerektiği için evlat edinme kararı verilmez. Diğer çocukların menfaatlerinin zedelenecek olmasına karşın, mahkemenin evlat edinme kararı vermesi halinde Cumhuriyet savcısı ve her ilgili bu ilişkinin kaldırılmasını talep edebilecektir.

Birlikte evlat edinme halinde evlat edinecek eşler için, en az beş yıldır evli olma veya eşlerin otuz yaşını doldurmuş olmaları şartı aranmaktadır<sup>38</sup>. Bu şartın yerine getirilmemiş olmasına rağmen evlat edinme kararının verilmesi yine bu ilişkinin kaldırılmasının talep edilebilmesine sebep olmaktadır. Eşlerin birlikte evlat edinmesi için evliliklerinin en az beş yıldır sürüyor olmasının aranmasının nedeni; evlat edinilecek çocuğun düzenli, oturmuş bir aile yapısına dahil olmasının çocuğun menfaatine uygun olmasıdır. Diğer bir ifade ile evlat edinecek kişilerin evlilik tarihinden itibaren geçen bu beş yılda, evliliklerinin oturacağı, aile düzeninin sağlanmış olacağı ve böyle bir ortamda evlat edinilen çocuğun aileye daha kolay uyum sağlayacağı kabul edilmektedir. Öte yandan, çift her ne kadar beş yıldır evli olmasa da, otuz yaşını doldurmuş olmaları halinde de birlikte evlat edinebileceklerdir. Bu şartın amacı ise, her ne kadar yeni bir evlilik söz konusu olsa dahi belirli bir yaşa gelmiş olması nedeniyle eşler arasında fevri davranışların olmayacağı, eşlerin olgunluğu nedeniyle çocuğun menfaatine uygun bir aile ortamının sağlanabileceği düşüncesidir. Bu şartı bir bütün halinde inceleyecek olursak, amacın eşlerin evlilikle veya yaş yoluyla belirli bir olgunluğa erişmelerinin kanun koyucu tarafından gerekli görüldüğü söylenebilecektir.

Birlikte evlat edinmenin mümkün olması için evlat edinecek kişilerin evli olması aranmaktadır<sup>39</sup>. Bu nedenle evli olmayan kişilerin birlikte evlat

---

durumun iptal edilebilirlik sebepleri arasında yer aldığını savunmaktadır; bkz. BELEN, s. 118.

<sup>38</sup> BAŞPINAR, Veysel, Türk Medeni Kanunu ile Aile Hukukunda Yapılan Değişiklikler ve Bu Konuda Bazı Önerilerimiz, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 52, S. 3, Ankara 2003, (79-101)s. 96; BAYGIN (Koşullar), s. 608; IŞIK, s. 139; KAYA, s. 86; KIZIR, s. 158; AYDOĞDU, s. 678; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 313; BAYGIN, s. 245. RUHI, bu eksikliği butlan nedeni olarak, KIZIR ise iptal edilebilirlik nedeni olarak incelemektedir; bkz. RUHI, s. 64; KIZIR, s. 179.

<sup>39</sup> ŞIPKA, s. 309; BAŞPINAR, s. 96, dpn. 95; IŞIK, s. 139; KIZIR, s. 157; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 313; BAYGIN, s. 245. BELEN ve KAYA, bu durumun yokluk sonucunu doğuracağını belirtmektedir; bkz. BELEN, s. 106, KAYA, s. 83.

edinmeleri Medeni Kanun uyarınca mümkün değildir<sup>40</sup>. Buna rağmen evli olmayan kişilerin birlikte evlat edinmesine ilişkin karar verilmesi, evlatlık ilişkisinin kaldırılmasına neden olabilecektir.

Tek başına evlat edinmenin söz konusu olduğu hallerde ise, evlat edinecek kişinin otuz yaşını doldurmuş olması aranmakta, bu durum birlikte evlat edinmedeki yaş şartıyla aynı amaca yönelmiş bulunmaktadır. Diğer bir ifade ile, kişinin tek başına evlat edinebilmesi için, kanun koyucu kişinin belirli bir olgunluğa ulaşması gerektiğini düşünmektedir.

Bir diğer tek başına evlat edinme ihtimali; evli kişinin tek başına evlat edinmesidir<sup>41</sup>. Bu durumun gerçekleşebilmesi için, evlat edinecek eşin otuz yaşını doldurmuş olmasının yanısıra; diğer eşin ya ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksun olması ya iki yılı aşkın süredir nerede olduğunun bilinmiyor olması ya da mahkeme kararı ile iki yılı aşkın süreden beri eşlerin ayrı yaşıyor olması gerekmektedir. Evlat edinmek isteyen eş, diğer eşe dair belirtilen hallerden hangisinin gerçekleştiğini iddia ediyorsa onu ispatlamakla mükelleftir. Aksi takdirde tek başına evlat edinmesi mümkün olmayacak, her nasılsa evlat edinme kararı verilmiş ise bu ilişkinin kaldırılması talep edilebilecektir. Ayrıca, evli kişinin, diğer eşin çocuğunu evlat edinmesi halinde kanun, çiftin en az iki yıldır evli olmasını aramakta, bu şart gerçekleşmeden evlat edinme kararı verilmesi halinde, evlatlık ilişkisinin kaldırılması talebinde bulunulması mümkün olacaktır<sup>42</sup>.

Evlat edinmenin genel şartları arasında aranan; evlat edinen ile evlat edinecek kişi arasında onsekiz yaş farkının bulunması halinin gerçekleşmemiş olmasına rağmen, evlat edinme kararının verilmesi de evlatlık ilişkisinin kaldırılması istemini doğuracak bir diğer eksiklik<sup>43</sup>.

Evlat edinme kararı verilmeden önce yetkili ve görevli mahkeme, evlat edinme işleminin şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği, evlatlığın ve evlat

---

<sup>40</sup> BAYGIN (Koşullar), s. 607.

<sup>41</sup> KİZİR, s. 159; AYDOĞDU, s. 678; BAYGIN, s. 245.

<sup>42</sup> KİZİR, s. 159; BAYGIN, s. 163. RUHİ, bu şartın yoksunluğunu butlan sebepleri başlığı altında incelemiştir; bkz. RUHİ, s. 64.

<sup>43</sup> ÖZTAN, s. 593; BAYGIN (Koşullar), s. 606; KİZİR, s. 160; AYDOĞDU, s. 678; BAYGIN, s. 245. RUHİ ve BELEN; evlat edinen ile evlatlık arasında on sekiz yaş fark olması şartının gerçekleşmemiş olması ihtimalini, evlat edinmenin kesin hükümsüz olacağı haller altında ele almıştır; bkz. RUHİ, s. 64; BELEN, s. 112.

edinenin alt soyunun menfaatlerinin zedelenip zedelenmediği gibi esaslı noktaları araştırmalıdır<sup>44</sup>. Aksi halde evlatlık ilişkisinin kaldırılması istenebilecektir.

Medeni Kanununun 318. maddesine göre, evlat edinme kararı verilirken meydana gelen esasa ilişkin noksanlıklar, evlatlık ilişkisinin kaldırılmasının istenmesi durumunda eğer ortadan kalkmış, yani noksanlıklar giderilmiş ise bu andan sonra evlatlık ilişkisinin kaldırılması talep edilemeyecektir<sup>45</sup>.

### 3. Evlatlık İlişkisinin Kurulmasında Usule İlişkin Noksanlıklar

Evlatlık ilişkisinin kurulması için gerekli rızaların alınması ve esasa ilişkin şartların yerine getirilmesinin yanısıra usule ilişkin şartların da gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir. Bu şartların gerçekleşmemesi veya eksiklik bulunması evlatlık ilişkisinin kaldırılmasına yol açmaktadır. Medeni Kanununun 318. maddesi uyarınca; evlat edinme kararında sadece usule ilişkin noksanlıkların olması halinde evlatlık ilişkisinin kaldırılmasının talep edilmesi, ilişkinin kaldırılmasının evlat edinilecek kişinin menfaatini açıkça zedelemeyecek olmasına bağlıdır.

Medeni Kanununun 315. maddesi uyarınca; evlat edinme kararı, tek başına evlat edinme söz konusu olduğu hallerde, evlat edinenin oturma yeri; birlikte

---

44 AYDOĞDU, s. 682. BAYGIN, bu konuyu usule ilişkin noksanlıklar arasında incelemektedir; bkz. BAYGIN, s. 245. Yargıtay 2. HD., E. 2004/5460, K. 2004/6389, T. 17.5.2004; “..Evlat edinme kararı verilmeden önce, evlat edinen ile evlatlığa alınmak istenilen ana babanın kişisel özellikleri, öğrenim durumları, geçmişte meslek ve iş yaşatıları, halen yaptıkları işler, küçüğe sağlanacak sosyal güvenceler, ailelerin gelir durumları, sahip oldukları mal varlıkları, sağlık durumları, davacının evlat edinmeye ne kadar hazır olduğu yaşanılan evin niteliği, yaşam biçimleri ve beklentileri etraflı şekilde araştırılmalı, gerektiğinde mahkemenin bünyesindeki uzmanlardan, bunun bulunmaması halinde diğer kamu kuruluşunda çalışanlardan (özellikle Sosyal Hizmet ve Çocuk Esirgeme Kurumu bünyesindekilere) görüş ve rapor alınıp (4787 Sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulü Kanununun 5. maddesi) delillerin birlikte değerlendirilip, sonucu uyarınca karar verilmesi gerekir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasa-ya aykırıdır..” (Kazancı Bilişim).

45 ÖZTAN, s. 593; AYDOĞDU, esasa ilişkin noksanlıkların varlığı halinde, küçüğün menfaatinin zedelenmesi sonucu doğuracak bir evlatlık ilişkisinin kaldırılması talebinde bulunulmaması gerektiğini savunmaktadır. Yazara göre, alınması gereken rızanın alınmaması gibi önemli bir şartın yerine getirilmemiş olması halinde kurulmuş olan evlatlık ilişkisinin kaldırılması talebinin çocuğun menfaatini ağır biçimde zedelemeyecek olması şartıyla kabul edilirken, esasa ilişkin noksanlıklarda çocuğun menfaatinin dikkate alınmaması kanun koyucunun amacına uygun düşmeyecektir; bkz. AYDOĞDU, s. 677.

evlat edinmenin söz konusu olduğu hallerde, eşlerden birinin oturma yeri mahkemesince verilir<sup>46</sup>. Bu hükme karşın, evlat edinme kararının bir başka mahkemece verilmesi halinde, görevli ve yetkili mahkeme dışında bir mahkeme tarafından verilmiş bir evlat edinme kararı verilmesi söz konusu olacaktır. Bu durumda, evlatlık ilişkisinin kaldırılması talep edilebilir<sup>47</sup>. Ancak tekrarlamak gerekir ki; bu usul eksikliğinin evlat edinilen kişinin menfaatini ağır şekilde zedeleyecek bir evlatlık ilişkisinin kaldırılması talebine neden olması halinde, bu talep geri çevrilecektir.

Küçüğün evlat edinilmesi söz konusu ise, küçüğün anne ve babasının rızalarının alınması gerekmektedir. Bu rızaların ise, Medeni Kanununun 309. maddesi uyarınca küçüğün veya anne ve babasının yerleşim yeri mahkemesinde açıklanmalı ve tutanağa geçirilmelidir. Rızanın mahkemeye sözlü veya yazılı olarak verilmesi önem arz etmemektedir. Önemli olan sözlü veya yazılı rızanın tutanağa geçirilmesidir<sup>48</sup>. Bu rıza beyanının ilgili maddede belirtilen mahkemede yapılmaması ise usule ilişkin bir eksiklik olup evlatlık ilişkisinin kaldırılmasının istenmesine yol açmaktadır.

Mahkemeye evlat edinme talebinin gelmesi ile başlayan yargılama sırasında evlat edinilecek kişinin ve evlat edinecek kişinin dinlenmesi, evlat edinecek kişinin altsoyunun olması ihtimalinde onların görüşlerinin alınması

---

<sup>46</sup> YALMAN, Süleyman, Evlatlık Kararının Kaldırılması (Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme), Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 3-4, Konya 2004, s. 183-190; Yargıtay 2. HD., E. 2004/2320, K. 2004/3249, T. 15.3.2004; "...1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 315. maddesi ile " Evlat edinme kararı, evlat edinenin oturma yeri; birlikte evlat edinmede eşlerden birinin oturma yeri mahkemesine verilir. Mahkeme kararıyla birlikte evlatlık ilişkisi kurulmuş olur." Hükmü getirilerek, evlat edinmeye izin kararı verilmesi usulü kaldırıldığından, dava ve hüküm tarihi itibarıyla Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 8. maddesinin 5. bendindeki evlat edinme davalarında sulh hukuk mahkemesinin görevli olduğuna ilişkin hükmü de zımni olarak yürürlükten kaldırılmıştır. 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanununun 4. maddesinin 1. bendinde 22.11.2001 tarihli 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun ikinci kitabı ile 03.12.2001 tarihli ve Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanuna göre aile hukukundan doğan dava ve işlerde aile mahkemelerinin görevli olduğuna ilişkin hüküm mevcuttur..." (Kazancı Bilişim).

<sup>47</sup> KAYA, s. 87; AYDOĞDU, s. 681; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 313; BAYGIN, s. 245.

<sup>48</sup> AYDOĞDU, s. 681; BAYGIN, s. 245.

ve ihtiyaç duyulduğunda uzmanlara danışılması gerekmekte, aksi halde usuli bir noksanlık söz konusu olmaktadır<sup>49-50</sup>.

Yukarıda belirtilen hallerden birinin varlığı, evlatlık ilişkisinin kurulmasında usule ilişkin şartlarda noksanlık olduğu kabul edilmektedir. Daha öncede belirtildiği gibi, usulde noksanlık olması halinde evlatlık ilişkisinin kaldırılmasının talebi, ancak evlat edinilecek kişinin menfaatlerinin ağır bir şekilde zedelenmemesi şartı ile mümkün olmaktadır.

### **B. Evlatlık İlişkinin Kaldırılmasını Talep Edebilecek Kişiler**

Evlatlık ilişkisinin kaldırılması talebi, rızası alınması gereken kişilerin rızalarının alınmaması nedenine dayanmakta ise, bu talepte bulunabilecek kişiler, rızaları alınması gerekip de alınmamış olan kişilerdir<sup>51</sup>.

<sup>49</sup> BAYGIN, s. 246.

<sup>50</sup> Yargıtay 2. HD., E. 2001/7235, K. 2001/8689, T. 04.06.2001; "Diğer taraftan evlat edinme işlemleri sırasında akli melekelerinin yerinde olmadığı, yine vekaletname altındaki imzanın da ona ait olmadığı ileri sürülmüştür. Bu konular incelenmeden, gerekirse Adli Tıp Kurumundan ve uzman imza incelemesi, bilirkişi raporları alınmadan eksik araştırma ve inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir." (Kazancı Bilişim); Yargıtay 2. HD., E. 2003/14702, K. 2003/15706, T. 17.11.2003; "...Türk Medeni Kanunu'nun 305. maddesinin 1. fıkrasına göre bir küçüğün evlat edinilmesi, evlat edinen tarafından bir yıl süreyle bakılmış ve eğitilmiş olması koşuluna bağlıdır. Aynı Kanun'un evlat edinme kararı vermeden önce hakime araştırma yükümlülüğü getiren 316. maddesinde; "Evlat edinmeye, ancak esaslı sayılan her türlü durum ve koşulların kapsamlı biçimde araştırılmasından, evlat edinen ile edinilenin dinlenmelerinden ve gerektiğinde uzmanların görüşünün alınmasından sonra karar verilir. Araştırma özellikle evlat edinen ve edinilenin kişiliği ve sağlığı, karşılıklı ilişkileri, ekonomik durumları, evlat edinenin eğitime yeteneği, evlat edinmeye yönelten sebepler ve aile ilişkileri ile bakım ilişkilerindeki gelişmelerin açıklığı kavuşturulması gerekir" hükmü mevcuttur. Mahkemece, Medeni Kanun'un 305. maddesinin 1. fıkrasındaki şartın gerçekleşip gerçekleşmediği tespit edilmeden ve 316. maddesi gereğince kapsamlı bir araştırma yapılmadan tarafların beyanları ile yetinilerek yazılı şekilde hüküm kurulması da doğru bulunmamıştır..." (Kazancı Bilişim). Yargıtay 2. HD., E. 2007/13557, K. 2008/13834, T. 22.1.2008; "...4721 sayılı Türk Medeni Kanununun evlat edinme kararı verilmeden önce hakime araştırma yükümlülüğü getiren 316. maddesine göre evlat edinmeye, ancak esaslı sayılan her türlü durum ve koşulların kapsamlı biçimde araştırılmasından, evlat edinen ile edinilenin dinlenmelerinden ve gerektiğinde uzmanların görüşünün alınmasından sonra karar verilir. Araştırmada özellikle evlat edinen ile edinilenin kişiliği ve sağlığı, karşılıklı ilişkileri, ekonomik durumları, evlat edinenin eğitime yeteneği, evlat edinmeye yönelten sebepler ve aile ilişkileri ile bakım ilişkilerindeki gelişmelerin açıklığı kavuşturulması gerekir. Evlat edinenin altsoyu varsa, onların evlat edinme ile ilgili tavır ve düşünceleri de değerlendirilir. (AYDOĞDU, Murat, Çağdaş Hukuki Gelişmeler Işığında Evlat Edinme Kitap Eki CD, Yargıtay'ın Evlat Edinmeye İlgili Kararları, s. 368-369)

Evlatlık ilişkisinin kaldırılması talebi, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan dolayı, rızası alınmamış kişinin dava açmadan ölmesi halinde mirasçılarının dava açma hakkı yoktur. Ancak izni alınmayan kişi dava açmış ve daha sonra ölmüş ise bu takdirde mirasçıları açılmış olan bu davaya devam etme imkânına sahiptirler<sup>52</sup>.

Esasa ilişkin noksanlık olması halinde, Cumhuriyet savcısı ve her ilgili evlatlık ilişkisinin kaldırılması talebinde bulunma imkanına sahip olacaktır<sup>53</sup>. Burada, evlatlık ilişkisinin kaldırılmasından maddi veya manevi menfaati olan kişiler ilgili kapsamına girmektedir<sup>54</sup>. Konu açısından bakıldığında; evlat edinen, evlatlık, evlat edinenin diğer çocukları, küçüğün evlat edinilmesi söz konusu ise küçüğün anne ve babası, evlatlık ilişkisinin kurulması ile evlat edinenin mirasçılığını kaybedecek olan kişilerdir.

Evlatlık ilişkisinin kaldırılması davasında bir görüş; davalıların kural olarak evlat edinen ile evlat edinilen olduğunu savunmaktadır. Bu görüşe göre, eğer evlat edinen davacı ise, davalı evlat edinilen; evlat edinilen davacı ise bu durumda da evlat edinen davalı taraf olmaktadır. Evlat edinilen kişinin küçük olması halinde, evlat edinenin dava tarafı olması ve evlat edinilenin öz anne ve babasının evlat edinme kararı ile velayet haklarının sona ermesi nedeniyle; davalı ya da davacı olduğuna bakılmaksızın küçüğün davada temsil edilmesi için kendisine bir kayyım atanması gerekmektedir<sup>55</sup>. Bir diğer görüş ise, evlatlık ilişkisinin kaldırılması davası çekişmesiz olarak görülmekte, bu nedenle de bu davada davalı taraf gösterilmesi zorunlu olmadığını savunmaktadır. Mevcut düzenlememizde, hangi hallerin çekişmesiz yargıya dâhil olduğu belirtilmemiş olduğundan, uygulamada birçok çekişmesiz yargılamaların çekişmeli yargı ile yürütüldüğünü belirten AYDOĞDU, Alman

---

<sup>51</sup> KAYA, s. 87; AYDOĞDU, s. 682; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 313; BAYGIN, s. 246.

<sup>52</sup> RUHİ, s. 64; KAYA, s. 87; AYDOĞDU, s. 690; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 314; BAYGIN, s. 246.

<sup>53</sup> KAYA, s. 87; AYDOĞDU, s. 682; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 314.

<sup>54</sup> RUHİ, s. 64; AYDOĞDU, s. 683; BAYGIN, s. 246.

<sup>55</sup> RUHİ, s. 64; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 313; BAYGIN, s. 246. Yargıtay 2. HD., E. 2002/1616, K. 2002/3756, T. 18.3.2002; “..Berkant 15.1.1998 doğumludur. Kimliği tam olarak belirlenemeyen anne ve baba tarafından terkedilip koruma altına alınmış olmasına göre kendine vasi tayin ettirilerek dava vasiye yöneltmeden eksik hasımla yargılamaya devam olunarak hüküm kurulması doğru değildir...” (Kazancı Bilişim).



Hukuku'nda açıkça bu davanın çekişmesiz yargıya ait olduğunu da hatırlatmaktadır<sup>56</sup>.

Evlatlık ilişkisinin kaldırılmasının talep edilebilmesi için evlat edinme kararının kesinleşmesi gerekmektedir. Zira, karar henüz kesinleşmemiş ise, henüz kurulmuş bir evlatlık ilişkisinden söz edilmesi mümkün olmayacaktır<sup>57</sup>.

### **C. Evlatlık İlişkisinin Kaldırılmasının İstenemeyeceği Haller**

Kesinleşmiş mahkeme kararı ile kurulan evlatlık ilişkisinin kaldırılmasını gerekli kılan bir eksikliğin varolduğu herhalde, evlatlık ilişkisinin kaldırılmasının talep edilmesi mümkün olmayabilir. Diğer bir ifade ile, evlatlık ilişkisi kurulurken mevcut olan eksiklik her ne kadar ilişkinin kaldırılmasını talep etme imkanı sağlıyor olsa da, her zaman bu talep, ilişkinin kaldırılması ile sonuçlanmayabilir. Evlatlık ilişkisinin kaldırılmasının istenemeyeceği hallerin başında evlat edinilen kişinin menfaatinin ağır biçimde zedelenmesi gelir. Noksanlıkların ortadan kalkması ve evlatlık ilişkisinin kaldırılmasının talep edilmesi için öngörülmesi olan hak düşürücü sürenin sona ermiş olması da evlatlık ilişkisinin kaldırılması isteminin yapılmasını engelleyen diğer hallerdir.

#### **1. Evlatlığın Menfaatinin Ağır Biçimde Zedelenmesi**

Evlatlık ilişkisinin kaldırılması isteminin, rızası alınması gereken kişilerin rızalarının alınmamasından veya usule ilişkin eksikliklerin mevcudiyetinden kaynaklandığı hallerde, evlat edinilen kişinin menfaati göz önünde bulundurularak karar verilmesi gerekmektedir.

Medeni Kanununun 317. maddesine bakıldığında; rızası alınması gereken kişilerin rızalarının alınmaması halinde evlatlık ilişkisinin kaldırılmasını talep etme imkanları, evlat edinilen küçüğün menfaatinin ağır biçimde zedelenmemesine bağlanmıştır. Ancak her ne kadar kanunda küçüğün menfaati denmiş olsa da, ergin kişinin evlat edinilmesinin söz konusu olduğu durumlarda da ergin evlatlığın menfaatinin de göz önünde tutulması gerekir<sup>58</sup>.

---

<sup>56</sup> AYDOĞDU, s. 689 vd..

<sup>57</sup> KAYA, s. 85; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 313 vd.; BAYGIN, s. 246.

<sup>58</sup> ÖZTAN, s. 592; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 313.

Buradan çıkarılacak sonuç; rızası alınması gerekirken alınmayan bir kişinin açtığı evlatlık ilişkisinin kaldırılması davasında göz önünde tutulacak olan evlat edinilen kişinin menfaati olacaktır<sup>59</sup>.

Evlatlık ilişkisinin kurulması için rızası aranan kişilerin rızası alınmadığı takdirde, evlatlık ilişkisinin kaldırılmasının talep edilebilmesi; küçüğün menfaatinde yaratılacak zedelenme, rızanın alınmasını öngören düzenlemenin karşısında yer almaktadır. Bu nedenle evlatlık ilişkisinin kaldırılmasına dair karar verilirken, evlat edinilen küçüğün menfaatinin ağır biçimde zedelenmeyecek olması aranmalıdır.

Evlatlık ilişkisinin kaldırılmasının, küçüğün menfaatinin zedeleyip zedelemeyeceği konusundaki karar, somut olayın incelenmesi sonucu verilecektir<sup>60</sup>. Diğer bir ifade ile somut olay değerlendirilmeden, küçüğün menfaatinin ağır biçimde zedelendiği sonucuna ulaşılması mümkün değildir. Zira, kimi durumlarda, küçüğün menfaatinde oluşacak zedelenme, ilişkinin kaldırılmasını engelleyecek kadar ağır olmayabilir. Öte yandan, evlat edinilen küçüğün, evlatlık ilişkisinin kurulmasının ardından, evlat edinen ile yaşama-ya alışması, bu ortamda huzurlu olması ve yeni yaşamına tamamen uyum göstermiş olması halinde; evlatlık ilişkisinin kaldırılmasının küçüğün menfaatinin ağır biçimde zedeleyecek olduğunu sonucuna varılması gerekir. Evlat edinilen küçüğün, evlatlık ilişkisinin kurulmasından önce içinde bulunduğu ortam, bu ilişkinin kurulması ile içinde bulunmaya başladığı ortam arasında evlatlık ilişkisinin kurulmasından sonraki yaşamı lehine büyük bir iyileşme göstermemiş ise, bu durumda ilişkinin kaldırılmasının çocuğun menfaatinin ağır biçimde zedeleyeceği söylenemeyecektir.

Evlatlık ilişkisinin kaldırılması talebinin nedeni usule ilişkin eksiklik bulunması olması halinde, evlat edinilen kişinin küçük veya ergin olmasına bakılmadan menfaatinin ağır biçimde zedelenmeyecek olması aranır<sup>61</sup>. Me-

<sup>59</sup> SEROZAN, s. 234; IŞIK, s. 139; KAYA, s. 86; AYDOĞDU, s. 673vd.; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 312; BAYGIN, s. 248. RUHİ, butlan hallerinin mevcut olduğu ve evlat edinmenin iptalini gerektirecek hallerde, butlana veya iptale dayanarak açılan davanın; evlat edinen ile evlatlık arasında evlat edinmenin gerektirdiği görevlerin yerine getiriliyor olması durumunda, MK. m. 2'ye aykırılık nedeniyle reddedilmesi gerektiği belirtmektedir; bkz. RUHİ, s. 65 ve 67.

<sup>60</sup> KAYA, s. 86; AYDOĞDU, s. 674; BAYGIN, s. 248.

<sup>61</sup> SEROZAN, s. 235; BELEN, s. 123; IŞIK, s. 139; KAYA, s. 87; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 313; BAYGIN, s. 248 vd.. ÖZTAN, usule ilişkin bir eksik-

deni Kanununun 318. maddesinin lafzına bakıldığında; evlat edinilenin yaşı veya ehliyet durumundan bahsedilmeden, sadece evlatlığın menfaatinin ağır biçimde zedelenmesinin göz önünde bulundurulması gerektiğinin belirtilmesi, usule ilişkin eksikliklerin varlığı halinde, evlat edinilen ergin ve kısıtlıların da menfaatinin dikkate alınması sonucunu doğurur.

Usule ilişkin eksikliklerin varlığı nedeniyle evlatlık ilişkisinin kaldırılması talebi ile karşılaşan hakim, söz konusu talebin kabulü halinde, bu ilişkin kaldırılmasını talep eden kişinin elde edeceği menfaat ile evlat edinilen kişinin menfaatinin zedelenme oranını göz önünde tutarak karar verecektir. Eğer evlat edinilen kişinin menfaati ağır biçimde zedelenmeyecekse, söz konusu evlatlık ilişkisi, usule ilişkin eksiklik nedeniyle kaldırılacaktır.

Medeni Kanundaki düzenlemeler göz önüne alındığında, söz konusu evlatlık ilişkisinin kaldırılmasına engel olacak olan evlatlığın menfaati sadece rızası alınmayan kişilerin açacağı ve usule ilişkin eksikliklerden kaynaklanan evlatlık ilişkisinin kaldırılması davalarında söz konusu olacaktır. Diğer bir ifade ile, esasa ilişkin noksanlıkların söz konusu olduğu durumlarda, evlat edinilen kişinin menfaatinin ağır biçimde zedelenmiş olup olmamasının ilişkinin kaldırılması davasında değerlendirilmeye alınmayacaktır<sup>62</sup>. Evlat edinilen kişinin menfaatinde meydana gelecek olan zedelenmenin, esasa ilişkin noksanlıklar halinde de dikkate alınması ve bu şekilde karar verilmesi yönünde görüşler de mevcuttur<sup>63</sup>.

## 2. Noksanlıkların Ortadan Kalkması

Evlat edinme süresinde varolan noksanlıkların sonradan giderilmesi ve bunun ardından evlatlık ilişkisinin kaldırılması talebinde bulunulması halinde, ilişkinin kaldırılması kararı verilemez<sup>64</sup>. Başka bir anlatımla; noksanlık bulunan evlat edinme başvurusu her nasılsa evlat edinme kararı alınması ile sonuçlanmış, ancak söz konusu noksanlıklar karardan sonra tamamlanmış ise, artık bu evlatlık ilişkisinin kaldırılması söz konusu olmayacaktır.

---

lik bulunması halinde, bu noksanlığın evlatlık ilişkisinin kaldırılmasının talep edilmesine neden olmayacağı görüşündedir; bkz. ÖZTAN, s. 593.

<sup>62</sup> BAYGIN, s. 249.

<sup>63</sup> RUHİ, s. 65 ve 67.

<sup>64</sup> BELEN, s. 123; IŞIK, s. 139; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 313; BAYGIN, s. 249.

Zaman içinde ortadan kalkması mümkün olmayan noksanlıkların varlığı halinde evlatlık ilişkisinin kaldırılması talebi kanunda belirtilen süreler içinde yapılması ile söz konusu ilişkinin kaldırılması gerekecektir. Bu duruma örnek olarak kanunda aranan evlat edinen ile evlat edinilen kişi arasında onsekiz yaş fark bulunması şartı verilebilir. Evlat edinen ile evlat edinilen arasında onsekiz yaş fark olması şartı gerçekleşmemiş olmasına rağmen evlat edinme kararı verilmiş olması halinde bu ilişkinin kaldırılması gerekir. Bu noksanlığa rağmen ilişkinin kaldırılmasına engel olacak tek şey söz konusu yaş farkının evlat edinme kararı verildikten sonra evlat edinen veya evlat edinilen hakkında yaş düzeltme davası açılmış olması ve bu dava sonucunda evlat edinmede aranan onsekiz yaş farkının sağlanması halidir. Diğer bir ifade ile, evlat edinen ile evlatlık arasında onsekiz yaş fark olmamasına rağmen verilen evlat edinme kararının ardından evlatlık ilişkisinin kaldırılması talep edilmeden bu şart yaş düzeltme davası ile sağlanır ise, söz konusu noksanlık giderilmiş olacağından artık ilişkinin kaldırılması talep edilemeyecektir<sup>65</sup>.

### 3. Hak Düşürücü Sürenin Geçmesi

Evlatlık ilişkisinin kaldırılması talebi, hak düşürücü sürelerle tabi tutulmuştur. Medeni Kanununun 319. maddesine göre; evlatlık ilişkisinin kaldırılmasına ilişkin dava hakkı, söz konusu ilişkinin kaldırılması sebebinin öğrenilmesinden itibaren bir yıl ve her halde evlat edinme işleminin üzerinden beş yıl geçmekle düşer<sup>66</sup>. Söz konusu madde uyarınca, evlat edinme kararı-

<sup>65</sup> SEROZAN, s. 235; BAYGIN, s. 250.

<sup>66</sup> Eski Medeni Kanun döneminde butlan ile sakat olma halinde evlatlık sözleşmesinin iptali davası için süre öngörülmemiş ancak talebin hakkın kötüye kullanılması anlamına gelmesi halinde reddedilmesi gerektiği Yargıtay tarafından benimsenmiştir; bkz. Yargıtay HGK., E. 2002/2-441, K. 2002/433, T. 29.5.2002; “.Yargıtay’ımız da İsviçre Federal Mahkemesi gibi butlanın yıllar sonra ileri sürülmesini hakkın kötüye kullanılması olarak benimsemiş ve ( 25/1/1984 gün ve 3/1 ve 30/9/1988 gün ve E.1987/2, K. 1988/2 sayılı İçtihadı Birleştirme kararlarında ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 4/11/1964 gün E:1953/D-2, K:640, 16/12/1964 gün E:336/D-2 K:724, 12/5/1965 gün E:5/D-4 K:203, 24/4/1968 gün E:1956/D-2 583 K:278, 22/10/1974 gün E: 1971/2-810 K:1043, 13/2/1974 gün ve 574/103, 7/12/1983 gün ve 4/224-1276 sayılı ve Yargıtay 2.Hukuk Dairesinin 12/12/1977 gün ve E:8401 K:8582 ve 1.2.1999 gün E: 14625, K:434 ) sayılı kararlarında artık butlanın dinlenemeyeceğini, benimsemiştir. Bu kurala göre Medeni Kanununun 2. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralının amacı, hakime özel ve istisnai hallerde (adalete uygun düşecek) şekilde hüküm verme imkanını sağlamaktır.” (Kazancı Bilişim).

nın kesinleşmesinden itibaren beş yıl içinde ve bu karar kesinleştikten sonra kaldırılma sebebinin öğrenildiği tarihten itibaren bir yıl içinde ilişkinin kaldırılması talep edilmelidir<sup>67</sup>.

Söz konusu hak düşürücü sürelerin kaçırılması halinde, artık ilişkinin kaldırılması istenemez hale gelir ve mevcut eksiklikleri ile geçerli bir evlat edinme söz konusu olur. Diğer bir ifade ile, hak düşürücü süre içerisinde evlatlık ilişkisinin kaldırılmasının talep edilmesi halinde kaldırılacak olan bu ilişki, hak düşürücü sürenin geçirilmesinin ardından kaldırılması talep edilemez bir hale gelecektir.

Hak düşürücü sürenin geçirilmesi, haklı bir sebebe dayanmakta ise, Medeni Kanununun 300. ve 303. maddelerine kıyasen davacıya bir aylık ek süre verilmesi de mümkündür<sup>68</sup>. Haklı sebep ile sürenin geçirilmesinde verilecek ek süre, bu maddelerin kıyasen uygulanması sonucunda bir ay olacaktır. Öte yandan, doktrindeki bir diğer görüş bu sürenin Medeni Kanununun 289. maddesinin kıyasen uygulanması ile bir yıllık hak düşürücü sürenin haklı sebebin ortadan kalkmasından itibaren başlaması gerektiğini savunmaktadır<sup>69</sup>.

#### **D. Evlatlık İlişkinin Kaldırılmasının Sonuçları**

Yapısında noksanlık bulunmasına rağmen kurulmuş olan evlatlık ilişkisinin, kanunda belirtilen haller nedeniyle kaldırılması ile, söz konusu evlatlık ilişkisinin kaldırılması kararının ileriye etkili mi yoksa geriye etkili mi olduğu tartışmalı bir konudur.

---

<sup>67</sup> RUHİ, s. 65; SEROZAN, s. 236; IŞIK, s. 140; KAYA, s. 88; KIZIR, s. 180; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 314; AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 389; BELEN, s. 129; BAYGIN, s. 250. Yargıtay 2. HD., E. 2008/248, K. 2009/7129, T. 14.4.2009; “..Evlatlık ilişkisinin esasa ilişkin noksanlıklardan biriyle sakat olması, evlatlık ilişkisinin kaldırılması sebebidir (TMK m. 318/1). Ancak, davanın evlatlık ilişkisinin kaldırılması sebebinin öğrenilmesinden başlayarak bir yıl ve her halde evlat edinme işleminin üzerinden beş yıl içinde açılması gerekir. Bu süre hak düşürücü süredir (TMK m. 319) ve hakim tarafından re'sen gözetilir. Dava, 26.07.2006 tarihinde açılmıştır. Evlat edinme kararı, davacıların başvurusu üzerine verildiğine, davacılar esasa ilişkin noksanlığı bildiklerine göre, Türk Medeni Kanunu'nun 319/1. maddesindeki bir yıllık hak düşürücü süre geçmiştir. Davanın açıklanan sebeple reddi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru bulunmamıştır..” (Kazancı Bilişim).

<sup>68</sup> ÖZTAN, s. 593; SEROZAN, s. 236; KAYA, s. 88; BAYGIN, s. 250 vd..

<sup>69</sup> SEROZAN, s. 236; KAYA, s. 88; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.314.

Evlatlık ilişkisinin kaldırılmasının, Eski Medeni Kanun döneminde açık bir şekilde ileri etkili sonuç doğuracak olduğu düzenlenmiş olmakla beraber; yürürlükteki kanunda bu konuya değinilmemiştir. Doktrinde bir görüş söz konusu mahkeme kararının geriye etkili olduğunu belirtmekteyken<sup>70</sup>; bir diğer görüş ise, söz konusu ilişkinin özelliklerinin dikkate alınması ile evlatlık ilişkisinin kaldırılması kararının ileriye etkili olarak sonuç doğurması gerektiğini savunmaktadır<sup>71</sup>. İkinci görüşün hareket noktalarından biri; evlatlık ilişkisinin kaldırılması kararının geçmişe etkili olması halinde evlat edinenin veli sıfatı ile evlatlık adına veya evlatlık ile beraber yaptığı her hukuki işlemin geçerliliği de tartışılır hale gelecek olmasıdır<sup>72</sup>. Oysa ki, söz konusu kararın ileriye etkili olarak sona erdiğinin kabul edilmesi halinde, evlat edinenin, evlatlık ilişkisinden doğan velayet hakkına dayanarak evlatlık adına veya onunla beraber yaptığı hukuki işlemler geçerliliklerini koruyacaktır. Ayrıca, evlat edinen ile evlatlık arasındaki evlatlık ilişkisinden doğan bakım masrafları, yapılan bağışlar, ödenen nafakalar geri istenemeyecektir<sup>73</sup>. Eski Medeni Kanun'daki düzenlemenin de ileriye etkili olduğunu göz önünde bulundurulduğunda, evlatlık ilişkisinin kaldırılması kararının ileriye etkili olarak hüküm doğurduğunu söylemenin daha doğru belirtilebilir<sup>74</sup>.

Söz konusu evlatlık ilişkisinin kaldırılması kararının geçmişe etkili olması gerektiği ise, söz konusu ilişkinin kaldırılma sebebi, ilişkinin daha kuruluş anında mevcut olan bir eksiklik olmasıdır. Diğer bir ifade ile, evlatlık ilişkisinin kaldırılması davasında, en başta kurulmamış olması gereken bir evlatlık ilişkisi söz konusudur. Gerekli rızanın alınmaması veya esasa ve

<sup>70</sup> DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 314. BELEN, evlatlık ilişkisinin kaldırılmasının geriye etkili bir karar olduğunu belirtmekte, ancak bu geriye etkinin miras hukukuna ilişkin olduğunu savunmaktadır. Miras hukukuna ilişkin sonuçlar dışında, evlatlık ilişkisi hiç kurulmamış olmakla beraber bu ilişkinin tasfiyesi BELEN'e göre yapılmayacaktır; bkz. BELEN, s. 130.

<sup>71</sup> TEKİNAY, s. 478; OĞUZMAN/DURAL, s. 267; RUHİ, s. 70; ÖZTAN, s. 594; IŞIK, s. 141; KAYA, s. 88; KIZIR, s. 180; AYDOĞDU, s. 725; BAYGIN, s. 251.

<sup>72</sup> BAYGIN, s. 251.

<sup>73</sup> RUHİ, s. 70 vd.; IŞIK, s. 141; KAYA, s. 89; BAYGIN, s. 251.

<sup>74</sup> HATEMİ/SEROZAN, menfaatler durumunun ve istikrarın korunması gerekliliğinin gözönünde tutulması gerektiği, bu nedenle hakimince vereceği evlat edinmenin hükümsüzlüğü kararının inşai bir karar olduğu da eklendiğinde, söz konusu kararın geçmişe değil ileriye etkili bir karar olduğunu ve bunun istisnasının kötüniyet olasılığı olduğunu savunmaktadır; bkz. HATEMİ/SEROZAN, s. 326.

usule ilişkin şartların gerçekleşmemiş olması evlatlık ilişkisinin kurulmasına engel olur. Her nasılsa bu eksikliklere rağmen kurulmuş bir evlatlık ilişkisinin kaldırılması davası da bu geçersizlik nedeni ile geçmişe etkili hüküm doğurmalıdır. Geçmişe etkili hüküm doğurması sonucunda; söz konusu evlatlık ilişkisi hiç kurulmamış olacaktır. İlişkinin kaldırılması davası ile, evlat edinen ile evlatlık karşılıklı olarak aslında kurulmaması gerekli olan bu ilişki dolayısı ile yaptıkları masrafları sebepsiz zenginleşmeye dayanarak talep edebileceklerdir. Tarafların iyiniyetli olması halinde, yani söz konusu evlatlık ilişkisinin aslında hiç kurulmamış olması gerektiğini bilmemeleri durumunda, iyiniyetli sebepsiz zenginleşenin iade yükümlülüğü taraflar açısından vuku bulacaktır.

Evlatlık ilişkisinin kaldırılması davasında, alınması gereken rızaların alınmamış olması halinde ve usule ilişkin eksikliklerin varlığı halinde, ilişkinin kaldırılması kararı ancak ve ancak evlatlığın menfaatini büyük ölçüde zedelememek şartı ile verilebildiğinden ve esasa ilişkin şartlardaki eksikleri daha sonradan tamamlanmış olması halinde ilişkinin kaldırılması talep edilemeyeceğinden, söz konusu evlatlık ilişkisinin kaldırılması kararının verilmesi halinde, evlatlığın menfaatine aykırı bir sonuç doğmayacaktır. Bu nedenle söz konusu davanın konusu gereği bu dava sonucu verilecek olan kararın geçmişe etkili hüküm doğurması gerektiği görüşündeyiz.

Evlatlık ilişkisinin kaldırılması kararının kesinleşmesi ile, evlat edinen ve evlatlık arasında evlat edinme kararı ile kurulmuş olan soybağı tüm hak ve yükümlülükleri ile birlikte ortadan kalkmaktadır. Soybağının ortadan kalkması ile, evlat edinene ait olan velayet hakkı da evlat edinen açısından sona erer<sup>75</sup>. Evlatlık üzerindeki velayet hakkı, evlat edinme kararı verilmeden önce olduğu gibi kendiliğinden öz anne ve babaya dönmez. Hakim velayet hakkının öz anne ve baba tarafından kullanılması yönünde karar verme yetkisine sahip olduğu gibi, durumun hal ve şartlarına bakarak evlatlığın menfaatini korumak amacıyla evlatlığa vasi atanması yönünde de karar verebilir<sup>76</sup>.

---

<sup>75</sup> RUHİ, s. 70; ÖZTAN, s. 593; IŞIK, s. 141; KAYA, s. 89; KIZIR, s. 180 vd.; AYDOĞDU, s. 725; BAYGIN, s. 251 vd..

<sup>76</sup> RUHİ, s. 70; ÖZTAN, s. 594; SEROZAN, s. 237; IŞIK, s. 141; KAYA, s. 89; KIZIR, s. 181; AYDOĞDU, s. 725 vd.; BAYGIN, s. 252. BERKİ, evlatlık ilişkisinin sona erdiği sırada, evlat edinilen kişinin henüz reşit olmaması halinde, evlatlık üzerindeki velayet hakkı mahkemece karar verilmesine gerek olmadan öz anne ve babası tarafından kulla-

Evlatlık ilişkisinin ortadan kaldırılması halinde; çocuğun soyadında da değişiklik meydana gelecektir. Evlat edinme kararının kesinleşmesi ile, evlat edinenin soyadını taşımaya başlayan çocuk, evlatlık ilişkisinin kaldırılması ile bu soyadı kararın kesinleşmesinden itibaren kullanamayacaktır<sup>77</sup>. Evlatlık ilişkisinin kaldırılması ile evlat edinen ile arasındaki soybağının ortadan kalkması ile evlatlık artık evlat edinenin soyadını değil, evlat edinme kararından önceki soyadını kullanmaya başlayacaktır. Birlikte evlat edinme halinde, evlatlık ilişkisinin sadece eşlerden biri açısından kaldırılmasına karar verilmesi halinde ise, diğer eş ile evlatlık ilişkisi devam etmesi nedeniyle evlatlığın soyadında bir değişiklik olmayacak, evlat edinenin soyadını taşımaya devam edecektir<sup>78</sup>.

Evlatlık ilişkisinin kaldırılmasının soyadına yaptığı etki, evlatlığa evlat edinme ile yeni bir ad verilmesi halinde, evlatlığın adı üzerinde de meydana gelebilir. Ancak, evlat edinme kararı ile çocuğa verilen yeni adın geçerliliğini kaybetmesi, soyadda olduğu gibi kendiliğinden oluşan bir sonuç olmayıp, evlatlığın adının haklı sebeple değiştirilmesini mahkemeden talep etmesi halinde gerçekleşecektir. Diğer bir ifade ile evlat edinen ile arasındaki yapay soybağı bu ilişkinin kaldırılması ile son bulan evlatlığın adı yine evlatlığın talebi üzerine değiştirilebilecektir<sup>79</sup>.

Evlat edinme kararının kesinleşmesi ile, evlat edinene mirasçı olma hakkı kazanan evlatlık ve onun altsoyu, söz konusu ilişkinin kaldırılmasına mahkemece karar verilmesi ile bu mirasçılık hakkını kaybeder. Eski Medeni Kanun döneminde evlatlık ilişkisinin kaldırılması halinde bu kararın ileriye etkili olacağı belirtilmiş ise de, miras konusunda evlat edinenin dava açtıktan sonra ölmesi halinde, evlatlığı mirasından ıskat etmek istediği kabul edilmekte ve bu nedenle bu dava sonucunda evlatlık ilişkisinin kaldırılması kararı verildiği takdirde, bu kararın miras açısından geriye etkili bir karar olması gerektiği kabul edilmiştir<sup>80</sup>. Ancak, evlatlığın iyiniyetli olmaması ha-

---

nılmaya başlanır, demektir; bkz. BERKİ, Şakir, Velayetin Küçüğün Şahıs ve Malları Bakımından Şumülü, Ankara 1970, s. 83 vd..

<sup>77</sup> ÖZTAN, s. 593; IŞIK, s. 141; KAYA, s. 89; KİZİR, s. 181; AYDOĞDU, s. 728; BAYGIN, s. 252.

<sup>78</sup> AYDOĞDU, s. 729.

<sup>79</sup> AYDOĞDU, s. 729.

<sup>80</sup> ÖZTAN, s. 593; IŞIK, s. 141; KAYA, s. 89; KİZİR, s. 181; AYDOĞDU, s. 731; BAYGIN, s. 253.



linde, evlat edinenin ölümünden sonra evlatlık ilişkisinin kaldırılmasının talep edilmesi halinde de ilişkinin kaldırılması kararı, miras yönünden geriye etkili sonuç doğurmalıdır<sup>81</sup>.

---

<sup>81</sup> AYDOĞDU, s. 731; BAYGIN, s. 252.

**KAYNAKÇA**

**AKINTÜRK**, Turgut/**ATEŞ KARAMAN** Derya, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, İstanbul 2010.

**AYAN**, Nurşen, Evlat Edinmenin Hükümsüzlüğü ve Sona Ermesi, Prof. Dr. Halil Cin'e Selçuk Üniversitesinde 10. Hizmet Yılı Armağanı, Konya 1995.

**AYDOĞDU**, Murat, Çağdaş Hukuki Gelişmeler Işığında Evlat Edinme, Ankara 2010.

**BAŞPINAR**, Veysel, Türk Medeni Kanunu ile Aile Hukukunda Yapılan Değişiklikler ve Bu Konuda Bazı Önerilerimiz, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 52, S. 3, Ankara 2003, s. 79-101.

**BAYGIN**, Cem, Evlat Edinmenin Koşulları, Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VII, S. 3-4, Erzincan 2003, s. 591-626 (Koşullar).

**BAYGIN**, Cem, Soybağı Hukuku, İstanbul 2010.

**BELEN**, Herdem, Yeni Medeni Kanun Hükümleri Uyarınca Evlat Edinme, İstanbul 2005.

**BERKİ**, Şakir, Türk Hukukunda Evladedinme ve Evladlığın Mirası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 9, S. 3, Ankara 1952, s.1-39 (Evladedinme).

**BERKİ**, Şakir, Velayetin Küçüğün Şahıs ve Malları Bakımından Şumülü, Ankara 1970.

**DURAL**, Mustafa/**ÖĞÜZ**, Tufan/**GÜMÜŞ**, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, İstanbul 2010

**HATEMİ** Hüseyin/**SEROZAN** Rona, Aile Hukuku İstanbul 1993.

**IŞIK**, Mehmet, Yeni Türk Medeni Kanun Hükümlerine Göre Evlat Edinme, Ankara 2005.

**KAYA**, Cengiz, Türk Hukukunda Evlat Edinme, İstanbul 2009.

**KİZİR**, Mahmut, Türk Hukukunda Evlat Edinme, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 17, S. 1, Konya 2009.

**OĞUZMAN**, Kemal/**DURAL**, Mustafa, Aile Hukuku İstanbul 1998.

**ÖZTAN**, Bilge, Aile Hukuku, Ankara 2004.

**RUHİ**, Ahmet Cemal, Türk Hukukunda Evlat Edinme ve Evlat Edinme ile İlgili Yabancı Mahkeme Kararlarının Türkiye’de Tanınması, Ankara 2003.

**SEROZAN**, Rona, Çocuk Hukuku, İstanbul 2005.

**ŞIPKA**, Şükran, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nun Evlat Edinmeye İlişkin Hükümlerinin İncelenmesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LVII, S. 1-2, İstanbul 1999.

**TEKİNAY**, S. Sulhi, Türk Aile Hukuku, İstanbul 1990.

**YALMAN**, Süleyman, Evlatlık Kararının Kaldırılması (Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme), Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 3-4, Konya 2004, s. 183-190.



**Çeviriler**

---



# (MİMARÎ ESERLERDE) FİKRÎ HAKLAR\*

*CHERPİLLOD İvan/ DESSEMONTET François*

*Çev. Doç. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN\*\**

## I. Eserin Himayesi

### 1. Tanım

1. 9 Ekim 1992 tarihli Fikrî Haklar ve Komşu Haklarına dair yeni Federal Kanunun (LDA) 2.maddesinin 2. bendinin e fıkrasında mimari eserler, fikrî hakları kapsamında korunan buluşlar (*création-yaratım*) arasında zikredilmektedir. Mimari uygulamaların, Kanunda öngörülen eserler içinde yer alabilmesi ve gerçekten bu himayeden yararlanabilmesi için, belli nitelikleri taşıması gerekmektedir. Fikrî haklar kapsamında himayeye elverişli olmanın niteliklerini ortaya koyan bu tanımlama LDA 2. madde 1. fıkrada şu şekilde ifade edilmektedir: “*Değeri ya da amacı ne olursa olsun, edebi veya sanatsal ruhun yaratımı niteliğinde olan ve kişisel karakter (hususiyet) taşıyan her türlü ürüne eser denir*”.

Bu tanımlamadan himayenin üç şartı ortaya çıkmaktadır.

- Buluş Yaratım (*création-yaratım*).
- Özgünlül (hususiyet-*individualité*- ki LDA m.2/1’de “kişisel karakter”den söz edilmektedir).
- Edebî veya sanatsal alana dâhil olma.

---

\* CHERPİLLOD İvan/DESSMONTET François “Les Droits d’auteur”, in. Peter GAUCH/Pierre TERCİER, Das Architektenrecht-Le Droit de l’Architecte, Fribourg 1995, s.405-428.

\*\* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

2. Bu gerekliliklerden birincisi olan “buluş (yaratım)”, taklidin zıddıdır. Ancak bu durum eserin tamamıyla yeni olmasını da gerektirmemektedir. Zira her eser kendisinden öncekilerden bazı alıntılar yapar<sup>1</sup>.

Sanat ya da edebî alana dâhil olma açısından mimari eserler pek problem oluşturmamaktadır. Çünkü bunlar yasada himaye gören buluşlar-yaratımlar arasında sayılmaktadır.

Şu halde özgünlük (veya *individualité* -hususiyet), kanunî himayeden yararlanabilecek mimari eserin belirlenmesinde büyük önem taşımaktadır.

## 2. Özgünlük (veya Hususiyet- *Individualité*)

Aşağıda “*orijinallik*” “*hususiyet*” veya “*kişisel karakter*” gibi terimler kullanılacaktır. Kullanılan terimin pek bir önemi yoktur. Yeter ki aynı anlamı vermede anlaşma sağlansın.

Federal Mahkeme, eski yasa dönemindeki içtihatlarında, sahibinin kişiliğinden bir işaret taşıyan ve kendine özgü bir niteliği olan ürünü, orijinal eser olarak nitelendirmekteydi<sup>2</sup>. Son zamanlarda bu içtihat aşağıdaki biçimi aldı: “*Bu, hususiyet veya özgünlüğün derecesi yahut yaratıcı aktivitenin oranı hakkında her zaman yüksek gerekliliklerin ortaya konulması anlamına gelmemektedir. Kişisel karakter, daha ziyade eser sahibinin yararlandığı buluş yapabilme-yaratım özgürlüğüne bağlıdır. Bu da konunun kendisine bıraktığı hareket alanı oranında gerçekleşir. Yaratıcı aktivite zayıf olsa bile, telif hakları koruması söz konusu olacaktır*”<sup>3</sup>.

Bu içtihadın değerlendirme yeni yasa döneminde de teyit edilmiştir<sup>4</sup>. Özellikle mimari eser konusunda bu böyledir. “*LDA, mimardan son derece özgün bir eser ortaya koymasını istememekte, bilakis yaratıcı aktivitenin zayıf bir derecesini de kâfi görmektedir. Buna mukabil, bilinen şekillerden*

1 Buluş ve korunan eser kavramları için bkz. CHERPILLOD, L’Objet du droit d’auteur, pp.111 ss, spéc. Pp.125ss.

2 Örnek olarak bkz. ATF 105 II 199 (fr.).

3 ATF 117 II 466=jdT 1992 I 387 rés

4 Federal Mahkeme Kararı jdT 1994 I 374, Gereksiz hali ATF 120 II 65.



veya basit çizgilerden oluşan yahut ayrıntılarda hiçbir yaratıcı özgünlüğü taşımayan işlerin korunmasını da reddetmektedir”<sup>5</sup>.

Eserin kullanım yönünün bu himaye üzerinde hiçbir etkisi yoktur (LDA m.2/1). Örneğin endüstri, konut ya da taşıma amacına yönelik eser, kişisel nitelik taşıdığı oranda himayeden yararlanır. Aynı şekilde eserin kalitesi, maliyeti ve amacı da himayeden yararlanmada hiçbir rol oynamaz<sup>6</sup>.

Özgünlük (veya hususiyet), basitliğin ya da salt sıradan bir çalışmanın karşıtıdır. Çünkü bu, eser sahibine özgü kavrayıştan ve seçimden kaynaklanan buluşu-yaratımı gerektirmekte, aynı türler arasından ayrılmasını sağlamaktadır. Yine de hatırlamak gerekir ki, zayıf orandaki bir özgünlük, himayeden yararlanmak için yeterlidir<sup>7</sup>.

Nihayet sıradanlığın karşıtı olan özgünlük, bir eserde bulunan sıradan unsurların korunması anlamına da gelmemektedir. Her yaratıcı faaliyet genel unsurlar içerir; yine de onun özgünlüğü, bu unsurların eklenmesi, birleştirilmesi şekliyle diğerlerinden ayrılmasını sağlayabilir. Bu şekilde, özgünlükten yoksun derlemelerin himayesi de mümkün hale gelir.

### 3. Korumanın Unsurları

1. Fikrî hak, eserin parçalarına da şamildir. Bu parçaların, koruma şartlarını (özellikle özgünlük şartı) taşıması yeterlidir. Dahası bu himaye tamamlanmamış (ön proje, taslak) eserler için de geçerlidir. Zira eserin bitmiş halinden ayrı bir yaratıcı faaliyet sahibi olmaktadır. En azından Avrupa’da, tescil ve kayıt formaliteleri olmaksızın bu böyledir. Yeter ki, sanat ve edebiyat alanına ilişkin olarak özgün yaratımlar söz konusu olsun.

2. Bununla birlikte bazı unsurlar fikrî haklar içinde yer almaz. Bunlardan ilki “*style-uslup-tarz*”dir. Bu terim daha çok, “*somut eserin tersine, soyut ve genel kural anlamında*” ele alınmaktadır. Burada sadece somut olan hima-

---

<sup>5</sup> ATF 117 II 466= jdT 1992 I 387 rés.

<sup>6</sup> Federal Mahkeme Kararı Bulletin CEDÉDAC no 22 (Juin 1994) 8, ATF 120 II 65 de yayınlamadı.

<sup>7</sup> Orijinalite kavramı için bkz. CHERPİLLOD, L’Objet du droit d’auteur, pp.131 ss; DESSEMONTET, Switzerland, in. P. Galler, ed., International copyright Law and Practice, pp. SWI-15 ss, sec.2 (I) (b).

yeye mazhardır<sup>8</sup>. Fikrî haklar, ne bir sanat akımına (örneğin W. Gropius'un "Bauhaus"u), ne eser gerçekleştirilirken kullanılan (fakat örneğin Corbusier'in "Modulor"u gibi olanla karıştırılmayan) formül ya da tekniğe, ne de muhtelif icatlar adedince ortak paydalara hizmet eden (örneğin mimar F. L. Wright'in kaliforniyen sitili) sanatsal bir ürünü karakterize eden genel metoda bağlıdır. Edebi ya da sanatsal özgünlük, taklidi yasaklarken, esinlenmeye izin vermektedir.

Öte yandan içtihat ve doktrine göre fikrî haklar, fikri (*idée*) himaye etmez<sup>9</sup>. Mimari alanda fikirlerin dışa vurumu sınırlı oranda gerçekleşebilmektedir; Açıkçası mimari eserler kavramları yansıtmazlar. Bu bakımdan burada fikir kavramı, orijinalliği olmayan unsurlara veya elde edilen faydalı bir sonuca ilişkin yöntemleri (yahut teknik bir sorunun çözümü ile ilgili olanı) ifade eder. Sayesinde bir yapının gerçekleştirildiği o teknik (örneğin sıvı sıva tekniği) fikrî hakları kapsamında himaye görmez. Bu halde sadece icat berattı, bu himaye kapsamına girebilir. Buna karşılık mimari bir eserin dekorasyonu veya faydalı biçimleri ne olacak?

#### 4. Mimari Eser

##### A. Biçim ve İşlev

1. Mimari eser (iç ve dış düzenlemelerde) daha çok yol, köprü, park ve bahçeler gibi yapıları kapsamaktadır. Bunların himayesinde sorun, biçim ve işlev arasındaki ilişkide ortaya çıkmaktadır. Gerçekten mimari sanat, daha ziyade estetik yaklaşımın teyidi ile bazı pratik gerekliliklerin veya tekniklerin bağdaştırılmasından ibarettir. Mimari yaratım, mimarın özgürlüğünü sınırlandıran bazı işlevsel zorunluluklarla karşı karşıyadır. Bu zorunluluklar bir ölçüde esere verilecek biçimi dikte etmektedir.

Şu gerçektir ki, seçim özgürlüğüne sahip olmamak, özgünlüğe de sahip olmamak demektir. Mimar, hukuk normlarınca –inşaat zabıtası, teknik veya malzeme zorunluluğu gibi- empoze edilen bir çözümün özgünlüğünü ileri süremez.

<sup>8</sup> Sitalin (Style) korunmayacağı konusunda hukuk literatüründe ittifak bulunmaktadır. Bkz. TROLLER, Immaterialgüterrecht, vol.I, pp.394 ve burada yer alan diğer yazarlar.

<sup>9</sup> Bu husus üzerinde ve bu görüşün eleştirisi için bkz. CHERPILLOD, L'Objet du droit d'auteur, 1.er partie, pp.15 à 108.

2. Mimari tarafından meydana getirilen diğer pratik seçimler nelerdir? Doktrindeki bir görüşe göre, eserin yararlılık karakteristiği korunmamaktadır. Biçimin seçimi, yararlılık etkisinin bir zorunluluğudur. Sadece özel işlevi olmayan bileşimler özgün vasıf taşıyabilirler. Zira sadece bu durumda eser sahibi, kendisine bir zorunluluk olarak ileri sürülmeksizin, özgürce yarattığını ortaya koyabileceği alandır<sup>10</sup>. Kuşkusuz böyle bir düşünce çok sınırlayıcıdır. Bir mimari eserin özel nitelik taşıyan unsuru, fikrî haklar himayesinin dışına çıkarılmamalıdır. Yasa da, yararlı bir işlevi olan eserleri (örneğin mimari eserler, özellikle coğrafi işaretler), himayeden yararlanan yaratımlar arasında saymaktadır. Sanatsal ve edebi özgünlüğün, eserin özel bir amacı hedefleyen niteliklerini konu almadığını farzedelim, bu durumda çevre ve görünüm açısından iyi bir uyumu hedefleyen unsurları olan yapıların biçim ve yönünün himayeden yararlanamayacağına karar vermek gerekecektir. Aynı şekilde, bir eserin işlevsel yönlerinin fikrî haklar dışında olduğu düşünülün, bir binanın pencerelerinin kullanımı da bu kapsamda değerlendirilecektir, zira bölgesel aydınlatmayı amaçlamaktadır. Himayeden yararlanacak mimari eser niteliğine karar vermek için işlevin yokluğu kriterini kabul etmek, sadece kötü binaların veya gereksiz dekorasyonların himayeden yararlanacağı anlamına gelecektir. Yasadan bu anlam çıkarılamayacağı gibi Federal Mahkeme de, mimari yaratımların sanatsal niteliği kadar faydalı yönlerinin de himayeye mazhar olduğunu, altını çizerek teyit etmektedir<sup>11</sup>.

Yine de kabul etmek gerekir ki, faydalı niteliklerin himayesi “bazı sınırları” da içinde barındırmaktadır. Örneğin farzedelim ki, bu gün sadece su sızdırma sorunu çıkaran düz çatı biliniyor ve bir mimar yağmur sularının daha iyi tahliyesine imkân tanıyan dik çatılı yapı ile bu sorunun önüne geçilebileceğini keşfediyor. Bu dik çatının belli bir estetik etkiye sahip olduğu konusunda hem fikir olursa bile, böyle bir çatı açısından mimar için bir tekele izin verilemez. Onun sistemi değil, sadece somut çatının estetik ve faydalı biçimi himayeden yararlanabilir. Hukuki açıdan, söz konusu sorunun başka çözümü olsa da (örneğin beton ile düz çatının sızdırmazlığını sağlamak) cevap aynı olacaktır. Kolektif yarar (su sızdırmaz çatıya sahip olmak) pozitif

<sup>10</sup> KUMMER, Das urheberrechtlich schützbare Werk, pp.70 ss. Aynı yönde bkz. DAVID, 100 Jahre URG, p.265.

<sup>11</sup> ATF 100 II 171= jdT 1975 I 534.

hukukun hukuk üstü temelidir. Bu kurallara göre, mimaride kullanılan teknik ve usuller de aynı şekilde fikrî haklar rejimi dışındadır<sup>12</sup>.

Sonuç olarak, bir objenin yararlı işlevinin alınması şeklindeki metot ya da tekniğin kullanımı, mimarın fikrî hakkının ihlâli değildir. Buna karşın, bunların somut düzen ya da biçimi himaye altındadır. Bundan dolayı şayet diğer bir mimar, eserin planlarını (kısmen veya tamamen) taklit ederse ve kullanırsa, intihal yaptırımlarına maruz kalabilir. Onun yapacağı şey, tamamen farklı bir eserin az özgün unsurlarını ödünç almaktan ibaret olacaktır. Alınan unsurların özgünlüğü yeni eserde “*silik*” ise, ödünç alınan nitelikler yeni eserin arka planında kalıyorsa, önceki eserden sadece “*esinlenme*” biçiminde ise, “*serbestçe yararlanma*” ile karşı karşıyayız demektir<sup>13</sup> ve bu durumda fikrî hak ihlâli söz konusu değildir. Yine de bu ilkeyi taklide nazaran, serbest yararlanmanın istisna olduğu şeklinde sınırlayıcı yoruma tabi tutmak gerekir.

### **B. Özgünlüğün Tespiti**

Mimari bir eserin özgünlüğü, her şeyden önce onun türüne bağlıdır. Bir yapı söz konusu olduğunda genellikle şunlar tespit edilir:

- Dış görünüm ve yapısal özellik,
- İç görünüm,
- Çevre.

1. Bir yapının dış görünümünün ve yapısının özgünlüğüne karar verirken, onun boyutları, hatları ve farklılıkları gibi özellikler hesaba katılmalıdır. Örneğin görünümünü, bir cephenin pencerelerini dikkate almak gerekir. Aynı şekilde malzemenin ve renklerin seçimi de bundan farksızdır. Çünkü özgünlük, sıradanlığın karşıtıdır. Buna göre bir mimarın sıradan çözümler-

<sup>12</sup> Bu hususta bkz. CHERPİLLOD, L’Objet du droit d’auteur, pp.140-142. “*Düzenlemeler*”, bir soruna çözüm üretmeye yönelik bir davranış ya da bir çok soyut davranışları içermektedir; orada sadece icatlar değil, aynı zamanda zekaya hitap eden tüm metotlar (*Anweisungen an den menschlichen Geist*) ve mutfak usulleri, oyunun kuralları, reklamcı veya muhasebeci promosyon metotları gibi tüm usulleri sıralamaktadır.

<sup>13</sup> “Özgür kullanım” (*freie Benutzung*) isviçre telif hukukunda yazılı olmayan bir prensiptir. ATF 85 II 129= jdT 1959I 582-583 rés. ; ATF du 21 mars 1985 (Yargıtay Ceza Dairesi) RSPI 1986, p.125. Özgür kullanım hakkında bkz. CHERPİLLOD, L’Objet du droit d’auteur, pp.145 ss.

den ve seçimlerden hangi ölçüde ayrıldığı tespit edilecektir. Bununla birlikte hazır unsurlar veya standart boyutlar, orijinal şekilde biçimlendirilenlerle birleştirilebilir. Öte yandan çoğu zaman yapılan tercihler, tek başına düşünüldüğünde hiçbir özgünlük ifade etmeyebilir; bir cephenin unsuru veya onun kaplamasının bizzat kendisi orijinallikten yoksun olabilir. Buna karşın özgünlük, seçimlerin toplamında olabilir. Genel olarak düşünüldüğünde, yapılan seçimlerin bütünü bir binanın cephesine hususi bir görünüm katarak ona özgünlük vasfı verecektir. Bu durum onun aynı türden diğerleri arasındaki farklılığını ve karakteristiğini ortaya koymaktadır.

2. Aynı prensibe göre yapının iç ve çevre görünümünün özgünlüğüne de karar verilebilecektir. İç görünüm olan birincisi bakımından hacmin dağılımı, bölgesel eklemlemeler, yapıya uyum sağlayan uygulamalar ilk tespit edilebileceklerdendir<sup>14</sup>. İkincisi olan çevre görünümü için, bir yandan yapının arazi üzerindeki konumu, yönü ve görünüm uyumu, diğer yandan bahçe, park ve meydan konsepti<sup>15</sup>, aynı şekilde girilen yolların görünümü hesaba katılacaktır. Bir objenin özgünlüğünü değerlendirirken, yapıyla birlikte ortaya çıkan dış uygulamalar (park, bahçe, giriş gibi) da hesaba katılmamalıdır. Bunlar farklı bir eser niteliğinde iseler, orijinalitesi ayrıca değerlendirilmelidir. İçtihat bize, su kenarındaki villa<sup>16</sup>, bir imar planının bütünü<sup>17</sup> gibi kompleks projelerin korunması örneklerini vermektedir.

3. Bununla birlikte her durumda, bazı tercihlerin empoze edilebileceğine (örneğin malikin talepleri, hukuki veya teknik zorunluluklar) dikkat etmek gerekir: Mimar, kendisine dikte edilen bu tercihleri, eserinin özgünlüğünün temeli olarak ele alamaz. Malik tarafından yapılan bu seçim, esere özgün bir karakter veriyorsa, bu himaye gören bir yaratımdır. Bu durum mimarın, malikin işi olan çözümlerin mülkiyetini ileri sürmesine engel olur. Bu tespit malikin taşınmaz üzerinde tadilat yapacağı durumlarda önem arz etmektedir.

---

14 Örnek olarak bkz. ATF 100 II 167- JdT 1975 I 534 (bir fırının iç düzeninin korunması mümkünatı).

15 Park ve bahçelerin korunması hakkında bkz. KUMMER, Das urheberrechtlich schützbare Werk, p.137. Bir yapının çevresinin orijinallğine ilişkin BGH, GRUR 1957, p.391 kararına bakınız. Yine bir grup binanın korunmasına ilişkin Federal Mahkemenin JdT 1994 I 373-375 kararına bakınız.

16 JCP 1973 IV 31 (Draguignan Yüksek Mahkemesi).

17 DA 1943, 100 (İtalya-Yargıtay).

Zira mimarın, eserin bütünlüğünün korunmasını isteme hakkını<sup>18</sup> ileri sürmesi ile çatışabilecektir. Ayrıca teknik veya pratik zorlamaların sonucu olan kimi tercihlerin özgünlüğü yavan olacak ve değersiz görülecektir. Buna göre, inşa edilen bir yapının parsel biçiminin zorlaması nedeniyle binanın biçimi de kısmen ya da tamamen bozulabilir. Bununla birlikte binanın bütünü içinde yer alan orijinallığı az tercihler himayeden yararlanır.

4. Bir mimari eserin mevcut yapılardan ne ölçüde farklı olduğunun belirlenmesi, Federal Mahkemeyi aşan (gücünü-kapasitesini aşan) bir saf *maddi/fiili* meseledir. Öte yandan, bu tespitlerden (mevcut yapılardan ne ölçüde farklı olduğuna ilişkin tespitlerden) hareketle, binanın fikri mülkiyet haklarının korunmasına ilişkin kanunda işaret edilen “orijinal/özgün niteliğe” sahip olup olmadığının belirlenmesi ise bir *hukuki* meseledir. “Bu karar sürecinde (bu meselede); işin doğası, ekseriyetle, uzmanların bir mimari eserin mevcut yapılardan tefrik edilmesini sağlayacak unsurları açık ve net biçimde ortaya koymasına ve hâkimin eserin özgünlüğü sorununu tek başına çözümlemesini sağlayacak temelleri belirlemesine mani teşkil ettiği için hâkim, bir takım fiili/maddî zorluklarla karşı karşıya kalmaktadır. Bu nedenle hâkim, büyük oranda (uyuşmazlıkların çoğunda), sadece aslında bir maddi/fiili mesele olan eserin mevcut yapılardan ayrılması hususunda değil; aynı zamanda bir hukuki mesele olan özgünlüğün belirlenmesi hususunda da uzmanlara başvurmak zorunda kalmaktadır”<sup>19</sup>.

5. İçtihat, himaye kapsamına giren bazı örnekleri bize sunmaktadır: Bir fırının<sup>20</sup>, kilisenin<sup>21</sup>, bankanın<sup>22</sup>, bir konut bloğunun<sup>23</sup> iç düzenlemesi gibi. Buna karşın Kantonal kararlarda, örneğin standart kiralık bloklarda<sup>24</sup>, bir aile tipi evde<sup>25</sup>, himayeye değer özgünlük görülmemektedir. Yinede bu ka-

18 Bu hususta aşağıda s.1390’a bkz.

19 (TdA) ATF 56 II 418. Ayrıca bkz. ATF 100 II 175.

20 ATF 100 II 167- JdT 1975 I 534.

21 ATF 84 II 570- JdT 1959 I 584.

22 ATF 58 II 290 (fr.).

23 ATF 56 II 413- JdT 1931 I 201 Ayrıca bkz. ATF 117 II 466- JdT 1992 I 387.

24 EGV SZ 1973/1974, p.24 (Schwyz, Kontonsgericht).

25 RSPIDA 1975, p.160 (Argovie, Obergericht). Ayrıca bkz. RSPI 1991, p.87 (Vaud, Cour civile).

rarlardan genel olarak şu sonucu çıkaramayız; özgünlük esas olarak türe bağlıdır. Örneğin bir fırının iç düzenlemesi her daim koruma altında iken, kiralık bloğunki hiçbir korumadan yararlanmayacaktır.

### C. Eserin Parçaları

Bir mimari eserin parçaları da, himaye şartlarını (özellikle özgünlük şartı) taşıyorsa, himayeden yararlanır. Örneğin bir havuz<sup>26</sup>, bir hol, bir merdiven tek başına fikrî hak koruması konusu olabilir. Bununla birlikte bir mimari eserde himaye, eseri bütünleyen parçalara yöneliktir. Eserden kolayca ayrılabilen (veya sürekli biçimde ayrı yapılan) unsurlar kural olarak fikrî haklardan yararlanamaz<sup>27</sup>. Ancak ayrı bir fikrî hak konusu oluşturabilir.

## 5. Planlar, Maketler ve Mühendis Çalışmaları

1. Planlar ve maketler, eserin kopyasıdır. Eser korunuyorsa, plan ve maketler de aynı şekilde korunur. Şayet plan grafik durumunda, himayeye mazhar bir eserin anlatımını teşkil ediyorsa, yapı gerçekleştirilsin gerçekleştirilmesin ondan bağımsız olarak fikrî hak himayesinden yararlanır<sup>28</sup>. Dahası plan veya maket, temsil edilen yapının üzerinde bir fikrî hak bulunup bulunmadığına bakılmaksızın himayeden yararlanır. Buna göre resim veya model özgün bir tasarım teşkil edebilir. Elbette kroki ya da maket, bina olmasa da koruma altındadır. Kroki herhangi bir resim gibi, maket “küçültülmüş model” gibi malzeme ve renklerin seçimi, bazı detayların (kişilik, çevrenin şematize resmi gibi) eklenmesi sayesinde belli bir özgünlüğe sahip olabilir.

2. Mühendis çalışmaları. Çoğu zaman mühendis çalışmaları, onların işlevleri tarafından baskılanmış olur. Öyle ki kişisel ifade yönü son derece kısıtlıdır. Sanatsal ve edebi özgünlük, örneğin ne metalik çatı kirişlerine ne de istatistik hesaplarına bağlanabilir.

---

26 GRUR 1982, p.369 (BGH): Bir alanın iç bölümlenmelerinin, bütünlük anlayışının, çatı biçiminin korunması (çadır biçiminde).

27 GRUR 1982, p.107 (BGH): Bir kiliseye çıkarılabilir bir elektronik org yerleştirilmesi.

28 TROLLER, Immaterialgüterrecht, vol I, p.386. Mimarın planları imzalamaya yetkisi olsun olmasın, fikri haklar bakımından hiçbir önemi yoktur.

## 6. Fikrî Hak Dışında Koruma

Çalışma, fikrî haklar kapsamında korunamadığı takdirde, mimar sözleşme hükümleri, iyi niyet kuralları ve haksız rekabet kuralı çerçevesinde korumaya başvurabilir.

### A. Sözleşme ve İyi Niyet Kuralları

Sözleşme ve SIA (sözleşme ona yollama yapıyorsa) kuralları malikin, planlardan işin sadece bir uygulaması için kullanma hakkına sahip olduğunu öngörebilir. Şayet malik sözleşme hükümlerinden çıkarılabilecek yasak alana geçmiş ise, mimar onu, sözleşmenin ihlâlinden sorumlu tutabilir. Ne plan ne de eser fikrî haklar kapsamında korunmasa bile, bu imkân mevcuttur. Malik CO 97. maddeye dayanan bir zarar-zıyan (tazminat) davasına maruz kalabilir<sup>29</sup>.

Planların malik tarafından tekrar kullanılması yasağı, iyi niyet kurallarından da kaynaklanabilir. Malik benzer bir çok bina yapmak istediğinde, bir tek yapı için plan ısmarlamakla yetinip, bu planı fotokopi şeklinde diğer binalar için tekrar kullanırsa, iyi niyet kurallarına aykırı hareket etmiş olur.

Tam tersine, mimara planları tekrar kullanmama yükümü yükleyen sözleşme ve iyi niyet kurallarına da riayet etmek gerekir. Bu durumda malik, gerçekleştirilen yapının tekel şeklinde kendisine bağlanmasını karşı taraftan açık bir şekilde isteyebilecektir.

### B. Haksız Rekabet Yasası

Bir gayri maddi mal, fikri mülkiyete özgü yasalarca korunmuyorsa, onun taklidi, özel koşullar dışında, serbesttir ve haksız rekabet davasına konu olmaz<sup>30</sup>.

Bununla birlikte Haksız Rekabet Yasası 5. maddesi düzenlemesi, haksızlığı başkasının eserinin sonuçlarından doğrudan yararlanma eylemine hasretmektedir<sup>31</sup>:

---

<sup>29</sup> EGV SZ 1973/1974, pp.27-28 (Schwyz, Kantonsgericht: SIA 102 (1969 tarihli) Yönetmeliğinin 5/3. maddesinin son paragrafının ihlâli. Meri SIA 102 Yönetmeliği (m.1/9) şu düzenleme ile sözleşmeye yollamada bulunmaktadır: “Müvekkil ücretini ödeyerek, sözleşmenin süresi sonunda mimarın yükümlülüklerinin sonuçlarını kullanma hakkını elde eder”.

<sup>30</sup> Bu sonucusu için bkz. ATF 105 II 302 (fr.).



“Özellikle şu hallerde haksız hareket edilmiş olur;

a- Kendisine emanet edilen, örneğin sunu, hesap ya da planlar gibi iş sonuçlarından haksız yere yararlanmak,

b- Sunu hesap ya da plan gibi üçüncü kişilere ait iş sonuçlarına haksız şekilde ulaşım bunlardan yararlanmak,

c- Üçüncü kişilerin pazara sunulmaya ya da işletmeye hazır çalışmalarının sonuçlarını, taklit teknikleri yöntemiyle, hiçbir emek sarfetmeksizin kullanmak”<sup>32</sup>.

Bu madde, çalışması haksız yere taklit edilen veya işletilen mimara, kullanılmak üzere bir takım hukuki silahlar sunmaktadır. Ona ceza davaları kadar özel hukuk davaları da (eylemin haksızlığının tespiti, karışıklığın ve müdahalenin durdurulması, tazminat ve elde edilen gelirin verilmesini isteme gibi) öngörmektedir. Fikrî hakların tersine, buradaki koruma, eserin bütününe orijinalliği olmasa da, teknik resimleri uygulama planları, mühendislik hesapları gibi durumlara yöneliktir.

## II. Mimarın Hakları

### 1. Genel Olarak

1. Fikrî haklar yasası kapsamında bir mimari eser meydana getiren mimar, bu eser üzerinde maddi ve manevi haklara sahip olur. Eser sahibinin ayrıcalıklarını belirtmek için “manevi hak” denildiğinde, esas olarak parasal hakların korunması değil, kişilik haklarının korunmasından söz edilmektedir. Burada muhtelif korumalara konu teşkil eden maddi ve manevi haklar, mimarın eseri üzerindeki fikri mülkiyetinden (özgünlüğünden) neşet etmektedir.

2. Fikrî hak, gerçekten bir fikri mülkiyet hakkıdır.

- “Mülkiyet” deniyor, zira eser sahibi, eseri üzerinde herkese karşı ileri sürebileceği tam bir tasarruf hakkına sahiptir<sup>33</sup>. Yahut 1992 tarihli Yasada

---

<sup>31</sup> Bu son düzenleme için özellikle bkz. PEDRAZZİNİ, Unlauterer Wettbewerb, Bern 1992, p.171.

<sup>32</sup> LCD m.5/c için özellikle bkz. FIECHTER, Der Leistungsschutz nach Art.5. lit.c UWG, thés Saint-Gall, Bern 1992.

ifade edildiği gibi, “eser sahibi, eser üzerinde inhisarî bir hakka sahiptir” (m.9/1). Medeni Kanunda yer alan mülkiyet hakkı gibi (m.641) mutlak bir haktır. Mimara karşı sözleşmeye dayalı bir yükümü olmayan, örneğin taşınmazı sonradan satın alan kişiler de bu hakka riayet etmek zorundadırlar.

- “*Fikri mülkiyet*” söz konusudur, zira bu mutlak hakkın konusu bir bina gibi elle tutulur bir şey değil, bir fikri buluş-yaratım, bir fikri mal söz konusudur. Burada bir bina şeklinde maddeleştirme değil, bir anlatım şekli, fizik dünyadaki bir varlığın bir kipinin anlatımı vardır. Fakat sadece bu değil, maketler, planlar, fotoğraflar, holograf tarafından gerçekleştirilen üç boyutlu üretimler, fikrî haklar kapsamındaki mimari yaratımların fizik araçlarıdır.

Mimar, nadiren de olsa, hem planı çizip hem de inşaatı yaptıysa, taşınmazın maliki olabilir. Çoğu zaman *mimari eser üzerindeki fikri mülkiyet ile bu eserin görünür hali olan bina üzerindeki medeni mülkiyet arasında potansiyel bir çatışma vardır*. Hukuk düzeni fikri eser sahibi mimara bazı imtiyazlar tanıyarak, binanın malikinin haklarını biraz sınırlandırmaktadır<sup>34</sup>. Bununla birlikte fikrî haklar, sadece bina malikine karşı ileri sürülebilen haklar değildir: Bir kiracı eserin bütünlüğüne zarar verebilir, bir gazeteci eser resminin altına kendi adını yazarak mimarın hakkını ihlâl edebilir<sup>35</sup>, bir fotoğrafta bir binanın klişe sözü, haksız yere tekrar kullanılabilir<sup>36</sup>.

Bununla birlikte, binanın maliki ile mimarın hakları arasındaki çatışmada, özellikle iki yararı karşılaştırmak gerekir. Gerçekten yatırımların önemi yargıcı, malikin haklarını mimarın haklarına tercih etmeye yöneltebilir. Eser sahibine ve mimara tanınan haklar sarıh olarak belirtilmektedir (LDA m.12/3). Üstelik mutlak bir çevre ve imtiyazlarını şartsız şekilde veriyor. Gizlememek gerekir ki, ihtilaf durumunda yargıç, karşılıklı yararların incelenmesi, ölçülülük ve hakkaniyet gibi büyük ilkelere dayanacaktır.

---

<sup>33</sup> Art. 11 du Projet de LDA (1984).

<sup>34</sup> Cf. STAHELİN, Urheberrecht und Eigentum, Thés Bâle 1964.

<sup>35</sup> ATF 84 II 570-JdT 1959 I 583.

<sup>36</sup> Şayet klişeler, bir komu alanının ya da yolunun klişesi ise, çoğaltılmasında muhtemelen yasa dışılık problemi olmayacaktır: LDA m.27/1; Cf. D.Barrelet et W. EGLOFF, Le nouveau droit d’auteur, Bern 1994, N 4 ad Art. 27 LDA.

## 2. Mimarın Maddi Hakları

### A. Eseri Umuma Arz Hakkı

Mimar, ilk olarak, eserini aleniyete dökme hakkına sahiptir. Örneğin bir binanın maketinin sergilenmesi, bir imar planının veya özelleştirilmiş görünüm klişelerinin yayınlanmasına izin vermesi (LDA, m.9/2). Bu hak, aşağıdaki koşullarda, eser malikine ve üçüncü kişilere riayet yükümlülüğü yüklemektedir (Bkz. m.15/2,3 ve SİA 152).

Yapı ruhsatı talebi, henüz bir yayım teşkil etmez. Buna karşın umumi ankete sunulması, sınırsız sayıda insanın bilgi sahibi olmasına imkân tanımaktadır. Mimarın eser maliki ile mutabakat gereğince vermek zorunda olduğu elverişli açıklama yöntemine göre verdiği yetki, fikrî haklar kapsamında ilk defa açıklama anlamına gelir.

Günümüz hukukunda bu hak, eserin ilk defa umuma arzı için tanınmaktadır. Sonra tüm yasal zilyedler, maket şeklinde, kamuya verme şeklinde veya klişeleri yayınlama şeklinde onu açıklayabilirler.

### B. Eseri Çoğaltma Hakkı ve Uygulamada Tekel Hakkı

1. Mimarî eseri çoğaltma münhasır hakkı (LDA, m.10/2-9), eseri icra hakkını da içermektedir. Yasanın çözümü mantıklıdır. Çünkü eserin icrası, sözgelimi bir binanın inşası, esasen eserin sanatsal ve ekonomik değerlendirilmesine sokulması demektir.

Bu yasal düzenleme temelini zaten m.5.5 SİA 102 (1969) da vermektedir. Burada öngörülmektedir ki; proje sahibinden başka bir mimar tarafından uygulama söz konusu ise, malik yüzde 20 artırma şerefîyesi ödemek zorundadır. Bununla birlikte şerefîyenin otomatik artırımı, işin tek bir kopyasının yapımı için malike izin veren aynı üçüncü maddenin başlığındaki prensibi ihmal ediyordu. Anlaşılmaktadır ki, SİA 102 (1984) düzenlemesi bu artırımı yeniden öngördü<sup>37</sup>.

Bir mal varlığı hakkı olan ve temlik edilebilir (devredilebilir) olan çoğaltma hakkı, akdî bir düzenlemenin konusu yapılabilir. Örneğin mimarî

---

<sup>37</sup> Bkz. ATF 104 II 319 (fr.); DESSEMONTET, Contenaire du Code des obligations, p.508; TERCIER, supra, no.1285.

eserin (prefabrik aile evleri, özgün unsurlar taşıyan tatil evleri<sup>38</sup> gibi) seri üretim hakkını karşı âkide devretmek mimarın elindedir. Bu izin, fikrî hakların temliki (manevi haklar rezervi ile, aşağıda bkz.) veya tekel niteliğinde olay yahut olmayan bir lisans verme şeklinde de olabilir.

2. Münhasır çoğaltma hakkı, değişiklikler yaparak çoğaltmayla da ilgilidir. Bu hak malikin, eser sahibinin izni olmaksızın mimari eserin modeli veya planlarına göre bir kol eklemek yahut bir eklenti ilave etmek şeklinde yapıyı genişletmesini yasaklamaktadır. Bu nedenle, LDA'nın 12. maddesinin 3. fıkrası malikin bir mimari eser üzerinde ancak bu şekilde değişikliğe gidebileceğini açıkça belirtmek durumunda kalmıştır.

Eski yasanın etkisi altında, kiralık taşınmazın malikinin, mimarın izni olmadan bitişik parselde kopyalanmasının mümkün olmadığına karar verilmiştir<sup>39</sup>. Fikrî haklarından bağımsız olarak SIA 102-1969 m.5 düzenlemesi, aksine anlaşma yoksa planların sadece bir defa kullanılabilmesini öngörüyordu. Kantonal Mahkeme doğru biçimde, bir blok için olan planın, birçok örnekleri için çoğaltılmasını, bunun özgünlükten yoksun olması halinde mümkün olacağı biçimde uyguluyordu. Bu ise daha düşük tazminat ödeme şeklinde kendini gösteriyordu<sup>40</sup>.

Yabancı ülkelerde Mahkemeler, bir binanın özgün planına uygun olarak genişletilmesine mimarın izninin olduğu varsayılmaktadır<sup>41</sup>. Bu iznin önceden verilmiş olduğu anlaşılmaz değildir. Örneğin şayet bir mimar, birçok etabı içeren bir plan yapma yükümü altında olup, sadece ilk etap yapılmış ise, diğer etaplar genel plana göre uygun olarak başka mimarlarca, ilk mimarın anlayışı çerçevesinde yapılacaktır. Bu izin sarîh veya zımnî olabilir. Bu durum; ne birinci etap planın duplekasyonuna, ne de birinci mimarın ününe zarar verecek bir ilaveye imkân tanır. Örneğin temel simetrisinin tahribi<sup>42</sup>

---

38 Draguignan Temyiz Mahkemesinin örneği için bkz. JCP 1973 IV 31; İtalyan DA kararı, 1943, p.100(Yargıtay).

39 ATF 56 II 413- JdT 1931 I 201.

40 Bkz. Supra not. 29.

41 Bkz. Riom İstinaf Mahkemesi, JCP 1967 II no 15183 ( bir idarî binanın genişletilmesi); BGH in GRUR 1981, p.196 (bir fabrikanın genişletilmesi).

42 JCP 1967 II no 15183.

mimarın kendi yaptığı binaların çok kötü bir değişikliği gibi<sup>43</sup>. Buna karşın Federal Mahkeme'ye göre, Zürih Federal Politeknik Okulu binasının birinci etap genişletme mimarı, bu binanın üçüncü etabı için seçilen projenin uygulanmasına itiraz edemez<sup>44</sup>.

**3.** Görüşümüze göre, mimarın eserinin temel unsurları bakımından yeniden üretiminde bir rezerv hakkı bulunmaktadır. Örneğin, sonradan ortaya çıkan koşullar sebebiyle dış cephenin yeniden yapılması, iç mekânın genişletilmesinde olduğu gibi. Diğer yeniden yapımlarla birlikte bir cephenin başka bir cepheye montajı hayli ince bir husustur. Fakat bu çözüm teknik sebeplerle nadiren reddedilecektir.

İlk binaya bitişik genişletme durumunda veya dış cephe gibi orijinal unsurların kısmi tamirinde yargıç karşı karşıya olduğu yararları iyi tartmalıdır. Bir taraftan yeni mimar estetik üslup veya işlevsel motiflerden bazı unsurları kullanma isteğinde, diğer taraftan ilk mimar bu unsurların uygulanmasında inhisarî hakkı olduğunu ileri sürmektedir. Bununla birlikte ilk mimar bizzat kendisi orijinal eseri üzerinde mümkün olan en az bozukluk bile yapılırsa, ideal bir menfaate sahiptir<sup>45</sup>. Bir kamu binası, bir kamu yolu üzerine veya bir meydana konumlandırıldığında, modern ile eski mimarının uyumunu gerektirir. Federal Mahkeme'ye göre; *“himaye edilebilir eser karakteri sadece ayrı binalara has değildir, telif hakları aynı zamanda, kişisel karakter taşımak kaydıyla, fonksiyonel, estetik veya şehirsal açıdan belli bir görünüm arzeden birlik şeklinde inşa edilen yerleştirmeleri veya bina guruplarını da kapsar”*<sup>46</sup>. Kısaca *“birlikte etki”* de himayeye mazhurdur. Bu türün şartları içinde bir uzlaşma çözümü aramak akıllıca olacaktır. İlk mimara yaratımlarının özgün unsurları üzerindeki inhisarî hakkını bırakmak, fakat ondan bazı ritimlerin yeniden kullanımını, eserinin çatı, renk, kolon ve çatı formu gibi unsurların telmihini tolere etmesini istemek gerekir.

**4.** Kanaatimizce, çoğaltma hakkını kısıtlayan unsurlar tek başına fonksiyonel motiflerden ileri gelmektedir. Bir teknik kural veya kullanım gerekliliği belli bir mimarî çözümü zorunlu kılıyorsa, başka bir çözüm mümkün de-

---

43 Aşağıda 38 numarada not edilen karar.

44 ATF 120 II 65- JdT 1994 I 372.

45 Bkz. İnfra no.1390.

46 JdT 1994 I pp.373-374.

ğilse, fikrî haklar bunu korumayacaktır. Bazı yazarlara<sup>47</sup> karşı olarak biz, bir iç mekânın bölünmesi ve bir mimar tarafından değiştirilen diğer pratik çözümlerin korunmasının mümkün olmadığını düşünmekteyiz. Bu düşünce ekolü, çoğaltma münhasır hakkının korunması bahanesiyle, bir usta çözümlünün veya kolay bir planın mimarın tekeline verilmesinden kaygılanmaktadır. Bu korku bize haklı gözükmemektedir. Zira fikrî haklar bir tek el vermemekte, fakat intihali yani buluş-yaratım ve çaba sarf etmeksizin basit ve salt alımı yasaklamaktadır. Başka bir mimar başka bir proje kapsamında, aynı teknik fikri kullanmakta veya aynı pratik çözümü yeniden uygulamakta özgür olacaktır. Buna karşın ilk mimarın planını kopya etmesi, holografi ile yeniden kurması, izin almaksızın orijinal planları kullanması mümkün olmayacaktır.

### C. Mimarın Mirasçılarının Hakları

Mimarın fikrî hakları, tüm yaşamı boyunca ve ölümünden sonra yetmiş yıl devam eder<sup>48</sup>. Bir eserin oluşturulmasına (basitçe uygulayıcı olarak değil) birçok mimar katkıda bulunmuş ise, söz konusu yetmiş yıllık süre en son vefat edenin vefatından itibaren hesaplanır.

Mimarların mirasçıları, mali hakların kullanımı ve tasarrufu konusunda, onların yerini alır. Payları oranında paylaşabilirler, mimarın sağlığında yapabileceği gibi üçüncü kişiye devredebilirler, bir ortak şirket oluşturabilirler. Dolayısıyla binada sonradan yapılacak bir değişikliğin ilk müteahhidin fikrî mülkiyet hakkına zarar verme ihtimali taşınması halinde, mirasçılara (*de cuius* hakkı sahiplerine) başvurarak izin almak münasip olur. Onların izni, bedelsiz veya onursal bir ün bahşedebilir.

Fikrî Haklar Yasasına doğrudan bakıldığında, manevi hakların süresinin de mali haklarla aynı olduğu görülecektir<sup>49</sup>. Eser sahibinin ölümünden sonra, kullanma hakkına sahip olma dışında, sadece yararlanma hakkına sahip olabilecektir<sup>50</sup>.

47 KUMMER, Das Urheberrechtlich schützbare, p.135; DAVID, 100 Jahre URG, p.265.

48 Yazarı bilinmeyen eser için bkz. LDA m.31.

49 Cf. BARRELET/EGLOFF, N 13 ad art. 11 LDA et N 10 ad art. 29 LDA.

50 FF 1989, III 515, ch.212.31 in fine. Le Message est d'ailleurs ambigu sur ces questions; cf. BARRELET/EGLOFF, N 13 ad art. 11 LDA.

### 3. Mimarın Manevi Hakları

Bir eseri ilk defa aleniyete kavuşturma hakkı, salt “*manevi*” bir olgudur, yani eser sahibinin kişisel yararlarının korunması ile alakalıdır (bkz. SIA 152, m.15.3). Üstelik mimarın manevi hakkı üç imtiyazı kapsar: eser sahipliği hakkı, eserin bütünlüğünün korunması hakkı, esere ulaşım hakkı. Bunlar devredilemez haklardır. En azından öğretilerdeki baskın görüşe göre bu böyledir.

#### A. Eser Sahipliği Hakkı

1. Mimar, eserinin sahibi olarak gösterilme hakkına sahiptir. Binayı bizzat yapması önemli olmayıp; projesinin temel niteliklerinin kullanılması kâfidir<sup>51</sup>. Bu durum özellikle şu hususları içermektedir.

- Eser sahipliği hakkı, mimar ile eseri arasındaki manevi (tinsel) bağı korumaktadır. Halbuki CC m.28 veya Medeni Kanunun m.173<sup>52</sup> birey gibi mimarın kişilik onurunu korumaktadır. Şayet bir mimar, Mussolinci bir anıtsalcılıkla suçlanırsa, bu onu kişiliği ile suçlamak demektir. Buna karşın, eserin bir yarışmaya veya uygulamaya sokulması eser sahibinin manevi hakkıdır ve sadece ona zarar verir. Bu bakımdan kişilik hakkının korunması ile eser sahibinin manevi hakkının korunmasının ayırt edilmesi uygun olur.

Bununla birlikte Federal Mahkeme, bu konuya ilişkin başka bir yasal temel yok iken, yaratıcılık hakkını CC m.28’e dayandırdı<sup>53</sup>. 1955 tarihli LDA m.68 (bis), sanatsal ve edebî eserlerin korunmasına ilişkin Berne Konvensiyonu’nu m.6(bis) (RS.0231.11) kabulünden beri, İsviçreli yazarların eserlerine tamamıyla uygun olarak İsviçre’de ilk kez yayınlanmış oldu. Bu fikrî hakkını doğrudan korumaktadır. Bundan böyle bu hakkı koruyan LDA 9.madde 1. fıkradır.

- Fikrî hak mimara aynı zamanda, izni olmadan onuruna ve kişisel görüşlerine aykırılık oluşturacak tarzda değişikliğe uğratılan yapıdan, isminin çıkarılmasını isteme imkânı tanır<sup>54</sup>. Tersine, mimarın adını taşıyan bir anıt-

51 ATF 84 II 570- JdT 1959 I 583.

52 Bkz. ATF 92 IV 99 (fr.)

53 ATF 84 II 570.

54 Bkz. Avusturya Fikrî Haklar Yasası paragraf 83/2.

sal plakanın, restorasyonu veya genişletilmesi çalışmaları esnasında, yerinden çıkarılırsa, mimar söz konusu plakanın yerine yerleştirilmesini, binanın duvarına veya ismin yer aldığı önceki yüzeye isminin yeniden kazınmasını isteyebilir. Yeter ki binanın özü temelden değiştirilmemiş olsun<sup>55</sup>.

2. Burada kaydedelim ki, eser sahipliği hakkı devredilmez nitelikte olsa da, eser sahibi bundan vazgeçebilir.

### **B. Bütünlük Hakkı**

1. Genel olarak eser sahibi, eserini herhangi bir biçimde değişikliğe uğratma hakkına sahiptir (LDA, m.11/1-a). Dahası, bir üçüncü kişi, yasa veya sözleşme gereği, eser sahibi ile birlikte, eserde değişiklik yapmaya yetkili olsa bile eser sahibi, “kişiliğine zarar verebilecek tüm müdahaleler bakımından bu kişiye itiraz etme hakkına sahiptir” (LDA m.11/2). Eserde sonradan değişiklik yapmanın münhasıran eser sahibine ait olduğu rezervi eser sahibine, kişisel haklarına yönelik zararlardan bağımsız olarak, mutlak bir bütünlük hakkı tanımaktadır. (Buna karşın Bern Konvansiyonu 6(bis) maddesi eser sahibine, onuruna ve haysiyetine hanel getirici tüm zararlara karşı koyma hakkı tanımaktadır)<sup>56</sup>.

2. İlkın şu sorulabilir. 1992’den önce hukuk, mutlak bir bütünlük hakkı ve eserin bütünlüğünü tanıyor muydu? Kanaatimizce yeni nüshaların oluşturulması ile tek nüshanın değişikliğe uğratılması halinin ayrı değerlendirilmesi uygun düşer. Söz konusu eserin çoğaltım hakkı devredildiğinde, aksine bir sözleşme yoksa basit ve açık olarak sadece bir çoğaltma mümkündür (CO m.384/1)<sup>57</sup>. Kendisince çoğaltma hakkı devredilmeyen kişinin, eserde değişiklikler yapacak yeni nüshaları meydana getirmesi hiç mümkün değildir.

Buna mukabil, eserin bir nüshasına sahip olan malik, bir değişiklik yapmak istediğinde durum farklıdır. Gerçekten gravür veya mimarî alanda aynı plana uygun bina yapımında olduğu gibi eserin birçok nüshası varsa, eser sahibi değişikliklere itiraz etmede muhtemelen aynı menfaatlere sahip değil-

<sup>55</sup> Gazete du Palais 1931, I 224 (Tribunal civil de Cusset). Cf aussi arrêt du Landgericht de Munich du 5 mars 1868, cité par BACHMANN, Architektur und Urheberrecht, p.326.

<sup>56</sup> Bkz. ATF 96 II 409- JdT 1971 I 597.

<sup>57</sup> Bununla birlikte, seyahat kılavuzu gibi kullanılan eserlerde, çoğaltma hakkının temliki, eserin periyodik olarak değiştirilmesini de içerebilir. Bkz. Cour de Justice de Genève, SJ 1977, p.433-RSPIDA 1978, p.108. Hesap kitabı için bkz. ATF 69 II 53-JdT 1943 I 337.



dir<sup>58</sup>. İkinci olarak, eser üzerinde değişiklik yapılmasında var olan malikin yararı, ortada sadece bir nüsha olsa bile, eser sahibinin yaratımının bütünlüğünün korunmasından daha önemli olabilir. Malikin üstün menfaatlerine saygı ile bağdaşan tüm durumlarda, eser sahibinin menfaatlerinin korunması söz konusudur. Oysa yapı alanında malik, genellikle binanın fonksiyonuna uygun adaptasyonun yapılmasında üstün bir yarara sahiptir. Büyük kamu binaları gerektirdiğinde, sadece bu durumda mimar, bütünlüğün korunması hakkını ileri süremez.

LDA projesi 19. madde şunu öngörmektedir. “*Bir mimarî eserin maliki, onun gerektirdiği orijinal karaktere saygı göstermek şartıyla, eserde değişiklik yapabilir*”.

Böylece uzlaşmacı bir çözüm kabul edilmiş olacak, birçok durumda, denklik sağlanmış olacaktır<sup>59</sup>. Kuşkusuz bu düzenlemeyi getirenler, bazı sınırlar da öngörmektedirler. Bu durum planlarda uygulanamaz<sup>60</sup>. Bununla birlikte planların değiştirilmesi ile tamamlanmış bir binanın değiştirilmesi arasında önemli bir fark yoktur. Her ikisinde de bütünlük hakkı mevcuttur; fakat her iki durumda da malikin üstün menfaatleri, mimarın bazı değişiklikleri tolere etmesini gerekli kılabilir.

Güncel hukukta LDA 12/3. maddesi, daha nüanslı bir çözüm öngörmektedir. “*Bir kere gerçekleştirilirse, mimarî eserler malikleri tarafından 11/2. maddedeki şartlar dâhilinde değişikliğe uğratılabilirler*”. Bu metinden şu sonuç çıkmaktadır ki, tüm korunan eserler gibi planlar da, eser sahibinin izni

---

<sup>58</sup> Bu durum tahrip halinde korumayla ilgilidir (plastik eserler vs.). LDA 15. maddesi, birçok örnekle tek bir eserin var olmasını ayırmaktadır.

<sup>59</sup> Yasama politikası bakış açısından mimarî eserlere özel bir statü öngörülmesine sevinilip sevinilmeyeceği sorulabilecektir. LDA m.12, 3, eserine saygı duyulması konusunda fikrî haklara bir istisna getirilmesi tutumunu benimsemiştir. O zaman malik, eserin özüne, özelliğine ve şahsi karakterine daha fazla saygı göstermeye zorlanabilecektir. Söz konusu düzenleme, öncelik sırasını göstermeksizin, birbiriyle çelişik iki unsur içermektedir. Bize göre, mimarın hakları ile malikin hakları arasındaki ince hakemliğin içtihadı bırakılması tercih edilmelidir. Öte yandan manidardır ki, SIA, 102 Yönetmeliğinin revizyonunu öngörmektedir. Burada *planlardaki* (eser değil), yapının maliki tarafından yapılacak tüm değişiklikler yasaklanmaktadır. (Projenin 11/4-1 maddesi, mümkün koşullara yollama bulunmaktadır). SIA 1984 tarihli 102 Yönetmeliğinin kesin biçiminde (m.1.9) bu yasaklamadan vazgeçiyor. GAUCH, TERCIER, DESSEMONTET’in aldığı tavırlar için bkz. BR/DC 1982, p.7.

<sup>60</sup> Message du Conseil fédérale, ch.211.42 ad. Art. 19. Aynı anlamda bkz. STAHELİN, Urheberrecht und Eigentum, p.132, n.45.

olmaksızın yapılacak tüm değişikliklerden korunmaktadır. Buna karşın, yapı bir kez gerçekleştirildiyse, malikin bu binada değişiklik yapması mümkündür. Bununla birlikte mimarın, “kişiliğine zarar verici, eseri bozucu değişikliklere” itiraz etme hakkı vardır (LDA m.11/2). Diğer bir deyimle, malikin yararları ile mimarın kişisel yararları arasındaki hakemlik zorunlu gözükmemektedir.

3. Pratikte, estetik bir amaç güden değişiklikler her zaman mimarın oluru gerekli kılacaktır<sup>61</sup>. Diğer değişikliklerde ise, değişikliğin ağırlığına ve gerekliliğine göre karar verilecektir. Bu bakımdan, binanın yeni bir kullanıma uyumlaştırılması için yapılacak değişiklik veya ilk mimarın öngördü amaca daha iyi hizmet etmesi için yapılan değişiklik, önemli değişiklikler değildir. Bu nedenle Paris Mahkemesi Petit Palais’de yeni ressamın koleksiyonunu karşılaması için iç mekânda yapılacak değişikliğe müsaade etmiştir<sup>62</sup>. Doktrinden çıkardığımız iki kıstas şudur: Hoşgörünün eşiği (Zumutbarkeit) ve malikin meşru amacı ile zarar arasındaki ölçülülük.

-*Ölçülülük* ilkesi yargıç veya hakeme, sorunun bütün unsurlarını, örneğin binanın değer ve kalitesinin, eserin bütünlüğüne zarar vermektan kaçınmak için öngörülen çözümlerin gerektirdiği masrafların, değişikliğin yerindeliliğinin, mimarın kişisel onur ve haysiyetinin ve kamu yararının dikkate alınmasını emretmektedir.

- Genel olarak mimarın hoşgörü eşiği, mimarî eserin özüne aykırı, binanın özgünlüğünü oluşturan konsept ve anlayışı yok eden değişiklik yapıldığında aşılması olur<sup>63</sup>.

Örneğin bir bütün olarak cephe özgün ise, önemli her zarar, eserin bütünlüğü hakkını ihlâl eder. Bu bakımdan Waimar Cumhuriyeti döneminde Berlin’de görülen Eden-Hotel Davasında, otelin biraz yükseltilmesini, mimarın hakkına yönelik kabul edilemez bir zarar olarak değerlendirilmiştir<sup>64</sup>. Aynı

61 STAHELİN, Urheberrecht und Eigentum, p.132. Bkz. FERRARİ, Il progetto di architettura, p.20; NAHME, GRUR 1966, p.476; Alman ve İtalyan mahkemeleri aynı düşünmektedir. Zorunlu değişiklikler veya kullanımlara, mimarın oluru olmasa da izin verilmiş sayılır.

62 DA 1935, p.30.

63 Bkz. CHRISTEN, Die Werkintegrität im schweizerischen Urheberrecht, p.132.

64 Archiv für Urheber-Film, Funk, und Theaterrecht (UFITA) 4, 1931, p.258. Yine bkz. DA 1942 p.57 (Landgericht de Berlin).

şekilde haksız olarak bir renk değişikliği de mimarın haklarına zarar verebilecektir<sup>65</sup>. İsviçre’de bir papaz, eser sahibi mimarın itirazı üzerine, kilisesine iki yüzeyli çatı yerine düz çatı yapmaktan vazgeçti<sup>66</sup>. Friburg Üniversitesi’nin genişletilmesi esnasında, orijinal yapının fikrî haklarına saygı gösterilerek yapılan kırk yıl önceki müdahalede, binanın kanat sistemine adapte edilerek iki kanat daha oluşturuldu<sup>67</sup>. Pratik, Federal Mahkeme’nin son zamanlardaki içtihadından mimar haklarının daha lehinedir<sup>68</sup>.

Diğer yandan, İkinci Dünya Savaşından kaynaklanan yeniden yapılaşma esnasında Alman Otoriteleri, bir kiliseyi tarihi çevresi içinde daha iyi bir konuma oturtmak<sup>69</sup> için ve bölgede kesme taşsız uygulama yaparak tasarrufta bulunmak için, mimarın planının bütünlüğüne saygıdan sarfınazar ettiler<sup>70</sup>. Gerçekleştirilen ekonomik kriter, savaş sonrası dönemden kaynaklanmıştır; günümüzde artık etkisini yitirmiştir. Son zamanlardaki Federal içtihat, tasarruf mülahazasına, mimari eserde değişiklik yapmak isteyen maliklere izin konusunda yer vermektedir<sup>71</sup>.

**4.** Bir mimari eserin tahribine izin verilebilir<sup>72</sup> (LDA m.15/3), yeter ki kullanışlı bir eser söz konusu olsun. Dekoratif bir labirent<sup>73</sup> veya tarihi bir çeşme<sup>74</sup>, malikin kamu yararına ağır basan bir hakkı olmadıkça, eser sahibi-

---

65 Cf. BGHZ 55, p.77.

66 Cas cité par TROLLER, Documentation SIA no 45, p.79.

67 Cas cité par TROLLER, Documentation SIA no 45, p.80.

68 Özellikle bkz. ATF 117 II 466.

69 SCHULZE, Landgericht zum Urheberrecht, Oberlandesgericht, no 28 (cité d’après NAHME, GRUR 1966, p.475).

70 SCHULZE, Landgericht, no 65, (cité d’après NAHME, GRUR 1966, p.476).

71 ATF 117 II 446 à comparer avec DC 1991 p.90, avec ann. CHERPILLOD (décision de l’instance inférieure).

72 Message du CF, ch. 211.42 ad art.18 al.4; STAHELİN, Urheberrecht und Eigentum, p.135; TROLLER, RJB 81 1945, p.384.

73 Uluslararası Fikri Haklar Dergisi (RIDA) 117 (1983) p.80 (Cour de cassation).

74 Fransa’da anıtsal çeşmenin haksız yıkımı ile ilgili iki karar verildi. Bunlardan ilki, ortak sahiplerin ihmalinden kaynaklanan zararda söz konusu oldu ki, mimar lehine tazminata hükmedildi (Conseil d’Etat, Dalloz Périodique 1936.3.57). İkincisi bir ticaret merkezini süsleyen çeşmenin yıkımı ile ilgilidir. Bu yıkım malikin kesin kararı akabinde, mimarın bir ikazı olmaksızın ve mücbir sebebe benzer bir durum mevcut olmaksızın gerçekleşmiştir (Cour de Paris, J.C.P 1976 IV 175).

nin izni alınmadan kazanamaz. Tarihi eserler, mimari eserlerin ortak yazgısından muafırlar, zira hiçbir pratik amaçları yoktur.

Ayrıca, örneğin bir yenileme çerçevesinde, eser sahibinin izni olmaksızın resimler değişikliğe uğratılamazlar<sup>75</sup>.

Çok basit bir çözüm, eserin bütünlüğüne ilişkin uyumsuzlıklardan kaçınmak için, ilk mimar tarafından değişiklik işinin icrasına bağlı kalıyor. Doktrinin bir kısmı, sözleşmede hüküm olmaması durumunda, malikin bu hususta orijinal mimarın iznine bağlı olduğu görüşündedir<sup>76</sup>. Federal Mahkeme'nin yakın geçmişteki içtihadı bu yaklaşımı reddetmektedir<sup>77</sup>. Federal Mahkeme'nin de kabul ettiği gibi, maliki ilk mimara sadece binadaki değişiklikler için bir proje hazırlama yükümlülüğü getirmediğimiz<sup>78</sup> ve Federal Mahkeme'nin son içtihadı<sup>79</sup> ve doktrinin bir kısmıyla<sup>80</sup> birlikte bu sözleşmeyi bir taahhüt sözleşmesi olarak kabul etmediğimiz sürece bu yaklaşımı zaten CO'nun 404. maddesiyle uzlaştırmak da mümkün görünmemektedir.

### C. Esere Erişim Hakkı

Yazar gibi, orijinal binanın mimarı da, binanın kendisinde veya fotoğrafta, inşa ettiği yapıda yer almayı isteyebilir. Örneğin eserlerini bir kitapla veya makale ile açıklayabilir yahut bir mimari eserler müzesini zenginleştirebilir (LDA, m.14/1).

Burada muhtemelen devredilemez bir *manevi hak* söz konusudur. Kanaatimize göre, mimarın kişisel menfaatlerinin korunabilmesi, yapının kullanım biçiminin zorunluluğu ile sınırlıdır. Burada menfaatlerin karşılaştırılması bir zorunluluktur. Mesela; özel bir villanın maliki, mimarın bina içine düzenleyeceği organize ziyaretlere izin vermeye zorunlu tutulamaz; hatta kişisel

<sup>75</sup> Bir kafenin dekoratif freskinin bütünlüğünün korunması hakkında bkz. RSJ 1944, p.344-247 (Obergericht Zurich). Reichsgericht bir villanın malikini, merdiven duvarlarını, çıplak deniz kızı resimleriyle yeniden kaplanmasına mahkum etti (Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen 79, p.397).

<sup>76</sup> BACHMANN, Architektur und Urheberrecht, p.341; STAHELİN, Urheberrecht und Eigentum, p.134; Yine bkz. TROLLER, Documentations SIA no 45, p.86.

<sup>77</sup> ATF 117 II 466.

<sup>78</sup> Bkz. ATF 109 II 467- JdT 1984 I 214; TERCİER supra no 1172.

<sup>79</sup> Bkz. ATF 109 II 465.

<sup>80</sup> Bkz. GAUCH, supra, no 28.

güvenliğinin gerekli kılması halinde planların ya da klişelerin yayımlanmasını yasaklayabilir.

Buna karşılık, mimarın –en azından İsviçre’de- bir tür sürekli hak sahibi olmadığına da dikkat çekmek gerekir: yani mimar eserinin sonraki satışlarında ortaya çıkacak katma değerden hak/hisse talep edemez<sup>81</sup>.

#### 4. Yaptırımlar

##### A. Genel Olarak

Fikrî hak sahibi, genel olarak aşağıdaki dava haklarına sahiptir:

- Tespit davası.
- Önleme/Müdahalenin men’i davası.
- Haksız fiil durumunun kaldırılması davası.
- Zarar-ziyân davası.
- Mamelek hakkının ihlâlinden elde edilen gelirin iadesi davası<sup>82</sup>.
- Manevi zararın tazmini davası<sup>83</sup>.

##### B. Müsadere ve İmha

LDA 63. madde, “gerçekleştirilmiş mimari eserin müsaderesini, imhasını veya kullanım dışına çıkarılmasının istisna tutulduğunu” belirtmektedir<sup>84</sup>.

---

81 Dava hakkının başlangıcı (ki yirmiden fazla ülkede tanınmaktadır) mimarlara, yasa açıkça yasaklamıyorsa, yaratımlarına güzel-sanat eseri olarak devam etme hakkı vermektedir. Genel olarak bkz. DESSEMONTET, Le Droit de suite in. Centenaire de la Convention de Berne, Zurich 1986.

82 Bu davanın 1922 tarihli yasa gereğince var olduğu kesin değildir. Karşılaştırmız. TROLLER, Immaterialgüterrecht, vol II, p.996; DESSEMONTET, Les Dommages-intéret dans la propriété intellectuelle, JdT 1979 I 334.LDA m.62/2, işlerin yönetimi düzenlemelerine göre kazancın geri alınması davasını açıkça ayrı tutmaktadır.

83 Bkz. ATF 84 II 576-JdT 1959 I 584 (Bir kilisenin açılışında isminin belirtilmemesi nedeniyle mimar lehine 10.000 frank manevi tazminat).

84 Cf.BACMANN, Architektur und Urheberrecht, p.328; STAHELİN, Urheberrecht und Eigentum, p.131-133. Belirtmek gerekir ki, yasanın sisteminde müsadere, yıkıma karar vermek için, intihalden kaynaklanan nesnelere satımı için yahut fikri hakkın başka türlü ihlâlinden kaynaklanan haller için zorunlu bir hazırlık etabıdır. 1992 Yasakoyucusu, ger-

Daha çok, fikrî hakları ihlâl eden planlar yok edilecektir.

### C. Ücret Davası

Zarar-ziyan davası, elde edilen gelirin geri alınması ve manevi zararın tazmini davası dışında, revize edilmiş LDA projesi gereğince, mağdura “davalının kusurunun yokluğunda bile ücret istenmesine” imkân vermektedir (m.68/3). Bu ücret, mameleki hakkındaki ihlâlin kaynağına göre iki tür metotla hesaplanacaktır.

Bir yandan, mimarın, entelektüel nitelikleri (fikri yeterliliği) dikkate alındığında kendisine verilmesi gereken iş karşılığında alacağı ücret hesaplanabilir. Bu metot, en azından, mimarın söz konusu işlerini yapamaması ve tazminat alamaması hallerinin ihmal edilmesi dezavantajına sahiptir.

Diğer yandan, mimarın bina inşasına izin vermek türünden vereceği bir lisans (yetki) karşılığında alacağı ücret hesaplanabilir. Schwyz Mahkemesi, kiralık taşınmaz planından yapılan basit ve açık intihal olayında bu çözümü benimsedi ve maliki, tasarlanan (haksız çoğaltma, birçok örnek<sup>85</sup>) bir binanın yapım yükümlülüğünün sözleşmedeki değerinin 1/7 oranında tazminat ödemeye mahkûm etti. Bu karar bize, aylık ödentinin yaklaşık miktarı hakkında bir fikir vermekte fakat tek bir orijinal unsurun yasa dışı çoğaltılmasında uygulanamaz. Öte yandan söz konusu davada, muhtemelen, kazançların iadesi davası mimar için daha avantajlıdır. Zira malik, hizmetlerden vazgeçerek, göreceli olarak daha fazla miktarda artış elde etmiştir. Oysa gerçekleşen artış, CO m.423'e göre, onun kazancının parçasını oluşturmaktadır<sup>86</sup>.

Güncel hukukta, kusura bağlı olmayan bir “ücret davasının” varlığı kuşkuludur. En çok uygun aidatın ödenmesi hakkı göz önünde tutulabilir. Zira içtihat, temel olarak, buluş beratları hakkında<sup>87</sup> buna olanak tanımaktadır. Zarar ölçüsünde CO m.42 kuralları uyarınca artan kısım için tazmine imkân tanımaktadır.

---

çekleşmiş yapılarla ilgi olarak, aynı zamanda müsadereyi ve tüm devamları engellemek istiyordu.

85 EGV SZ 1973/74, p.26 (Schwyz, Kantonsgericht).

86 Cf. DESSEMONTET, L'enrichissement illégitime dans la propriété intellectuelle, Festgabe Max Kummer, Bern 1980, p.199. Yine bkz. DESSEMONTET, les dommages-intérêts dans la propriété intellectuelle, JdT 1979 I 334.

87 ATF 97 II 176- JdT 1971 I 612. Bkz. SJ 1982, p.412- RSPIDA 1983 I, p.107.