

İSTANBUL HUKUK MECMUASI

Cilt Volume 80 Sayı Number 1 Yıl Year 2022 ISSN 2636-7734 E-ISSN 2667-6974

ISTANBUL LAW REVIEW



İSTANBUL
ÜNİVERSİTESİ
YAYINEVİ



İstanbul Hukuk Mecmuası

Cilt 80, Sayı 1, 2022

ISSN: 2636-7734

E-ISSN: 2667-6974



Dizinler / Indexing and Abstracting

Web of Science - Emerging Sources Citation Index (ESCI)

TÜBİTAK-ULAKBİM TR Dizin

ERIH PLUS

SOBİAD

Sahibi / Owner

Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ

İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye
Istanbul University, Faculty of Law, Istanbul, Turkey

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Responsible Manager

Prof. Dr. Halil AKKANAT

İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye
Istanbul University, Faculty of Law, Istanbul, Turkey

Yazışma Adresi / Correspondence Address

İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi,
İstanbul Üniversitesi, Beyazıt Kampüsü, 34116 / İstanbul, Türkiye
Telefon / Phone: +90 (212) 444 00 59 / 15130
E-mail: ilr@istanbul.edu.tr / iuhfdergiler@istanbul.edu.tr
<https://iupress.istanbul.edu.tr/en/journal/mecmua/home>
<https://dergipark.org.tr/tr/pub/ihm>

Yayıncı / Publisher

İstanbul Üniversitesi Yayınevi / Istanbul University Press
İstanbul Üniversitesi Merkez Kampüsü, 34452 Beyazıt,
Fatih / İstanbul, Türkiye
Telefon / Phone: +90 (212) 440 00 00

Baskı / Printed by

Birlik Fotokopi Baskı Ozalit Gıda San. Tic. Ltd. Şti.
Nispetiye Mah. Birlik Sokak No: 2 Nevin Arıcan Plaza 1. Levent/Beşiktaş/İstanbul
Tel: +90 (212) 269 30 00
Sertifika No: 20179
Basımı ve dağıtımı On İki Levha Yayıncılık A.Ş. tarafından yürütülmüştür.

Dergide yer alan yazılardan ve aktarılan görüşlerden yazarlar sorumludur.
Authors bear responsibility for the content of their published articles.

Yayın dili Türkçe ve İngilizce'dir.
The publication languages of the journal are Turkish and English.

Mart, Haziran, Eylül ve Aralık aylarında, yılda dört sayı olarak yayımlanan uluslararası, hakemli,
açık erişimli ve bilimsel bir dergidir.
*This is a scholarly, international, peer-reviewed and open-access journal published quarterly in
March, June, September and December*

Yayın Türü / Publication Type: Yaygın Süreli / Periodical

DERGİ YAZI KURULU / EDITORIAL MANAGEMENT BOARD

Baş Editörler / Editors-in-Chief

Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, İstanbul, Türkiye
- o.ekmekci@istanbul.edu.tr

Prof. Dr. Ali PASLI, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, İstanbul, Türkiye
- alipasli@istanbul.edu.tr

Baş Editör Yardımcıları / Co-Editors-in-Chief

Arş. Gör. Mustafa AHİOĞLU, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü, İstanbul, Türkiye
- mustafa.ahioglu@istanbul.edu.tr

Arş. Gör. Ahmet ÖZSOY, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, İstanbul, Türkiye
- aozsoy96@istanbul.edu.tr

Arş. Gör. Elif Beyza AKKANAT ÖZTÜRK, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, İstanbul, Türkiye
- eba@istanbul.edu.tr

Dil Editörleri / Language Editors

Alan James NEWSON, İstanbul Üniversitesi, Yabancı Diller Yüksekokulu, İstanbul, Türkiye
- alan.newson@istanbul.edu.tr

Elizabeth Mary EARL, İstanbul Üniversitesi, Yabancı Diller Yüksekokulu, İstanbul, Türkiye
- elizabeth.earl@istanbul.edu.tr

YAYIN KURULU / EDITORIAL ADVISORY BOARD

Prof. Dr. Vedat BUZ, Bilkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Bölümü, Ankara, Türkiye
- buz@bilkent.edu.tr

Prof. Dr. Nuray EKŞİ, Özyeğin Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, İstanbul, Türkiye
- nurayeksi@gmail.com

Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü, İstanbul, Türkiye
- fgedikli@istanbul.edu.tr

Prof. Dr. Serap HELVACI, Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, İstanbul, Türkiye
- shelvaci@marmara.edu.tr

Prof. Dr. İsmail KIRCA, TOBB Ekonomi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü,
Ankara, Türkiye - ikirca@etu.edu.tr

Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ, Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü,
Ankara, Türkiye - oezgenç@gazi.edu.tr

Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ, Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü,
İstanbul, Türkiye - hpekcantez@gsu.edu.tr

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü,
Ankara, Türkiye - fusan@ybu.edu.tr

Prof. Dr. Carsten GERNER-BEUERLE, University College London, Faculty of Law, Department of Private
Law, London, United Kingdom - c.gerner@ucl.ac.uk

Assoc. Prof. Dr. Ivana BAJAKIĆ, University of Zagreb, Faculty of Law, Department of Private Law,
Zagreb, Croatia - ivana.bajacic@pravo.hr

İçindekiler Table of Contents

MAKALELER ARTICLES

ÖZEL HUKUK/PRIVATE LAW

Araştırma makalesi/Research article

Dijital Tapu Sicili: Blokzinciri Teknolojisinin Tapu Sicilinde Kullanılmasına Dair Karşılaştırmalı Bir İnceleme

Digital Land Registry: A Comparative Review of the Use of Blockchain Technology for Land Registry 1

Numan Tekelioğlu

Araştırma makalesi/Research article

Evlat Edinmeye İlişkin Düzenlemelerin Küçüğün Menfaatine Etkisi Üzerine İsviçre Hukuku ile Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme

A Comparative Study with regard to Swiss Law on the Effect of the Adoption System on the Best Interests of the Child..... 41

Ayşen Çilenti Konuralp

Araştırma makalesi/Research article

Limited Şirket Esas Sermaye Payının Devrine İlişkin Genel Kurul Kararı ve İptal Edilebilirliği

The Resolution of the General Assembly in Limited Liability Company Share Transfer and Its Annulment 81

Emine Develi Ayverdi

Araştırma makalesi/Research article

Rekabet Hukuku ve İktisadı Bağlamında Dar Platform EKM Koşulları

Narrow MFN Clauses from Competition Law and Economics Prespective 117

Kerem Cem Sanlı, Cihan Doğan

Araştırma makalesi/Research article

Roma Hukukunda “Ut Exportetur”; “Ne Serva Prostituatür”; “Ut Manumittatur” ve “Ne Manumittatur” Kayıtları

The “Ut Exportetur” “Ne Serva Prostituatür,” “Ut Manumittatur,” and “Ne Manumittatur” Clauses in Roman Law..... 153

Güzide Burcu Günveren



Araştırma makalesi/Research article

Roma Hukukunda Nexum İşlemi

Nexum Transaction in Roman Law 177

Mehmet Mert Özyıldırım

Araştırma makalesi/Research article

Şirketler Topluluğunda Satın Alma Hakkı, Ayrılma Akçesi ve Anonim Şirketten Çıkarma Üzerine Düşünceler

Thoughts on the Squeeze-out Right: Appraisal Payment in a Group of Companies and Exclusion of a Partner in a Joint-Stock Company 213

Muhammed Sulu

Araştırma makalesi/Research article

Takibe İtiraz Edilmesi Hâlinde Haciz Talep Etme Süresi

Period to Request Seizure in Case of Objection to Execution Process 249

Uğur Bulut

KAMU HUKUKU/PUBLIC LAW

Araştırma makalesi/Research article

İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukukta Uygulanmasının Önündeki Pratik Güçlükler: İlgili Uluslararası Normu Bulma ve Türkçeleştirme Sorunu

Practical Challenges in Implementing Human Rights Treaties in National Law: Problems of Finding and Translating Relevant International Norms 273

Tolga Şirin, Necdet Umut Orcan

Araştırma makalesi/Research article

Machiavelli'den Grotius'e Egemenlik Kuramının ve Modern Devletler Hukukunun Gelişimi

The Development of the Theory of Sovereignty and the Modern Law of Nations from Machiavelli to Grotius 299

Mehmet Emin Büyük

EDİTÖRDEN MEKTUP

Değerli Bilim İnsanları ve Kıymetli Hukukçular,

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi ile özdeşleşen “Mecmua” kavramının yansımaları olarak, ülkemizin varlığını sürdüren eski hukuk dergisi olan İstanbul Hukuk Mecmuası’nın 2022 yılındaki ilk sayısını, siz değerli okuyucularımızla buluşturuyoruz.

İstanbul Hukuk Mecmuası olarak, güncel hukuki meselelere ilişkin düşüncelerin hukuk dünyasına kazandırılmasının yanı sıra, hukukun temel tartışmalarına yeni boyutlar kazandıracak çalışmaların da okuyucularımıza ulaştırılması en önemli hedeflerimizdir. Çalışmaların niteliği yanında güncelliğinin de korunmasının önemini farkında olunarak, yılın her bir çeyreğinde olmak üzere senede dört sayı olarak yayına çıkma şeklindeki uygulamasına devam edilecek olup, editörler kurulumuzun gerekli görmesi halinde erken görünüm (online-first) imkanıyla da çalışmalar güncelliğini muhafaza ederek okuyucularımıza ulaştırılmaktadır/ulaştırılacaktır.

Dergimizin bu sayısında da özel hukuk ve kamu hukuku ana başlıkları altında birbirinden değerli on makale bulunmaktadır. Yayımlanacak makalelerin seçiminde, yayın kurallarımızda da dikkat çekildiği üzere özel hukuk – kamu hukuku dengesinin teminine özen gösterilmekle birlikte bu sayımızda, yayımlanması talebiyle dergimize yollanan makalelerdeki dağılım da göz önünde bulundurularak yayımlanacak makaleler seçilmiştir.

Yayımlanan tüm çalışmalar alanlarına önemli katkılar sağlayacak niteliktedir. Kamu hukuku alanında; insan hakları hukuku açısından en önemli tartışma konularından birisi olan ilgili uluslararası hukuk normunun tespiti ve bu normla birlikte ilgili yabancı mahkeme kararlarının Türkçeleştirilmesi meselesi incelenmiştir. Bir diğer çalışmada, modern devletler hukukunun gelişimi ve egemenlik kuramı seçilen beş düşünürün görüşleri çerçevesinde değerlendirilmiştir.

Özel hukuk alanında ise karşılaştırmalı bir çalışma olarak hem Türk hukukunda hem de İsviçre hukukunda evlat edinmeye ilişkin düzenlemelerin küçüğün menfaatine etkisini değerlendiren bir çalışmaya yer verilmiştir. Yine sayıda yer alan diğer bir çalışma kapsamında icra iflas hukuku alanında yapılan takibe itiraz edilmesi hâlinde haciz talep etme süresinin ne olduğunun ayrıntısıyla incelenmiştir. Günümüzde teknolojik gelişmelerin hukuka yansısıyla beraber gündemden düşmeyen ve üzerinde en çok kalem oynatılan meselelerden biri olan dijitalleşme süreci, tapu siciline etkisi yönüyle ele alınmış ve blokzinciri teknolojisinin tapu sicilinde kullanılmasına dair karşılaştırmalı bir inceleme sayımızda kendisine yer bulmuştur. Roma hukuku bağlamında ise “ut exportetur”; “ne serva prostituatur”; “ut manumittatur” ve “ne manumittatur” kayıtları incelemeye tabi tutulmuştur. Bir başka çalışmada, yalnızca hukuk bilimini değil, iktisat alanını da yakından ilgilendiren bir konu olan dar platform EKM koşulları, iktisadi yönü yanında rekabet hukuku kapsamında da değerlendirilmiştir. Ayrıca

şirketler hukuku kapsamında limited şirket esas sermaye payının devri meselesi, devre ilişkin genel kurul kararı ve iptal edilebilirliği ekseninde incelenmiştir. Türk ticaret hukuku reformunun önemli yapı taşlarından biri olan şirketler topluluğu alanına has satın alma hakkı ile ayrılma akçesi üzerine yapılan değerlendirmelerden müteşekkil bir makale de Mecmuamızdaki yerini almıştır.

Dergimizde uluslararası endeks kurallarına da paralel bir şekilde, gerek Fakültemiz mensuplarının gerek yurt içinden ve dışından diğer birçok değerli akademisyen ve uygulayıcının çalışmalarının da okuyucuyla buluşturulması ve erişilebilirliğinin artırılması için çaba sarf edilmiştir. Mecmuamıza yurt içinden ve dışından akademisyen ve uygulayıcıların gösterdiği ilgi için de ayrıca teşekkürlerimizi sunarız.

Mecmuamızın yayımlanması noktasında editör ekibinin dikkate değer emeği ile Rektörlüğümüzün tüm ilgililerinin sağladığı destek özellikle anılmalıdır. Elbette kıymetli çalışmalarını dergimize yollayan yazarlarımız ve bu çalışmaların değerlendirilmesi sürecine kıymetli görüşleriyle katkı sağlayan hakemlerimiz, Mecmuamızın en önemli etmenleridir. Onlara ne kadar teşekkür etsek azdır...

İstanbul Hukuk Mecmuası Baş Editörleri
Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ Prof. Dr. Ali PASLI



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 11.07.2021
Revizyon Talebi: 02.11.2021
Son Revizyon Tarihi: 09.11.2021
Kabul: 08.02.2022

Dijital Tapu Sicili: Blokzinciri Teknolojisinin Tapu Sicilinde Kullanılmasına Dair Karşılaştırmalı Bir İnceleme

Numan Tekelioğlu^{*}

Öz

Blokzinciri teknolojinin kullanım alanı sürekli olarak genişlemektedir. Bu teknolojinin uygulanabileceği ileri sürülen alanlardan biri de tapu sicili sistemidir. Tapu sicili, genellikle bir ülkedeki bütün taşınmazların kayıtlı olduğu sicil defteri olarak anlaşılmaktadır. Yakın zamana kadar pek çok ülkede tapu kayıtlarının tutulması bu şekilde gerçekleşmiştir. Ancak kâğıda dayalı tapu sicili sistemi, bilgi ve iletişim teknolojileri aracılığıyla hızlı biçimde dönüşmektedir. Hâlihazırda blokzinciri teknolojisini tapu sicilinde kullanan ya da kullanılması için projeler geliştirmeye çalışan ülkeler bulunmaktadır. Bununla birlikte, blokzincirinin tapu sicili işlemleri bakımından ihtiyaç duyulan güvenlik, şeffaflık ve masrafların azaltılması konularında gerçekten yeterli olup olmadığı noktasında soru işaretleri vardır. Gelişmiş ve gelişmekte olan ekonomiler bakımından taşınmazların tapu siciline kaydedilmesi ve bunlar üzerindeki hakların doğru bir biçimde tapu siciline yansıtılması önem taşımaktadır. Bu nedenle pek çok devlet, geçmişten bu yana tapulama çalışmalarına ciddi bir kaynak aktarmaktadır. Hiç şüphesiz Türkiye de bu devletler içerisinde yer almaktadır. Cumhuriyetin kuruluşundan beri süregelen tapulama çalışmalarında özellikle son yıllarda önemli bir ilerleme kaydedilmiştir. Ayrıca tapu sicili sisteminin elektronik ortama taşınması için de ciddi çalışmalar yapılmıştır. Blokzinciri teknolojisinin dünyada giderek yaygınlaşmasının Türkiye'yi de etkileyeceği kuşkusuzdur. Bu çalışma, blokzinciri teknolojinin tapu sicilinde uygulanmasına ilişkin karşılaştırmalı bir analiz yapmayı amaçlamaktadır. Bunun için öncelikle blokzinciri tabanlı tapu sicilini kullanan ya da deneyen bazı ülkelerdeki durum izah edilmiştir. Ardından blokzinciri tabanlı tapu sicilinin Türk tapu sicili sistemine hâkim olan ilkelere uygunluğu ele alınmıştır. Özellikle tescilin sebebe bağlılığı ve aleniyet ilkeleri bakımından ortaya çıkabilecek sorunlar ve blokzinciri tabanlı tapu sicilinin kullanılmasının önündeki yasal engeller tartışılmıştır. Son olarak, Türk tapu sicili için geliştirilen blokzinciri tabanlı model hakkında kısa bir inceleme yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Blokzinciri, Tapu Sicili, Güvenlik, Karşılaştırmalı Hukuk, Türk Hukuku

Digital Land Registry: A Comparative Review of the Use of Blockchain Technology for Land Registry

Abstract

The use of blockchain technology is constantly expanding. The land registry system is an area where this technology can be applied. Some countries have already implemented the use of blockchain technology for land registries or are developing projects for its use. However, there are concerns about whether blockchain can provide sufficient security, transparency and cost reduction needed for land registry transactions. For developed and developing economies, it is crucial to register immovable properties in land registry and to appropriately reflect on rights related to them. Thus, several states have been devoting significant resources to land registry studies in the past. Turkey is among these states. Further, significant progress has been made in land registry efforts that have been ongoing since the foundation of the Republic of Turkey, especially in recent years. Additionally, extensive studies have been conducted to transfer the land registry system to the electronic environment. However, the increasing prevalence of blockchain technology in the world will also affect Turkey. First, the situation in certain countries that use or are considering blockchain-based registries is

* **Sorumlu Yazar:** Numan Tekelioğlu (Dr. Öğr. Üyesi), Pamukkale Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Denizli, Türkiye. E-posta: numantekelioglu@gmail.com. ORCID: 0000-0001-5787-4137

Atrf: Tekelioğlu N, "Dijital Tapu Sicili: Blokzinciri Teknolojisinin Tapu Sicilinde Kullanılmasına Dair Karşılaştırmalı Bir İnceleme" (2022) 80(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 1. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2022.80.1.0001>



explained in this study. Further, the compatibility of the blockchain-based land registry and the principles that govern the Turkish land registry system are discussed. Finally, a brief review of the blockchain-based model developed for the Turkish land registry is made.

Keywords

Blockchain, Land Register, Security, Comparative Law, Turkish Law

Extended Summary

Publicity on movable goods is mostly based on the concept of possession. However, possession cannot provide the same function if an immovable property is at stake. Immovable is a crucial concept for both individuals and states. Thus, various forms of land registry systems have emerged from the past to the present.

Land registry is understood as a registration book where all the immovable properties are registered. Until recently, land registry records were registered, organized, and maintained by civil servants. This method, which is a paper-based land registry, is about to be revolutionized through information and communication technologies. In several countries today, title deed records of real estate are stored in databases in the digital environment. Recently, there have been examples of countries, both developed and developing, abandoning paper-based land registries, although most of the world's population still lacks title deeds showing that the land they own is registered. However, the registry of immovable properties is a sign of trust in the government. Thus, the innovation potentialities that have been proven by blockchain technology present novel capabilities.

The starting point of this technology is the development of a secure payment method without intermediaries. Thus, blockchain is associated with cryptocurrencies. However, this technology has potentialities for both private and public services of which land registry is an example. Blockchain is fundamentally a data recording system. Unlike classical databases, it has a distributed structure rather than a centralized one. The data recorded in the blockchain are stored in blocks and each block has a specific capacity. When data is recorded, it is timestamped and a code is generated using a hash code algorithm. The code of each block is stored in the next block. Thus, it can be understood when the data in a block is changed or corrupt. The transactions conducted in the system are visible to other users, giving the impression that the technology is completely secure.

This study makes a comparative analysis of the application of blockchain technology in land registration. This technology's data recording system is convenient for its application in land registry. Projects are being developed to apply this technology to transform the land registry system. Georgia, Sweden, the United States, and India, were the four most notable countries examined in this study. Among

them, Georgia has officially started using a blockchain-based land registry system, particularly for sales and mortgage transactions. There are some pilot programs in other countries. However, Sweden is determined to employ a blockchain-based land registry. The existence of a protocol between land registry administrations and blockchain companies is common among the countries being studied. In the projects implemented in Sweden and the United States, there are also different partners such as banks, telecommunication companies, or law firms.

In the second part of this study, we discussed whether the blockchain-based method is suitable for the Turkish land registry system. Turkey has made significant progress in keeping their land registry through electronic means. However, it is sudden to discuss a full transformation to an electronic land registry. However, it would be crucial to inquire if and how a blockchain-based land registry can be implemented, and if possible, what do we need to legislate? First, within the framework of these questions, this study evaluates the results of blockchain technology concerning principles that govern the Turkish land registry system. In addition to the registration's dependence on the cause, and the principles of publicity, the principles of registration creates the most fundamental problems here. After evaluating these principles, this study explains the basic requirements for using a blockchain-based land registry. Finally, the blockchain model developed for the Turkish land registry was evaluated to understand its potential legal shortcomings.

The results of this study can be summarized as follows:

1. Existing legislation concerning land registry is insufficient to implement a blockchain-based land registry.
2. If a blockchain must be used, then the feasible solution is a private or hybrid blockchain.
3. In the Turkish legal system, it is impossible to make an electronic contract for immovable properties. Thus, contracts cannot be made through a blockchain-based system.
4. The identification problem must be rectified.
5. The public blockchain model contradicts the principle of relative publicity that dominates Turkish land registry.
6. It may be necessary to reconsider the responsibility of the state in keeping a land registry.
7. It is necessary to study the advantages of blockchain-based land registry.

Giriş

Blokcinciri (*Blockchain*), ilk olarak “*Satoshi Nakamoto*” takma adını kullanan bir kişi ya da grup tarafından yayınlanan bir makalede¹, yeni bir ödeme sistemi ve para birimi olarak tanımlanan Bitcoin’in temelini oluşturan teknolojidir. Nakamoto, söz konusu makalede bu teknoloji sayesinde üçüncü bir kişiye (finansal kuruma ya da aracıya) ihtiyaç olmadan taraflar arasında güvenli bir biçimde ödeme yapmanın mümkün olabileceğini ileri sürmüştür². Böylelikle hem işlem maliyetlerinin düşeceği hem de büyük oranda dolandırıcılığın engelleneceği ifade edilmiştir. Sonrasında, başta Bitcoin olmak üzere bu teknolojiyi kullanan pek çok kripto para birimi kullanılmaya başlanmıştır.

Hali hazırda kripto paralarla özdeşleşmiş olsa da, blokcinciri teknolojisi esasen bunlardan farklı bir kavramdır. Blokcinciri, Bitcoin’in çalışmasını sağlayan altyapı olarak ortaya çıkmıştır. Bu nedenle blokcinciri denildiğinde daha çok finansal bir yatırım algısı oluşmaktadır. Hâlbuki blokcinciri teknolojisi, en temel anlamıyla merkezi olmayan bir veri kayıt sistemini ifade eder. Bu sistemin temelinde de esasen belirli verilerin ya da işlemlerin kaydedilmesi yer almaktadır. Ancak geleneksel kayıt sistemlerinden farkı, merkezi olmayan bir yapıda bulunmasıdır. Bu nedenle blokcincirine “*dağıtık kayıt defteri*” ya da “*dağıtık veri tabanı*” da denilmektedir³. Blokcinciri, tek merkeze dayalı sistemlerdeki merkezi güven yapısını dağıtarak, bu sistemlerin daha verimli çalışabileceği düşüncesini güçlendirmektedir. Zira insan temelli merkezi bir sistemin çökmesi ya da manipüle edilmesi her zaman mümkündür. Blokcincirinde yer alan veriler, geri döndürülemez ve değiştirilemez biçimde kaydedildiği ve sistemdeki herkes tarafından görülebildiği için çok daha güvenli olarak yansıtılmaktadır⁴.

Blokcinciri teknolojisinin kripto paralar dışında pek çok farklı alanda kullanılabileceği ifade edilmektedir. Bunlar arasında şirketlerin tedarik zincirlerinin kontrolü, kitle fonlaması, borsa işlemleri ya da hisse senetlerinin devri gibi özel sektöre yönelik alanlar bulunduğu gibi, daha çok devletlerin kontrolünde yapılan

¹ Satoshi Nakamoto, ‘Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System’ (2008) < http://scholar.google.com.tr/scholar_url?url=https://www.debr.io/article/21260.pdf&hl=tr&sa=X&ei=4D_tYJPnGueHy9YP57CWGA&scisig=AAGBfm1a970bM4TIB3AM3jhGG-EWZpGFyg&nossl=1&oi=scholar > Erişim Tarihi 22 Haziran 2021.

² Nakamoto (n 1) 1. Bitcoin’in 2008 finans krizinin bir sonucu olarak ortaya çıktığı yönünde bkz Christoph Simmchen, ‘Blockchain (R)Evolution’ (2017) 18(3) MMR- Zeitschrift für IT-Recht und Digitalisierung 162, 162.

³ Pınar Çağlayan Aksoy, *Akıllı Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları* (2. Baskı, On İki Levha 2021) 18 vd; Ece Su Üstün, *Akıllı Sözleşmeler-Blokcincir Teknolojisi* (1. Baskı, Seçkin 2021) 23; Rolf H Weber, ‘Blockchain als rechtliche Herausforderung’ (2017) 1(1) E-Justiz und Technologiefortschritte, <https://www.bratschi.ch/en/attorney.html?type=555&tx_flwb_flwblightbox%5Bdocument%5D=1379&tx_flwb_flwblightbox%5Baction%5D=lightbox&tx_flwb_flwblightbox%5Bcontroller%5D=Lightbox> Erişim Tarihi 22 Haziran 2021; Simmchen (n 2) 162. Blokcinciri teknolojisi hakkında teknik bilgiler için bkz Doğa Ekrem Doğancı, *Blokcincirine Dayalı Akıllı Sözleşmelerin Hukuk Nitelikleri, Kuruluşu, Yorumu, İfası ve Bazı Örnek Uygulamalar* (1. Baskı, On İki Levha 2021) 31.

⁴ Çağlayan Aksoy (n 3) 44; Üstün (n 3) 27 vd; Weber (n 3) 3; David Paulus, ‘Was ist eigentlich eine Blockchain?’ (2019) 18(11) Juristische Schulung 1049, 1049. Alman hukukçu Weiss’a göre, blokcinciri de tıpkı ticaret şirketleri gibi bir kurgudan ibarettir. Ancak blokcincirine duyulan güven devlet yaptırımına değil, içerisinde barındırdığı teknolojiye dayanmaktadır. Belgede sahtecilik yapmanın teknik olarak imkânsız hale geldiği bir yerde, bu fiilin kanunen yasaklanmasına da gerek kalmaz. Bkz Alexander Weiss, ‘Zivilrechtliche Grundlagenprobleme von Blockchain und Kryptowährungen’ (2019) 18(11) Juristische Schulung 1050, 1050.

işler de yer almaktadır. Söz gelimi vergilerin toplanması, pasaport düzenlenmesi, nüfus kayıtlarının tutulması ve hatta referandum ya da seçim gibi oylama işlerinde dahi blokzinciri teknolojisinin kullanılabilceği belirtilmektedir⁵. Blokzincirinin uygulanabileceği düşünölen alanlar içerisinde tapu sicili de bulunmaktadır. Blokzincirinin dijital bir kayıt defteri olarak, tapu sicili sistemi ile aynı işlevleri yerine getirebileceği ileri sürölmektedir⁶. Bu göröşe göre, blokzinciri belirli bir zamanda kimin hangi taşınmaza sahip olduğunu bilebilir, mülkiyetin belirliliğini sağlar ve işlemlerin geriye dönök olarak ne zaman gerçekeştiğini tespit edebilir. Ayrıca kriptografik ve merkezi olmayan bir veri tabanına sahip olacağı için, kayıtların güvenliği bakımından klasik tapu sicili sistemine alternatif teşkil edebilir⁷. Mevcut tapu sicili sistemlerinde, taşınmaz üzerinde kimin malik olduğu çoğunlukla görevli bir memur tarafından kontrol edilmektedir. Bu durum, tapu sicilinde gerçekeştirilen işlemlerde hata yapılması veya dolandırıcılığa yol açılması ihtimalini artırmaktadır. Oysaki blokzinciri teknolojisini kullanan tapu sicilinde, buna benzer sakıncalar kolaylıkla bertaraf edilebilir ve gerçekte malik olmayan bir kişinin taşınmazı devretmesinin önüne geçilebilir⁸.

Blokzincirinin kayıt tutma kapasitesi bakımından sahip olduğu potansiyelin, özellikle taşınmazların tapu siciline kaydında yeterli gelişme gösteremeyen ölkeler bakımından önemli bir imkân sağlayabileceği söylenmektedir⁹. Dünya Bankası verilerine göre, hâlihazırda dünya nüfusunun yalnızca % 30'unun yasal olarak kayıtlı arazisi bulunmaktadır¹⁰. Bu durum, dünya nüfusunun büyük çoğunluğunun tapu siciline erişimi bulunmadığını ve dolayısıyla da mülkiyet haklarının korunması bakımından yeterli güvenceye sahip olmadıklarını göstermektedir. İşte bu bağlamda blokzinciri teknolojisi kullanılarak taşınmazların blokzinciri tabanlı tapu siciline kaydedilebileceği ve böylelikle mülkiyet hakları bakımından gereken güvencenin oluşturulabileceği ifade edilmektedir¹¹.

Tapu sicili alanında blokzinciri teknolojisinin kullanılmasının potansiyel avantajlarına rağmen, böyle bir çözümin tapu sicili işlemleri için gerçekten uygun

⁵ Aslıhan Tüfekçi ve Çetin Karahan, 'Blokzincir Teknolojisi ve Kamu Kurumlarınca Verilen Hizmetlerde Blokzincirin Kullanım Durumu' (2019) 3(4) Verimlilik Dergisi 157, 167; Ersin Ünsal ve Ömer Kocaoğlu, 'Blok Zinciri Teknolojisi: Kullanım Alanları, Açık Noktaları ve Gelecek Beklentileri' (2018) 9(13) Avrupa Bilim ve Teknoloji Dergisi 54, 59.

⁶ Mario Martini ve Quirin Weinzierl, 'Die Blockchain-Technologie und das Recht auf Vergessenwerden' (2017) 36(17) Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 1251, 1252; Joachim Schrey ve Thomas Thalhoffer, 'Rechtliche Aspekte der Blockchain' (2017) 70(20) Neue Juristische Wochenschrift 1431, 1431; Jacques, Vos, 'Blockchain-Based Land Registry: Panacea, Illusion Or Something In Between?' (2016) European Land Registry Association <<https://www.elra.eu/wp-content/uploads/2017/02/10.-Jacques-Vos-Blockchain-based-Land-Registry.pdf>> Erişim Tarihi 22 Haziran 2021; Paulus (n 4) 1049; Weiss (n 4) 1050.

⁷ Vos (n 6) 10.

⁸ ibid 10. Blokzincirinin temelde akıllı sözleşmeler vasıtasıyla otomatik olarak yönetilen bir veritabanı olduğu yönünde bkz Paulus (n 4) 1049.

⁹ Maria Kaczorowska, 'Blockchain-Based Land Registration: Possibilities and Challenges' (2019) 13(2) Masaryk University Journal of Law and Technology 339, 342.

¹⁰ <<https://www.worldbank.org/en/news/feature/2017/03/24/why-secure-land-rights-matter>> Erişim Tarihi 23 Haziran 2021.

¹¹ Devrim Danyal, 'Tapularımızı Blockchain ile Daha Verimli Tutabilir Miyiz?' (Medium, 4 May 2020) Erişim Tarihi 23 Haziran 2021.

olup olmadığı noktasında tereddütler vardır. Zira tapu sicili işlemleri, konusu itibarıyla karmaşık bir yapıya sahiptir ve sosyo-ekonomik bakımdan oldukça önem taşımaktadır¹². Dolayısıyla blokzincirinin tapu siciline uygulanmasının gerçekten fayda sağlayıp sağlamayacağını titizlikle incelenmesi gerekmektedir. Bu noktada, taşınmazların tapuya kaydı ve tapu sicili işlemlerinin sonuçlanma süreci bakımından dünyada farklı sistemlerin var olduğu da unutulmamalıdır. Söz gelimi, bazı ülkelerde taşınmazların devrine ilişkin sözleşmelerin hazırlanmasında ve tescilin gerçekleşmesinde noterler ya da avukatlar oldukça etkin bir rol oynamaktadır¹³. Bu sebeple, blokzinciri tabanlı bir tapu sicili sistemi düşünülürken, söz konusu kişilerin mevcut hukuki düzen içerisindeki rollerinin dikkate alınması kaçınılmazdır. Öte yandan, devletlerin tapu sicili sisteminin güvenilirliği ve etkinliği bakımından sahip oldukları konumlar farklılık arz etmektedir. Tapu sicili sisteminin iyi işlediği ülkelerde, blokzinciri tabanlı bir tapu sicili düşüncesine mesafeli yaklaşılabilir. Örneğin bazı Alman hukukçular, blokzinciri teknolojisinin tapu sicilinde kullanılmasının gerekli olmadığı görüşündedir¹⁴. *Keuchen*'e göre, tapu sicili sisteminde halen aracı kişi ve kurumlara ihtiyaç vardır ve Alman tapu sicili sistemine yönelik bir güven sorunu bulunmamaktadır¹⁵. Bu nedenle, salt güvenlik olgusundan dolayı blokzinciri teknolojisinin kullanılması gereksizdir. Ayrıca blokzinciri tabanlı tapu sicilinin, merkezi veri tabanlarına kıyasen önemli bir avantajı yoktur¹⁶. Göz ardı edilebilecek kadar küçük avantajları ve mevcut veri tabanlarının başarılı sonuçları göz önüne alındığında, blokzinciri teknolojisinin büyük bir katma değerinin olduğu söylenemez¹⁷. *Wilsch*'e göre ise, blokzinciri tabanlı tapu sicili kavramı, tapu sicilinin doğruluğu ve eksiksizliği bakımından kimin sorumluluk üstleneceği meselesine dair herhangi bir açıklamadan yoksundur¹⁸. Aynı durum, tapu sicilinde var olan geçici kayıt ya da tescil talebinin reddi gibi karmaşık işlemlerin nasıl yapılacağı bakımından da geçerlidir¹⁹. *Wilsch*, söylemini bir adım ileriye taşıyarak, blokzincirinin adem-i merkeziyetçilik düşüncesinin, otoritelere ve merkezi kurumlara karşı olan anarşizmden referans alındığını ileri sürmektedir²⁰. Özellikle kriz zamanlarında güçlü bir merkezi sicilin var olması gerekmektedir. Dolayısıyla, şu anda blokzincirinin kullanılması elverişli değildir²¹.

¹² Kaczorowska (n 9) 346.

¹³ ibid 346.

¹⁴ Michael Keuchen, 'Grundbuch 4.0-Folgt das Blockchain-Grundbuch dem Datenbankgrundbuch?' (2020) 13(17) Zeitschrift für Immobilienrecht 593, 600; Harald Wilsch, 'Die Blockchain-Technologie aus der Sicht des deutschen Grundbuchrechts' (2017) 112(10) Deutsche Notar Zeitschrift 761, 787.

¹⁵ Keuchen (n 14) 600.

¹⁶ ibid 600.

¹⁷ ibid 600.

¹⁸ Wilsch (n 14) 786.

¹⁹ ibid 787.

²⁰ ibid 787. Simmchen'e göre de, blokzincirinin araçları ortadan kaldırma işlevi anarko-komünist düşüncede devletin ortadan kaldırılmasına giden bir yol olarak algılandığı şeklinde radikal görüşlere yol açmıştır. Bkz Simmchen (n 2) 163.

²¹ Wilsch (n 14) 787. İsviçreli hukukçu *Weber* de, tapu sicili bakımından blokzinciri teknolojisinin İsviçre'ye kıyasen daha az gelişmiş tapu siciline sahip olan ülkeler bakımından uygun olabileceğini belirtmektedir. Bkz Weber (n 3) 8.

Görüldüğü üzere, blokzinciri tabanlı tapu sicili kavramı üzerinde uzlaşma bulunmamaktadır. Zira blokzinciri teknolojisi henüz gelişim aşamasındadır. Fakat bu gelişim oldukça hızlı ilerlemektedir. Şu halde, blokzinciri tabanlı tapu sicili kavramının önümüzdeki yıllarda daha da detaylı hale gelmesi ve yaygınlaşması öngörülebilir. Bu noktada, her devletin kendi tapu sicili sistemi bakımından doğru bir çözüm arayışı içerisinde girmesi gündeme gelecektir.

I. Blokzinciri Tabanlı Tapu Sicilini Kullanan Ya Da Deneyen Bazı Örnek Ülkeler

A. Genel Olarak

Blokzinciri teknolojisinin tapu sicili alanında kullanılması fikri, hâlihazırda bazı devletler tarafından uygulanmakta ya da buna yönelik çalışmalar yapılmaktadır. Devletlerin genellikle izlediği yöntem, blokzinciri teknolojisi konusunda uzman bir şirket ile ortak proje yürütmek ve belirli bir ilde ya da eyalette pilot uygulamalar yapmak şeklindedir. Dünyada blokzinciri teknolojisini tapu sicili işlemlerinin tamamında bir bütün olarak kullanan devlet yoktur. Ancak bazı devletlerin bu konuda ciddi aşamalar kaydettiği ifade edilebilir. Burada, blokzinciri tabanlı tapu sicili bakımından öne çıkan bazı devletler değerlendirilmiştir.

B. Gürcistan

Gürcistan, blokzinciri teknolojisinin tapu sicilinde kullanılması konusunda ciddi adımlar atan ilk ülke olmuştur²². 2016 yılında Gürcistan Ulusal Kamu Sicili Ajansı (NAPR)²³ ile bitcoin madenciliği şirketi olan Bitfury arasında, blokzinciri tabanlı bir tapu kayıt sisteminin geliştirilmesi konusunda protokol yapılmıştır²⁴. Protokole göre, öncelikle bir yıl sürecek olan deneme sürecinden geçilmiştir. İlk aşamada Bitfury şirketi, blokzinciri teknolojisini Gürcistan Ulusal Kamu Sicili Ajansının mevcut tapu sicili sistemine uyarlamaya çalışmıştır²⁵. Dolayısıyla şirket, tamamen yeni bir tapu sicili sistemi inşa etmemiştir. Esasen şirketin yaptığı şey, Gürcistan'ın mevcut elektronik tapu sicili sistemine blokzinciri tabanlı bir zaman damgası sistemi oluşturmaktır²⁶. Bitfury şirketine göre, sisteme zaman damgası eklenmesinin en önemli faydası, tapu belgesine sahip olan kişiye zaman damgasından önce işlemin tamamlanmış

²² Quyun Shang ve Allison Price, 'A Blockchain-Based Land Titling Project In The Republic of Georgia' (2019) 12(3-4) Innovations Technology Governance Globalization 72, 72.

²³ National Agency of Public Registry, Ulusal Kamu Sicili Ajansı, Gürcistan Adalet Bakanlığı'na bağlı bir kamu tüzel kişisidir. Kurum, 2004 yılında taşınmaz ve taşınır mal piyasalarını desteklemek ve modern bir kamu kayıt sicili oluşturmak amacıyla kurulmuştur. Bkz < <https://napr.gov.ge/p/141> > Erişim Tarihi 23 Haziran 2021.

²⁴ Georg Eder, 'Digital Transformation: Blockchain and Land Titles' (2019) OECD Anti-Corruption & Integrity Forum <https://www.oecd.org/corruption/integrity-forum/academic-papers/Georg%20Eder-%20Blockchain%20-%20Ghana_verified.pdf. > Erişim Tarihi: 24 Haziran 2021.

²⁵ Shang ve Price (n 22) 76.

²⁶ ibid 76.

olduğu konusunda geçerli bir kanıt sunması ve değiştirilemez olmasıdır²⁷. Ayrıca, yeni sistemden önce ortalama üç gün süren tapu kayıt süreci, blokzinciri tabanlı uygulamada yalnızca on dakika içerisinde tamamlanabilmektedir²⁸.

Deneme süreci sonunda sistemin verimliliğinden etkilenen Gürcistan hükümeti, projeyi genişletmeye karar vererek 2017 yılında aynı şirketle yeniden protokol yapmıştır. Böylelikle blokzinciri tabanlı tapu sicili projesinin ikinci aşamasına geçilmiştir. İkinci aşamanın amacı ise, özellikle taşınmazların devir sürecini daha şeffaf ve güvenli hale getirmektir. Blokzinciri tabanlı sistem sayesinde, tapu sicili ağının düğümleri (node), satıcının taşınmazın gerçek maliki olduğunu ve alıcının da devir için gereken satış bedeline sahip olduğunu doğrulamaktadır²⁹. İşlemin onaylanmasıyla birlikte, devir gerçekleşmekte ve yapılan bu işlem blokzinciri tabanlı tapu sicilindeki blok üzerine kaydedilip zaman damgası oluşturularak sonlandırılmaktadır. Böylelikle, tapu sicilinde oluşan bu kayıt üzerinde değişiklik yapılması ya da kaydın üçüncü kişilerce manipüle edilmesi imkânsız hale gelmektedir. Esasen Gürcistan'da uygulanan blokzinciri modeli karma (hibrit) bir sistemdir. Diğer bir ifadeyle, sistem üzerinde tapu memurlarının değişiklik yapması mümkündür. Ancak sicilde yapılan bu değişiklikler ve işlemler, bütün vatandaşlar tarafından görülebilmektedir³⁰. Bu durum, tapu sicilinde yapılan işlemlerin şeffaf bir şekilde yürütüldüğü iddiasını güçlendirmektedir.

Gürcistan, blokzinciri teknolojisinin tapu sicilinde kullanılması bakımından önemli mesafe katetmiş olsa da, taşınmazlara dair bütün işlemlerde bu teknolojinin kullanıldığı söylenemez. Hâlihazırda taşınmazların tapu siciline kaydedilmesi, satış yoluyla devri, ipotek hakkı kurulması ve kira sözleşmelerinde blokzinciri tabanlı tapu sicili kullanılmaktadır³¹. Ancak Gürcistan hükümeti, blokzincirinin hem tapu sicilindeki kullanımının geliştirilmesi hem de diğer kamu hizmetlerine uyarlanması için yeni düzenlemeler üzerinde çalışmaktadır³².

C. İsveç

İsveç tapu dairesi blokzinciri tabanlı bir tapu sicilinin kullanılması amacıyla, farklı alanlarda faaliyet gösteren bazı şirketlerle işbirliğine giderek, 2016 yılında bir

²⁷ ibid 76.

²⁸ Griffin P. Heil, 'Blockchain's Impact on Real Estate and Future' (2019) 18(2) The Journal of International Business & Law 237, 248.

²⁹ Shang ve Price (n 22) 77.

³⁰ Heil (n 28) 248.

³¹ ibid 248.

³² ibid 248.

deneme projesi başlatmıştır³³. Söz konusu şirketler; blokzinciri teknolojisi alanında çalışan ChromaWay, telekomünikasyon şirketi Teila Company, danışmanlık şirketi Kairos Future ve iki özel banka olan SBAB ile Landshypotek Bank'tan ibarettir³⁴.

Projenin ilk aşamasında, taşınmazlar hakkında yapılan işlemlerin gerçekleştirilmesi için akıllı sözleşme destekli bir blokzincirinin kullanımı denenmiştir³⁵. ChromaWay şirketi, bu proje ile taşınmazların devir sürecinin daha hızlı ve güvenli şekilde gerçekleşebileceğini ileri sürmekteydi. Zira tapu idaresinin yeterince hızlı davranmaması ve tapu işlemleriyle ilgili konularda mektup ya da elektronik posta yoluyla bilgi alışverişinde bulunulması gibi nedenler, taşınmazların devir sürecini geciktirmekteydi³⁶. ChromaWay tarafından geliştirilen sistemde, tapu kayıtları yasal hükümlere uygun bir biçimde dijital olarak blokzincirinde depolanır³⁷. Bu blokzincirinin temelindeki yazılım açık kaynaklıdır (*open-source*) ve tapu idaresiyle diğer ilgililer tarafından kontrol edilebilir. Ancak söz konusu blokzinciri ağı, yalnızca yetki verilen kişiler tarafından erişilebilmektedir³⁸. Böylelikle bir taşınmazın durumundaki her değişiklik ya da taşınmazla ilgili her işlem alıcı, satıcı, komisyoncu ya da taşınmazın finansmanına destek olan banka gibi yetkili katılımcılar tarafından görülebilir³⁹. Tescil işlemine dayanak oluşturan belgeler (örneğin satış sözleşmesi) blokzincirinde saklandığı ve ilgili herkes tarafından görülebildiği için, blokzinciri tabanlı tapu sicilinin şeffaflık ve güvenlik bakımından çok daha elverişli olduğu belirtilmiştir⁴⁰. Ayrıca, projenin hayata geçirilmesi halinde tahmini olarak yılda 100 milyon Euro civarında tasarruf edileceği de ileri sürülmüştür⁴¹.

Projenin ikinci aşamasında, tapu sicilindeki belirli işlemler için akıllı telefon uygulaması (*Application*) biçimindeki bir yazılım alt yapısı denenmeye başlanmıştır⁴². Buradaki amaç, taşınmazın taraflar arasında tamamen dijital olarak bir uygulama üzerinden devredilebilmesini sağlamaktır. Ayrıca taşınmazın tapuya tescilinin dışında, banka ile bağlantılı olarak kredi başvurusu sürecinin de dijital olarak tamamlanması hedeflenmiştir⁴³. İsveç'te, taşınmazların devir sürecinde

³³ Marc Junker 'Perspektivische Einsatzmöglichkeiten einer Blockchain in einer Landkreisverwaltung' (2020) Bachelorarbeit < https://opus.bsz-bw.de/hstf/frontdoor/deliver/index/docId/1141/file/Junker_Marc-Bachelorarbeit.pdf > Erişim Tarihi 24 Haziran 2021; Juliet McMurren, Andrew Young ve Stefaan Verhulst, 'Addressing Transaction Costs Through Blockchain and Identity in Swedish Land Transfers' (2018) < <https://blockchan.ge/blockchange-land-registry.pdf> > Erişim Tarihi 24 Haziran 2021.

³⁴ Daniel Noll, 'Distributed-Ledger Technologie im Grundbuchwesen' (2019) 15(1) Forschungsberichte des Instituts für Wirtschaftsinformatik der Universität Leipzig 1, 24; Kaczorowska (n 9) 352.

³⁵ Noll (n 34) 24.

³⁶ Junker (n 33) 24.

³⁷ ibid 24.

³⁸ Kaczorowska (n 9) 352.

³⁹ Junker (n 33) 24.; McMurren, Young, Verhulst (n 33) 4.

⁴⁰ Junker (n 33) 24.

⁴¹ McMurren, Young, Verhulst (n 33) 4; Heil (n 28) 249.

⁴² Noll (n 34) 24.

⁴³ ibid 24.

Alman hukukundan farklı olarak noter onayı zorunlu değildir⁴⁴. Bu nedenle, blokzinciri tabanlı tapu sicili projesinde noterlerle ilgili özel bir durum yoktur. Tapu dairesinin rolü ise, blokzincirinde dijital olarak yazılmış olan kodun gerçekte fiziksel olarak var olan bir taşınmazı temsil ettiğini onaylaması ve garanti etmesidir⁴⁵. Bu bakımdan tapu dairesinin blokzinciri tabanlı tapu sicilinde de halen önemli bir konumu bulunmaktadır. Öte yandan, projenin bir diğer ortağı olan telekomünikasyon şirketi Teila Company, dijital kimlik sistemi üzerine kurulan bir blokzinciri kimliği geliştirme konusunda çalışmıştır⁴⁶. Böylelikle, blokzinciri üzerinde işlem yapmak isteyen kişiler dijital kimlik vasıtasıyla sistem tarafından doğrulanacak ve işlem güvenliği sağlanmış olacaktır.

İsveç tapu dairesi ve ChromaWay şirketinin öncülük ettiği blokzinciri tabanlı tapu sicili projesi, ilk iki aşamayı başarılı şekilde tamamlamıştır⁴⁷. Ancak henüz gerçek anlamda bir taşınmaz devir işleminde kullanılmamıştır. Zira özellikle dijital kimlik ve imzaların geçerliliği konusunda yasal engeller bulunmaktadır⁴⁸. Bununla birlikte, İsveç tapu dairesi tarafından projenin üçüncü aşamasına geçilerek sürdürüleceği ifade edilmektedir⁴⁹.

D. Amerika Birleşik Devletleri

Amerika Birleşik Devletleri'nin Illionis eyaletinde bulunan Chicago şehrine bağlı Cook bölgesinde, tapu kayıt makamı tarafından blokzinciri teknolojisinin kullanılması için 2017 yılında bir deneme projesi başlatılmıştır⁵⁰. Projede ayrıca Uluslararası Blockchain Emlak Birliği (IBREA), taşınmaz teknolojisi alanında faaliyet gösteren Velox.re şirketi, finansal hizmetler alanında danışmanlık hizmeti veren Blockchain Consulting LLC ile birlikte Hogan Lovells ve Goldberg Kohn adlı iki hukuk firması da bulunmaktadır⁵¹. Projenin temel amacı, taşınmazların devrine ilişkin işlemleri dijital ortama aktararak sürecin kısaltılması, daha güvenli hale getirilmesi ve masrafların azaltılması olarak belirtilmiştir⁵². Ayrıca, bu sonuca ulaşabilmek amacıyla gerekli olan yasal düzenlemelerin neler olduğu konusunda da araştırma yapılması hedeflenmiştir⁵³.

⁴⁴ ibid 24.

⁴⁵ ibid 24.

⁴⁶ McMurren, Young, Verhulst (n 33) 5.

⁴⁷ ibid 7.

⁴⁸ Heil (n 28) 249.

⁴⁹ Noll (n 34) 24. ChromaWay şirketi çalışanlarından Henrik Hjelte, projenin henüz hayata geçmemesi konusunda, "Binlerce yıldır var olan evrakları, kâğıtları değiştiriyoruz. Bu biraz zaman alacak" ifadelerini kullanmıştır. Bkz Heil (n 28) 249.

⁵⁰ Heil (n 28) 251; Noll (n 34) 24; Matt Koronczok, 'The New Chain of Title: How Blockchain Will Effect Land Title Research, Recordation and Insurance' (2019) 5(3) Texas A&M Journal of Property Law 401, 408.

⁵¹ John Mirkovic, 'Cook County Blockchain Pilot Program Final Report' < <https://www.documenters.org/documents/blockchain-pilot-program-final-report-4122/> > Erişim Tarihi 24 Haziran 2021.

⁵² Heil (n 28) 251.

⁵³ Mirkovic (n 51) 7.

Cook bölgesi tapu kayıt makamının blokzincirini benimsemesi, esasen tapu sigortası şirketlerinin yaygınlaşmasına ve bazı emlak dolandırıcılığı olaylarına yol açan eyalet kanunlarındaki boşluğun doldurulması düşüncesine dayanmaktadır⁵⁴. ABD’de genellikle tapu sicili sisteminde resmi makamların mülkiyetin geçmesi bakımından etkin bir rolü yoktur. Mülkiyetin devredilebilmesi için, tapu kayıt makamı tarafından işlemin kaydedilmesi zorunlu değildir. Mülkiyetin devrine sebep olan sözleşmenin imzalanması ve sözleşme konusu şeyin teslim edilmesiyle birlikte mülkiyet alıcıya geçer⁵⁵. Sonrasında taraflar, aralarındaki bu işlemi isterlerse resmi makam tarafından tutulan sicile kaydettirirler⁵⁶. Dolayısıyla sicile kayıt kurucu değil, açıklayıcı bir etkiye sahiptir. Zira mülkiyet, sicile kayıttan önce kazanılmış olmaktadır. Sicile yapılan kaydın mülkiyet hakkına geçerlilik kazandırmak ya da bu hak lehine karine teşkil etmek gibi bir işlevi yoktur. Cook bölgesinde bazı emlak dolandırıcıları, yasal olarak üzerinde mülkiyet hakkı kurulamayan ya da bir kısım eksiklikler sebebiyle iskân hakkı bulunmayan taşınmazları alıcılara satmışlardır⁵⁷. Bu durum, blokzinciri tabanlı tapu sicilinin kullanılması fikrini güçlendirmiştir.

Cook bölgesinin blokzinciri tabanlı tapu sicili projesi, esasen mevcut durumda kullanılan tapu zincirini blokzinciri sistemine aktarmayı amaçlamaktadır. Hâlihazırda kullanılan tapu sicili siteminde, sicile kayıtlı her taşınmazın resmi makama teslim edilmiş ve kronolojik olarak sıralanmış belgeleri içeren ve “*tapu zinciri (chain of title)*” olarak adlandırılan bir dosyası bulunmaktadır⁵⁸. Proje, blokzinciri tabanlı tapu sicilini kullanarak taşınmazlarla ilgili bu belgelerin daha güvenli ve verimli bir biçimde tutulmasını öngörmektedir. Bununla birlikte, taşınmazın devrinin dijital bir ortam üzerinden gerçekleşmesi düşünülmektedir. Cook bölgesi tapu kayıt makamına göre, bir işlemi geçerli kılan şey onun kâğıt parçası üzerinde olması değil, işlemin temelindeki bilgilerin doğruluğu ve tarafların kesin bir biçimde anlaşmaya varmış olmalarınıdır⁵⁹. Dolayısıyla işlemin kâğıt üzerinde mi yoksa elektronik olarak imzalanmış ve onaylanmış bir araç üzerinde mi gerçekleştiğinin önemi yoktur⁶⁰. Bunun anlamı, devrin kâğıt belge ya da elektronik dosya ile kanıtlanabilen basit bir sözleşme olarak kabul edilmesidir.

Proje çerçevesinde ilk önce bölgedeki her bir taşınmaz hakkında bilgi depolamak amacıyla bir veri tabanı oluşturulmuştur. Bu veritabanının oluşturulması amacıyla, tapu makamının mevcut bütün kayıtları sunuculara kopyalanmıştır. Kayıtların aktarılmasından sonra, her bir taşınmaz hakkında tapu zinciri oluşturulması için

⁵⁴ Heil (n 28) 251.

⁵⁵ Mirkovic (n 51) 12.

⁵⁶ Hal böyle olmakla birlikte, finansman ve tapu sigortası için tescil zorunlu olduğundan, uygulamada çoğunlukla tapu kayıt makamına tescil başvurusu yapılmaktadır. Bkz Noll (n 34) 24.

⁵⁷ Koroncok (n 50) 408.

⁵⁸ Mirkovic (n 51) 19; Noll (n 34) 25.

⁵⁹ Mirkovic (n 51) 21.

⁶⁰ ibid 21.

blokszinciri teknolojisi kullanılmış ve kayıtlı bulunan bütün belgeler damgalanmıştır⁶¹. Böylelikle belgelerdeki her bir değişikliğin izlenebilmesi sağlanmıştır. Ayrıca dijital ortama taşınan her bir taşınmaz için, vergi değerlendirmesinde kullanılan niteliklere dair belgeler, inşaat izinlerine dair belgeler, uydu haritası ve Google haritalar uygulamasından alınan fotoğraflar tanımlanmıştır⁶². Tüm bu bilgilerin girilmesinden sonra, blokszinciri uygulamasını geliştiren şirket “Mülk Sağlığı (Property Health)” adı verilen bir uygulama oluşturmuştur⁶³. Bu uygulama sayesinde bir taşınmazı satın almayı düşünen kişilerin, taşınmazın mülk edinilmesine engel teşkil edecek durumları kolaylıkla görebilmeleri ve taşınmaz hakkında daha fazla bilgi edinmeleri sağlanmıştır. Potansiyel alıcının, taşınmaz hakkında sorun oluşturabilecek durumları önceden görerek hataya düşme ihtimalinin ortadan kaldırılması hedeflenmiştir.

Cook bölgesi tarafından denenen blokszinciri tabanlı tapu sicili projesi, genel anlamda başarılı görülmekle birlikte⁶⁴, fiili olarak uygulamaya geçirilmemiştir. Tapu kayıt makamı, blokszinciri üzerinden taşınmaz devrinin eyalet (Illionis) kanunlarına uygun olduğunu düşünmektedir⁶⁵. Ancak yine de blokszinciri teknolojisinin uygulanması ve geliştirilmesi konusunda kanun koyucunun harekete geçmesi gerektiğini ileri sürmektedir⁶⁶. Ayrıca, daha işlevsel, güvenli ve tutarlı bir tapu sicil kaydı oluşturmak için dağıtık defter yapısı hakkında teknoloji ortaklarıyla çalışmaya devam edileceği vurgulanmıştır⁶⁷.

E. Hindistan

Hindistan’ın Haryana eyaletine bağlı Panchkula şehrinde, Birleşmiş Milletler Kalkınma Programı ile Blockchain Learning Group adlı şirket arasındaki işbirliği çerçevesinde 2018 yılında bir proje başlatılmıştır⁶⁸. Projenin temel amacı, blokszinciri teknolojisi kullanılarak verimli ve güvenli bir tapu sicili sistemi oluşturulmasıdır⁶⁹. Blokszinciri tabanlı bir tapu sicili projesi başlatma fikri, 2010 yılında Haiti’de yaşanan depremden sonra ortaya çıkan sorunlara dayanmaktadır⁷⁰. Haiti’de depremden sonra yeniden inşa çalışmalarına başlanmıştır. Fakat ülkede düzgün işleyen bir tapu sicili sistemi olmadığı ve yaşanan felakette pek çok tapu kaydı yok olduğu için mülkiyet uyuşmazlıkları meydana gelmiş ve bu nedenle inşaat çalışmaları büyük oranda durmuştur⁷¹. Benzer bir durumun gelişmekte

⁶¹ Koronzok (n 50) 409; Mirkovic (n 51) 36-37.

⁶² Mirkovic (n 51) 36-37; Koronzok (n 50) 409.

⁶³ Koronzok (n 50) 409.

⁶⁴ ibid 409.

⁶⁵ Mirkovic (n 51) 46.

⁶⁶ ibid 46.

⁶⁷ ibid 46.

⁶⁸ Bkz <<https://www.landjustice.uk/2018/06/03/making-land-registry-more-accountable-in-india-with-blockchaintechnology/>> Erişim Tarihi 25 Haziran 2021.

⁶⁹ Alexandru Oprunenco ve Chami Akmeemana, ‘Using blockchain to make land registry more reliable in India’ (United Nations Development Programme, 1 May 2018) Erişim Tarihi 25 Haziran 2021.

⁷⁰ Heil (n 28) 250.

⁷¹ ibid 250.

olan ve halen kâğıt üzerinde tutulan tapu sicillerinin var olduğu ũlkelerde yeniden ortaya çıkması muhtemeldir⁷². İşte bu kŔtŔ sonuçların ŔnŔnde geçebilmek amacıyla Birleşmiş Milletler Kalkınma Programı'nın desteğiyle, Hindistan'da blokzinciri tabanlı bir tapu sicili sisteminin geliştirilmesi ve kullanılması dŔřŔnŔlmŔřtŔr.

Hindistan'da tapu sicili işlemlerinin tamamlanması oldukça zahmetlidir⁷³. SŔrecin karmaşıklığı sebebiyle, taşınmazın tapu sicilinde bir taraftan diğerine devredilmesi otuz gŔnŔ bulabilmektedir⁷⁴. Ayrıca, geçmişten bu yana tapu sicilinin verimli tutulamaması sebebiyle çok fazla mŔlkiyet uyuşmazlığı mahkemeleri meşgul etmektedir. Hindistan'da mahkemelerde devam eden mevcut davaların yaklaşık % 66'sı arazi anlaşmazlıklarından kaynaklanmaktadır⁷⁵. Ŕte yandan halen arazilerin Ŕnemli bir kısmı tapu siciline kayıtlı değildir. Blokzinciri tabanlı bir tapu sicilinin, tŔm bu sorunların özŔmŔnde Ŕnemli rol oynayabileceği ifade edilmektedir⁷⁶.

Pancula şehri için geliştirilen proje, mevcut tapu kayıtlarının blokzinciri sistemine kaydedilmesi ve sonrasında vatandaşlar tarafından bu sistem ũzerinde taşınmazın devrine yŔnelik işlemlerin akıllı sŔzleřme temelinde yapılabilmesi esasına dayanmaktadır⁷⁷. Bilgilerin sisteme kaydedilmesi sayesinde alıcı, taşınmazla ilgili bilgilerin doğruluğundan ve satıcının o taşınmazın gerçek maliki olduğundan emin olabilecektir⁷⁸. Ancak projede tapu memurluğunun kontrol işlevi korunmaktadır. Taraflar sŔzleřmeyi yaptıktan sonra tapu siciline kayıt için resmi makama gideceklerdir. Tapu memuru, sŔzleřmeyi blokzincirini kullanan veri tabanına kaydedecektir. Sistem ũzerinde herhangi bir sorun oluşmadığı takdirde sŔzleřme resmi makam tarafından onaylanacak ve otomatik olarak mŔlkiyetin devri gerekleřecektir⁷⁹. İşlemin tamamlanmasıyla birlikte, blokzincirinde oluşan kayıt kalıcı bir biçimde ilgililer tarafından ulaşılabilir hale gelecektir. GŔrŔldŔđŔ ũzere, projede sŔzleřme taraflarının blokzinciri hesabı edinmeleri ve bir uygulama ũzerinden işlem yapmaları sŔz konusu değildir. Diğer bir deyişle, taşınmazın devir işlemini yapacak olan kişiler, bunun için yine tapu memuruna başvurmak durumundadırlar. Fakat projenin getirdiği yenilik, tapu sicilindeki kaydın gŔvenli, hızlı, şeffaf ve kolay ulaşılabilir şekilde meydana getirilmesidir⁸⁰.

⁷² Oprunenco ve Akmeemana (n 69).

⁷³ Rijwan Khan, Shadab Ansari, Sneha Jain ve Saksham Sachdeva, 'Blockchain Based Land Registry System Using Ethereum Blockchain' (2020) 12(4) Journal of Xi'an University of Architecture & Technology 3640, 3640.

⁷⁴ Priyanka Singh, 'Role of Blockchain Technology in Digitization of Land Records in Indian Scenario' (2020) IOP Conference Series: Earth and Environmental Science < <https://iopscience.iop.org/article/10.1088/1755-1315/614/1/012055/pdf> > Erişim Tarihi 26 Haziran 2021.

⁷⁵ Singh (n 74) 6.

⁷⁶ ibid 6.

⁷⁷ Heil (n 28) 250.

⁷⁸ ibid 250.

⁷⁹ Oprunenco ve Akmeemana (n 69).

⁸⁰ ibid.

Hindistan’da blokzinciri tabanlı tapu sicilinin denendiği bir diğer eyalet ise ülkenin güneyindeki Andhra Pradeş’tir⁸¹. 2013 yılında kurulan bu yeni eyalet, başkent Amaravati’nin inşa edilmesi amacıyla yaklaşık 53.000 dönüm tarım arazisini toplamayı planlamaktadır⁸². Bu da onbinlerce çiftçiyle tarım arazilerinin satın alınması ya da başka arazilerle değiştirilmesi için sözleşme yapılması gerektiği anlamına gelmektedir. Oldukça zahmetli olan bu sürecin kolaylaştırılması ve mevcut tapu kayıtlarının meydana getirdiği sorunlardan kurtulmak amacıyla eyalet hükümeti, blokzinciri tabanlı bir tapu sicili sistemi kurulmasına karar vermiştir⁸³. Bunun için de, İsveç’te blokzinciri tabanlı tapu sicili projesinin ortaklarından olan ChromaWay şirketi ile anlaşma yapılmıştır⁸⁴. Şirket tarafından geliştirilen yazılım, Panchkula şehri için denenen projeye benzerlik göstermektedir. Vatandaşlar burada da tapu memurluğuna müracaat edeceklerdir ve tapu memurluğu tarafından işlemin sistemde onaylanmasıyla birlikte mülkiyet geçmiş olacaktır⁸⁵. Söz konusu yazılım, resmi makamlar tarafından tutulan tapu kayıtlarının blokzinciri veri tabanına aktarılmasını amaçlamaktadır. Bu noktada, eyaletteki tapu kayıtlarının hali hazırda elektronik veri tabanlarında tutuluyor olması büyük kolaylık sağlamıştır. Böylelikle şirket, daha az masrafla ve kısa zamanda çok sayıda tapu kaydını (yaklaşık 83.000) blokzinciri veri tabanına taşımıştır⁸⁶. Veriler blokzincirine kaydedildikten sonra geriye dönük olarak silinemez ya da değiştirilemez. Sonradan yapılan işlemler veya değişiklikler ise arazi malikleri tarafından “*MyAmaravati*” adı verilen bir uygulama üzerinden görülebilmektedir⁸⁷. Böylelikle tapu sicili işlemleri bakımından şeffaflık ve güvenlikle ilgili sorunların büyük ölçüde aşıldığı ileri sürülmektedir. Andhra Pradeş eyaletinde 24.000’den fazla çiftçi, blokzinciri tabanlı tapu sicili uygulamasını kullanarak tarım arazilerini hükümetin verdiği başka arazilerle değiştirmiştir⁸⁸. Bu durum, blokzinciri tabanlı tapu sicili sisteminin başarılı olduğuna işaret edebilir. Ancak dikkat edilirse bu sistem, yalnızca hükümet tarafından toplanması planlanan tarım arazileri için hayata geçirilmiştir. Dolayısıyla blokzinciri tabanlı tapu sicilinin taşınmazlara ilişkin bütün işlemlerde uygulamaya konulması şimdilik söz konusu değildir.

⁸¹ Singh (n 74) 7.

⁸² Ananya Bhattacharya, ‘Blockchain is helping build a new Indian city, but it’s no cure fore corruption’ (*Land Portal*, 18 July 2018) Erişim Tarihi 25 Haziran 2021.

⁸³ Bhattacharya (n 82).

⁸⁴ Singh (n 74) 7.

⁸⁵ Singh (n 74) 7.

⁸⁶ Bhattacharya (n 82).

⁸⁷ ibid.

⁸⁸ ibid.

II. Türk Tapu Sicili Sistemi Bakımından Blokzinciri Teknolojisi

A. Genel Olarak Türk Tapu Sicili Sistemi

Taşınmazların kişiler ve devletler için sahip olduğu ekonomik değer, bunlar üzerindeki aynı hakların aleniyetini sağlamak bakımından çeşitli sistemler geliştirilmesini zorunlu kılmıştır. Bu nedenle farklı ũlkelerde “*Kayıt ve Tespit Sistemi*”, “*Tasdik Sistemi*”, “*Torrens Sistemi*” ve “*Tapu Sicili Sistemi*” şeklinde sınıflandırılan sistemler kullanılmaktadır⁸⁹. ũlkemizde Medeni Kanun’un yũrũrlũđe girmesinden bu yana, İsviçre ve Alman hukuklarında da kullanılan tapu sicili sistemi benimsenmiş durumdadır⁹⁰. Bu sistemin esasını, bũtũn taşınmazların devletin denetimi ve sorumluluğu altında tutulan resmi sicillere kaydedilmesi oluřturmaktadır⁹¹. Resmi sicillere kayıttan maksat, tapu kũtũğünde her taşınmaz için ayrı bir sayfa açılması ve buraya ilgili taşınmazın hukuki durumunu gŕsteren bilgilerin iřlenmesidir⁹². Ancak tapu sicilinin işlevini tam anlamıyla yerine getirebilmesi için, ŕncelikle taşınmazların kadastrusunun yapılması gerekmektedir⁹³.

Tapu sicili kavramının ŕğretide biri geniş diğer de dar anlamda olmak ũzere iki ayrı şekilde ele alındığı gŕrũlmektedir. Geniş anlamda tapu sicili, hiyerarşık olarak teşkilatlanmış olan memur ve makamları kapsayan kamu hizmetini ifade etmektedir⁹⁴. Dar anlamda tapu sicili denildiğinde ise, taşınmazların fiili ve hukuki durumunu gŕsteren ve tapu memurları tarafından tutulan çeşitli defter ve belgelerin tũmũ anlařılmaktadır⁹⁵. Türk Medeni Kanunu m 997/1 hũkmũ, “*Taşınmazlar ũzerindeki hakları gŕstermek ũzere tapu sicili tutulur*” demek suretiyle, dar anlamda tapu siciline işaret etmektedir⁹⁶. Tapu Sicili Tũzũđũ’nde ise, tapu sicilinin tanımı yapılmıştır. Buna gŕre, “*Tapu sicili, Devletin sorumluluğu altında, tescil ve açıklık ilkelerine gŕre taşınmazlar ile ũzerindeki hakların durumlarını gŕstermek ũzere tutulan sicildir*” (TST m 5).

⁸⁹ Bu sistemler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Mehmet ũnal ve Veysel Başpınar, *şekli Eşya Hukuku* (11. Baskı, Savaş 2020) 273 vd; Jale Akipek, Turgut Akıntũrk ve Derya Ateş, *Eşya Hukuku* (2. Baskı, Beta 2018) 226 vd; Mehmet řengũl, *Tapu Sicilinin Aleniyeti* (1.Baskı, Adalet 2013) 14 vd; O Gŕkhan Antalya ve Murat Topuz, *Eşya Hukuku C. IV/I* (3. Baskı, şeçkin 2019), 479 vd.

⁹⁰ řengũl (n 89) 20.

⁹¹ ũnal ve Başpınar (n 89) 278; Akipek, Akıntũrk ve Ateş (n 89) 228.

⁹² Akipek, Akıntũrk ve Ateş (n 89) 228; ũnal ve Başpınar (n 89) 279.

⁹³ řengũl (n 89) 22. ũlkemizde bu konuda son yıllarda bũyũk ilerleme kaydedilmiştir. Tapu ve Kadastro Genel Mũdũrlũđu tarafından 2020 yılında yayınlanan rapora gŕre, Tũrkiye’de kadastro tamamlama yũzdesi 99,48 olarak gerçekteşmiştir. Bkz < <https://www.tkgm.gov.tr/kadastro-db/turkiye%27nin-guncel-kadastro-durumu> > Erişim Tarihi 1 Temmuz 2021.

⁹⁴ ũnal ve Başpınar (n 89) 282.

⁹⁵ řengũl (n 89) 27.

⁹⁶ ũnal ve Başpınar (n 89) 282; řengũl (n 89) 27.

B. Teknolojik Gelişmeler Karşısında Türk Tapu Sicilinin Durumu

Tapu sicili denilince akla ilk olarak taşınmazların kaydedildiği bir defter gelmektedir⁹⁷. Ancak bu kavram esasen asli siciller ve yardımcı sicillerden oluşan bir sistemin adıdır. Klasik tapu sicili, tüm sicillerin ve bunların içerisinde yer alan belge ve kayıtların kâğıt olarak tutulmasını (*Papiergrundbuch*) ifade eder⁹⁸. Bu sistemde tapu kayıtları, görevli tapu memuru tarafından ilgili defterde taşınmazın bulunduğu sayfaya el yazısı ile yazılmak suretiyle gerçekleştirilir⁹⁹. Yakın zamana kadar pek çok ülkede tapu sicili klasik usulde tutulmuştur. Ancak teknolojik gelişmeler tapu sicili hukukunu da etkilemiş ve taşınmazlara ilişkin kayıtların elektronik ortamda tutulmasına yönelik düzenlemeler yapılması gündeme gelmiştir. Bu durum, “*elektronik tapu sicili*” kavramının gelişmesine sebep olmuştur¹⁰⁰.

Türk Medeni Kanunu, klasik tapu sicili sistemini esas almaktadır. Hal böyle olmakla birlikte, ülkemizde de elektronik tapu sicili sistemine geçiş aşaması olarak düşünülebilecek adımlar atılmıştır. Bunların başında hiç şüphesiz, Tapu ve Kadastro Bilgi Sistemi (TAKBİS) projesi gelmektedir¹⁰¹. Söz konusu proje, tapu kütüklerindeki bilgilerin bilgisayar ortamına aktarılarak sayısallaştırılmasını ve Türkiye genelindeki tapu idarelerinin otomasyona geçmesini amaçlamaktadır¹⁰². TAKBİS projesi kapsamında 2012 yılı itibariyle ülke genelindeki tüm tapu kayıtları sayısal ortama aktarılmış ve bütün tapu müdürlükleri tarafından bu sistem kullanılmaya başlanmıştır¹⁰³. Ancak öğretilerde, TAKBİS ile birlikte Türk tapu sicilinin elektronik tapu siciline dönüşmediği ifade edilmekte ve mevcut tapu sicili sistemi “*bilgisayar destekli tapu sicili*” olarak adlandırılmaktadır¹⁰⁴. Zira TAKBİS ile birlikte tapu kayıtları bilgisayar ortamına aktarılmış olsa da, klasik tapu sicili hukuken geçerliliğini sürdürmektedir. Öte yandan TAKBİS projesinin yeterli hukuki dayanaktan yoksun olarak uygulanmaya başladığı hususu da bir başka eleştiri noktasıdır¹⁰⁵. Gerçekten de, TAKBİS ile ilgili temel düzenlemelere 2013 yılında yürürlüğe giren yeni Tapu Sicili Tüzüğü’nün “*Tapu Sicilinin Elektronik Ortamda Tutulması*” başlıklı üçüncü bölümünde (m 12-15) yer verilmiştir. Bununla birlikte, söz konusu düzenlemeler

⁹⁷ Akipek, Akıntürk ve Ateş (n 89) 239; Ünal ve Başpınar (n 89) 293; Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku* (22. Baskı, Filiz 2020), 155.

⁹⁸ Şengül (n 89) 56. İsviçreli hukukçular *Brückner ve Kuster*, tapu sicili kavramının esasen taşınmazların ve bunlar üzerindeki hakların gösterildiği bir “veri taşıyıcısı” (Datenträger) anlamına geldiğini belirtmektedirler. Yazarlar eskiden Basel şehrindeki tapu sicilinin, sağlam kâğıttan yapılmış sayfaları olan, deri cilt kaplı ve ağırlığı 17 kilografa kadar ulaşan büyük defterlerden müteşekkil bir koleksiyon olduğunu aktarmaktadırlar. Bkz Christian Brückner ve Mathias Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte* (2. Auflage, Schulthess 2021) 106.

⁹⁹ O Gökhan Antalya, *Elektronik Tapu Sicili* (1. Baskı, Seçkin 2019) 25.

¹⁰⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz Antalya (n 99) 23.

¹⁰¹ Veysel Başpınar, ‘Elektronik Tapu Sicili Düzenlenirken, Tapu Sicilinin Aleniyeti ve Diğer Alanlarla İlgili Ahınması Gereken Tedbirler’ (2008) 57(3) AÜHF 97, 99.

¹⁰² Şengül (n 89) 69.

¹⁰³ < <https://www.tkgm.gov.tr/tapuda-yeni-donem-basladi-takbis-tamamlandi> > Erişim Tarihi: 1 Temmuz 2021.

¹⁰⁴ Antalya (n 99) 30; Ünal ve Başpınar (n 89) 294; Doğanç (n 3) 535.

¹⁰⁵ Şengül (n 89) 66 vd; İpek Çevik, ‘Alman Hukukunda Elektronik Tapu Sicilinin Gelişimi ve Oluşumu’ (2018) 24(2) MÜHF-HAD 1086, 1106.

elektronik tapu sicilinin uygulanması bakımından yeterli nitelikte deđildir¹⁰⁶. Dolayısıyla Türk tapu sicili bakımından elektronik tapu sicilinin, klasik tapu sicilini ortadan kaldırdığı ve onun yerine geğtiği söylenemez.

C. Elektronik Tapu Sicili İle Blokzinciri Tabanlı Tapu Sicili Arasındaki Fark

Elektronik tapu sicili, klasik tapu sicilinde kâğıt olarak tutulan sicil, belge ve kayıtların elektronik ortamda tutulması ve tapu sicili işlemlerinin de yine elektronik olarak yürütülmesi temeline dayanmaktadır. Bu bakımdan klasik tapu sicilinde defterler üzerinde yer alan kayıt ve belgeler bilgisayar ortamında yer almaktadır. Söz konusu kayıt ve belgeler üzerinde yapılacak değişiklikler ya da tescil, terkin, tadil gibi tapu sicili işlemleri ise tapu memurunun el yazısıyla değil, elektronik ortamda yapılmaktadır. Dolayısıyla elektronik tapu sicili, içeriği ve hukuki niteliği itibarıyla klasik tapu siciliyle aynıdır¹⁰⁷.

Blokzinciri tabanlı tapu sicilinde de esasen tapu siciline ilişkin tüm kayıt ve belgelerin elektronik ortamda tutulması söz konusudur. Ancak elektronik tapu sicilinden farklı olarak burada merkezi olmayan (dağıtık) bir veri tabanı kullanılmaktadır. Elektronik tapu sicilinde, taşınmazlara ilişkin kayıt ve belgeler ilgili resmi makamın kullandığı veri tabanlarında depolanmaktadır. Bu nedenle söz konusu veri tabanlarındaki bilgilere ancak tapu hizmetlerini yürüten makamlar ya da hukuken erişim izni verilen kişiler ulaşabilir. Hâlbuki blokzinciri tabanlı tapu sicilinde, taşınmazlara ilişkin bilgilere veya bunlar üzerinde yapılan işlemlere tüm vatandaşların bir blokzinciri hesabı (örneğin Ethereum) üzerinden ulaşabilmesi söz konusudur. Bu durum tapu sicilinin şeffaflığını sağlıyor gibi görünse de, aleniyet ilkesinin sınırları, veri güvenliği ve kişisel verilerin korunması gibi konularda sorun teşkil etmeye adaydır.

Elektronik tapu sicilinde, tapu sicili işlemlerinin yürütülmesi yine tapu müdürlüğünün kontrolindedir. Diğer bir deyişle, işlemler elektronik ortamda yapılsa da tapu memurları aracılığıyla gerçekleştirilmektedir. Blokzinciri tabanlı tapu sicilinde ise, taşınmazlara dair işlemlerin üçüncü kişilerin aracılığı olmadan doğrudan kişiler arasında yapılması düşüncesi yer almaktadır. Ancak blokzinciri tabanlı tapu sicilini deneyen ülkelere bakıldığında, tapu memurluğunun tamamen devreden çıkarılmadığı hibrit veya özel blokzinciri modellerinin uygulandığı görülmektedir. Diğer ifadeyle, blokzinciri tabanlı tapu sicilinde de resmi makamların kontrol ve aracılığının devam etmesi mümkündür. Esasen bu durum, blokzinciri teknolojisinin temel mantığına uygun düşmemektedir. Zira bu teknolojinin esas amacı, araçları ortadan kaldırarak kişilerin doğrudan doğruya üçüncü kişi ya da kurumların denetimi olmadan işlem

¹⁰⁶ Bu husustaki eleştiriler için bkz Çevik (n 105) 1107.

¹⁰⁷ Şengül (n 89) 57.

yapabilmesidir. Bununla birlikte, blokzinciri teknolojisinin tapu siciline uygulanması bakımından resmi makamların tamamen ortadan kaldırılması fikrine şimdilik sıcak bakılmamaktadır. Bu durum, blokzinciri tabanlı tapu sicilinin, elektronik tapu siciline kıyasla belirgin bir fayda sağlamadığı düşüncesine yol açmaktadır¹⁰⁸.

D. Tapu Siciline Hâkim Olan İlkeler Bakımından Blokzinciri Teknolojisi

1. Aynı Kayıt İlkesi Bakımından

Aynı kayıt ilkesi (*Realfolienprinzip*), tapu kütüğünde her taşınmaz için ayrı bir sayfa açılması anlamına gelir¹⁰⁹. Böylelikle her taşınmazın üzerindeki aynı haklar bu sayfada gösterilebilmektedir. Türk-İsviçre Medeni Kanunları, tapu sicili sisteminde aynı kayıt ilkesini benimsemişlerdir. Nitekim TMK m 1000/1 (*ZGB Art 945, Abs 1*) hükmüne göre, her taşınmaza kütükte bir sayfa ayrılmalıdır.

Blokzinciri tabanlı tapu sicilinin aynı kayıt ilkesine uygun olarak kurulması mümkündür. Burada mühim olan, her taşınmaz bakımından veritabanı üzerinde ayrı bir sayfanın var olması ve taşınmazın hukuki durumuna dair bütün bilgilerin burada görülebilmesidir. Bu bakımdan klasik tapu sicilinde gerçekleştirilen aynı kayıt ilkesi, blokzinciri tabanlı tapu sicilinde de gerçekleştirilebilir. Nitekim elektronik tapu sicilinde de benzer bir durum söz konusudur. İsviçre öğretisinde, aynı kayıt ilkesinin tapu sicilinin elektronik ortamda tutulduğu hallerde de geçerli olduğu ifade edilmektedir¹¹⁰. Bununla birlikte, blokzincirinin mevcut haliyle her bloğu ayrı bir sayfa olarak içeren dijital bir tapu sicili işlevi göremeyeceği de ileri sürülmektedir¹¹¹. Zira taşınmazlara ilişkin tüm veriler doğrudan blokzincirinde depolandığı takdirde, sistemin performansı ve kullanılabilirliği önemli ölçüde azalacaktır¹¹². Bunun yerine, taşınmazlara ilişkin kayıt ve belgelerin blokzinciri haricinde ikinci bir veritabanına kaydedilmesi önerilmektedir¹¹³. Böyle bir durumda, blokzincirinde yalnızca taşınmazlar üzerinde yapılan işlemler zamansal olarak görülebilir olacaktır.

¹⁰⁸ Keuchen (n 14) 597.

¹⁰⁹ Antalya ve Topuz (n 89) 566; Ünal ve Başpınar (n 89) 284; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 97) 174; Mehmet Ayan, *Eşya Hukuku-I, Zilyetlik ve Tapu Sicili* (13. Baskı, Seçkin 2016) 219; A Lâle Sirmen, *Eşya Hukuku* (8. Baskı, Yetkin 2020) 119; Halik Nami Nomer ve Mehmet Serkan Ergüne, *Eşya Hukuku* (7. Baskı On İki Levha 2019) 121; Şengül (n 89) 34; Aron Pfammatter, *OFK-Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch* (3. Auflage, Orell Füssli Verlag 2016) Art 945 N 1; Bettina, Deillon-Schegg, *CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht* (3. Auflage, Schulthess Verlag 2016) Art 945 N 1; Adrian Mühlematter ve Stefan Stucki, *Grundbuchrecht für die Praxis* (2. Auflage, Orell Füssli Verlag 2017) 34. Öğretimde bu ilkeyi belirtmek için “taşınmaza sahife açılması prensibi”, “aynılık ilkesi”, “aynı açıklık prensibi” gibi ifadeler de kullanılmaktadır.

¹¹⁰ Deillon-Schegg (n 109) Art 945 N 1; Pfammatter (n 109) Art 945 N 1; Jürg Schmid, *BSK-Basler Kommentar-ZGB II* (6. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag 2019) Art 949a N 10.

¹¹¹ Alexander Neustädter, ‘Blockchain in der Immobilienwirtschaft der Schweiz’ (2019) Abschlussarbeit <https://www.curem.uzh.ch/de/forschung_und_publicationen/abschlussarbeiten.html#Abschlussarbeiten_2019> Erişim Tarihi 2 Temmuz 2021.

¹¹² Neustädter (n 111) 26.

¹¹³ ibid 26.

2. Tescil İlkesi Bakımından

Taşınmazlar üzerinde bir aynı hakkın kazanılmasının, devredilmesinin, değiştirilmesinin ya da sona ermesinin tescil işleminde bağlı olmasına tescil ilkesi (*Eintragungsprinzip*) denir¹¹⁴. Bu ilke çerçevesinde, kurulması kanun gereği tescile tabi olan aynı hakların mutlaka üzerinde kuruldukları taşınmazın tapu kütüğü sayfasında yer alan ilgili sütuna yazılmaları gerekmektedir. Buna öğretide “*mutlak tescil ilkesi*” (*absolute Eintragungsprinzip*) adı verilmektedir¹¹⁵. Bazı istisnai durumlarda ise, taşınmazlar üzerindeki aynı haklar tescil edilmeden doğabilmektedir. Söz konusu durumlarda tescil kurucu değil, yalnızca açıklayıcı/bildirici (*deklaratorisch*) bir işleve sahiptir. Öğretide bu duruma “*nisbi tescil ilkesi*” (*relatives Eintragungsprinzip*) denilmektedir¹¹⁶.

Tapu müdürlüğünün sisteme dâhil olduğu bir blokzinciri tabanlı tapu sicilinde tescil ilkesi uygulanabilir. Böyle bir sistemde, taşınmaz üzerinde kurulacak olan aynı hakkın tescilini sağlayacak olan yine tapu memurudur. Ancak klasik tapu sicilinden farklı olarak tescil, tapu kütüğüne mavi veya siyah mürekkepli kalemle (TST m 27/1) değil, veritabanı üzerinde gerekli bilgilerin girilmesi ve işlemin onaylanması şeklinde sayısal olarak yapılacaktır. Blokzinciri tabanlı tapu siciline resmi makamın dâhil edilmemesi ihtimalinde ise, tescil işleminin tamamen veritabanı üzerinden otomatik bir biçimde gerçekleştirilmesi söz konusu olabilir. Ancak mevcut durumda, blokzinciri tabanlı tapu sicilini deneyen ülkelerde dahi, tapu işlemlerini yürüten resmi makamların tamamen devreden çıkarılması gibi bir durumla karşılaşılmamaktadır. İlerleyen yıllarda yapay zekâ teknolojisindeki gelişmelerle bağlantılı olarak, aynı haklara dair tescil taleplerinin geliştirilmiş yapay zekâ tarafından denetlendiği ve tescil işleminin yapıldığı bir sistem karşımıza çıkabilecektir. Şimdilik, blokzinciri tabanlı bir tapu sicili yazılımının tapu memuru tarafından üstlenilen kontrol ve onay mekanizmasının yerini tutamayacağı ifade edilebilir. Kaldı ki, hâlihazırdaki tapu sicili mevzuatımız tescile esas olan hukuki işlemlerin elektronik ortamda yapılmasına dahi imkân vermemektedir¹¹⁷.

Genel bir blokzincirine dayalı tapu sicili uygulandığı takdirde, tescil ilkesi bakımından muhtelif sorunlarla karşılaşılacaktır. En başta karşılaşılabacak sorun, genel blokzincirinde bir işlemin doğruluğunun kabulü için gerekli olan, ağa kayıtlı katılımcıların çoğunluğunun işlemin onaylanması şartıdır¹¹⁸. Genel blokzincirinin temel

¹¹⁴ Antalya ve Topuz (n 89) 567; Ünal ve Başpınar (n 89) 287; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 97) 175; Nomer ve Ergüne (n 109) 121; Sirmen (n 109) 119; Ayan (n 109) 220, Doğancı (n 3) 542; Şengül (n 89) 44; Mühlematter ve Stucki (n 109) 38.

¹¹⁵ Mühlematter ve Stucki (n 109) 38; Pfammatter (n 109) Art 971 N 1; Deillon-Schegg (n 109) Art 971 N 1; Şengül (n 89) 45.

¹¹⁶ Pfammatter (n 109) Art 971 N 1; Mühlematter ve Stucki (n 109) 38; Deillon-Schegg (n 109) Art 971 N 1; Şengül (n 89) 46.

¹¹⁷ Tapu Sicili Tüzüğü m 13 hükmüne göre, yalnızca Genel Müdürlük tarafından belirlenecek resmi şekle tabi olmayan belge ve kayıt örneği verilmesi gibi işlemler, elektronik ortamda başvuru yapılarak ve elektronik imza dâhil diğer kimlik doğrulama yöntemleri kullanılarak tamamlanabilir.

¹¹⁸ Doğancı (n 3) 543.

özelliği olan bu durum, sistemin etki altında kalarak yolsuzluklara sebep olunmasının önüne geçmeyi hedeflemektedir. Bununla birlikte, genel blokzincirine dayalı tapu sicilinde, tescil ve diğer işlemlerin çoğunluk onayına tabi tutulması, hak sahibinin tasarruf yetkisinin kısıtlanması anlamına gelir¹¹⁹. Zira çoğunluk onayı olmadığı takdirde, tescil, terkin ve tadil gibi tapu sicili işlemleri yapılamayacaktır. Dolayısıyla böyle bir tapu sicili sisteminin kullanılması, faydadan çok zarar meydana getirecektir.

Tescil ilkesi bağlamında ortaya çıkan bir diğer temel sorun, kayıtların silinmesi ya da düzeltilmesinde gündeme gelmektedir. Tapu siciline yapılan kayıtlar, her zaman gerçek hak durumunu göstermeyebilir. Söz gelimi, tapu memurunun yaptığı bir yanlışlıktan dolayı gerçek hak sahibi olmayan kişi tapuda malik olarak gözükebilir. Bunun yanında, bağlayıcı olmayan bir hukuki işleme dayanan veya hukuki sebepten yoksun bulunan bir tescilin varlığı (yolsuz tescil) da mümkündür. Bu durumda tapu sicilinin düzeltilmesi gerekmektedir. Öte yandan, aynı hakkın tapu dışı sebeplerle sona ermesi sonucu tapu kaydının güncellenmesi ihtiyacı doğabilir. Tüm bu hallerde, blokzinciri teknolojisinin temel özelliklerinden olan değişmezlik özelliği, tapu kayıtlarının düzeltilmesi veya terkinde sorun teşkil eder. Özellikle, gerçek hak durumunu yansıtmayan tapu kayıtlarının, blokzincirinin değişmezlik özelliği nedeniyle aynı kalması hem hak kayıplarına yol açacak hem de tapu sicili uygulamasının da aksamasına neden olacaktır¹²⁰.

Bahsedilen sorunların çözülebilmesi için öğretilerde muhtelif öneriler getirilmiştir¹²¹. İlk olarak, akıllı sözleşmelerin sonlandırılmasında kullanılan yöntemlerin, blokzincirine dayalı tapu kayıtlarında terkin veya düzeltme yapılmasında da kullanılabileceği ifade edilmektedir¹²². Diğer ifadeyle, akıllı sözleşmelerin sonlandırılması için geliştirilen “ters işlem”, “çatallaşma”, “zaman döngüsü”, “çifte işlem” ve “düzenlenebilir blokzinciri” yöntemlerinin¹²³, blokzinciri tabanlı tapu siciline uyarlanabileceği belirtilmektedir. Kanaatimizce, bu yöntemler içerisinde düzenlenebilir blokzinciri (*Redactable Blockchain*) yönteminin tapu kayıtlarının terkinde veya düzeltilmesi ihtiyacına cevap verme potansiyeli vardır. Düzenlenebilir blokzinciri, sistemde yer alan blokların yeniden yazılmasına imkân vermektedir¹²⁴. Bu nedenle, blokzinciri tabanlı tapu sicilinde mevcut olan bir yolsuz tescilin kaydedildiği bloğun yeniden yazılarak düzeltilmesi mümkün olabilir. Ancak düzenlenebilir blokzinciri yöntemi henüz teknik anlamda gelişim aşamasındadır. Dolayısıyla, teorik olarak mümkün gibi gözükken işlemlerin teknik anlamda da hayata geçirilebilir hale

¹¹⁹ ibid 543.

¹²⁰ ibid 546.

¹²¹ ibid 547.

¹²² ibid 547.

¹²³ Bu yöntemler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Doğanç (n 3) 507 vd.

¹²⁴ Düzenlenebilir blokzinciri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Giuseppe Ateniese, Bernardo Magri, Daniele Venturi ve Ewerton Andrade, ‘Redactable Blockchain or Rewriting History in Bitcoin and Friends’ (2017) 1(1) European Symposium on Security and Privacy 111, 113.

gelmesi gerekmektedir. Öte yandan, bu yöntem kullanıldığı takdirde blokzincirinin en temel özelliklerinden biri olan değişmezlik özelliği ortadan kaldırılmış olacaktır. Bu durumun blokzinciri kavramı ile ne ölçüde bağdaştığı hususu da ayrı bir tartışma konusudur¹²⁵.

Tescil ilkesi bakımından ortaya çıkan sorunlara yönelik ikinci öneri ise, izinli ve kısmen açık blokzincirine dayalı bir tapu sicili uygulaması geliştirilmesidir¹²⁶. Söz konusu öneri çerçevesinde, blokzinciri ağında birbirlerinden bağımsız olarak çalışan ancak birbirleriyle etkileşim halinde olan farklı akıllı sözleşmelerin rol oynaması öngörülmektedir¹²⁷. Ancak bu sistem daha çok tapu sicilinde yapılacak olan işlemin öncesinde, akıllı sözleşme yazılımı vasıtasıyla muhtemel bir hatanın en aza indirilmesini amaçlamaktadır. Bununla birlikte, meydana gelen bir hata durumunda bunun düzeltilmesinin nasıl mümkün olabileceği konusu açık değildir. Bütün olasılıklar dikkate alınarak kusursuz işleyen bir programın yapılmasının her zaman mümkün olmayacağı da belirtilmektedir¹²⁸.

3. Sebebe Bağlılık İlkesi Bakımından

Türk-İsviçre Hukukunda, taşınmazlar üzerinde bir aynı hakkın kurulabilmesi için tapu siciline tescil yeterli görülmemiş, ayrıca tescilin geçerli bir hukuki sebebe dayanması da şart koşulmuştur¹²⁹. Sebebe bağlılık ilkesi (*Kausalitätprinzip*) olarak adlandırılan bu ilke gereğince, geçerli bir hukuki sebebe dayanmayan tesciller yolsuz (*ungerechtfertigt*) olarak kabul edilmiştir¹³⁰.

Blokzinciri tabanlı bir tapu sicili sisteminin kullanılması, tescilin sebebe bağlılığı ilkesi bakımından bazı sorunların doğmasına sebep olabilir. Hatta tapu müdürlüğünün sistemin bir parçası olduğu durumlarda bile muhtelif sakıncalar gündeme gelecektir. Her şeyden evvel, taşınmazları konu edinen hukuki işlemlerin büyük çoğunluğunun tapu memuru tarafından düzenlenen resmi senetle yapılması zorunluluğu önemli bir meseledir. Blokzinciri tabanlı tapu sicilinde, tarafların özel bir uygulama üzerinden hukuki işlem yapmaları söz konusudur. Örneğin bir taşınmazın satışı yapılacaksa, satış sözleşmesine ilişkin bilgiler taraflarca veritabanına girilecek ve sonrasında resmi makamın onayına sunulacaktır. Böyle bir sistemin mevcut hukuk düzenimize aykırı olduğu açıktır. Zira taşınmazın satış yoluyla devri yapılacaksa, tarafların ya da yetkili temsilcilerinin tapu müdürlüğüne giderek memurun huzurunda iradelerini beyan etmeleri ve resmi senedi imzalamaları gerekmektedir. şu halde blokzincirini kullanan

¹²⁵ Doğancı (n 3) 528.

¹²⁶ ibid 548.

¹²⁷ ibid 549.

¹²⁸ ibid 557.

¹²⁹ Ünal ve Başınar (n 89) 288; Nomer ve Ergüne (n 109) 121; Antalya ve Topuz (n 89) 567; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 97) 175; Sirmen (n 109) 119; Ayan (n 109) 220; şengül (n 89) 38.

¹³⁰ Deillon-Schegg (n 109) Art 974 N 5; Pfammatter (n 109) Art 974 N 4; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 97) 175.

bir veritabanı üzerinden yapılan hukuki işlemin resmi memur önünde yapılmış kabul edilmesi mümkün değildir. Bunun için hem hukuki hem de teknik altyapının oluşturulması gerekmektedir. Örneğin Almanya’da noterlerin taşınmaz satışı ile ilgili işlemleri yaparak, tapu siciline tescil için gereken başvuruyu elektronik ortamdan iletme imkânları bulunmaktadır¹³¹. Ancak dikkat edilirse Alman Hukuku bakımından da hukuki işlemin taraflarca tamamen elektronik ortamda yapılması söz konusu değildir. Türk Hukuku’nda güvenli elektronik imzanın düzenlenmesi amacıyla 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu çıkarılmıştır. Ancak bu kanuna göre, resmi şekle tabi olan hukuki işlemler güvenli elektronik imza ile gerçekleştirilemez (m 5/2). Bununla birlikte, 2020 yılında Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü tarafından “*Web-Tapu*” adı verilen bir uygulama başlatılmıştır. Bu uygulama çerçevesinde vatandaşların e-devlet sistemi üzerinden tapu işlem başvurusu yapabilmeleri ve tapu işlemleri için gereken evrakları elektronik ortamdan gönderebilmeleri imkânı getirilmiştir¹³². Ancak söz konusu uygulama, yalnızca tapu işlemlerinin tamamlanmasından önceki aşamanın hızlandırılmasına hizmet etmektedir. Son aşamada taşınmazla ilgili tescil ya da diğer işlemlerin yapılabilmesi için yine tapu memuru huzuruna gidilmesi gerekmektedir.

Tescilin hukuki sebebini oluşturan borçlandırıcı işlem bakımından şekil dışında başka geçersizlik sebepleri de meydana gelebilir. Örneğin ehliyetsizlik, irade sakatlıkları ya da muvazaa bunlardan başlıcalarıdır. Blokzinciri tabanlı bir tapu sicili sistemi, hukuki işlemin geçersizliğine yol açacak bu gibi durumların önlenmesi bakımından bir özellik göstermez. Diğer ifadeyle, hukuki işlemin yapılacağı bilgisayar yazılımının geçersizliğe yol açacak durumu tespit etmesi şimdilik mümkün değildir. Hâlbuki resmi memur huzurunda yapılan işlemlerde, tapu memurunun işlemi geçersiz kılacak bir durumu fark ederek tescil talebini reddetmesi mümkündür. Söz gelimi uyuşturucu ya da alkolün etkisinde olan malikin bu şekilde tapu memurunun huzurunda tescil talebinde bulunması durumunda, talebin reddedilmesi gerekir. Blokzinciri tabanlı tapu sicilinde ise, bilgisayar yazılımının ya da veritabanı üzerinden işlemi onaylayacak olan tapu memurunun böyle bir durumu fark etmesi beklenemez. Bu durum, blokzinciri tabanlı tapu sicilinde işlem güvenliğinin nasıl sağlanacağı noktasında çekincelerin oluşmasına yol açmaktadır.

Blokzinciri tabanlı tapu sicilinin potansiyel bir faydası, tapu sicilinde vekâleten yapılan işlemler bakımından söz konusu olabilir. Tapu sicilinde vekâleten işlem yapılabilmesi için tapu memuruna noter tarafından düzenlenmiş ve vekilin talep konusu işleri yapmaya yetkili olduğunu içeren vekâletnamenin ibraz edilmesi aranmaktadır (TST m 18/4). Uygulamada sahte vekâletname ile işlem yapıldığı ya da vekâlet görevinin kötüye kullanıldığı durumlarla sıklıkla karşılaşılmaktadır. Blokzinciri tabanlı tapu sicilinde, hukuki işlemin tapu memurunun huzuruna bizzat

¹³¹ Çevik (n 105) 1108.

¹³² < <https://webtapu.tkgm.gov.tr/> > Erişim Tarihi 8 Temmuz 2021.

gitmeye gerek kalmadan veritabanı üzerinden yapılması düşünölmektedir. şu halde böyle bir sistem uygulanabilirse, tapuda işlem yapmak için bir başkasına vekâlet vermeye ihtiyaç kalmayacaktır. Ancak kişinin tutuklu olması gibi istisnai durumlarda yine vekâletle işlem yapılması gerekebilir.

4. Aleniyet İlkesi Bakımından

Tapu sicilinin aleniyeti (*Öffentlichkeit des Grundbuches*), tapu sicilinde bulunan kayıtların herkes tarafından bilinebilir olmasını ifade eder. Nitekim TMK m 1020/1 hükmünde, “*Tapu sicili herkese açıktır*” denilmek suretiyle aleniyet ilkesine yer verilmiştir¹³³. Bununla birlikte, aleniyet ilkesi herkesin dilediği gibi tapu sicilini inceleyebileceği anlamına gelmemektedir¹³⁴. Kanun ancak “*ilgisini inanılır kılan*” herkesin tapu kütüğündeki ilgili sayfanın ve belgelerin tapu memuru önünde kendisine gösterilmesini veya bunların örneklerinin verilmesini isteyebileceğini düzenlemektedir (TMK m 1020/2)¹³⁵. Buradaki “*ilgi*”, hukuki bir ilgi olabileceği gibi, bilimsel, ekonomik ya da şahsi bir ilgi de olabilir¹³⁶. Ancak her halükarda ilginin hukuken korunmaya değer olması¹³⁷ ve tapu sicilinin kullanım amacına uygun olması zorunludur¹³⁸.

Blokzinciri tabanlı tapu sicilinin, potansiyel olarak en sorunlu olduğu nokta aleniyet ilkesinde karşımıza çıkmaktadır. Zira blokzinciri tabanlı tapu sicilinde, taşınmazlarla ilgili bütün işlemlerin bloklar halinde saklanması ve şeffaf bir şekilde herkesle paylaşılması söz konusudur¹³⁹. Blokzinciri tabanlı tapu sicilini deneyen ölkelerde de, tapu sicilinde yapılan tüm işlemlerin geçmişe dönük olarak vatandaşlar tarafından görölebilmesi amaçlanmaktadır. Diğer bir ifadeyle, blokzinciri tabanlı tapu sicili mutlak aleniyetin de ötesine geçmeyi vaat etmektedir. Mutlak aleniyet, tapu sicilinde yapılacak inceleme ya da örnek alma bakımından herhangi bir şartın bulunmaması

¹³³ Ünal ve Başpınar (n 89) 285; Akipek, Akıntürk ve Ateş (n 89) 228; Nomer ve Ergüne (n 109) 122; Sirmen (n 109) 120; Şengöl (n 89) 37.

¹³⁴ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 97) 177; Sirmen (n 109) 120; Brückner ve Kuster (n 98) 108. Barbara Widmer, ‘Der lange Weg der digitalengrundbuchzugriffe: Die Plattform Terravis’ (2019) 14(12) Aktuelle Juristische Praxis 1303, 1305.

¹³⁵ İsviçre Hukukunda 1.1.2005 tarihinde yürürlüğe giren düzenleme ile ZGB Art 970/2 hükmünde belirtilen bilgilere herhangi bir ön koşul ya da ilginin kanıtlanması şartı olmaksızın erişilebileceği kabul edilmiştir. Söz konusu bilgiler şunlardır: Taşınmaz ve taşınmazla ilgili bilgiler
Malikin adı ve kimliği
Mülkiyetin iktisap şekli ve tarihi.
Bunun dışında İsviçre Medeni Kanunu’na eklenen 970a maddesiyle de Kantonlara tapu sicilinde yapılan işlemlerle ilgili bilgileri yayınlama yetkisi verilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz Deillon-Schegg (n 109) Art 970 N 11-13; Pfammatter (n 109) Art 970 N 10-12; Schmid (n 110) Art 970 N 7; Mühlematter ve Stucki (n 109) 41; Brückner ve Kuster (n 98) 108; Widmer (n 134) 1306.

¹³⁶ Widmer (n 134) 1305; Pfammatter (n 109) Art 970 N 5; Deillon-Schegg (n 109) Art 970 N 5; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 97) 177; Şengöl (n 89) 87.

¹³⁷ Schmid (n 110) Art 970 N 14; Deillon-Schegg (n 109) Art 970 N 4; Pfammatter (n 109) Art 970 N 4.

¹³⁸ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 97) 177; Sirmen (n 109) 120.

¹³⁹ Hazal Sıla Ekmekçi, ‘Applicability of Blockchain Technology to Turkish Land Registry System’ (2019) Tilburg University International Business Law Master Thesis < <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=149346> > Erişim Tarihi 30 Haziran 2021.

anlamına gelir¹⁴⁰. Dolayısıyla mutlak aleniyetin kabul edildiği ülkelerde, dileyen herkes herhangi bir ilgisi ya da menfaati olmasa bile tapu kayıtlarını inceleyebilmektedir¹⁴¹. Blokzinciri tabanlı tapu sicilinde de, dileyen herkes resmi makamlardan talepte dahi bulunmaksızın tapu kayıtlarını inceleyebilecektir. Bu durum, blokzincirinin şeffaf ve güvenilir yönü olarak yansıtılsa da, nisbi aleniyeti kabul eden mevcut hukuk düzenimiz bakımından uygun değildir. TMK m 1020/2 hükmüne göre, tapu sicilini incelemek ve örnek almak isteyen kimse öncelikle ilgisini inanılır kılmalıdır. Ayrıca, ilgisini inanılır kılan kimse, tapu sicilinin sayfasını ve belgeleri ancak tapu memuru huzurunda inceleyebilir. Dolayısıyla tapu sicilinin sınırsız şekilde ve tapu memuru huzurunda olmaksızın bir veritabanı üzerinden incelenmesi TMK m 1020/2 hükmüne göre mümkün değildir¹⁴². Hal böyle olmakla birlikte, e-devlet sistemi üzerinden kullanılan Web-Tapu uygulamasıyla kişiler kendi taşınmazları hakkındaki bilgilere ulaşabilmesi için bir başkasına yetki verebilmektedir. Böylelikle yetki verilen kişi, sisteme giriş yaparak ilgili taşınmazı inceleme imkânına sahiptir. Ancak bu inceleme, ilgili taşınmazın tapu kütüğü sayfasının incelenebildiği anlamına gelmemektedir. Zira e-devlet sisteminde tapu kütüğü sayfaları değil, yalnızca taşınmazların belirli bilgileri yer almaktadır. Şu halde, Blokzinciri tabanlı bir tapu sicili sistemi çerçevesinde mutlak aleniyetin kabul edilebilmesi için, TMK m 1020/2 hükmünün yeniden ele alınması gerekmektedir.

Aleniyet ilkesiyle bağlantılı olarak ortaya çıkan en temel sorun kişisel verilerin korunmasıdır. Zira tapu sicilinde taşınmaza ilişkin bilgilerin yanında, taşınmaz üzerinde hakkı bulunanların kişisel veri kapsamına giren bilgileri de bulunmaktadır¹⁴³. Blokzinciri tabanlı tapu sicilinde mutlak aleniyetin kabul edilmesi, taşınmazlar üzerinde hak sahibi olanların kişisel verilerinin herkese açık hale gelmesi tehlikesini doğurmaktadır. 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'na göre, kişisel veriler ilgili kişinin açık rızası olmaksızın işlenemez ve aktarılamaz (KVKK m 5/1, m 8/1). Ancak kanunlarda açıkça öngörüldüğü takdirde, ilgili kişinin rızası aranmaksızın kişisel verilerin işlenmesi ve aktarılmasına cevaz verilmiştir (KVKK m 5/2-a, m 8/2-a). Şu halde blokzinciri tabanlı tapu sicilinde, tapu kayıtlarındaki tüm bilgilerin herkese açık hale getirilebilmesi için kanunda özel bir düzenleme yapılması gerekecektir. Bununla birlikte kanaatimizce, blokzinciri tabanlı tapu sicili sistemiyle

¹⁴⁰ Şengül (n 89) 85.

¹⁴¹ Örneğin Avusturya'da isteyen herkes ilgisini inanılır kılmaya ya da ispat etme şartı olmaksızın tapu kayıtlarını inceleyebilmekte ve tapu kayıtlarından örnek alabilmektedir. Bkz Antalya (n 99) 104.

¹⁴² Kural bu olmakla birlikte, Tapu Sicili Tüzüğü m 14 hükmünde belirtilen kurum, kuruluş ve kişilerin, düzenlenen protokol kapsamında TAKBİS üzerinden taşınmaz verilerine erişebilirler. Bu çerçevede mahkemeler, cumhuriyet başsavcılıkları, icra ve iflas müdürlükleri ile kamu kurum ve kuruluşlarının görevleriyle ilgili taşınmaz verilerine erişimi mümkündür (TST m 14/1). Ayrıca kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları (örneğin Barolar) ile taşınmaza ilişkin konularda faaliyet gösteren gerçek ve tüzel kişiler, kendi işleriyle sınırlı olmak üzere gerekli verilere erişebilirler (TST m 14/2). TAKBİS üzerinden sorgulama yapılabilmesi için, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü tarafından belirlenecek sözleşmenin imzalanması gerekmektedir. Bu sözleşmede, erişimin türü ve şekli, erişim kontrolü, verilerin kullanım amacı, üçüncü kişilere kullanılmasına ilişkin sınırlamalar ve amacı dışında kullanımın sonuçları yer alır (TST m 14/3).

¹⁴³ Başpınar (n 101) 116.

mutlak aleniyetin getirilmesi, özel hayatın gizliliği ilkesiyle aleniyet ilkesi arasındaki menfaatler dengesinin bozulmasına yol açar¹⁴⁴. Bu nedenle, blokzinciri tabanlı bir tapu sicili sistemi kabul edilse bile, yalnızca kişisel veriler kapsamına girmeyen bilgilerin veritabanında herkese açık olması düşünülebilir. Bunlar da genellikle taşınmazın fiili ve hukuki durumuna dair bilgiler olabilir. Söz gelimi taşınmaz üzerinde paylı veya elbirliği mülkiyetinin bulunup bulunmadığı, sınırlı aynı hakkın bulunup bulunmadığı, kişisel hakların şerhinin söz konusu olup olmadığı, taşınmazın ada, pafta, yüzölçümü bilgileri bu minvalde kabul edilebilir. Taşınmaz üzerinde hak sahibi olanların kimlik bilgileri, medeni durumları, taşınmazı edinme sebepleri, hangi tarihte malik oldukları gibi bilgilerin ise herkese açık olmaması gerekir. Dolayısıyla blokzinciri tabanlı bir tapu sicili sistemine geçilmesi düşünülürse, taşınmazlarla ilgili hangi verilerin ne şekilde erişime açılacağı hususunun detaylı ve net bir biçimde kanunda düzenlenmesi zorunludur.

Kişisel verilerin blokzinciri tabanlı tapu siciline işlenmesi, beraberinde bazı sorunları getirecektir. Öncelikle, blokzinciri tabanlı tapu sicilinde veri sorumlusunun tespiti önem taşımaktadır. Veri sorumlusu kanunda, “*Kişisel verilerin işleme amaçlarını ve vasıtalarını belirleyen, veri kayıt sisteminin kurulmasından ve yönetilmesinden sorumlu olan gerçek veya tüzel kişiyi ifade eder*” şeklinde tanımlanmıştır (KVKK m 3/1-1). Blokzinciri teknolojisinin merkeziyetçi olmayan yapısı, kişisel verilerin korunması anlamında veri sorumlusunun tespitini güçleştirmektedir¹⁴⁵. Genel blokzincirine dayalı bir sistemde veri sorumlusunun nasıl tespit edilebileceğine dair farklı değerlendirmeler bulunmaktadır. Bu çerçevede blokzinciri ağını ya da akıllı sözleşme sistemini geliştirenin veri sorumlusu olması gerektiğini ileri sürenler olduğu gibi, müşterek veri sorumluluğunun da gündeme gelebileceğini ifade edenler vardır¹⁴⁶. Buna karşılık, özel veya karma blokzinciri sisteminde, kişisel verilerin merkezi bir birim tarafından işlenmesi halinde, bu birimi oluşturan kişi veya kişilerin veri sorumlusu olarak kabul edileceği belirtilmektedir¹⁴⁷.

Kişisel verilerin işlenmesinde ortaya çıkabilecek önemli bir mesele, ilgili kişilerin hakları noktasında karşımıza çıkmaktadır. Kanunda herkesin veri sorumlusuna başvurarak kişisel verileriyle ilgili bazı taleplerde bulunma hakkının olduğu düzenlenmiştir (KVKK m 11). Bunlar içerisinde blokzinciri tabanlı tapu sicili bakımından en çok önem taşıyanlar, kişisel verilerin düzeltilmesini isteme hakkı ile bunların silinmesini veya yok edilmesini isteme hakkıdır.

Kişisel verilerin düzeltilmesini isteme hakkı, blokzincirinin temeli olan değişmezlik özelliği ile çelişmektedir. Bu durumu bir nebze gidermek için, kişisel verinin

¹⁴⁴ Benzer bir çekince elektronik tapu sicili bakımından da söz konusudur. Bkz Başpınar (n 101) 118.

¹⁴⁵ Doğancı (n 3) 586.

¹⁴⁶ ibid 587.

¹⁴⁷ ibid 586.

blokszinciri ağına bunun düzeltilmiş halinin eklenebileceği ileri sürülmektedir¹⁴⁸. Ancak böyle bir çözüm, yanlış olarak işlenen kişisel verinin ortadan kaldırılmasını sağlamayacaktır. Eksik olarak işlenen kişisel veriler bakımından ise meselenin çözümü biraz daha basittir. Blokszinciri ağına tamamlayıcı nitelikte yeni verilerin eklenmesi suretiyle düzeltme mümkün olabilir¹⁴⁹.

Blokszincirinin değişmezlik özelliği, kişisel verilerin silinmesini veya yok edilmesini isteme hakkı bakımında da sorun teşkil etmektedir. Akıllı sözleşme temeline dayanan sistemlerde yer alan güven fonksiyonu sonucunda, sisteme girilen verilerin kesin olarak kaydedilmesinden sonra silinmesi söz konusu olmamaktadır. Buna karşılık, ilgilinin kişisel verilerin silinmesini veya yok edilmesini isteme hakkı, dijital çağın getirdiği yeni bir insan hakkı olarak “unutulma hakkı”nın kapsamına girmektedir¹⁵⁰. Bu nedenle, kişisel verilerin silinmesi veya yok edilmesi hakkına uygun bir çözümün blokszinciri sistemi bakımından geliştirilmesi zorunludur. Kişisel verilerin silinmesine dair taleplerin nasıl gerçekleştirilebileceği noktasında muhtelif teknik öneriler mevcuttur¹⁵¹. Ancak söz konusu öneriler, bir kişisel verinin gerçek anlamda tamamen yok edilmesini sağlamamaktadır. Bununla birlikte öğretilerde, kişisel verilerin silinmesi hakkının bir çatı kavram olduğu ve somut olayda kullanılan teknolojinin niteliği göz önünde tutularak bu hakkın kullanılabilirliği ifade edilmektedir¹⁵². Diğer ifadeyle, blokszinciri tabanlı bir sistemde kişisel verilerin silinmesi hakkının karşılanabilmesi için, bu verilerin gerçek anlamda yok edilmesi zorunlu değildir¹⁵³. Mühim olan, silinmesi istenen verilerin kullanıcılar tarafından erişilemez, geri getirilemez ve tekrar kullanılamaz olmasıdır.

5. Tapu Siciline Güven İlkesi Bakımından

Tapu sicili, TMK m 7 anlamında resmi sicillerden olduğu için, buradaki kayıtlar belgeledikleri olguların doğruluğuna kanıt oluştururlar¹⁵⁴. Bu nedenle herkes tapu sicilindeki kayıtların doğru olduğunu düşünmekte haklıdır¹⁵⁵. Nitekim TMK m 1023 (*ZGB Art 973, Abs 1*) hükmü ile tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya bir başka aynı hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunmaktadır. Diğer bir deyişle, tapu sicilindeki tescil yolsuz olsa bile, bu tescile iyiniyetle dayanarak aynı hak kazanan kişinin kazanımı geçerli sayılmaktadır¹⁵⁶.

¹⁴⁸ ibid 618.

¹⁴⁹ ibid 619.

¹⁵⁰ Unutulma hakkı konusunda bkz Eren Sözler, *Unutulma Hakkı - İnsan Hakları Hukuku Perspektifinden Bir İnceleme* (1.Baskı, On İki Levha 2017) 16 vd.

¹⁵¹ Doğancı (n 3) 623.

¹⁵² ibid 624.

¹⁵³ ibid 624.

¹⁵⁴ Ünal ve Başpınar (n 89) 290; Akipek, Akıntürk ve Ateş (n 89) 229; Nomer ve Ergüne (n 109) 122; Mühlematter ve Stucki (n 109) 38.

¹⁵⁵ Şengül (n 89) 51; Brückner ve Kuster (n 98) 107.

¹⁵⁶ Deillon-Schegg (n 109) Art 973 N 1; Pfammatter (n 109) Art 973 N 1; Sirmen (n 109) 119; Nomer ve Ergüne (n 109) 122; Ünal ve Başpınar (n 89) 291.

Tapu m¼d¼rl¼ğ¼n¼n sisteme d¼hil olmadığı bir blokzinciri modelinde, tapu siciline g¼ven ilkesinin sarsılacağı kuşkusuzdur. Zira b¼yle bir ihtimalde tapu sicilinin resmi sicil olma niteliği ortadan kalkacaktır. şu halde blokzinciri tabanlı tapu sicilinin tutulmasında da devletin rol oynaması kaçınılmazdır. Ancak devletin d¼hil olduğu blokzinciri siteminde de tapu sicilinin tutulması bakımından bazı sorunların meydana gelmesi m¼mk¼nd¼r. S¼z gelimi, tapu kayıtlarının blokzinciri veritabanına aktarılırken yanlışlık yapılması ihtimal d¼hilindedir. Bu durumda tapu sicilindeki kayıt gerçek hak durumunu yansıtmayacaktır. Blokzincirindeki kayıtların geriye d¼n¼k olarak değiştirilememe özelliği de bu gibi olumsuzlukları pekiştirecektir.

Tapu siciline g¼ven ilkesiyle bağlantılı bir diğer sorun, devletin tapu sicilinin tutulmasından doğan sorumluluğunda karşımıza çıkmaktadır. Tapu siciline duyulan g¼venin devamının sağlanması amacıyla, tapu sicilinin tutulmasından doğan b¼t¼n zararlardan devletin sorumlu olduğu h¼kme bağlanmıştır (TMK m 1007/1). Resmi makamların devre dışı olduğu genel bir blokzinciri modelinde, tapu sicilinin tutulmasından dolayı bir zarar ortaya çıkarırsa kimin sorumlu olacağı meselesi belirsizdir¹⁵⁷. Bu bakımdan, tapu siciline tescil yoluyla elde edilen g¼venin blokzinciriyle de sağlanabileceği fikri¹⁵⁸ tutarsız g¼r¼nmektedir. Genel blokzinciri modelinde, tapu memurunun ¼stlendiđi yasal kontrol işlevinin otomatik bir sistem aracılığıyla gerçekleştirilmesi ¼ng¼r¼lmektedir¹⁵⁹. Diğer bir ifadeyle, blokzinciri teknolojisinin kamu otoriteleri de d¼hil olmak ¼zere ¼c¼nc¼ kişileri devreden çıkarması ¼nerilmektedir. Ancak tapu sicilinin ¼nemi dikkate alındığında b¼yle bir blokzinciri modelinin uygulanmasının m¼mk¼n olmadığı ortadadır¹⁶⁰.

E. Blokzinciri Tabanlı Bir Tapu Sicilinin Kullanılabilmesi İçin Temel Gereksinimler

1. Tapu Kayıtlarının Doğruluğu

Blokzinciri tabanlı bir tapu sicili sistemine geçiş için, mevcut tapu kayıtlarının doğruluğu ¼nem tařımaktadır¹⁶¹. Blokzincirinde yapılan işlemler değiştirilemez nitelikte olduğundan, tapu kayıtlarının blokzincirine aktarılması s¼recinde mevcut tapu kayıtlarının gerçek hukuki durumu yansıması gerekmektedir. Ancak tapu sicilinin gerçek hak durumunu yansıtmadığını tespit etmek oldukça g¼çt¼r. Ayrıca, b¼yle bir durumun tespit edilmiş olması durumunda dahi, tapu m¼d¼rl¼ğ¼n¼n kendiliğinden bu yanlışlığı d¼zeltmesi her zaman m¼mk¼n değildir. TMK m 1027/3 h¼km¼ne g¼re,

¹⁵⁷ Wilsch (n 14) 767; Ekmekçi (n 139) 41.

¹⁵⁸ Frank Schaffler, 'Blockchain wird die Welt ver¼ndern' (*Prometheus*, 12 May 2015) Erişim Tarihi 5 Temmuz 2021.

¹⁵⁹ Ekmekçi (n 139) 41.

¹⁶⁰ Wilsch (n 14) 767; Ekmekçi (n 139) 41.

¹⁶¹ J Michael Graglia ve Christopher Mellon, 'Blockchain and Property in 2018: At the End of the Beginning' (2018) 12(1-2) *Innovation: Technology, Governance, Globalization* 90, 94.

tapu memuru ancak basit yazı yanlışlıklarını tüzük kuralları uyarınca kendiliğinden düzeltebilir. Bunlar da ancak aynı hakkın varlığı ve muhtevası üzerinde hiçbir etkisi olmayan yanlışlıklardır¹⁶². Bunun dışındaki yanlışlıkların düzeltilmesi için ya ilgililerin yazılı rızalarının ya da bir mahkeme kararının bulunması gerekmektedir (TMK m 1027/1).

2. Tapu Kayıtlarının Sayısallaştırılması

Blokzincirinin yüksek seviyede veri bütünlüğünü ve işlem güvenliğini sağlayabilmesi “hash fonksiyonu” olarak adlandırılan matematiksel algoritmalara bağlıdır. Hash fonksiyonu, blokzincirindeki her bir bloğa kaydedilen tüm verilerin sabit uzunluktaki bir çıktısının oluşturulmasını sağlamaktadır¹⁶³. Böylelikle bloğa kaydedilen verilerde değişiklik yapıp yapılmadığını kontrol etmek için, bloktaki tüm verileri incelemek yerine hash koduna bakmak yeterli olmaktadır. Ayrıca blokzincirindeki her bloğun hash kodu, kendisinden sonra gelen blok içerisinde saklandığı için, bloklardaki verilerde değişiklik yapıldığı kolaylıkla anlaşılabilir¹⁶⁴.

Tapu sicilinin blokzinciri tabanlı bir sisteme dönüştürülmesi halinde hash fonksiyonunun oluşturulabilmesi için, tapu siciliyle ya da işlemle ilgili bütün belgelerin dijital olarak mevcut olması gerekmektedir¹⁶⁵. Bu nedenle mevcut tapu sicilinin blokzinciri tabanlı bir sisteme dönüştürülmeden önce, tapu kayıtlarıyla ilgili bütün verilerin sayısallaştırılması zorunludur¹⁶⁶. Nitekim Gürcistan ve İsveç’te yürütülen blokzinciri tabanlı tapu sicili denemelerinde de öncelikle tapu kayıtları tamamen dijital hale getirilmiştir¹⁶⁷.

3. Kimlik Tespitinin Sağlanması

Tapu sicili işlemlerinin gerçekleştirilebilmesi için, işlemin taraflarının kimlik tespitinin yapılması ve bunun doğrulanması önem arz etmektedir. Zira tarafların kimliklerinde bir yanlışlık bulunması, tapu sicilindeki kaydın yolsuz olmasına sebep olacaktır. Üstelik bu durum sonradan fark edilse bile tapu memuru tarafından kendiliğinden düzeltilmeyecektir. Tapu sicilinde işlem yapılabilmesi, işleme dair talepte bulunan kişinin hak sahibi olup olmadığının belirlenmesine bağlıdır (TST m 18/1). Eğer bir gerçek kişi talepte bulunuyorsa, Türkiye Cumhuriyeti kimlik numaralı nüfus cüzdanının ibraz edilmesi ve tapu memuru tarafından tescile esas belgelerde yer alan nüfus bilgileriyle karşılaştırılarak, talepte bulunan ile hak sahibinin aynı

¹⁶² Ünal ve Başpınar (n 89) 354.

¹⁶³ Üstün (n 3) 22.

¹⁶⁴ Üstün (n 3) 22.

¹⁶⁵ Neustädter (n 111) 26; Graglia ve Mellon (n 161) 95.

¹⁶⁶ Graglia ve Mellon (n 161) 95; Neustädter (n 111) 26.

¹⁶⁷ Graglia ve Mellon (n 161) 95.

kişi olup olmadığının tespit edilmesi gerekmektedir (TST m 18/2). Bunun dışında vekâleten yapılacak işlemlerde noter vekâletnamesinin (TST m 18/4), kanuni temsilci tarafından yapılacak işlemlerde ise talepte bulunanın yetkili olduğunu belirten karar veya belgenin (TST m 18/6) ibrazı aranmaktadır. Bir tüzel kişi adına talepte bulunulduğu takdirde ise, tüzel kişinin istemde bulunulan işlemleri yapabileceğini ve temsilcilerini belirten, kanunlarda yazılı mercilerden alınmış yetki belgesi ve imza sirküleri istenmektedir (TST m 18/5).

Görüldüğu üzere mevcut sistemimizde tapu sicilinde işlem yapılabilmesi, söz konusu işlemin yapılması için talepte bulunma hakkının var olduğunun ispatına yarayan bazı belgelerin verilmesine bağlıdır. Tapu sicili işlemleri bakımından talepte bulunanın kimlik tespiti, blokzinciri tabanlı tapu sicili bakımından da zorunludur. Diğer bir ifadeyle, blokzinciri tabanlı tapu sicilinde işlem yapılabilmesi bakımından da kişinin gerçek hak sahibi olup olmadığının tespiti önemlidir. Zira blokzinciri tabanlı tapu sicili, kişilerin tapu memuru huzuruna gelmek zorunda olmaksızın bir sistem üzerinden işlem yapabilmelerini amaçlamaktadır. İşte tam da bu noktada, sistem üzerinden işlem yapacak olan kişilerin kimliklerinin nasıl doğrulanacağı sorunuyla karşılaşılmaktadır. Bu soruna devlet tarafından her vatandaş için oluşturulan “dijital kimlik” vasıtasıyla çözüm bulunabileceği teorik olarak ifade edilmektedir¹⁶⁸. Dünyada, blokzinciri tabanlı kimlik tanıma araçlarının geliştirilmeye çalışıldığı ve bunların tapu sicili sistemine uyumlaştırılmasının mümkün olduğu belirtilmektedir¹⁶⁹. Bununla birlikte, hâlihazırda böyle bir dijital kimlik sisteminin pratik olarak uygulandığı ve devlet tarafından tanındığı çok az ülke bulunmaktadır¹⁷⁰. Dolayısıyla kimlik tespiti, blokzinciri tabanlı tapu siciline geçişte çözülmesi gereken önemli konulardan biri olarak görünmektedir.

4. Güvenliğin Sağlanması

Blokzinciri sistemine kayıtlı her bir kullanıcının bir genel (*public*) ve bir de özel (*private*) anahtarı bulunmaktadır¹⁷¹. Sistemde işlem yapılabilmesi için kişinin bu anahtarları kullanması gerekmektedir. Blokzinciri tabanlı tapu sicilinde işlem yapılabilmesi için de kişilerin anahtarlar vasıtasıyla giriş yapması ve doğrulamayı gerçekleştirmesi gerekecektir¹⁷². Bu noktada karşımıza çıkan sorun ise, kullanıcının sisteme erişim bilgilerinin çalınması, kaybolması ya da sisteme girişin kendi rızası

¹⁶⁸ Neustädter (n 111) 26.

¹⁶⁹ Graglia ve Mellon (n 161) 94.

¹⁷⁰ Neustädter (n 111) 26; Graglia ve Mellon (n 161) 94. Örneğin Kanada’da, tüketicilerin çevrimiçi hizmetlere ve uygulamalara erişimini kolaylaştıran “SecureKey” adlı dijital bir kimlik doğrulama sistemi kullanılmaktadır. Ancak Secure Key, çoğunlukla bankacılık ve telekomünikasyon hizmetlerinde uygulanmaktadır. Bkz < <https://securekey.com/about-securekey/> > Erişim Tarihi 6 Temmuz 2021.

¹⁷¹ Üstün (n 3) 25.

¹⁷² Neustädter (n 111) 27.

dışında gerçekleşmesi gibi hallerdir¹⁷³. Söz konusu sorunun önlenmesi bakımından “Çoklu İmza Cüzdanları” (*Multiple Signature Wallets*) olarak adlandırılan bir sistem önerilmektedir¹⁷⁴. Bu sistemde tapu sicili işleminin tamamlanması, kullanıcı dışında bir veya birkaç kişinin daha onaylamasına bağlı olmaktadır¹⁷⁵. Kullanıcı dışında işlemi onaylayacak kişiler olarak ise noterler ya da tapu memurları ön plana çıkmaktadır. Kısacası bu sistemde, işlem kullanıcı tarafından oluşturulacak ve sonrasında noter ya da tapu memuru tarafından kontrol edilerek onaylandıktan sonra tamamlanmış olacaktır¹⁷⁶. Ancak noterin ya da tapu memurunun, işlem talebinde bulunan kişinin rızasıyla mı bunu gerçekleştirdiğini nasıl tespit edeceği konusu halen açık değildir.

5. Özel veya Hibrit Blokzincirinin Kullanılması

Blokzinciri ağları kendi içerisinde genel, özel ve hibrit blokzinciri olmak üzere üç temel türe ayrılmaktadır. Genel ya da açık blokzinciri ağları, merkezi bir otoriteden tamamen bağımsız olarak herkesin kullanımına açık olan blokzincirini ifade eder¹⁷⁷. Bu tür blokzincirinde kullanıcılar hiçbir kısıtlama olmaksızın sistemdeki her türlü veriye erişebilmektedir¹⁷⁸. Böyle bir blokzinciri türünün tapu sicili sistemi bakımından tercih edilmesi mümkün görünmemektedir. Her şeyden evvel, tapu sicili resmi sicillerdendir ve kamu yararı gereği devletin kontrolünde tutulması zorunludur. Bunun yanında, tapu sicili işlemleri pek çok karmaşık süreci ve hukuki meseleyi bünyesinde barındırmaktadır. Genel bir blokzinciri sisteminin, söz konusu karmaşık süreci hukuka uygun bir biçimde yürütmesi imkânsızdır. Zira tapu sicilinde yer alan kayıtların hiçbir sınırlama olmaksızın herkesin erişimine açık olması pek çok bakımdan sakıncalıdır. Ayrıca, genel blokzinciri sisteminde anonim anahtarlar kullanıldığından, işlemin kim tarafından yapıldığının tespit edilmesi mümkün olmaz¹⁷⁹. Hâlbuki tapu sicilinde işlem yapan kişilerin kimliklerinin tespit edilmesi zorunludur.

Tapu müdürlüğünün sistemi kontrol ettiği özel ya da hibrit bir blokzinciri sisteminin, genel blokzincirine kıyasen çok daha elverişli olduğu ifade edilebilir¹⁸⁰. Özel ya da hibrit blokzinciri sayesinde, tapu sicilindeki hangi verilere kimlerin erişebileceği ve işlemlerin kimler tarafından onaylanacağı gibi hususların kontrolü sağlanabilir. Nitekim blokzinciri tabanlı tapu sicili konusunda proje geliştiren ya da deneme yapan ülkelerin tamamında özel ya da hibrit blokzinciri kullanılması öngörülmektedir. Şu

¹⁷³ *Graglia ve Mellon* (n 161) 95.

¹⁷⁴ *ibid* 95.

¹⁷⁵ *ibid* 95.

¹⁷⁶ *Graglia ve Mellon*, bu sistem içerisinde noterlerin yer almasına karşı çıkmaktadır. Yazarlara göre, kimlik tanınmanın ve güvenliğin sağlandığı bir blokzinciri tabanlı tapu sicili sisteminde noterlere ihtiyaç yoktur. Bkz *Graglia ve Mellon* (n 161) 95.

¹⁷⁷ Gökhan Ünal ve Çelebi Uluyol, ‘Blok Zinciri Teknolojisi’ (2020) 13(2) *Bilişim Teknolojileri Dergisi* 167, 169.

¹⁷⁸ Üstün (n 3) 36.

¹⁷⁹ *Neustädter* (n 111) 27.

¹⁸⁰ *Graglia ve Mellon* (n 161) 95-96; *Schrey ve Thalhofer* (n 6) 1433.

halde tapu sicili konusunda devletin kontrolünün tamamen ortadan kaldırdığı genel bir blokzinciri sistemi, en azından günümüz için uygulanabilir durumda değildir.

6. Teknik, Hukuki ve Sosyal Altyapının Oluşturulması

Blokzinciri tabanlı bir tapu sicilinin başarılı şekilde uygulanabilmesi, öncelikle bu konuda yeterli teknik ve hukuki altyapının oluşturulmasına bağlıdır. Blokzinciri teknolojisi, karmaşık bir sistemler bütününi ihtiva etmektedir. Dijital bir tapu sicili platformunun hayata geçirilmesi, bu teknolojide uzman bir kuruluşun desteği olmadan gerçekleştirilemez. Blokzinciri tabanlı tapu sicili konusunda öncü olan ülkelere bakıldığında, bu konuda uzmanlaşmış özel şirketlerle çalışıldığı görülmektedir. Doğal olarak bu durum, blokzinciri tabanlı tapu sicilinin geliştirilmesi için önemli miktarda yatırım yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Söz konusu yatırımın yapılması, mevcut tapu sicili sistemine kıyasen belirgin ölçüde fayda ve verimlilik sağlandığı takdirde gerçekleşebilecektir¹⁸¹. Öte yandan tapu sicili sisteminin verimli çalışması, tek başına blokzincirine uyumlaştırılmasıyla sağlanamaz. Tapu siciliyle bağlantılı olan mahkemeler, noterlikler ve barolar gibi kamu kurum ve kuruluşlarının da sisteme uyumunun sağlanması gerekmektedir.

Teknik altyapının oluşturulmasıyla birlikte, mevcut tapu sicili hukukunun da yeniden ele alınması zorunludur. Zira blokzinciri tabanlı tapu sicilinin hukuken meydana getirebileceği sorunların yürürlükte olan tapu sicili mevzuatı ile çözölmeye çalışılması, meseleyi daha da karmaşık bir hale sokacaktır.

Son olarak, gerek vatandaşların gerekse de tapu sicili görevlilerinin blokzinciri tabanlı bir sistemi kullanabilme yeterliliğine sahip olması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, blokzinciri teknolojisi konusunda eğitimli bir tapu idaresi ve teknoloji bilincine sahip bir nüfusun var olması, böyle bir sistemin pratikte uygulanabilmesi için önemlidir¹⁸². Aksi takdirde, tapu sicilinin hem klasik hem de dijital olarak tutulması şeklinde ikili bir sistem ortaya çıkacaktır¹⁸³. Taşınmazların kişilerin ekonomik varlığı bakımından taşıdığı değer, tamamen dijitalleştilmiş bir sisteme kolayca uyum sağlanmasını zorlaştıracaktır.

F. Türk Tapu Sicili İçin Geliştirilen Bir Blokzinciri Modelinin Değerlendirilmesi

2020 yılında iki Havelsan mühendisinin ve Eskişehir'den iki öğretim üyesinin ortak çalışmalarıyla Türk tapu sicili için blokzinciri tabanlı bir sistem önerisi

¹⁸¹ Neustädter (n 111) 28.

¹⁸² Graglia ve Mellon (n 161) 97.

¹⁸³ Neustädter (n 111) 28.

geliştirilmiştir¹⁸⁴. Önerilen sistem, bir taşınmazın satışını esas almaktadır. Sistemin işleyişi şu şekilde özetlenebilir:

1. İlk olarak satışa konu taşınmazın maliki, sisteme girerek satmak istediği taşınmazı seçecek ve satış sözleşmesine ilişkin bilgileri sisteme kaydedecektir.
2. Sözleşme bilgilerinin girilmesinin ardından taşınmaz satışa çıkarılacak ve sistem tarafından bir “satış kodu” (*sales code*) oluşturulacaktır. Alıcı taraf bu satış kodu sayesinde taşınmaza ilişkin bilgileri inceleyebilecek ve anlaşmalarına uygun olduğunu teyit ettikten sonra işleme onay verecektir.
3. Malik ve alıcının sistem üzerinden anlaşmaya varmalarından sonra, belediye tarafından taşınmazın gerçek değerinin tespiti ve herhangi bir borcunun bulunmadığının teyit edilmesi sağlanacaktır.
4. Belediyeye ait işlemlerin tamamlanmasından sonra, satış bedelinin malike aktarılması için her iki tarafın bankaları sisteme dâhil olacaktır. Burada bedelin aktarılması tamamen dijital bir onay mekanizması ile yapılacak ve fiziki bir para transferi söz konusu olmayacaktır. Bu sayede, vergiden kaçınmak için satış bedelinin daha düşük gösterilmesi sorununun (bedelde muvazaa) ortadan kaldırılabileceği ileri sürülmektedir.
5. Bankaların para transferini onaylamasının ardından, tapu müdürlüğü bütün işlem sürecini detaylı olarak inceleyecek ve devrin gerçekleşmesine engel bir durum tespit etmediği takdirde, taşınmazın devrini onaylayacaktır. Satış bedelinin ve taşınmazın mülkiyetinin devri, tapu müdürlüğünün onayıyla birlikte aynı anda gerçekleşecektir. Sistem içerisinde her bir adımda onayı gereken kullanıcılardan herhangi biri işlemi onaylamadığı takdirde, satış işlemi tamamen iptal edilecektir¹⁸⁵.

Geliştirilen sistemde sıralı bir onay mekanizması mevcut olduğundan, akıllı sözleşme yapısı temelinde “Otorite Kanıtı” (*Proof of Authority-PoA*) denilen mekanizma kullanılmıştır¹⁸⁶. Bu mekanizmada, blokzincirindeki işlemler yetkilendirilmiş otoriteler tarafından onaylanır. Geliştirilen sistemde bu otoriteler, malik, alıcı, belediye, satıcının bankası, alıcının bankası ve tapu müdürlüğü olarak belirlenmiştir.

Sistemin işleyişinin aktarılmasından sonra, bu sistemin hukuki bakımdan sorunu ya da eksik olan yönlerine dair tespitler şöyle belirtilebilir:

¹⁸⁴ Arif Furkan Mendi, Önder Demir, Kadir Kaan Sakaklı ve Alper Çabuk, ‘A New Approach to Land Registry System: Blockchain-Based System Proposal’ (2020) 86(11) Photogrammetric Engineering & Remote Sensing 701, 701.

¹⁸⁵ Mendi, Demir, Sakaklı ve Çabuk (n 184) 704.

¹⁸⁶ ibid 707.

1. Önerilen sistem bir taşınmazın satışını esas almaktadır. Oysaki taşınmazlar hakkında farklı hukuki niteliklere sahip pek çok hukuki işlem yapılabilmektedir. Sistemin satış dışında başka işlemler bakımından da uygulanabilir olup olmadığının tespit edilmesi gerekmektedir.
2. Önerilen sistemde taşınmazın tek bir malikinin ve tek bir alıcısının bulunduğu varsayılmıştır. Hâlbuki bir taşınmaz üzerinde birden fazla kişi paylı ya da elbirliği halinde malik olabileceği gibi, taşınmazın birden fazla kişi tarafından satın alınması da söz konusu olabilir. Bu gibi durumlarda sistemin nasıl işleyeceği belirsizdir.
3. Önerilen sistemde, satış bedelinin tamamen dijital olarak ödeneceği ve böylelikle vergiden kaçınmak için bedelin düşük gösterilmesi sorununun aşılacağı ifade edilmektedir. Ülkemizde taşınmaz satış bedellerinin, emlak beyan değerinin biraz üzerinde fakat gerçek satış bedelinin altında gösterilmesi durumu yaygındır. Ancak önerilen sistemde satış bedelinin tamamen dijital olarak transfer edilecek olması, bu sorunu ortadan kaldırmayacaktır. Zira taraflar satış bedelini sisteme girerken gerçekte anlaştıkları bedeli değil de, tapuda görünmesini istedikleri bedeli girebilirler. Bu durumda yine bedelde muvazaa gerçekleşebilecektir. Tapuda satış bedelinin düşük gösterilmesinin, sözleşmeyi geçersiz hale getirip getirmeyeceği öğretide tartışmalıdır¹⁸⁷. Yargıtay'a göre ise, tarafların az vergi ödemek amacıyla satış bedelini düşük göstermeleri, sözleşmenin geçersiz olmasına neden olmaz¹⁸⁸. Hâlbuki önerilen sistemde tapu memuru bedelin düşük gösterildiğini tespit ettiği takdirde işlemi iptal edebilecektir. Tapuda gösterilen satış bedelinin, gerçekte kararlaştırılan bedelden yüksek olması da mümkündür. Böyle bir durumun blokzinciri tabanlı tapu sicilinde nasıl önleneceğine de yer verilmemiştir. Öte yandan, satış bedelinin fiziken, diğer ifadeyle kâğıt para olarak elden teslim edilmesini önleyen hiçbir hukuki düzenleme yoktur. Tarafların satış bedelini yalnızca dijital olarak bankalar aracılığıyla ödemeye zorlanması, sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması anlamına gelir. Bu da ancak kanuni bir düzenlemeyle mümkün olabilir.
4. Taşınmaz satışlarında alıcının bankalar vasıtasıyla kredi kullanması uygulamada oldukça yaygındır. Bankanın vermiş olduğu konut kredisi karşılığında, satın alınan taşınmaza ipotek koydurması söz konusu olmaktadır. Önerilen sistemde konut kredisi ve ipotek işlemlerinin nasıl işleyeceği konusunda bir çözüm bulunmamaktadır.

¹⁸⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz İsmail Atamulu, *Türk Borçlar Hukukunda Muvazaa* (1. Baskı, Adalet 2017) 229 vd; Nilay Şenol, 'Taşınmaz Satış Sözleşmelerinde Bedelde Muvazaa ve Sonuçları' (2020) 17(1) YÜHFD 305, 311.

¹⁸⁸ "Tarafların protokolde bedeli 250.000 TL, tapu satış senesinde ise 93.000 TL olarak göstermeleri bilindiği üzere az vergi ödemek amacıyla yapılan bir işlem olup taraflar arasındaki sözleşmenin geçersiz olmasına sebep olmayacaktır. Taraflar görünüşteki sözleşmeyi yapmayı ciddi olarak istemekte ve niteliğinde de anlaşmaktadırlar. Sadece sözleşmenin bedeli değiştirilmektedir. Burada muvazaa sözleşmenin tamamında değil bir bölümünde gerçekleşmiştir". Yargıtay HGK, 13-716/106, 29.2.2012.

5. Tapu müdürlüğünün bütün işlem sürecini sistem üzerinden takip ederek onay vermesi ve böylelikle mülkiyetin devredilmesi, mevcut hukuk düzenimiz bakımından mümkün değildir. Mülkiyetin devri, tarafların tapu memuru huzurunda resmi senedi imzalamalarının ardından yapılan tescil ile birlikte gerçekleşir. Önerilen sistemde, tapu müdürlüğünün sistem üzerinden onay vermesi, tescil işlemiyle aynı fonksiyonda kabul edilmiştir. Bunun gerçekleşmesi için, tapu sicili mevzuatının tamamen değiştirilmesi gerekmektedir.
6. Önerilen sistemde veri güvenliği ve kimlik doğrulama sisteminin nasıl sağlanacağı meselesine yer verilmemiştir. Blokzinciri tabanlı tapu sicilinin en sorunlu taraflarından biri olan bu konularda çözüm üretilmesi gerekmektedir.

Sonuç

Taşınmazlar üzerindeki aynı hakların aleniyetini sağlama işlevini üstlenen tapu sicili kavramı, bilgisayar teknolojilerindeki gelişmeler karşısında yeniden ele alınmaya başlanmıştır. Tarihi süreç içerisinde öncelikle el yazısı ile doldurulan bir dizi defter ve belge şeklinde sistemleşen tapu sicilleri, günümüzde elektronik ortamda tutulmaya başlanmıştır. Ülkemizde de bu yönde önemli adımlar atılmakla birlikte, Almanya ve İsviçre örneklerindeki gibi bir elektronik tapu sicili sistemi kurulamamıştır. Hal böyleyken, blokzinciri teknolojisinin ortaya çıkardığı dönüşümün etkisiyle elektronik tapu sicili kavramı dahi eskimeye yüz tutmuştur. Önümüzdeki süreçte, blokzinciri tabanlı tapu sicili ya da dijital tapu sicili kavramları daha sıklıkla gündeme gelecektir. Nitekim Gürcistan, İsveç, ABD ve Hindistan'da blokzinciri teknolojisinin tapu sicilinde kullanılmasına dair projeler yürütülmektedir. Bunların dışında, Rusya, Ukrayna, Estonya, Birleşik Arap Emirlikleri, Brezilya gibi bazı ülkelerde de henüz proje aşamasında olmasa bile, blokzinciri tabanlı tapu siciliyle ilgili araştırmalar yapılmaktadır.

Tapu sicilinin bloklar halinde bir veritabanında bulunması ve işlemlerin de tamamen sistem üzerinden gerçekleştirilmesi fikri, ilk bakışta oldukça cazip görünmektedir. Zira böyle bir sistemde, taşınmazlar hakkında işlem yapabilmek için zahmetli bir sürece ihtiyaç kalmayacaktır. Kişiler özel ve genel anahtarları vasıtasıyla bir bilgisayar, tablet ve hatta cep telefonu ile sisteme girecek ve tapu dairelerine gitmeden sistem üzerinden işlemleri tamamlayabilecektir. Ayrıca, tapu sicilinde yapılan bütün işlemler zaman damgalı olarak blokzincirinde saklanacağından, bütün kullanıcılar tarafından şeffaf biçimde görülebilecek ve kayıtların yok edilmesi mümkün olmayacaktır.

Blokzinciri tabanlı tapu sicilinin vaat ettiği muhtelif faydalar bulunsa da, hukuki ve teknik olarak içerisinde barındırdığı sorunlu tarafları da bulunmaktadır. Bunların

en başında işlem güvenliği gelmektedir. Taşınmazlar kişilerin ve toplumların ekonomik varlığı bakımından çok önemlidir. Bu nedenle, taşınmazlar hakkındaki hukuki işlemlerin geçerliliği pek çok hukuk sisteminde resmi Şekle bağlanmıştır. Resmi Őeklin somut anlamı, taşınmazı konu edinen hukuki işlemin noter ya da tapu memuru gibi resmi görevliler aracılığıyla geerleştirilmesidir. Hâlbuki blokzinciri teknolojisi, kişiler arasında geerleştiren işlemlerin hiçbir aracıya tabi olmaksızın yapılabilmesi esasına dayanmaktadır. Böyle bir durumun, taşınmazlar üzerindeki aleniyeti sağlama işlevini taşıyan tapu sicili bakımından uygun olmadığı açıktır. Bu nedenle, blokzinciri tabanlı tapu siciline ilişkin proje geliştiren ülkeler, tapu işlemlerini yürüten resmi makamların da sistemin içerisinde olduğu özel veya hibrit blokzinciri modelleri üzerinde çalışmaktadır. Yine de, işlemlerin tamamen sistem üzerinden yrtldği bir tapu sicilinin, klasik tapu sicilinde resmi görevlilerin üstlendiği işlevi karşılayabileceği hususu Şüphelidir. İnternet üzerinden kredi kartıyla alışveriş yapmaya dahi yanaşmayan bir kişinin, taşınmazını bilgisayar üzerinden girilen uygulamayla devretmesini beklemek pek mümkün değildir. İşlem güvenliğiyle ilgili bir başka mesele ise, blokzinciri tabanlı tapu sicili sisteminde işlem yapacak olan kişilerin kimlik tespitinin sağlanmasıdır. Blokzincirinde işlem yapmayı sağlayan özel ve genel anahtarların alınması, kaybolması ya da işlemi yapanın geek hak sahibi olup olmadığına tespiti hususları, birer sorun olarak durmaktadır. Bunların zm için birkaç aşamadan oluşan çoklu imza cüzdanları ve dijital kimlik kullanılması önerilmiştir. Ancak bu çözümler hâlihazırda teorik boyutta kalmaktadır.

Tapu siciline hâkim olan nisbi aleniyet ilkesi, blokzinciri sistemi bakımından mevcut olan bir başka sorundur. Blokzinciri tabanlı tapu sicilinin vaat ettiği Őeffaflıđın geerleşmesi, ancak mutlak aleniyet ilkesinin kabul edilmesiyle ortaya çıkabilir. Mutlak aleniyetin kabulü halinde ise, kişisel verilerin korunmasına dair ilkelerin büyük oranda bertaraf edilmesi söz konusu olacaktır. Bu nedenle, blokzinciri tabanlı tapu sicilinde de nisbi aleniyetin korunması ve yalnızca taşınmazla ilgili bazı bilgilerin herkese açık olması düşünülebilir. Peki, böyle bir ihtimalde blokzinciri tabanlı tapu sicilinin kullanılmasının geek anlamda bir faydası kalacak mıdır? Zira nisbi aleniyetin ve hatta mutlak aleniyetin, Almanya, Avusturya ve İşvire örneklerinde olduğu gibi, elektronik tapu siciliyle sağlanması da mümkündür.

Teknik imknlar bakımından, tapu kayıtlarının bütünüyle blokzinciri sistemine aktarılmasının mümkün olup olmadığı noktasında tereddütler vardır. Tamamen blokzinciri tabanlı bir tapu sicili sisteminin kurulabilmesi için, her bir taşınmaza ait kayıt ve belgelerin bloklar halinde sisteme girilmesi gerekmektedir. Blokzincirinin bu kadar büyük veriyi depolamak bakımından merkezi elektronik veri bankalarından daha elverişli olup olmadığı belirsizdir. Bunun için, blokzincirinin merkezi veri bankasıyla ilişkili olduğu iki ayrı veritabanına sahip bir sistem önerilmektedir. Bu durumda, taşınmazlara dair tapu kayıtları ve belgeler yine merkezi veri bankasında

bulunacak, tapu sicili işlemleri ise blokzinciri sistemi üzerinden gerçekleştirilecektir. Ancak böyle bir yöntemin mevcut elektronik tapu sicili sistemlerinden daha faydalı olup olmadığının tartışılması gerekmektedir.

Blokzinciri tabanlı tapu sicili sisteminin uygulanabilmesi için teknik ve hukuki altyapının oluşturulması zorunludur. Bu da, hem araştırma-geliştirme hem de mevzuat çalışmaları için ciddi miktarda kaynak ayrılması ve zaman harcanması anlamına gelmektedir. Türk tapu sicili bakımından TAKBİS ve onunla bağlantılı diğer projelerin tam anlamıyla uygulanması bile zaman almıştır. Şu halde, blokzinciri tabanlı bir tapu sicili sistemini düşünürken, bunun hukuki, teknik ve sosyo-ekonomik etkilerinin detaylı şekilde araştırılması gerekmektedir. Dünyada blokzinciri tabanlı tapu siciline giderek artan ilginin, ilerleyen dönemlerde ülkemizi de etkilemesi ihtimal dâhilindedir. Bu bakımdan blokzinciri teknolojisinin hem tapu sicili bakımından hem de diğer kamu hizmetleri bakımından muhtemel fayda ve sakıncalarını araştırmaya yönelik adımlar atılması faydalı olacaktır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliography/Bibliyografya

- Akipek J, Akıntürk T ve Ateş D, *Eşya Hukuku* (2. Baskı, Beta 2018).
- Antalya OG ve Topuz M, *Eşya Hukuku C. IV/I* (3. Baskı, Seçkin 2019).
- Antalya OG, *Elektronik Tapu Sicili* (1. Baskı, Seçkin 2019).
- Atamulu İ, *Türk Borçlar Hukukunda Muvazaa* (1. Baskı, Adalet 2017).
- Ateniese G, Magri B, Venturi D ve Andrade E, 'Redactable Blockchain or Rewriting History in Bitcoin and Friends' (2017) 1(1) European Symposium on Security and Privacy 111-126.
- Ayan M, *Eşya Hukuku-I, Zilyetlik ve Tapu Sicili* (13. Baskı, Seçkin 2016).
- Başpınar V, 'Elektronik Tapu Sicili Düzenlenirken, Tapu Sicilinin Aleniyeti ve Diğer Alanlarla İlgili Alınması Gereken Tedbirler' (2008) 57(3) AÜHF 97-132.
- Bhattacharya A, 'Blockchain is helping build a new Indian city, but it's no cure fore corruption' (*Land Portal*, 18 July 2018) Erişim Tarihi 25 Haziran 2021.
- Brückner C ve Kuster M, *Die Grundstückgeschäfte* (2. Auflage, Schulthess 2021).
- Çağlayan Aksoy P, *Akıllı Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları* (2. Baskı, On İki Levha 2021).
- Çevik İ, 'Alman Hukukunda Elektronik Tapu Sicilinin Gelişimi ve Oluşumu' (2018) 24(2) MÜHF-HAD 1086-1110.

- Danyal D, ‘Tapularımızı Blockchain ile Daha Verimli Tutabilir Miyiz?’ (*Medium*, 4 May 2020) Erişim Tarihi 23 Haziran 2021.
- Deillon-Schegg B, *CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht* (3. Auflage, Schulthess Verlag 2016).
- Doğancı DE, *Blokzincirine Dayalı Akıllı Sözleşmelerin Hukuk Nitelikleri, Kuruluşu, Yorumu, İfası ve Bazı Örnek Uygulamalar* (1. Baskı, On İki Levha 2021).
- Eder G, ‘Digital Transformation: Blockchain and Land Titles’ (2019), OECD Anti-Corruption & Integrity Forum < https://www.oecd.org/corruption/integrity-forum/academic-papers/Georg%20Eder-%20Blockchain%20-%20Ghana_verified.pdf. > Erişim Tarihi: 24 Haziran 2021.
- Ekmekçi HS, ‘Applicability of Blockchain Technology to Turkish Land Registry System’ (2019) Tilburg University International Business Law Master Thesis <<http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=149346>> Erişim Tarihi 30 Haziran 2021.
- Graglia JM ve Mellon C, ‘Blockchain and Property in 2018: At the End of the Beginning’ (2018) 12(1-2) *Innovation: Technology, Governance, Globalization* 90-116.
- Heil GP, ‘Blockchain’s Impact on Real Estate and Future’ (2019) 18(2) *The Journal of International Business & Law* 237-259.
- Junker M, ‘Perspektivische Einsatzmöglichkeiten einer Blockchain in einer Landkreisverwaltung’ (2020) Bachelorarbeit < https://opus.bsz-bw.de/hsf/frontdoor/deliver/index/docId/1141/file/Junker_Marc-Bachelorarbeit.pdf> Erişim Tarihi 24 Haziran 2021.
- Kaczorowska M, ‘Blockchain-Based Land Registration: Possibilities and Challenges’ (2019) 13(2) *Masaryk University Journal of Law and Technology* 339-360.
- Keuchen M, ‘Grundbuch 4.0-Folgt das Blockchain-Grundbuch dem Datenbankgrundbuch?’ (2020) 13(17) *Zeitschrift für Immobilienrecht* 593-600.
- Khan R, Ansari S, Jain S ve Sachdeva S, ‘Blockchain Based Land Registry System Using Ethereum Blockchain’ (2020) 12(4) *Journal of Xi’an University of Architecture & Technology* 3640-3648.
- Koronczok M, ‘The New Chain of Title: How Blockchain Will Effect Land Title Research, Recordation and Insurance’ (2019) 5(3) *Texas A&M Journal of Property Law* 402-419.
- Martini M ve Weinzierl Q, ‘Die Blockchain-Technologie und das Recht auf Vergessenwerden’ (2017) 36(17) *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 1251-1260.
- McMurren J, Young A ve Verhulst S, ‘Addressing Transaction Costs Through Blockchain and Identity in Swedish Land Transfers’ (2018) < <https://blockchan.ge/blockchange-land-registry.pdf>> Erişim Tarihi 24 Haziran 2021.
- Mendi AF, Demir Ö, Sakaklı KK ve Çabuk A, ‘A New Approach to Land Registry System: Blockchain-Based System Proposal’ (2020) 86(11) *Photogrammetric Engineering & Remote Sensing* 701-709.
- Mirkovic J, ‘Cook County Blockchain Pilot Program Final Report’ <<https://www.documenters.org/documents/blockchain-pilot-program-final-report-4122/>> Erişim Tarihi 24 Haziran 2021.
- Mühlematter A ve Stucki S, *Grundbuchrecht für die Praxis* (2. Auflage, Orell Füssli Verlag 2017).
- Nakamoto S, ‘Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System’ (2008) <http://scholar.google.com/tr/scholar_url?url=https://www.debr.io/article/21260.pdf&hl=tr&sa=X&ei=4D_tYJpNueHy9YP57CWGA&scisig=AAGBfm1a970bM4T1B3AM3jhGG-EWZpGFyg&nossl=1&oi=scholar> Erişim Tarihi 22 Haziran 2021.
- Neustädter A, ‘Blockchain in der Immobilienwirtschaft der Schweiz’ (2019) Abschlussarbeit <https://www.curem.uzh.ch/de/forschung_und_publicationen/abschlussarbeiten.html#Abschlussarbeiten_2019> Erişim Tarihi 2 Temmuz 2021.

- Noll D, 'Distributed-Ledger Technologie im Grundbuchwesen' (2019) 15(1) Forschungsberichte des Instituts für Wirtschaftsinformatik der Universität Leipzig.
- Nomer HN ve Ergüne MS, *Eşya Hukuku* (7. Baskı On İki Levha 2019).
- Oğuzman K, Seliçi Ö ve Oktay-Özdemir S, *Eşya Hukuku* (22. Baskı, Filiz 2020).
- Opunenco A ve Akmeemana C, 'Using blockchain to make land registry more reliable in India' (*United Nations Development Programme*, 1 May 2018) Erişim Tarihi 25 Haziran 2021.
- Paulus D, 'Was ist eigentlich eine Blockchain?' (2019) 18(11) Juristische Schulung 1049-1050.
- Pfammatter A, *OFK-Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch* (3. Auflage, Orell Füssli Verlag 2016).
- Schäffler F, 'Blockchain wird die Welt verändern' (*Prometheus*, 12 May 2015) Erişim Tarihi 5 Temmuz 2021.
- Schmid J, *BSK-Basler Kommentar-ZGB II* (6. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag 2019).
- Schrey J ve Thalhofer T, 'Rechtliche Aspekte der Blockchain' (2017) 70(20) Neue Juristische Wochenschrift 1431-1437.
- Shang Q ve Price A, 'A Blockchain-Based Land Titling Project In The Republic of Georgia' (2019) 12(3-4) Innovations Technology Governance Globalization 72-78.
- Simmchen C, 'Blockchain (R)Evolution' (2017) 18(3) MMR- Zeitschrift für IT-Recht und Digitalisierung 162-165.
- Singh P, 'Role of Blockchain Technology in Digitization of Land Records in Indian Scenario' (2020) IOP Conference Series: Earth and Environmental Science <<https://iopscience.iop.org/article/10.1088/1755-1315/614/1/012055/pdf>> Erişim Tarihi 26 Haziran 2021.
- Sirmen AL, *Eşya Hukuku* (8. Baskı, Yetkin 2020).
- Sözüer E, *Unutulma Hakkı - İnsan Hakları Hukuku Perspektifinden Bir İnceleme* (1.Baskı, On İki Levha 2017).
- Şengül M, *Tapu Sicilinin Aleniyeti* (1.Baskı, Adalet 2013).
- Şenol N, 'Taşınmaz Satış Sözleşmelerinde Bedelde Muvazaa ve Sonuçları' (2020) 17(1) YÜHFD 305-337.
- Tüfekçi A ve Karahan Ç, 'Blokzincir Teknolojisi ve Kamu Kurumlarınca Verilen Hizmetlerde Blokzincirin Kullanım Durumu' (2019) 3(4) Verimlilik Dergisi 157-193.
- Ünal G ve Uluyol Ç, 'Blok Zinciri Teknolojisi' (2020) 13(2) Bilişim Teknolojileri Dergisi 167-175.
- Ünal M ve Başpınar V, *Şekli Eşya Hukuku* (11. Baskı, Savaş 2020).
- Ünsal E ve Kocaoğlu Ö, 'Blok Zinciri Teknolojisi: Kullanım Alanları, Açık Noktaları ve Gelecek Beklentileri' (2018) 9(13) Avrupa Bilim ve Teknoloji Dergisi 54-64.
- Üstün ES, *Akıllı Sözleşmeler-Blokzincir Teknolojisi* (1. Baskı, Seçkin 2021).
- Vos J, 'Blockchain-Based Land Registry: Panacea, Illusion Or Something In Between?' (2016) European Land Registry Association, 10 <<https://www.elra.eu/wp-content/uploads/2017/02/10.-Jacques-Vos-Blockchain-based-Land-Registry.pdf>> Erişim Tarihi 22 Haziran 2021.
- Weber RH, 'Blockchain als rechtliche Herausforderung' (2017) 1(1) E-Justiz und Technologiefortschritte <https://www.bratschi.ch/en/attorney.html?type=555&tx_flwb_flwblightbox%5Bdocument%5D=1379&tx_flwb_flwblightbox%5Baction%5D=lightbox&tx_flwb_flwblightbox%5Bcontroller%5D=Lightbox> Erişim Tarihi 22 Haziran 2021.
- Weiss A, 'Zivilrechtliche Grundlagenprobleme von Blockchain und Kryptowährungen' (2019) 18(11) Juristische Schulung 1050-1058.

- Widmer B, ‘Der lange Weg der digitalengrundbuchzugriffe: Die Plattform Terravis’ (2019) 14(12) Aktuelle Juristische Praxis 1303-1315.
- Wilsch H, ‘Die Blockchain-Technologie aus der Sicht des deutschen Grundbuchrechts’ (2017) 112(10) Deutsche Notar Zeitschrift 761- 787.



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 18.08.2021
Revizyon Talebi: 21.08.2021
Son Revizyon Tarihi: 08.02.2022
Kabul: 14.02.2022

Evlat Edinmeye İlişkin Düzenlemelerin Küçüğün Menfaatine Etkisi Üzerine İsviçre Hukuku ile Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme

Ayşen Çilenti Konuralp[✉]

Öz

Türk Medeni Kanunu'nun benimsediği evlat edinme sistemi, birçok açıdan mehz İsviçre Medeni Kanunu'ndan ayrılmaktadır. Türk hukukunda İsviçre hukukunun aksine tam evlat edinme sistemi benimsenmemiş ve sınırlı evlat edinme sisteminin uygulanması devam ettirilmiştir. Böylece İsviçre hukukunda benimsenen evlat edinme düzenlemelerinin, Türk hukukuna sadece bazı yönleri ile alınması sonucunda karma bir sistem yaratılmıştır. Bunun bir sonucu olarak Türk hukukunda evlat edinilen ile biyolojik ailesi arasındaki soybağı ilişkisi devam etmekte, evlat edinilen çifte mirasçılık hakkı elde etmektedir. Bu durum özellikle evlat edinilen küçüğün biyolojik aile ile duygusal bağının kopmaması sonucunda evlat edinen aileye uyum sağlayamaması ve evlat edinme işleminden beklenen yararın elde edilememesi rizikosuna neden olur. Zira evlat edinme işleminin temel amacı küçüğün menfaatini korumaktır. Üstelik son yıllarda İsviçre hukukunun evlat edinme sistemi evlat edinilen küçük yararına daha da değiştirilmiştir. Küçüğün menfaatini esas alan bu düzenlemeler, gerek evlat edinenlerin statüsünü dikkate almak gerekse evlat edinilen küçüğün evlat edinme işlemi sonrasındaki psikolojik durumunu daha dikkatli değerlendirmek yönünden oldukça olumlu düzenlemelerdir. Türk hukukunda bu yönde değişiklikler yapılmaması, TMK'nın evlat edinme sisteminin küçüğün yararı bakımından yeterli olup olmadığı sorusunu gündeme getirir. Bu durum, Türk hukukunda benimsenen evlat edinme sisteminin küçüğün hukuki statüsüne ve menfaatine etkisi bakımından tartışmaya değer bir hukuki sorun yaratır. Bu nedenle evlat edinmenin şartları ve evlat edinilen küçüğe yönelik hukuki sonuçları, küçüğün menfaati ile ilişkilendirilerek incelenmelidir.

Anahtar Kelimeler

Çocuğun Menfaati, Evlat Edinme, Sınırlı Evlat Edinme, Tam Evlat Edinme, Evlatlığın Soybağı

A Comparative Study with regard to Swiss Law on the Effect of the Adoption System on the Best Interests of the Child

Abstract

The adoption system under the Turkish Civil Code differs from the process under the Swiss Civil Code in many respects. Contrary to Swiss law, Turkish law has not adapted the full adoption system; instead, it maintains a simple, mixed legal system that incorporates aspects of the Swiss adoption system into Turkish law. Consequently, the filiation relationship between adopted and biological family continues in Turkish law, and the adoptees have the right of double heirship. This, however, can interfere with bonding between the minor and the adoptive parents because of continued emotional bonds with the biological family which limits the expected benefit from adoption. Legislators have recently amended the Swiss adoption system toward further benefit of the adopted minors, for instance by incorporating more careful evaluations of children's psychological status as well as that of the adoptive parents during the adoption process. The absence of such amendments in Turkish law raises the question of whether the Turkish adoption system is sufficient for the best interests of the child. Thus, the legal problem worth discussing in terms of the legal status and the best interest of the child under Turkish adoption system rises. For this reason, the preconditions of adoption and the legal consequences for adopted children are here examined in relation to children's best interest.

Keywords

Child's Best Interest, Adoption, Simple Adoption, Full Adoption, Filiation of Adopted Children

* **Sorumlu Yazar:** Ayşen Çilenti Konuralp (Dr. Öğr. Üyesi), Kırklareli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Kırklareli, Türkiye. E-Posta: aysencilenti@gmail.com ORCID: 0000-0002-5626-6970

Atrf: Çilenti Konuralp A, "Evlat Edinmeye İlişkin Düzenlemelerin Küçüğün Menfaatine Etkisi Üzerine İsviçre Hukuku ile Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme" (2022) 80(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 41. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2022.80.1.0002>



Extended Summary

Adoption is a legal institution that creates an “artificial” filiation relationship between the adopted child and the family. This legal structure distinguishes between the understanding of family based on genetic affiliation and the understanding of family based on social intimacy. The filiation established by adoption is not based on genetic ties but is established directly by the judge’s decision allowing the adoption. The purpose of adoption as a way of establishing filiation is to give people who do not have biological children the experience of being parents, including passing on inheritances, and most importantly, to give children who cannot grow up with their parents the chance to grow up in a family order.

Articles 305 and 320 of the Turkish Civil Code (TMK) regulate the conditions and consequences of adoption, including detailed provisions that protect the best interests of the adopted children. The articles codify strict conditions for adoption that reflect legislator’s understanding of protecting the child’s best interests (*Kindeswohl*), since the principle of the child’s best interests dominates child law and family law on many terms.

TMK, which came into force in 2002, was mostly created by translating obsolete provisions of the Swiss Civil Code (ZGB), which Turkish law doctrine heavily criticized. Today, adoption under Swiss law has changed fundamentally following extensive ZGB amendments in 2003, 2012, 2013, and finally 2018; with the 2018 amendment the Turkish and Swiss adoption systems diverged greatly. Turkish law adopted simple adoption (*Teiladoption*), rather than a full adoption system (*Volladoption*) which entails differently regulating the legal consequences of adoption, especially the legal status of adopted minors. This hybrid system of original Turkish law provisions intertwined with the translations from Swiss law is criticized because it contains many regulations that are inconsistent. For instance, critics argue that if legislators intended to take ZGB as an example, they should have considered the law as a whole because it is open to debate how or whether these TMK regulations serve a child’s best interests. This precondition means that the child’s interests supersede those of both biological and adopted parents, which are only considered if they are directly linked to and affect the interests of the minor. Child’s best interests here means that the conditions resulting from adoption must improve the development of the minor.

ZGB Art 267/1 expressly enacts a full adoption system under which the adoptee’s filiation to biological family is terminated and the minor enters into a filiation relationship with the adoptive parents; this in turn gives an adopted child identical legal status to that of any biological children of the adopted parents in terms of name, citizenship, place of residence, maintenance, child support obligations and

inheritance. Consequently, the filiation relationship of the adoptee with biological parents terminates completely. The inheritance relationship between the adoptee and his biological family ends. A mutual inheritance relationship is established between the adoptee and the adoptive parents. This structure break all ties between adopted minors and their biological families, allowing them to integrate into their new families without the interference from their past. It is clear that this structure serves the best interests of the child, which is the main aim of adoption of minors. Thus, in Turkish law, which adopts the simple adoption system, the best interest of the child is not protected in proper manners. For this reason, Turkish lawmakers must amend the above regulations to eliminate such gaps in the legal protection status of adopted children considering their best interests.

Giriş

Evlât edinme, kanun koyucunun genetik bağılılığa dayanan aile anlayışı ile sosyal yakınlığa dayalı aile anlayışını birbirinden ayırması sonucunda ortaya çıkan ve yapay soybağı olarak adlandırılan bir soybağı ilişkisi yaratan, kendine özgü bir hukuki kurumdur¹. Evlat edinme ile kurulan soybağı, kan bağına dayanmamakta, doğrudan hâkimin evlat edinmeye izin veren kararı ile kurulmaktadır². Evlat edinmenin bir soybağı kurma yolu olarak düzenlenmesinin amacı, öğretiyeye göre, biyolojik çocukları olmayan kişilerin anne baba olma duygusunu yaşayabilmeleri, miraslarını evlat edindikleri çocuklarına bırakabilmeleri, her şeyden önemlisi de anne-baba yanında yetişemeyen çocuğun bir anne babaya ve bir aile düzenine kavuşturulmasıdır³.

Evlât edinme, Türk hukukuna Türk Kanunu Medenisi'nin kabul edilmesi ile girmiş oldukça yeni bir hukuki kurumdur. İslam hukuku sisteminde, bugün kullanılan anlamıyla evlat edinme kurumu mevcut değildir⁴. Dolayısıyla aile hukuku bakımından şer'î hukukun hâkim olduğu Osmanlı hukukunda, evlat edinme yoluyla soybağı kurulması veya mirasçılık ilişkisinin doğması söz konusu değildir⁵. Fakat Osmanlı hukukunda özellikle de kimsesiz ve muhtaç çocukların eğitimi ve terbiyesi amacıyla başka ailelerin yanına bir nevi manevî evlat olarak yerleştirilmesi söz konusu olmuştur⁶. Türk Kanunu Medenisi ile getirilen evlat edinme düzenlemesi, Türk hukukunda eksikliği hissedilen bir boşluğu doldurmuş ve çok yeni bir kurum olmasına rağmen uygulamada hızlıca yer bulmuştur⁷.

Kanun koyucu, Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 305 ilâ 320. maddeleri arasında evlat edinmenin şartlarını ve sonuçlarını düzenlemiş, özellikle evlat edinilen küçüğün menfaatini koruyan ayrıntılı hükümlere yer vermiştir. Bu nedenle kanun koyucu, küçüğün evlat edinilmesini oldukça sıkı şartlara bağlamıştır. Evlat edinme kurumunun bu denli sıkı şartlara bağlanması, kanun koyucunun çocuğun menfaatini (*Kindeswohl*) koruyan anlayışının, diğer bir ifadeyle çocuk hukukuna hâkim olan *çocuğun üstün menfaati ilkesinin* aile hukukuna bir yansımasıdır.

¹ S Sulhi Tekinay, *Türk Aile Hukuku* (7. Bası, Filiz 1990) 445; Heinz Hausheer, Thomas Geiser ve Regina E Aebi-Müller, *Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches* (6. Bası, Stämpfli 2018) N 16.72; Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Aile Hukuku* (22. Bası, Beta 2020) 369.

² Mustafa Dural, Tufan Ögüz ve M Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku* N 1515.

³ Tekinay (n 1) 445; Dural, Ögüz ve Gümüş (n 2) N 1516; Akıntürk ve Ateş (n 1) 369.

⁴ K Fikret Arık, 'Evlât Edinme' (1948) 3(3) Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi 178; K Fikret Arık, 'Evlât Edinme Bakımından Türk ve İsviçre Doktrin ve Tatbikatı Arasında Bir Mukayese' (1958) 13(4) Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi 96; Şıpkı Ş, '4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Evlat Edinmeye İlişkin Hükümlerinin İncelenmesi' (1999) (57)1-2 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 301; Esra Yakut ve Gözde Çağlayan Aygün, 'Osmanlı Hukukundan Günümüze Evlat Edinmenin Miras Hukukuna Dayalı Sonuçları' (2018) (26)1 Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 14.

⁵ Yakut ve Çağlayan Aygün (n 4) 14.

⁶ Mustafa Dural ve Turgut Öz, *Miras Hukuku* (15. Bası, Filiz 2020) N 164; Yakut ve Çağlayan Aygün (n 4) 16 vd.

⁷ Arık, Evlat Edinme (n 4) 179; Arık, Mukayese (n 4) 96-97.

1926 tarihli mülga Türk Kanunu Medenisi'nin evlat edinme hükümlerinin mehazı, İsviçre Medeni Kanunu (ZGB) idi. 2002 yılında yürürlüğe giren TMK ise, Türk Kanunu Medenisi'nin benimsediği evlat edinme sisteminde değişiklikler yapmıştır. Esasında TMK'nın evlat edinme düzenlemesi, büyük oranda ZGB hükümlerinin Türkçe'ye çevrilmesi ile oluşturulmuştur. Fakat ZGB'nin bu hükümlerinin çoğu, aşağıda da incelendiği üzere, 1973 yılında yürürlüğe giren ve halihazırda öğreti tarafından eleştirilen hükümlerdi⁸. Bu mehaz hükümler, 2000 yılının başında yapılan bir değişiklikle İsviçre öğretisinin de görüşleri doğrultusunda isabetli bir değişikliğe uğramıştır. Fakat Türk kanun koyucusu, TMK'nın hazırlık aşamasında bu değişiklikleri göz ardı etmiştir⁹. Üstelik ZGB, TMK'nın yürürlüğe girmesinden sonra, evlat edinme hükümleri bakımından pek çok değişiklik geçirmiştir. 2003, 2012, 2013 ve son olarak da 2018 kapsamlı değişikliğinden sonra, ZGB'nin evlat edinme sistematığı esaslı olarak değişmiştir¹⁰. Bilhassa 2018 yılında yapılan değişiklikten sonra, Türk hukukunun ve İsviçre hukukunun benimsediği evlat edinme sistemleri oldukça farklı hale gelmiştir. Dolayısıyla bugün TMK'nın evlat edinmeye ilişkin düzenlemesi, mehaz ZGB'nin evlat edinmeye ilişkin düzenlemesinden oldukça farklı özellikler taşımaktadır. Türk kanun koyucusu, İsviçre kanun koyucusundan farklı olarak tam evlat edinme sistemini (*Volladoption*) değil sınırlı evlat edinme sistemini (*Teiladoption*) benimsemiştir. Bunun sonucu olarak da evlat edinmenin hukuki sonuçları, bilhassa evlat edinilenin hukuki statüsü ve biyolojik ailesi ile olan hısımlık ilişkisi farklı şekilde düzenlenmiştir. Öğretide, Türk hukuk sisteminin mehaz İsviçre hukukundan farklılaşması ile oluşan bu “karma” sistem, isabetli olmayan ve kendi içinde uyumsuzluk barındıran pek çok düzenleme içermesi nedeniyle eleştirilmektedir¹¹. Tam evlat edinme sisteminin benimsenmesi zorunlu olmasa da mehaz ZGB örnek alınıyorsa, bu sistemin bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmektedir¹². Türk kanun koyucusunun mehaz kanundan ayrılan bu düzenlemelerinin, küçüğün menfaati bakımından nasıl değerlendirileceği ise tartışmaya açıktır.

ZGB'nin 2018 değişikliği sonrası durumu karşısında TMK'nın mehaz hükümlerden ayrılan yönleri ve küçüğün menfaatini korumak bakımından yeterliliği, karşılaştırmalı olarak incelenmesi gereken güncel bir hukuki sorun meydana getirir. Bu çalışma, Türk hukukunda ve İsviçre hukukunda benimsenen evlat edinme sistemlerinin küçüğün menfaatine ilişkin olan hükümlerini karşılaştırmalı biçimde incelemeyi amaçlamaktadır. Bu incelemede evlat edinmenin şartları, küçüğün evlat

⁸ Rona Serozan, 'Yeni Medeni Kanun'un Çocuklara (Soybağına ve Çocuk Haklarına) İlişkin Düzenlemesi', *Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan C 2* (Beta 2003) 500.

⁹ Serozan, Yeni Medeni Kanun (n 8) 503.

¹⁰ Peter Breitschmid, *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB* (6. Bası, Helbing Lichtenhahn 2018) Vor ZGB Art 264-269c N 5.

¹¹ Serozan, Yeni Medeni Kanun (n 8) 510; Dural, Ögüz ve Gümüş (n 2) N 1608. Karma bir sistem yaratılması yönünde bkz Cem Baygın, 'Evlat Edinmenin Sonuçları', (2003) 7(3-4), Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi 628.

¹² Dural, Ögüz ve Gümüş (n 2) N 1608.

edinme sonrasındaki hukuki statüsü ve tam/sınırlı evlat edinme sistemlerinde küçüğün durumu, küçüğün menfaatine etkisi bakımından değerlendirilmiştir. Bu nedenle erginlerin ve kısıtlıların evlat edinilmesi konusunun üzerinde ayrıca durulmamıştır.

I. Evlat Edinilen Küçüğün Menfaatinin Korunması için Öngörülen Düzenlemeler

A. Genel Olarak Küçüğün Menfaatinin Korunması

Bireylerin evlat edinme yolu ile çocuk sahibi olmak istemelerinin temelinde, pek çok farklı amaç yatabilir. Biyolojik çocukları olmayan kişilerin soylarını evlat edindikleri çocuklar sayesinde devam ettirmeleri ve bu sayede miraslarını bırakacakları altsoylarının olması, evlat edinme işlemine izin verilmesinin temel amaçlarından biridir¹³. Esasında bu amaç, evlat edinen yetişkinlerin menfaatine odaklanmaktadır¹⁴. Fakat küçüğün menfaatinin inceleyen bu çalışmanın odaklandığı amaç, çocuğu olmayan kişilerin ebeveynlik hissini yaşamasından ziyade, ebeveyni olmayan çocukların aile ve ebeveyn sahibi olma ihtiyaçlarının karşılanması, böylece çocuğun bir aile tarafından bakılması amacıdır¹⁵. Evlat edinmenin temel amacını evlat edinenlerin ihtiyaçları çerçevesinde değerlendirmemek ve çocuğun menfaatine odaklanmak, öğretimin evlat edinmeye bakış açısının radikal bir biçimde değiştiğinin en önemli göstergesidir¹⁶. Bu değişimin temelinde, esasen, çocuk-ebeveyn ilişkisine bakış açısındaki değişim yatar. Zira 20. yüzyılda bu ilişkiye bakış açısı, sadece biyolojik bir bağlılığın yarattığı sonuç olmaktan çıkmıştır. Çocuğun kendisine bakan, büyüten ve eğitim veren her kadın ve erkeği, anne-babası olarak görebileceği anlayışı yerleşmiştir. Bu kişiler, biyolojik anne-baba olabileceği gibi, üvey anne-baba veya evlat edinen kişiler de olabilirler. Önemli olan çocuğa bakım verenin ve çocuğu eğitenin kim olduğudur¹⁷. Tabii, anılan bu amaçların ve anlayış değişikliğinin, ülkeden ülkeye farklılık gösterdiği ve hukuki düzenlemelerin de toplumda evlat edinmeye atfedilen amaca uygun olarak şekillendiği gözden kaçırılmamalıdır¹⁸.

¹³ August Egger, *Kommentar zum Schweizerisches Zivilgesetzbuch, II. Band: Das Familienrecht, Zweite Abteilung: Die Verwandtschaft* (Schulthess & CO 1943) N 9; Breitschmid (n 10) Vor ZGB Art 264-269c N 1; Cyril Hegnauer, *Grundriss des Kindesrechts* (5. Bası, Stämpfli 1999) N 10.02; Şıpka (n 4) 303; Andrea Büchler ve Rolf Vetterli, *Ehe Partnerschaft Kinder* (2. Bası, Helbing&Lichtenhahn 2011) 202; Herdem Belen, *Yeni Medeni Kanun Hükümleri Uyarınca Evlat Edinme* (Beta 2005) 3.

¹⁴ Monika Pfaffinger, 'Von geheimen und (halb-)offenen Adoptionen' (2008) 1 FamPra.ch 1.

¹⁵ Bu amaç için bakınız (bkz) Cyril Hegnauer, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Familienrecht, 2. Abteilung, Die Verwandtschaft, Sonderband: Die Adoption* (Verlag Stämpfli & Cie 1975) N 9; Breitschmid (n 10) Vor ZGB Art 264-269c, N 1; Hegnauer, *Kindesrecht* (n 13) N 10.02; Arık, *Evlat Edinme* (n 4) 180; Şıpka (n 4) 303; Oğuz Sadık Aydos, 'Yeni Medeni Kanuna Göre Evlat Edinme' Y. (2000) 4(1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 118; Büchler ve Vetterli (n 13) 202; Belen (n 13) 3; Cem Baygın, *Soybağı Hukuku* (On İki Levha 2010) 137.

¹⁶ Hegnauer, *Berner Kommentar* (n 15) N 10.

¹⁷ Hegnauer, *Berner Kommentar* (n 15) N 10.

¹⁸ Ayşe Yürük, 'Evlat Edinme Hukukunun Tarihsel Gelişimi ve Yeni Türk Medeni Kanunu Öntasarısının Konuya İlişkin Hükümleri Hakkında Görüşler' (1986) (4)1 Eskişehir Anadolu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi 339.

Günümüzde de İsviçre ve Türk hukukunda küçüğün evlat edinilmesinin asıl amacının ve evlat edinme düzenlemesinin odak noktasının küçüğün bakım ihtiyacının karşılanması olduğu kabul edilmektedir¹⁹. Bu nedenle evlat edinme hukuku bakımından küçüklerin evlat edinilmesi kural, yetişkinlerin evlat edinilmesi ise bir istisna olarak görülmekte²⁰, küçüklerin evlat edinilmesi çok daha ayrıntılı hükümlerle düzenlenmekte²¹ ve küçüğün menfaatinin korunması bakımından, erginlerin evlat edinilmesine göre çok daha sıkı şartlara tâbi tutulmaktadır²². Küçüklerin evlat edinilmesine ilişkin bu şartların çoğu emredici nitelik taşır²³. Bu şartların emredici niteliği esasında, çocuk hukukuna hâkim ilkelerden biri olan kamusalılık ilkesinin TMK düzenlemelerine yansımış halidir. Zira nihai olarak çocuğun menfaatine ve korunmasına hizmet edecek olan bu ilkeye göre, çocuğu korumaya ilişkin kuralların hemen hepsi aksi kararlaştırılmayan, emredici hükümlerdir²⁴.

Evlat edinme, somut olayda hangi sübjektif temel amaç ile yapıyor olursa olsun, evlat edinme işleminin küçüğün menfaatine hizmet etmesi, küçüğün evlat edinildiği her işlemdeki temel ve olmazsa olmaz önkoşuldur²⁵, zira küçüğün menfaatinin sağlanması, zaten evlat edinme işleminin asıl amacı ve bu ilişkiyi meşru kılan kaygıdır²⁶. Bu koşul, çocuk hukukuna adeta damgasını vuran bir ilke olan çocuğun üstün yararı ilkesinin²⁷ en net yansımalarından biridir. Dolayısıyla evlat edinme işlemi ile sağlanacak menfaat, çocuğun bir aileye kavuşmasıdır. Yoksa evlat edinecek olan ailenin bir çocuk sahibi olarak elde ettiği manevi menfaat hesaba katılmaz²⁸. Keza, TMK madde (md) 305/2 hükmüne göre: “*Evlât edinmenin her hâlde küçüğün yararına bulunması...gerekir.*”²⁹ Aynı esas ZGB md 264/1’de de yer almaktadır.

¹⁹ Hegnauer, Berner Kommentar (n 15) N 9; Breitschmid (n 10) Vor ZGB Art 264-269c, N 1; Hausheer, Geiser ve Aebi-Müller (n 1) N 16.75a; Yvo Biderbost, *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht* (3. Bası, Schulthess 2016) ZGB Art 264 N 1 (*Fürsorgeadoption* olarak ifade edilmektedir.); Şıpka (n 4) 303; Pfaffinger (n 14) 1; Zeynep Yılmaz, *Evlâtlığın Yasal Mirasçılığı* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2019) 16.

²⁰ Hegnauer, Berner Kommentar (n 15) N 9; Breitschmid (n 10) Vor ZGB Art 264-269c, N 2; Belen (n 13) 7.

²¹ Belen (n 13) 7.

²² Hegnauer, Berner Kommentar (n 15) Art 264, N 24; Belen (n 13) 21. Tabii bu durum, evlat edinilecek erginlerin korunmaya değer menfaatlerinin bulunmadığı anlamına gelmez. Öğretide, ergin olsalar da evlat edinilecek kişilerin mutlaka korunması gerektiği, küçüklerin korunmasına ilişkin hükümlerin kıyasen evlat edinilecek erginlerin durumuna da uygulanacağı ileri sürülmektedir. Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz Nurten İnce Akman, ‘Alman ve Türk Hukukunda Ergin veya Kısıtlıların Evlat Edinilmesi’ (2019) 21 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan) 1371 vd.

²³ Hegnauer, Berner Kommentar (n 15) N 33; Dural, Öğüt ve Gümüş (n 2) N 1531.

²⁴ Kamusalılık ilkesi için bkz Rona Serozan, *Çocuk Hukuku* (3. Bası, Vedat 2017), §5 N 22 vd.

²⁵ Hegnauer, Berner Kommentar (n 15) N 35, Art 264, N 56; Breitschmid (n 10) Vor ZGB Art 264-269c, N 4; Thomas Sutter-Somm ve Felix Kobel, *Familienrecht* (Schulthess 2009) N 781; Biderbost (n 19) ZGB Art 264 N 15; Akıntürk ve Ateş (n 1) 371; Serozan, *Çocuk Hukuku* (n 24) §5, N 72; Şıpka (n 4) 308; Yürük (n 18) 341; Cem Baygın, ‘Evlat Edinmenin Koşulları’, (2003) 7(3-4), Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 597; Büchler ve Vetterli (n 13) 202; Yılmaz (n 19) 7; Belen (n 13) 4.

²⁶ Hausheer, Geiser ve Aebi-Müller (n 1) N 16.90; Biderbost (n 19) ZGB Art 264 N 15; Breitschmid (n 10) ZGB Art 264, N 19.

²⁷ Serozan, *Çocuk Hukuku* (n 24) §5, N 26.

²⁸ Hausheer, Geiser ve Aebi-Müller (n 1) N 16.90.

²⁹ Bu yönde kapsamlı bir araştırma yapılması gerekir: Bkz Yarg 2 HD, 22.10.2008, E 2007/13557, K 2008/13834 (lexpera.com.tr).

Evlat edinmenin küçüğün menfaatine hizmet etmesi, mevcut durumun tüm koşulları birlikte değerlendirildiğinde, evlat edinmenin küçük için yararlı olmasını ifade eder. Bu yarar ise, evlat edinme neticesinde ortaya çıkan şartların küçüğün gelişimini iyileştirmesi anlamına gelir³⁰. Dolayısıyla küçüğün yalnızca ekonomik çıkarlarının güvence altına alınması yeterli değildir³¹. Benzer şekilde, küçüğün biyolojik ailesi tarafından evlat edindirilmek üzere kuruma veya başka bir aileye bırakılmış olması ve bu ailenin küçüğe biyolojik aileden daha iyi bakabileceğinin varsayılması, evlat edinmede mutlaka küçüğün menfaati bulunduğu anlamına gelmez³². Dikkate alınması gereken unsurlar; küçüğün hayatının tüm bölümlerinde fiziksel ve entelektüel açıdan yeterli bir çevrede bulunmasının, devamlı olarak duygusal desteğe ve sağlık hizmetlerine ulaşabileceği bir ortamda yetişmesinin, istikrarlı bir ekonomik durumun, istikrarlı bir yaşam çevresinin (yaşanılan ev gibi), güvenli ve özgür bir yaşam biçiminin ve kendini yeterli biçimde geliştirebileceği eğitim imkânlarının tanınmasının garanti edilmesi gibi hususlardır. Böylece çocuk bakımından sadece asgari bir yaşam sürme imkânı amaçlanmaz; fiziksel ve entelektüel olarak yeterli bir çevrede yetişmesi ve böylece ergenlik döneminde ve eğitim hayatında yeterli desteği görmesi aranır. Keza, gerçek anlamda bir ebeveyn çocuk ilişkisinin de ancak böyle sağlanacağı kabul edilebilir³³. Bu nedenle evlat edinmek isteyenlerin kişiliğinin, eğitimlerinin ve mesleki durumlarının, evlat edinilen küçüğün ebeveyni konumuna geçmeye elverişli olup olmadığı kontrol edilir. Ailenin dini inancının çocuğun yetiştirildiği inanca uygun olması da önemli bir unsurdur³⁴. Ayrıca evlat edinenler ile küçüğün kökeni ve kültürel yapısının farklılığı, dikkatle yaklaşılması gereken bir konudur³⁵.

Evlat edinmek isteyenlerin birbirleri ile ilişkileri, bu ilişkinin evlat edinilecek küçük ile olan ilişkiye nasıl yansıtacağı, ev halkının diğer üyeleri, bunların birbirleri ile ilişkisi ve sağlık durumları da önem taşır³⁶. Evlat edinmek isteyenlerin evlat edinme isteklerinin temelinde yer alan motivasyon, örneğin bunu salt miras bırakma motivasyonu ile yapıp yapmadıkları veya daha önce bir çocuk büyütüp büyütmedikleri de dikkate alınması gereken unsurlardandır³⁷. Bu değerlendirme, küçüğün evlat

³⁰ Hegnauer, Berner Kommentar (n 15) N 58; Hegnauer, Kindesrecht (n 13) N 11.03; Biderbost (n 19) ZGB Art 264 N 15; Baygın, Koşullar (n 25) 598-599.

³¹ Hegnauer, Berner Kommentar (n 15) N 58; Breitschmid (n 10) ZGB Art 264, N 18; Biderbost (n 19) ZGB Art 264, N 15.

³² Breitschmid (n 10) ZGB Art 264, N 19.

³³ Breitschmid (n 10) ZGB Art 264, N 18. Bu yönde bkz Hegnauer, Berner Kommentar (n 15) N 58. Bu husus, oldukça kapsamlı bir araştırma gerektirir: "...küçüğün neredeyse doğduğu tarihe çok yakın bir tarih olan 13.01.2004 tarihinde bakım sözleşmesi ile davacılar teslim edildiği tarihten itibaren davacılar ile bir aile halinde yaşantısını sürdürüp, bu aileyi kendi ailesi olarak benimsediği; küçüğün davacılarından ayrılmasının, kişilik gelişimine olumsuz etkisinin olabileceği de göz önünde tutularak evlat edinmenin küçüğün yararına olduğu gerekçeleri ile davanın kabulüne karar verilmiştir." Yarg HGK, 11.04.2012, E 2012/302, K 2012/287 (lexpera.com.tr).

³⁴ Baygın, Koşullar (n 25) 599; Hegnauer, Berner Kommentar (n 15) ZGB Art 268a N 4.

³⁵ Hausheer, Geiser ve Aebi-Müller (n 1) N 16.91.

³⁶ Hegnauer, Berner Kommentar (n 15) ZGB Art 268a, N 7.

³⁷ Hegnauer, Berner Kommentar (n 15) ZGB Art 268a, N 9.

edinmenin gerçekleşmesi ve gerçekleşmemesi halinde içinde bulunacağı iki farazi durumun karşılaştırılmasını gerektirir³⁸. Bu karşılaştırmada, aşağıda da incelendiği üzere, çocuğun kendisine bakım veren aile ile kurduğu ilişkinin (bakım ilişkisinin) yoğunluğu da büyük önem taşır³⁹. Zira bu bakım ilişkisi, evlat edinmenin küçüğün menfaatine olup olmadığını tespit etmek bakımından öngörölmüş bir önkoşuldur⁴⁰.

Evlat edinmenin, küçüğe bakım ilişkisi dışında yarar sağlayabilecek diğer getirileri ise, küçüğün menfaatinin değerlendirilmesi bakımından yalnızca ikincil bir öneme sahiptir. Örneğin; vatandaşlık, mirasçılık statüsü veya çocuğun sağlığının daha iyi bir sağlık sigortası ile güvence altına alınacak olması gibi unsurlar, ancak küçük ile evlat edinenler arasında kurulacak olan soybağı ilişkisi küçüğün menfaatine olacaksa bir anlam ifade eder⁴¹. Ayrıca, evlat edinilecek küçüğün menfaati, evlat edinme ilişkisindeki diğer tüm ilgililerin, örneğin evlat edinenlerin veya biyolojik anne-babanın menfaatinden daha üstün tutulmalıdır. Bunların menfaatleri, ancak doğrudan küçüğün menfaati ile bağlantılı ise ve ona etki ediyorsa dikkate alınabilir⁴².

Göröldüğü üzere, küçüğün menfaatinin sağlanması, oldukça yüksek kriterlerin mevcudiyetine bağlanmıştır. Dolayısıyla küçüğün menfaatinin sağlanıp sağlanmadığı, kesin ve kategorik bir şartlar listesi ile değil de, ancak somut olaya özgü bir inceleme ile tespit edilebilir⁴³.

B. Küçüğün Menfaatine İlişkin Araştırma

TMK md 315/1 gereği, evlat edinme ilişkisi, mahkeme kararı ile kurulur. Böylece hâkim, vereceği yenilik doğuran karardan evvel evlat edinme şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini inceleyecektir⁴⁴. Evlat edinme ilişkisinin mahkeme kararı ile kurulması ve hâkime yüklenmiş bulunan bu inceleme ödevi, çocuk hukukuna hâkim olan “şekilcilik” ilkesinin doğrudan bir yansımasıdır. Zira bu ilkeye göre, çocuğa ilişkin hukuki işlemlerde kural, bu işlemlerin resmi bir makam tarafından gerçekleştirilmesidir. Böylece işlemler bakımından kesinlik ve açıklık sağlanır⁴⁵. Bu ilkenin diğer bir görünümü ise, evlat edinme işlemlerine aracılık faaliyetinde

³⁸ Hegnauer, Berner Kommentar (n 15) N 59.

³⁹ Hegnauer, Berner Kommentar (n 15) N 59.

⁴⁰ Bkz Aşa I, C.

⁴¹ Hausheer, Geiser ve Aebi-Müller (n 1) N 16.90; Hegnauer, Berner Kommentar (n 15) N 60.

⁴² Hegnauer, Berner Kommentar (n 15) N 57.

⁴³ Breitschmid (n 10) ZGB Art 264, N 19, Vor ZGB Art 264-269c, N 4.

⁴⁴ Bu kapsamlı araştırma yapılmadan verilen kararların hukuka aykırılığı yönünde bkz. Yarg 2 HD, 22.10.2008, E 2007/13557, K 2008/13834; Yarg 2 HD 08.11.2010, E 2009/16480, K 2010/18718; Yarg 2 HD, 27.12.2004, E 2004/14067, K 2004/15687; Yarg. 2 HD, 21.06.2004, E. 2004/7269, K 2004/8098; Yarg 2 HD, 17.05.2006, E. 2006/1222, K. 2006/7699 (lexpera.com.tr).

⁴⁵ Serozan, Çocuk Hukuku (n 24) §5, N 25. “Olayda, mahkemece verilmiş bir evlat edinme kararı bulunmamaktadır. Kastamonu İ. Noterliğince 13.03.2002 tarihinde düzenlenen Evlat Edinme Sözleşmesi, sözleşmenin yapıldığı tarihte yürürlükte olan 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununun evlat edinmeye ilişkin hükümleri, özellikle evlat edinmenin mahkemece verilecek bir kararla gerçekleşeceğine dair 315. maddesinde yer alan hüküm karşısında hukuki sonuç doğurmaz. Noter sözleşmesi yok hükmündedir. Ortada, hukuken geçerli biçimde oluşmuş bir evlat edinme ilişkisi bulunmamaktadır.” Bkz Yarg 2 HD, 29.03.2005, E 2005/2051, K 2005/4999 (nvi.gov.tr)

görülmür. TMK md 320/1 hükmüne göre: “*Küçüklerin evlât edinilmesine ilişkin aracılık faaliyetleri, ancak Cumhurbaşkanınca yetki verilen kurum ve kuruluşlarca yapılır.*” Bu unsur, evlat edinmede çocuğun menfaatinin korunması ilkesinin bir diğer görünümüdür. Zira bu sayede evlat edinme sisteminin istismar edilmesi ve çocukların alınıp satıldığı bir ticari kuruma dönüştürülmesinin önüne geçilmek istenmiştir⁴⁶.

Kanun koyucunun hâkime yüklediği araştırma ödevi, küçüğün menfaati unsurunun sağlanıp sağlanmadığının tespit edilmesi amacıyla düzenlenmiştir⁴⁷. Bu ayrıntılı araştırmanın sonucunda, evlat edinme ilişkisinin kurulmasının taraflar ve özellikle de küçük bakımından ortaya çıkarılabileceği olumsuz etkilerin önceden tespit edilebilmesi ve küçüğün geleceğinde mutsuzluk nedeni olabilecek olguların engellenmesi sağlanabilecektir⁴⁸.

Evlât edinmenin küçüğün menfaatine olup olmadığına karar verirken yapılacak incelemede, TMK md 316 hükmünün hâkime bir araştırma ödevi yükleyen kapsamında yer alan ölçütler yol göstericidir. Hükme göre: “*Evlât edinmeye, ancak esaslı sayılan her türlü durum ve koşulların kapsamlı biçimde araştırılmasından, evlât edinen ile edinilenin dinlenmelerinden ve gerektiğinde uzmanların görüşünün alınmasından sonra karar verilir. Araştırmada özellikle evlât edinen ile edinilenin kişiliği ve sağlığı, karşılıklı ilişkileri, ekonomik durumları, evlât edinenin eğitime yeteneği, evlât edinmeye yönelten sebepler ve aile ilişkileri ile bakım ilişkilerindeki gelişmelerin açıklığa kavuşturulması gerekir. Evlât edinenin altsoyu varsa, onların evlât edinme ile ilgili tavır ve düşünceleri de değerlendirilir.*” Bu hüküm, ZGB md 268a hükmü ile aynı yönde bir içeriğe sahiptir. Hâkim, somut olayda takdir yetkisini durumun koşullarını değerlendirerek kullanır ve evlat edinmenin çocuğun yararına olup olmadığı yönünde bir karar verir⁴⁹. Hâkim bu inceleme sırasında evlat edinme işleminin çocuğun yararına olması bakımından yukarıda belirtilen unsurları⁵⁰ dikkate almalıdır.

C. Küçüğün Bakımının Amaçlanması ve Menfaati Arasındaki İlişki

Yukarıda da incelendiği üzere, küçüğe evlat edinme yoluyla ebeveyn bahşedilmiş olması, doğrudan çocuğun menfaati ilkesi üzerine kurulmuş bir uygulamadır⁵¹. Bu anlayışa uygun olarak, ZGB md 264/2 hükmü, evlat edinmenin sadece evlat edinecek kişi/kişiler, yaşları ve kişisel durumları itibarıyla, küçük erginliğe ulaşana dek ona

⁴⁶ Serozan, Çocuk Hukuku (n 24) §5, N 79.

⁴⁷ Breitschmid (n 10) ZGB Art 268a, N 2; Hegnauer, Berner Kommentar (n 15) ZGB Art 268a, N 3, 61; Serozan, Çocuk Hukuku (n 24) §5, N 81, Baygın, Koşullar (n 25) 600; Evren Koç, ‘HMK ve TMK Çerçevesinde Evlat Edinme ve Evlatlık İlişkisinin Kaldırılması Davasına İlişkin Bazı Tespitler’ (2015) 73(1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 378.

⁴⁸ Dural, Ögüz ve Gümüş (n 2) N 1602; Akıntürk ve Ateş (n 1) 381.

⁴⁹ Hausheer, Geiser ve Aebi-Müller (n 1) N 16.91; Hegnauer, Kindesrecht (n 13) N 13.06; Dural, Ögüz ve Gümüş (n 2) N 1523; Koç (n 47) 378.

⁵⁰ Bkz Yuk I, A.

⁵¹ “*fürsorgliche Adoption*” bkz Hausheer, Geiser ve Aebi-Müller (n 1) N 16.75a; Büchler ve Vetterli (n 13) 202.

bakım sağlayabilecek durumdaysalar mümkün olduğunu açıkça düzenlemektedir. Bu hüküm ile, evlat edinen kişiler ile evlat edinilen küçük arasında doğal bir ebeveynlik ilişkisinin kurulması amaçlanmıştır⁵². TMK md 316/2 hükmü de evlat edinen ve edinilen bakımından benzer bir değerlendirme yapılması gerektiğini düzenlemektedir. Gerçi hükmün lafzı doğrudan evlat edinenlerin yaşı ölçütünü içermemektedir, fakat kanımızca hükmün geneli ele alındığında, evlat edinecek kişilerin yaşının da evlatlık ilişkisinin sağlığı bakımından bir ölçüt olarak değerlendirileceği açıktır.

TMK md 305, küçüğün evlat edinilmesini, evlât edinen tarafından bir yıl süreyle bakılmış ve eğitilmiş olması koşuluna bağlamıştır. TMK md 305 hükmü, mehaz ZGB md 264/1 hükmü ile aynı içeriğe sahiptir⁵³. Bu düzenlemenin amacı, taraflara bir nevi deneme süresi vermek, böylece tarafların birbirlerini tanımaya olanak sağlamak, taraflara bir düşünme imkânı vermek ve bir yetişkinin hiç tanımadığı bir küçüğü evlat edinmesini engellemektir⁵⁴. Böylece evlat edinmek isteyenlerle küçük arasında, biyolojik bir ailede olacağı gibi devamlı, kalıcı ve olağan bir ilişkinin kurulması da güvence altına alınmış olur⁵⁵. Diğer bir deyişle, evlat edinmenin “geçici heveslerle” yapılmasının önüne geçilmiş olur⁵⁶. Elbette, küçüğün bu amaçla bir yıl süreyle bakılmış olması, çocuğa bakanların küçüğü evlat edinmek konusunda bir yükümlülük altına girdikleri anlamına gelmez⁵⁷.

Küçüğün evlat edinen tarafından bakılması ve eğitilmesi, taraflar arasında sürekli bir kişisel ilişkinin kurulmuş olmasını, evlat edinmek isteyenlerle küçük arasında sürekli bir duygusal ve psikolojik etkileşimi şart kılar⁵⁸. Bu ise birlikte gerçek bir aile yaşamı kurmak anlamına gelir. Dolayısıyla evlat edinilecek küçük ile sadece fiziksel olarak aynı ortamda yaşamak yeterli görülmemektedir⁵⁹. Elbette, küçüğün evlat edinecek olan kişilerin evinde yaşaması ve bizzat onlar tarafından bakılması şarttır. Fakat küçüğün belli aralıklarda geçici olarak bakım verenlerden ayrı kalması, örneğin eğitimi ile ilgili veya mesleki nedenlerle zaman zaman geçici ayrılıklar yaşanması, bakım ilişkisinin sonlandığı anlamına gelmez⁶⁰. Ayrıca küçüğün haftanın belirli zamanlarında biyolojik büyükanne ve büyükbabası ile zaman geçirmesi veya vesayeti altında bulunduğu kurumun kontrolünde olması, bu ilişkinin kurulmadığı

⁵² Egger (n 13) ZGB Art 264 N 3, 8; Hausheer, Geiser ve Aebi-Müller (n 1) N 16.75a.

⁵³ Hausheer, Geiser ve Aebi-Müller (n 1) N 16.86; Hegnauer, Kindesrecht (n 13) N 11.04.

⁵⁴ Hegnauer, Berner Kommentar (n 15) N 28; Breitschmid (n 10) ZGB Art 264, N 7; Hausheer, Geiser ve Aebi-Müller (n 1) N 16.86; Hegnauer, Kindesrecht (n 13) N 11.04; Dural, Öğüz ve Gümüş (n 2) N 1519; Ahmet Kılıçoğlu, *Medeni Kanun'unuzum Aile-Miras ve Eşya Hukukunda Getirdiği Yenilikler* (Turhan 2003) 115, 127; Biderbost (n 19) ZGB Art 264 N 12; Baygın, Koşullar (n 25) 593; Mahmut Kızır, 'Türk Hukukunda Evlat Edinme' (2009) 17(1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 156; Aydos (n 15) 119; Yürtük (n 18) 346.

⁵⁵ Breitschmid (n 10) ZGB Art 264, N 7; Kızır (n 54) 155.

⁵⁶ Serozan, Çocuk Hukuku (n 24) §5, N 71, 72.

⁵⁷ Breitschmid (n 10) ZGB Art 264, N 17; Kılıçoğlu, Yenilikler (n 54) 116.

⁵⁸ Hausheer, Geiser ve Aebi-Müller (n 1) N 16.86; Dural, Öğüz ve Gümüş (n 2) N 1522; Biderbost (n 19) ZGB Art 264 N 11; Ahmet Kılıçoğlu, *Aile Hukuku* (Gözden Geçirilmiş-Güncellenmiş 4. Bası, Turhan 2019) 457; Baygın, Koşullar (n 25) 593 vd.

⁵⁹ Hausheer, Geiser ve Aebi-Müller (n 1) N 16.86.

⁶⁰ Hegnauer, Berner Kommentar (n 15) N 37; Breitschmid (n 10) ZGB Art 264, N 15; Baygın, Soybağı (n 15) 142.

anlamına gelmez⁶¹. Fakat küçüğün ona bakanlar tarafından, belli bir süre bakılıp eğitildikten sonra tekrar biyolojik ailesine verilmek üzere alınmış olması, sürekli bir bakım ilişkisi kurma şartı ile çelişen bir durumdur⁶².

Bakım ilişkisi, henüz aralarında soybağı bulunmayan yetişkinlerle küçük arasında, hukuken olmasa da fiilen bir soybağı ilişkisi varmış gibi yaşanmasını, küçüğün normalde biyolojik ailesiyle yaşayacağı türden normal bir anne-baba-çocuk ilişkisi kurulmasını, sıradan bir soybağı ilişkisinden doğan tüm yükümlülüklerin yerine getirilmesini (bakım ve eğitim açısından) ifade eder⁶³. Böylelikle, biyolojik bir bağı bulunmayan ebeveynler ve küçük arasında manevi bir yakınlık ve güven ilişkisi oluşabilir⁶⁴. Örneğin; küçüğün evlat edinmek isteyen kişiler tarafından sadece bir tatile götürülmesi veya bunların sadece boş zamanlarını küçükle geçirmeleri, yani sınırlı bir zaman geçirmek imkânı, bu hükmün öngördüğü anlamda çocuğun bakımını ve eğitimi gerçekleştirme anlamına gelmez⁶⁵.

Bakım ilişkisinin taraflara bir nevi “deneme süresi” imkânı vermesi, nihai olarak çocuğun menfaati ilkesine doğrudan hizmet eder. Zira bu ilişkinin gidişatı sayesinde evlat edinmenin küçüğün menfaatine hizmet edip etmediği de tespit edilmiş olur⁶⁶. Keza, bakım ilişkisinin veya evlat edinmenin küçüğün yararına olmadığı tespit edildiği anda bu ilişkinin derhal kesilmesi gerekir⁶⁷. Esasında bakım ilişkisinin amacı ve özel niteliği düşünüldüğünde, ilgililerin bu ilişkinin sona erdirilmesini, herhangi bir zaman sınıra bağlı olmaksızın talep etmeleri mümkündür⁶⁸. Fakat, evlat edinmeyi talep eden kişilerin geçerli bir neden olmaksızın bu bakım ilişkisini sonlandırmaları veya evlat edinme talebini geri çekmeleri halinde, bundan zarar gören küçüğün, maddi ve manevi zararının tazminini haksız fiil hükümleri kapsamında talep etmesi mümkündür⁶⁹. Ayrıca bakım ilişkisinin, kural olarak, karşılıksız (ivazsız) bir ilişki olması gerektiği kabul edilmektedir⁷⁰.

⁶¹ Hegnauer, Kindesrecht (n 13) N 11.04; Baygın, Soybağı (n 15) 142.

⁶² Breitschmid (n 10) ZGB Art 264, N 9.

⁶³ Hegnauer, Berner Kommentar (n 15) N 29, 30; Hausheer, Geiser ve Aebi-Müller (n 1) N 16.87; Kılıçoğlu, Yenilikler (n 54) 116; Baygın, Koşullar (n 25) 594.

⁶⁴ Dural, Öğüt ve Gümüş (n 2) N 1519.

⁶⁵ Breitschmid (n 10) ZGB Art 264, N 15; Hausheer, Geiser ve Aebi-Müller (n 1) N 16.86; Hegnauer, Kindesrecht (n 13) N 11.04; Baygın, Koşullar (n 25) 595; Yılmaz (n 19) 6. Bkz. “...davacıların Almanya’da yaşayıp, zaman zaman Türkiye’ye gelerek çocuk ile vakit geçirdikleri, bu nedenle yasanın aradığı 1 yıllık bakım ve eğitim süresinin kesintisiz olarak gerçekleşmediği anlaşılmaktadır. Bu durumda, evlat edinmenin zorunlu unsurlarından olan 1 yıllık bakım ve eğitim süresinin gerçekleşmemesi nedeni ile mahkemece davanın reddine karar verilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmadığından, davacılar vekilinin istinaf başvurusunun esasın reddine karar vermek gerekmiştir.” İzmir BAM 2 HD, 04.03.2019, E 2018/2359, K 2019/343.

⁶⁶ Hegnauer, Berner Kommentar (n 15) N 28; Hegnauer, Kindesrecht (n 13) N 11.04. Türk hukukunda aynı yönde bkz Bilge Öztan, *Aile Hukuku* (6. Basi, Turhan 2015) 956; Kılıçoğlu, Aile Hukuku (n 59) 457; Baygın, Koşullar (n 25) 594; Aydos (n 15) 120; Kızır (n 54) 155; Yürük (n 18) 346.

⁶⁷ Hegnauer, Berner Kommentar (n 15) N 46; Hegnauer, Kindesrecht (n 13) N 11.06.

⁶⁸ Breitschmid (n 10) ZGB Art 264, N 14.

⁶⁹ Hegnauer, Kindesrecht (n 13) N 11.06. Benzer şekilde culpa in contrahendo sorumluluğu bakımından bkz Kılıçoğlu, Yenilikler (n 54) 117.

⁷⁰ Breitschmid (n 10) ZGB Art 264, N 9; Hegnauer, Berner Kommentar (n 15) N 11.05; Baygın, Koşullar (n 25) 597.

İsviçre öğretisindeki bir görüşe göre, kanunun bakım ilişkisi için öngördüğü süre kısaltılamaz. Zira bu sürenin dolması ve evlat edinmeye dair kararın sonra verilmesi, tüm ilgililerin menfaatini korur⁷¹. Bir görüşe göre ise, bu tartışma bakımından küçüğün yaşı ile ilgili bir ayırım yapmak gerekir. Küçük, yaşça küçükse, evlat edinmek isteyen kişilere uyum sağlaması daha hızlı ve kolay olacaktır. Bu durumda, sürenin kısaltılmasını zorunlu kılacak yoğunlukta sebepler mevcutsa, bu süre kısaltılabilir. Fakat yaşça daha büyük ve ergenliğe girmeye yaklaşmış bir küçüğün, ebeveyn olarak yeni yetişkinlere uyum sağlaması çok daha zordur⁷². Bu nedenle daha büyük yaştaki küçüğün evlat edinilmesinde, bakım ilişkisinden beklenenin yerine getirilmesi, daha uzun süren bir bakım ilişkisi ile söz konusu olabileceğinden, bu sürenin kısaltılması pek de mümkün görünmemektedir⁷³. Öngörülen sürenin hâkim veya evlat edinmeye aracılık eden kurum tarafından uzatılması ise mümkündür. Nihayetinde, bu süre sonunda, küçüğün, kendisine bakanlar tarafından evlat edinilmesinin küçüğün menfaatine olup olmadığına karar verilecektir. Eğer bu sürenin geçmiş olması, küçüğün menfaati ve evlat edinme işleminin yerindeliği bakımından kesin bir sonuç vermiyorsa, bakım süresi uzatılabilir⁷⁴. Türk öğretisinde de sürenin evlat edinilecek küçüğün menfaati nedeniyle uzatılabileceği, ancak kısaltılamayacağı vurgulanmaktadır⁷⁵. Yargıtay da bu esası benimseyerek küçüğün en az bir yıl süreyle bakılmış olmasını evlat edinme ilişkisinin kurulması bakımından olmazsa olmaz bir şart olarak değerlendirmiştir⁷⁶.

TMK'nın evlat edinilen küçüğün menfaatini gözetirken ZGB'nin sistematığından ve bakış açısından ayrılmadığı bir diğer esas ise, evli kişilerin kural olarak birlikte evlat edinmesidir. Evli kişilerin tek başına evlat edinebilmesi ise, TMK md 307/2 gereği, istisnai hallerde mümkündür⁷⁷. Birlikte evlat edinmenin kural olmasının amacı, evlat edinilen küçüğün kendine uygun ve anne babadan oluşan bir ortamda büyümesinin sağlanmasıdır⁷⁸. Ayrıca evli kişilerin tek başına evlat edinmesinin bir istisna olduğu, zira eşlerden birinin evlat edinmeye karşı olduğu bir aile ortamının ve çocuğun evli kişilerden yalnız biri ile ebeveynlik ilişkisi kurmasının küçüğün

⁷¹ Hegnauer, Berner Kommentar (n 15) N 42, 43; Hegnauer, Kindesrecht (n 13) N 11.04.

⁷² TMK'da küçüklerin ve ergenlerin evlat edinilmesindeki sürelerin farklı olmasını aynı gerekçeye dayandırılması bakımından bkz Kılıçoğlu, Yenilikler (n 54) 111.

⁷³ Breitschmid (n 10) ZGB Art 264, N 16.

⁷⁴ Hegnauer, Berner Kommentar (n 15) N 41.

⁷⁵ Safa Koçoğlu, 'Evlat Edinmede Ana ve Babanın Rızasının Aranıp Aranmaması Sorununun, Özellikle Yetkili Kurum Aracılığı ile Evlat Edinme Açısından İncelenmesi' (2019) 11(38) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 252.

⁷⁶ Yarg 2 HD, 06.12.2004, E 2004/12771, K 2004/14510, (Koçoğlu (n 75) 252 dn 39); Yarg 2 HD, 27.12.2004, E 2004/14067, K 2004/15687; Yarg 2 HD, 27.06.2005, E 2005/7729, K 2005/10050; Yarg 2 HD, 21.02.2005, E 2005/16433, K 2005/2331 (lexpera.com.tr).

⁷⁷ ZGB md 264a/1 ve 264b/2'de de aynı esas benimsenmiştir ve kural evli çiftlerin birlikte evlat edinmesidir. Bkz Breitschmid (n 10) ZGB Art 264a, N 1; Hausheer, Geiser ve Aebi-Müller (n 1) N 16.73. Fakat ZGB 264b/2 hükmü, yaş sınırının 28, ayrı yaşama süresinin ise 3 yıl olmasını aramaktadır.

⁷⁸ Breitschmid (n 10) ZGB Art 264a, N 7; Breitschmid (n 10) ZGB Art 264a, N 1.

menfaatine uygun olmadığı kabul edilmektedir⁷⁹. Ayrıca birlikte evlat edinmenin kural olması ve çocuğun anne ile babanın evlilik kurumu ile “bağlı” olduğu bu ortamda büyümesi, çocuğun tam bir aile ortamında büyümesini sağlar⁸⁰. Küçüğün bakımını birlikte gerçekleştiren eşlerin boşanması halinde ise, bu durum daha sonra bunlardan birinin küçüğü tek başına evlat edinme talebine kesin olarak engel teşkil etmese de küçüğün bu evlat edinmede yararının özel olarak kanıtlanması gerekir⁸¹.

Kanun koyucu, bakım ilişkisinde doğrudan küçüğün menfaatini koruma amacıyla, aile hayatının devamı bakımından da bir süre şartı öngörmüştür. TMK md 305/2’ye göre: “Eşlerin en az beş yıldan beri evli olmaları veya otuz yaşını doldurmuş bulunmaları gerekir.” ZGB md 264a/1’e göre ise, eşler en az üç yıldır birlikte bir aile hayatı sürüyorlarsa ve en az yirmi sekiz yaşında iseler, birlikte evlat edinebilirler. Hem ZGB’de hem de TMK’da yer alan bu asgari birlikte yaşama/evli olma şartı, çocuğun menfaatini koruyan bir şarttır. Zira, çocuğun menfaati, istikrarlı bir aile yaşamını gerektirir. Kanun’da öngörülen süre boyunca evlilik birliğini devam ettiren kişiler, şimdiye dek istikrarlı bir aile yaşamları olduğunu bir miktar da olsa kanıtlamış olurlar⁸². Ayrıca evlat edinmek isteyenlerin bu kadar süre evli kalmış olması, evlat edinme yönündeki isteklerinin gerçekçi olması güvencesine de hizmet eder⁸³.

İsviçre hukukuna göre eşlerin birlikte evlat edinebilmeleri için, ZGB md 264a/1 hükmü gereği sadece evli olmaları yetmez, ayrıca en az üç yıldır birlikte bir aile hayatı yaşıyor olmaları gerekir. Diğer bir ifade ile üç yıllık süre tarafların resmen evlendiği tarihe göre değil, birlikte aile hayatı yaşama sürelerine göre hesaplanacaktır. ZGB md 264a/1’de, eşlerin ayrıca birlikte yaşamalarının da vurgulanmış olması, küçüğün menfaati ile doğrudan ilişkilidir, zira aile üyelerinin birlikte yaşadığı bir aile ilişkisinde bulunmak ve her iki ebeveynle de her gün görüşmek küçüğün menfaatine hizmet eder⁸⁴. Kanun koyucunun iradesi de birlikte evlat edinme sayesinde küçüğe anne baba tarafından birlikte bakım sağlanmasıdır⁸⁵. TMK md 306/1 hükmü ise, eşlerin aile hayatı yaşamasını değil en az beş yıldır evli olmalarını aramaktadır. Kanımızca, Türk kanun koyucusunun beş yıllık evlilik süresinin yanında, eşlerin bu süre zarfında ortak bir aile yaşamına sahip olmasını şart koşmaması, küçüğün menfaatinin tespiti bakımından bir eksiklik yaratır. Zira küçüğün bir aile ortamında yaşaması amacı, evlat edinenlerin bir süredir bir aile ortamına sahip olması şartına

⁷⁹ Breitschmid (n 10) ZGB Art 264b, N 1; Hausheer, Geiser ve Aebi-Müller (n 1) N 16.80; Dural, Ögüt ve Gümüş (n 2) N 1526.

⁸⁰ Hegnauer, Kindesrecht (n 13) N 11.11.

⁸¹ Breitschmid (n 10) ZGB Art 264, N 15.

⁸² Hegnauer, Berner Kommentar (n 15) ZGB Art 264a, N 21; Başak Görgeç, ‘Evlatlık İlişkisinin Kaldırılması’ (2010) 14(1-2) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 363.

⁸³ Hegnauer, Berner Kommentar (n 15) ZGB Art 264a, N 22.

⁸⁴ Dolayısıyla bu hüküm, çiftin hem evli olmasını hem de en az üç yıldır birlikte yaşıyor olmasını aramaktadır. Breitschmid (n 10) ZGB Art 264a, N 4.

⁸⁵ Breitschmid (n 10) ZGB Art 264a, N 4.

bağlanmışsa, bunun sadece evliliğin resmi olarak devam ettiği süre ile değil, evlat edinilenlerin ne süredir ortak bir aile hayatına sahip olduğu ile ölçülmesi gerekir.

D. Kanunda Öngörülen Yaş Sınırları ve Küçüğün Menfaati Arasındaki İlişki

TMK ve ZGB, evlat edinilenlerin asgari yaşları bakımından farklı düzenlemeler içermektedir. TMK md 305/2'ye göre, evli çiftin 30 yaşını doldurması, ZGB md 264/1a'ya göre ise çiftin en az 28 yaşında olması gerekir⁸⁶. Fakat TMK ve ZGB düzenlemesi arasındaki temel fark, yaş sınırının küçüğün menfaati gereği esnetilmesinde kendini gösterir. ZGB md 264a/2'ye göre, evli çiftlerin birlikte evlat edinmesi hali için öngörülen yaş sınırları, somut olayda küçüğün menfaati bunu gerektiriyorsa değiştirilebilecektir. Hükme göre, eşlerin asgari yaş sınırının değişik uygulanması talebini meşru kılacak sebepleri sunmaları gerekir. Aynı esas, ZGB md 264b/4 hükmünde de öngörülmektedir. Buna göre, istisna sayılan tek başına evlat edinme durumunda da, evlat edinecek kişi ile küçük arasındaki asgari yaş sınırı, küçüğün menfaati gerektiriyorsa değiştirilebilir. Bu hüküm, kanun koyucunun doğrudan küçüğün menfaatini esas aldığı, bu nedenle küçüğü korumak amacıyla getirilen evlat edinme şartlarının bile onun yararına değiştirilebildiği bir düzenlemedir⁸⁷. Örneğin; küçüğün anne-babasının ölümü durumunda, küçük anne veya babasının kardeşi tarafından evlat edinmek isteniyorsa, bu kişilerde asgari yaş sınırının esnetilmesi, küçüğün menfaati bakımından haklı bir nedene dayanıyor sayılabilir⁸⁸. ZGB'nin yaş sınırlarını esneten bu hükümleri, 2018 yılında yürürlüğe girmiştir. TMK ise yaş sınırının esnetilmesi ile ilgili bir hükme sahip değildir. Kanımızca, çocuğun menfaati ilkesine odaklanan ve sınırları esnetme işlevine sahip benzer bir hükmün Türk hukukunda benimsenmiş olmaması bir eksiklik yaratır. Zira esnemeyen bu yaş sınırı nedeniyle, çocuğun aile hayatını devam ettirebileceği teyze/kuzen/kardeş yanında bırakılma ihtimali mümkün olmayacak, bunun yerine çocuğun tanımadığı bir ailenin yanına veya sosyal hizmet kurumuna yerleştirilmesi söz konusu olacaktır. Bu durum kanaatimizce açıkça çocuğun menfaati ile bağdaşmamaktadır.

TMK ve ZGB düzenlemeleri bakımından dikkat çeken diğer bir farklılık, üvey çocuğun evlat edinilmesindeki süre farklılığıdır. TMK md 306/2 hükmüne göre: *“Eşlerden biri, en az iki yıldan beri evli olmaları veya kendisinin otuz yaşını doldurmuş bulunması koşuluyla diğerinin çocuğunu evlat edinebilir.”*⁸⁹ Hükümün mehazı olan

⁸⁶ Keza, ZGB de 2018 yılında yürürlüğe giren değişiklikten evvel evliliğin en az beş yıldır sürmesini ve eşlerin en az otuz beş yaşında olması gerektiğini düzenlemiştir. Sınırlardaki bu esneme, İsviçre öğretisinde, daha özgürlükçü bir evlat edinme sistematığının benimsenmesi olarak yorumlanmaktadır. Bu yönde bkz Hausheer, Geiser ve Aebi-Müller (n 1) N 16.79.

⁸⁷ Breitschmid (n 10) Vor ZGB Art 264-269c, N 6a.

⁸⁸ Breitschmid (n 10) ZGB Art 264a, N 7.

⁸⁹ Bu hüküm emredici nitelikte olup anılan süre şartları gerçekleşmemişse evlat edinme kararının verilmemesi gerekir. Bkz Yarg 2 HD, 24.01.2005, E 2004/14986, K 2005/606; Yarg 2 HD, 26.05.2005, E 2005/5695, K 2005/8245; Yarg 2 HD, 09.02.2011, E 2009/21848, K 2011/1936 (lexpera.com.tr).

ZGB md 264a/3 hükmü yerine 2018 yılında yürürlüğe giren değiştirilmiş ZGB md 264c/2'ye göre, eşlerden birinin diğerinin çocuğunu evlat edinebilmesi için, çiftin en az üç yıldır birlikte aile hayatı yaşıyor olması gerekir. Gerçi hüküm 2018 yılında yürürlüğe girmiştir ancak, değişiklik öncesi hali de en az beş yıldır evli olma şartını aramaktadır. Türk kanun koyucusunun, bu asgari evlilik/birlikte yaşama süresini dikkate almayarak daha kısa bir süreyi benimsemesi, küçüğün menfaati bakımından yerinde değildir. Zira çocuk, yeni bir evliliğin heyecanıyla iyice düşünmeden verilen bir karara veya sadece eşinin hatırı için onun çocuğunu evlat edinmek isteyen kişiye karşı da korunmalıdır. Bu türden bir evlat edinmenin küçüğün menfaatine olmayacağı açıktır⁹⁰.

TMK md 308/1 hükmü, evlat edinenler ile evlat edinilen küçük arasında asgari on sekiz yaş farkının olmasını aramakta fakat azami yaş sınırlaması içermemektedir. ZGB md 264d hükmü ise evlat edinen ile evlat edinilen arasındaki asgari ve azami yaş farkını düzenlemekte, evlat edinen kişiler ile evlat edinilen küçük arasında en az on altı, en fazla kırk beş yaş olabileceğini ifade etmektedir. Bu yaş farkı sınırlaması, çocuğun menfaatinin esas alındığı bir değerlendirmenin sonucudur. Zira ebeveyn ile çocuk arasındaki “doğal olmayan” yaş farkı, bunların arasında doğal bir ebeveyn-çocuk ilişkisinin kurulmasının önüne geçer⁹¹. İsviçre Federal Mahkemesi de çok büyük yaş farkının küçüğün menfaatine zarar verebileceğini kabul etmektedir⁹². Bu hüküm ve İsviçre Federal Mahkemesinin yorumu, ZGB md 264/2 hükmü ile uyumlu bir bütün oluşturur. Zira ZGB md 265/2 hükmüne göre evlat edinme ilişkisinin en önemli getirisi küçüğe bakım sağlanmasıdır ve evlat edinen kişiler yaş itibarıyla da küçüğün erginliğine dek ona bakım sağlayabilecek kişiler olmalıdır.

TMK md 308 hükmü, 2018 değişikliğinden evvel, evlat edinenler ile edinilen arasında on altı yaş olması gerektiğini öngören ZGB md 265/1 düzenlemesinin, yaş sınırı on sekize çıkarılarak TMK'ya alınmış halidir⁹³. Dolayısıyla TMK hükmü, o tarihte ZGB'de bulunmayan azami yaş sınırını içermemektedir. Gerçi, evlat edinmenin her halükârda küçüğün yararına olması gerektiğini düzenleyen TMK md 305/2 hükmü sayesinde, evlat edinme ilişkisinin kurulması, evlat edinmek isteyen kişiler ile küçük arasında çok fazla yaş farkının bulunması nedeniyle engellenebilir. Keza, ZGB'nin evlat edinme düzenlemelerindeki değişikliğin yürürlüğe girmesinden evvel, böyle bir azami yaş sınırı içermeyen ZGB md 265 hükmü de böyle yorumlanıyordu⁹⁴. Hüküm azami bir yaş sınırı içermese de yaş farkı çocuğun menfaati ilkesine göre değerlendirilmeli ve çocuğun menfaatine aykırı düşecek kadar yüksek yaş farkı

⁹⁰ Serozan, Çocuk Hukuku (n 24) § 5, N 76; Serozan, Yeni Medeni Kanun (n 8) 510; Rona Serozan, 'Soybağı Hukuku Üzerine Çeşitlemeler', Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan (Turhan 2008) 769; Baygın, Soybağı (n 15) 163.

⁹¹ Hegnauer, Berner Kommentar (n 15) ZGB Art 265, N 3, 6; Breitschmid (n 10) ZGB Art 264a, N 6. Türk hukukunda bu yönde bkz Baygın, Soybağı (n 15) 157.

⁹² BGE 136 III 423 E 3. 5; BGER 5A.6/2004 (Hausheer, Geiser ve Aebi-Müller (n 1) N 16.79).

⁹³ ZGB md 265/1 (Değişiklik Öncesi): "Das Kind muss wenigstens 16 Jahre jünger sein als die Adoptiveltern."

⁹⁴ Hegnauer, Kindesrecht (n 13) N 11.10

kabul edilmemeliydi⁹⁵. Keza, ZGB md 264/2d hükmüne göre bu azami ve asgari sınırı küçüğün menfaati gerekli kılıyorsa değiştirilebilir. Bu gereklilik, anne-babası ölen çocuklara bakan ve onları evlat edinmek isteyen abla/ağabey veya büyükanne/büyükbabaların durumunda olduğu gibi, küçüğün menfaatinin sağlandığı açık olan hallerde söz konusu olabilir⁹⁶. TMK md 308, asgari yaş sınırının küçüğün menfaati gereği değiştirilebileceğini düzenleyen bir hüküm barındırmamaktadır⁹⁷. Oysa yaş sınırlarını esnetme işlevi olan bu hükümlerle, küçüklerin evlat edinilmesi sistematiğine çocuğun yararına odaklanan bir esneklik sağlanması amaçlanmıştır⁹⁸. Aynı esasın Türk hukukundaki asgari yaş sınırı bakımından da benimsenmesi, hâkime çocuğun yararı esasına dayalı bir takdir yetkisi tanınması, katı yaş koşulunun çocuğun yararına aşılmasını sağlayabilir.

E. Evlat Edinilen Küçüğün Rızası ve Evlat Edinenin Altsoyu Olan Küçüğün Durumu

Evlat edinilen küçük, evlat edinme işleminin sonuçları ile doğrudan ve kişisel olarak karşı karşıya gelen kişidir. Bu nedenle evlat edinme işleminde ayırt etme gücü olan küçüğün de rızası aranmaktadır⁹⁹. TMK md 308/2 ve ZGB md 265/1 hükmü, bu esası düzenler. Ayırt etme gücüne sahip küçüğün rızasının aranması, şüphesiz onun menfaatinin doğrudan esas alındığı bir düzenlemedir. Zira, küçüğün bir ailenin yanında yetişmesi kaygısı ile istemediği kişilerce evlat edinilmesi, onun duygularını dünyası üzerindeki oldukça olumsuz etkilere neden olabilir.¹⁰⁰ Bunun bir sonucu olarak, küçüğün, örneğin sadece ekonomik durumu çok iyi olduğu için istemediği bir aileye evlatlık olarak verilmesi söz konusu olamaz. Zira ayırt etme gücüne sahip küçüğün kendisi ile ilgili kararlara katılma hakkı, yetişkinlerin onun üzerinde böylesine bir tahakküm kurmasını engeller¹⁰¹.

Ayırt etme gücü bulunan küçüğün evlat edinme işlemine rıza göstermesi, şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardan sayılır. Dolayısıyla rıza ancak bizzat küçük tarafından

⁹⁵ Hegnauer, Kindesrecht (n 13) N 11.10. Hâkim, araştırma ödevini yerine getirirken, bu yaş farkını gözlemli, fazla yaş farkının evlat edinenlerin küçüğü gerektiği gibi eğitmesine engel olabileceğini de göz önünde bulundurarak bir karar vermeliydi. Bkz Hegnauer, Berner Kommentar (n 15) ZGB Art 268a, N 5.

⁹⁶ Breitschmid (n 10) ZGB Art 264d, N 5.

⁹⁷ Uygulamada da, aralarında en az on sekiz yaş fark bulunmayan kişiler arasında evlatlık ilişkisi kurulamayacağı kabul edilmektedir. Bkz Yarg HGK, 15.11.2006, E 2006/704, K 2006/724; Yarg. 2 HD 27.09.2004, E. 2004/9167, K 2004/10742; Yarg 2 HD, 24.01.2005, E 2004/14986, K 2005/606 (lexpera.com.tr).

⁹⁸ Hausheer, Geiser ve Aebi-Müller (n 1) N 16.79.

⁹⁹ Hegnauer, Berner Kommentar (n 15) ZGB Art 265, N 7; Breitschmid (n 10) ZGB Art 265, N 5; Kılıçoğlu, Yenilikler (n 54) 120. Bu yönde bkz Hatemi H, *Aile Hukuku* (9. Bası On İki Levha 2021) 182.

"Mahkemeye, dava tarihinde onbeş yaşında olan evlat edinilmek istenilen küçüğün rızası alınmaksızın davanın kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı bulunmuştur." Bkz Yarg 2 HD, 21.02.2005, E 2005/16433, K 2005/2331. "...küçüklerin mahkemeye dinlenmeleri, ilköğretim çağında olmaları nedeniyle ayırt etme gücüne sahip olup olmadıkları gözlenerek evlat edinilmeye rıza gösterip göstermediklerinin sorulması gerekirken, 7/5/2008 tarihli duruşmaya da katıldıkları halde beyanları alınmadan davanın kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı bulunmuştur." Bkz Yarg 2 HD, 30.11.2010, E 2009/16483, K 2010/19941 (lexpera.com.tr).

¹⁰⁰ Kılıçoğlu, Yenilikler (n 54) 120.

¹⁰¹ Serozan, Çocuk Hukuku (n 24) §9, N 1 vd, özellikle N 2.

verilebilir, bu rızanın verilmesi yasal temsilcinin iznine tabi değildir¹⁰². Küçüğün evlat edinme işlemine rıza göstermek bakımından ayırt etme gücünün bulunması, küçüğün yaşı bakımından, rıza verdiği işlemin bir evlat edinme işlemi olduğunu ve evlat edinilmesinin kendi kişisel durumu bakımından yaratacağı değişiklikleri ve hukuki sonuçları algılayabilmesi anlamına gelir¹⁰³.

Küçük evlat edinme işlemi kavrayabilecek ölçüde ayırt etme gücüne sahip değilse, evlat edinme işlemi bakımından rızasının bir önemi kalmamaktadır¹⁰⁴. Fakat küçüğün rızası, ayırt etme gücünün bulunmaması dolayısıyla aranmıyorsa da evlat edinme işlemi ve bunun sonuçları mümkün olan en kısa sürede, küçüğün yaşına ve somut olaya en uygun şekilde ona izah edilmelidir¹⁰⁵. Zira ayırt etme gücüne sahip olmasa da küçüğün bu konudaki görüşünün mümkün olduğu ölçüde öğrenilmesi gerekir¹⁰⁶. Ayırt etme gücüne sahip olmadığı düşünülen küçük, evlat edinme işlemine olumsuz bir tepki gösteriyorsa, evlat edinmeden beklenen yararın gerçekleşeceği şüphelidir¹⁰⁷. Dolayısıyla bu inceleme, küçüğün menfaatinin mümkün olduğunca dikkate alınması gereğinin bir sonucudur¹⁰⁸.

¹⁰² Hegnauer, Berner Kommentar (n 15) ZGB Art 265, N 8; Akıntürk ve Ateş (n 1) 376; Didem Özcan, 'Evlat Edinmede Rıza' (2017) 75(2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 709.

¹⁰³ Hegnauer, Berner Kommentar (n 15) ZGB Art 265, N 8; Breitschmid (n 10) ZGB Art 265, N 6; Kılıçoğlu, Aile Hukuku (n 58) 459; Özcan (n 103) 709; Yılmaz (n 19) 16.

¹⁰⁴ Özcan (n 103) 708.

¹⁰⁵ Hegnauer, Kindesrecht (n 13) N 11.16.

¹⁰⁶ Özcan (n 103) 708.

¹⁰⁷ Özcan (n 103) 709.

¹⁰⁸ TMK md 309'a göre, evlat edinilecek küçüğün biyolojik anne-babasının da evlat edinme işlemine rıza göstermesi gerekir. Bu hükmün mehazı, aynı esası düzenleyen ZGB md 265a/2 hükmüdür. Üstelik biyolojik anne-babanın rızasının aranması için, bunların velayet hakkına sahip olmaları da gerekmez. Bkz Serozan, Çocuk Hukuku (n 24) §5, N 78. Serozan bu durumu eleştirmiş, velayet hakkına sahip olmalarına ve küçüğün evlatlık adayı olarak bulunmasına rağmen, biyolojik anne babanın rızasının aranmamasının, bunların ikisinin de görüş birliği içinde bulunmasının aranmamasının, üstelik bunların TMK md 310/2 gereği bu rızayı serbestçe geri alabilmelerinin, kanun koyucunun biyolojik anne babanın küçüğün hayatı üzerindeki iradesine "aşırı dıyarlılık" göstermesi anlamına geldiğini ve bu durum küçüğün menfaati ile bağdaşmadığını ileri sürmüştür. Bkz Serozan, Çocuk Hukuku (n 24) §5, N 78. Öte yandan, TMK md 311'e göre; "Küçüğe karşı özen yükümlülüğünü yeterince yerine getiriyorsa", anne veya babanın rızası aranmaz. Bu düzenleme, doğrudan küçüğün menfaatinin gözetme amacı taşımaktadır. Bkz Belen (n 13) 4; Süleyman Yalman, 'Evlat Edinmede Rıza' (2004) (8)1-2 Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi <http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/8_5.pdf> Erişim Tarihi 19 Temmuz 2021 15. Zira özen yükümlülüğünü yerine getirmeyen anne babanın iradesi, çocuğun evlat edinilerek bir aile ortamında yaşama şansını ortadan kaldırmamalıdır. Ayrıca anne veya baba küçüğün menfaatine aykırı davranarak evlat edinme işlemine izin vermiyorsa, bu durum hakkın kötüye kullanılması teşkil edebilir. Bkz Koçoğlu (n 75) 245. Bu yönde bkz. "Hukuk Genel Kurulunda yapılan tartışmalar sonrasında; somut olayda, sokağa bırakılan ve kurunca koruyucu aile olarak davacılar verilen küçüğün davacılar ile duygusal bağının oluştuğu; evlilik dışı ilişkisi sonucu küçüğü dünyaya getiren davalı annenin, küçüğün babasının kim olduğu yönünde herhangi bir açıklamada bulunmadığı; babanın kim olduğunun dosyaya yansımadağı ve davanın hiçbir safahatına da katılmadığı, davalı anne yönünden yapılan değerlendirmede de çocuğa karşı özen yükümlülüğünü yerine getirmediğinin anlaşıldığı ve buna bağlı olarak da davalı annenin evlat edinmeye rızasının alınmasına gerek olmadığı, gerekçesiyle, direnme bu yönüyle oyçokluğu ile olmak üzere uygun bulunmuştur." Yarg HGK, 11.04.2012, E 2012/302, K 2012/287 (lexpera.com.tr).

Kanun koyucu, küçüğün menfaatini korurken, sadece evlat edinilenin değil, ayrıca evlat edinenin altsoyunun durumunu da dikkate alır¹⁰⁹. Bu esası açıkça düzenleyen TMK md 305/2'ye göre, “*Evlât edinmenin her hâlde küçüğün yararına bulunması ve evlât edinenin diğer çocuklarının yararlarının hakkaniyete aykırı bir biçimde zedelenmemesi de gerekir.*” Zira evlat edinilenle evlat edinilen arasında soybağının kurulması, evlat edinenin altsoyunun mirasçılık menfaatini ve evlat edinenin alt soyuna karşı olan bakım yükümlülüğünü de hakkaniyete aykırı şekilde olumsuz etkileyebilecektir¹¹⁰. Fakat burada sözü edilen hakkaniyete aykırı biçimde olumsuz etkilenme, mirasçılığın artması nedeniyle miras payının azalması veya altsoyun bakım alacağına evlat edinilene karşı olan bakım borcu nedeniyle ekonomik olarak sınırlanması anlamına gelmez. Zira bunlar, evlat edinmenin olağan sonuçlarıdır¹¹¹. Olması gereken, ailedeki çocukların bu yeni duruma uyum sağlayabilmeleri ve evlat edinmenin ailenin ekonomik durumu bakımından gerçekçi görünmeyen sonuçlarının olmamasıdır¹¹². Üstelik, evlat edinenin alt soyu bakımından, eğer halihazırda biyolojik bir kardeşi yoksa, bir kardeşe büyüme olgusu olağan maddi dezavantajları nötr hale getirebilecek bir avantajdır¹¹³.

Aileye evlat edinme yolu ile yeni bir birey katılması, mutlaka o ailenin yapısını değiştirir. Fakat evlat edinme sonucunda aile yapısında değişiklik meydana gelmesi, aynı zamanda evlat edinmenin beklenen ve doğal sonucudur¹¹⁴. Önemli olan, evlat edinilen küçüğün aileyle bütünleşmesinin sağlandığı bu aşamada, evlat edinilenlerin diğer altsoyunun da evlat edinme sonucunda oluşan bu yeni duruma uyum sağlayabilmesidir¹¹⁵. Dolayısıyla bu hükmün kastettiği hakkaniyete aykırılık durumu, evlat edinilenlerin altsoyu bakımından evlat edinmenin olağan sonuçlarını aşan bir etkidir. İsviçre öğretisine göre bu hükmün kastettiği olumsuz etki, altsoyun hukuki durumunun kasten kötü duruma getirilmesi isteğinden doğmalıdır¹¹⁶. Örneğin; evlat edinme işlemi, altsoyun miras payını azaltarak adeta onu mirastan mahrum bırakmaya

¹⁰⁹ Kanun koyucunun evlat edinme sistematğinde küçüğü dolaylı olarak koruduğu bir diğer durum, ergin ve kısıtlıların evlat edinilmesinde altsoyun muvafakatini arayan TMK md 313 hükmüdür. Buna göre ergin veya kısıtlı bir kişiyi evlat edinecek olanın altsoyu varsa, bunun işleme rıza göstermesi gerekir. Altsoy küçük ise de ayırt etme gücü olduğu müddetçe bu rızayı tek başına verebilir. Zira bu rıza, şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılması niteliğini taşır. Bu yöndeki ayrıntılı tartışma için bkz Tuba Birinci Uzun, ‘Erginlerin veya Kısıtlıların Evlat Edinilmesinde Evlat Edinenin Altsoyunun Açık Muvafakatinin Bulunması Koşulu’ (2017) 19 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan) 343 vd. Bu yönde bkz. Yarg 2 HD 08.11.2010, E 2009/16480, K 2010/18718; Yarg 2 HD, 08.10.2012, E 2012/14826, K 2012/23693 (lexpera.com.tr).

¹¹⁰ Dural, Ögüz ve Gümtüş (n 2) N 1525; Akıntürk ve Ateş (n 1) 372.

¹¹¹ Hegnauer, Berner Kommentar (n 15) N 67-69; Breitschmid (n 10) ZGB Art 264, N 20; Hausheer, Geiser ve Aebi-Müller (n 1) N 16.91; Hegnauer, Kindesrecht (n 13) N 11.09. Bu yönde bkz Kılıçoğlu, Aile Hukuku (n 58) 457; Şıpka (n 4) 308; Aydos (n 15) 121.

¹¹² Breitschmid (n 10) ZGB Art 264, N 21. Bu vakıalar, açılacak bir evlat edinmenin kaldırılması davasında, her türlü delil ile ispatlanabilir. Bkz Koç (n 47) 378.

¹¹³ Breitschmid (n 10) ZGB Art 264, N 21.

¹¹⁴ Hegnauer, Berner Kommentar (n 15) N 60; Breitschmid (n 10) ZGB Art 264, N 20.

¹¹⁵ Breitschmid (n 10) ZGB Art 264, N 20.

¹¹⁶ Breitschmid (n 10) ZGB Art 264, N 22; Hausheer, Geiser ve Aebi-Müller (n 1) N 16.91. Bu yönde bkz Hegnauer, Kindesrecht (n 13) N 11.09; Sutter-Somm ve Kobel (n 25) N 781. Türk hukukunda bu yönde bkz Aydos (n 15) 121.

veya onun bakım alacağını azaltmaya yönelik bir kasıt içeriyorsa, böyle bir durum söz konusudur¹¹⁷. Fakat böyle bir kasıt olmasa bile, küçüğün evlat edinilmesi evlat edinenin aile yapısını, diğer çocukları ile ilişkisini olumsuz etkileyecek derecede derinden sarsacak ise, altsoyun menfaati hakkaniyete aykırı ölçüde etkileniyor olabilir. Bu durumda, evlat edinenin altsoyu olan küçükler, yaşları müsaade ettiği ölçüde dinlenmeli ve buna göre karar verilmelidir¹¹⁸. Sonuç olarak kanun koyucu evlat edinme işleminde sadece evlat edinilen küçüğü korumamakta, bu işleminden etkilenebilecek her küçüğün menfaatini dikkate almaktadır¹¹⁹.

F. Evlat Edinme İlişkisinin Kaldırılması ve Küçüğün Menfaati Ölçütü

Evlat edinme ilişkisi, kişilerin keyfi olarak sona erdirebilecekleri bir ilişki değildir. Bu ilişkinin sonuçları kesindir ve kural olarak değiştirilemez¹²⁰. Bu nedenle evlat edinme ilişkisi bir kez kurulduktan sonra, artık baba ile çocuk arasında soybağının kurulmasını sağlayan diğer yollar, yani tanıma ve babalık hükmü yolu kapanacaktır¹²¹. Evlat edinme ilişkisinin bu niteliği de küçüğün menfaatini esas almaktadır. Zira çocuk hukukuna hâkim olan ilkelerden biri *istikrar ilkesidir*. Buna göre küçüğün kişisel durumunda yapılacak değişiklikler ancak zorunlu ve küçüğün yararına ise mümkün kabul edilir. Dolayısıyla küçüğün kişisel durumu, mümkün olduğunca, keyfi olarak değiştirilmemelidir¹²².

Kanun koyucu evlat edinme ilişkisinin kaldırılabilmesine neden olan halleri ayrıca düzenlemiştir. Küçüğün menfaatinin sağlanması, evlat edinme işleminin gerçekleştirilmesi için bir önkoşuldur. Fakat küçüğün menfaatine olmayan bir evlat edinme işlemi, her nasılsa gerçekleşmiş ise, bunun sonucu evlat edinme ilişkisinin kaldırılması olabilir. Zira küçüğün menfaatine olmamasına rağmen gerçekleştirilen evlat edinme işlemi, evlat edinme ilişkisinin kaldırılmasına neden olabilecek bir noksanlık halidir¹²³. Benzer şekilde, evlat edinenin altsoyunun menfaatini hakkaniyete aykırı şekilde olumsuz etkilemesine rağmen gerçekleştirilen evlat edinme işlemi de altsoyun menfaatine aykırı sayıldığı için, evlat edinme ilişkisinin kaldırılmasına

¹¹⁷ Breitschmid (n 10) ZGB Art 264, N 22.

¹¹⁸ Hegnauer, Kindesrecht (n 13) N 11.09. Hakim bu yönde kapsamlı bir araştırma yapmalıdır. Bkz “*Mahkemece, evlat edinenin diğer çocukları M ve N dinlenmeden, evlat edinme ile ilgili tavır ve düşünceleri değerlendirilmeden, evlat edinmenin bu çocukların yararlarını hakkaniyete aykırı bir biçimde zedeleyip zedelemeyeceği konusunda yeterli araştırma yapılmadan, evlat edinmeye muvafakat ettikleri konusunda evlat edinen ve tanığın beyanları ile yetinilerek eksik inceleme ile hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır.*” Yarg 2 HD, 12.09.2005, E 2005/9794, K 2005/11750 (lexpera.com.tr).

¹¹⁹ Kanun koyucu bu düzenlemede altsoydan söz ederken sadece küçük olan altsoyu kastetmemektedir. Fakat bu çalışmanın inceleme kapsamı gereği, küçük olan altsoyun menfaatin üzerinde durulmuştur.

¹²⁰ Hausheer, Geiser ve Aebi-Müller (n 1) N 16.110. Dolayısıyla evlatlık ilişkisi haklı bir sebep olmaksızın keyfi olarak kaldırılamaz. Bkz Yarg 2 HD, 08.05.2003, E 2003/4342, K 2003/6810; Yarg 2 HD, 02.09.2009, E 2008/6668, K 2009/13074 (lexpera.com.tr).

¹²¹ Hausheer, Geiser ve Aebi-Müller (n 1) N 16.110.

¹²² Serozan, Çocuk Hukuku (n 24) §5, N 23.

¹²³ Görgeç (n 82) 362.

neden olabilecek bir noksanlık içermektedir¹²⁴. Fakat bu ihtimalde bile, TMK md 318/2 gereği, evlat edinme ilişkisinin kaldırılması bakımından küçüğün menfaatinin ağır dereceye zedelememesi ayırt edici ölçüttür. Dolayısıyla çocuğun menfaati şartı, evlat edinme işlemi sırasında mevcut değilse bile, sonradan sağlanmış ise, evlat edinme ilişkisinin kaldırılamaması gerekir.

TMK md 317'ye göre, evlat edinme işlemine rıza göstermesi gereken kişilerin rızalarının alınmamış olması da evlat edinme ilişkisinin kaldırılmasına neden olabilir. Fakat, evlat edinme ilişkisinin bu nedenle kaldırılması da ancak küçüğün menfaatinin ağır derecede zedelemiyorsa söz konusu olabilir¹²⁵. Mehz hüküm olan ZGB md 269/1 de aynı esası düzenlemektedir. Dolayısıyla, küçüğün menfaati, ilgililerin rıza verme hakkından üstün tutulmuştur¹²⁶.

Bunun yanında, TMK md 318/2'ye göre evlat edinme işlemi esasa ilişkin başka eksiklikler nedeniyle sakat olabilir. Buradaki eksiklikler, olması gereken yaş farkının aranmamış olması veya evlat edinenler ile evlat edinilen arasındaki bakım ilişkisinin kurulmaması gibi sebeplerden kaynaklanıyor olabilir¹²⁷. Hükme göre: “*Noksanlıklar bu arada ortadan kalkmış veya sadece usule ilişkin olup ilişkinin kaldırılması evlatlığın menfaatini ağır biçimde zedeleyecek olursa, bu yola gidilemez.*” Dolayısıyla her ihtimalde, evlat edinme ilişkisinin kaldırılması bakımından küçüğün menfaati ayırt edici ölçüttür.

G. Evlat Edinilen Küçüğün Adının Değiştirilmesinin Küçüğün Menfaatine Etkisi

TMK ve ZGB, evlat edinilen küçüğün adının ve soyadının değiştirilmesini özel olarak düzenlemiştir. TMK md 314/3'e göre evlat edinilen küçük, evlat edinenin soyadını aldığı gibi, küçüğün adının da ayırt etme gücünün bulunup bulunmamasından bağımsız olarak evlat edinilen tarafından değiştirilmesi mümkündür¹²⁸. Esasında bu değişikliğin gerekçesi, küçüğe yeni bir kimlik vermektedir¹²⁹. Fakat kanun koyucu, ayırt etme gücü bulunan küçüğün adının değiştirilmesi bakımından onun rızasını aramamaktadır. Oysa ayırt etme gücü bulunan küçüğün adının değiştirilebilmesi için onun da rızasının alınması, çocuk hukukuna hâkim ilkelere olan “*katılım hakkının*”

¹²⁴ Görgeç (n 82) 362, 363.

¹²⁵ Gözde Çağlayan Aygün, ‘Türk Medeni Kanunu’na Göre Evlatlık İlişkisinin Kaldırılması’ (2019) 5(2) Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 414; Görgeç (n 82) 369 vd.

¹²⁶ Breitschmid (n 10) ZGB Art 269a, N 11; Kılıçoğlu, Yenilikler (n 54) 121; Çağlayan Aygün (n 125) 414; Görgeç (n 82) 369 vd. Bu yönde bkz Hatemi, Aile Hukuku (n 99) 184.

¹²⁷ Hausheer, Geiser ve Aebi-Müller (n 1) N 16.122.

¹²⁸ Tabii, eşlerden birinin diğerinin çocuğunu evlat edinmesi halinde, bu hükme göre isim değişikliği yapılamaması gerekir. Bu durumda isim değişikliği, ancak isim tashihi davasıyla sağlanabilir. Benzer içerikli ZGB md 267a hükmü için bu yönde bkz Hausheer, Geiser ve Aebi-Müller (n 1) N 16.108a

¹²⁹ Kılıçoğlu, Yenilikler (n 54) 118; Baygın, Sonuçlar (n 11) 631.

kesin bir sonucudur¹³⁰. Katılım hakkı, yeterli olgunluğa erişmiş küçüğün kendi hayatını ilgilendiren meselelerde söz sahibi olması, diğer bir deyişle bu konularda görüş bildirebilmesi, hatta rızasının aranması anlamına gelir¹³¹. Üstelik şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılması sayılan ad değişikliği, ayırt etme gücü bulunan kişinin rızasından bağımsız biçimde kanuni temsilci tarafından kullanılamaz¹³². TMK 314/3 hükmünün içerdiği bu geniş ve sınırı küçüğün rızası ile çizilmemiş yetki kanımızca yerinde değildir. Öğretide, ayırt etme gücüne sahip küçüğün adının değiştirilebilmesi için, onun rızasının alınması gerektiği sonucunu TMK md 339/3 hükmünden çıkaran bir yorum olsa da¹³³, bu konu küçüğün menfaati bakımından öğretinin yorumuna veya yargının takdirine bırakılamayacak kadar önemlidir. Dolayısıyla TMK md 314/3 hükmü, sadece ayırt etme gücü olmayan küçüğün adının değiştirilmesini düzenleyen bir hüküm olarak amaca uygun biçimde dar yorumlanmalıdır¹³⁴.

Aynı hususu düzenleyen ZGB md 267a/1'e göre ise, evlat edinilen küçük evlat edinenin soyadını alır, ancak hükmün ilk fıkrası, küçüğün adı bakımından daha ayrıntılı ve yerinde bir düzenleme içerir. Buna göre, evlat edinilen küçüğe, haklı nedenlerin varlığı halinde yeni bir ad verilebilir. Fakat bundan önce, mümkünse, küçüğün dinlenilmesi gerekir. Eğer küçük on iki yaşından büyükse, bu değişiklik ancak onun rızası ile yapılabilir. ZGB'nin 2018 değişikliğinden evvel yürürlükte olan md 267/3 hükmü, TMK md 314/3 ile aynı içeriğe sahipti ve böyle bir sınırlama içermiyordu. Fakat bu dönemde de hükmün bir sınırlama içermemesi karşısında, küçüğün menfaati esas ile bir sınırlamaya gidilmesi gerektiği, bu nedenle küçüğün eski ismini kullanmaya devam etmesi konusundaki menfaatinin esas alınması¹³⁵ ve küçük ayırt etme gücüne sahipse mutlaka dinlenilmesi gerektiği yönünde bir görüş mevcuttu¹³⁶. Keza, ZGB'de yapılan bu değişikliğin, öğretinin ve uygulamanın da görüşleri doğrultusunda, isim değişikliğini zorlaştırma ve küçüğün kişilik hakkını koruma amacı taşıdığı vurgulanmaktadır¹³⁷. Bu nedenle, küçüğün adının, okula başladıktan ve isminin kişiliğinin bir parçası olduğu bilincine eriştikten sonra değiştirilmesi, bu hükmün küçüğün kişilik hakkını ve menfaatini koruyan amacı ile bağdaşmaz¹³⁸.

¹³⁰ Serozan, Çocuk Hukuku (n 24) §5, N 82.

¹³¹ Serozan, Çocuk Hukuku (n 24) §9, N 1 vd.

¹³² Baygın, Sonuçlar (n 11) 632.

¹³³ Öztan, Aile Hukuku (n 67) 990. Bu yöndeki tespit ve eleştiri için bkz Baygın, Sonuçlar (n 11) 632.

¹³⁴ Baygın, Sonuçlar (n 11) 632.

¹³⁵ Hegnauer, Berner Kommentar (n 15) ZGB Art 267, N 42.

¹³⁶ Hegnauer, Kindesrecht (n 13) N 12.08.

¹³⁷ Breitschmid (n 10) ZGB Art 267b, N 6.

¹³⁸ Breitschmid (n 10) ZGB Art 267b, N 6. Türk hukuku bakımından aynı yorum için bkz Baygın, Sonuçlar (n 11) 632.

II. Tam-Sınırlı Evlat Edinme Sistemlerinin Benimsenmesi ve Evlat Edinilen Küçüğün Menfaati

A. Genel Olarak

Hukuki sonuçları bakımından evlat edinme sistemleri, temel olarak, tam ve sınırlı (basit, ikili) evlat edinme sistemi olarak ikiye ayrılabilir. Kanımızca tam ve sınırlı evlat edinme sistemlerinin evlat edinilenin soybağı, mirasçılığı ve biyolojik ailesi ile olan ilişkisi üzerindeki etkisi, küçüğün menfaatine doğrudan etki eden unsurlardır. Üstelik tam evlat edinme sisteminde evlat edinme sırrının saklanması ve biyolojik ailenin evlat edinilen küçük ile olan kişisel ilişkisinin kısıtlanması, çoğun yeni bir aileye uyum sağlama ve o ailenin parçası olma sürecini pekiştirir¹³⁹. Bu ise, esasında evlat edinmeden beklenen en doğal sonuçtur. Dolayısıyla tam-sınırlı evlat edinme sistemlerinin hukuki sonuçları küçüğün menfaatine etkisi bakımından özel olarak incelenmelidir.

Tam evlat edinme, evlat edinilenin evlat edinenlerle soybağı ilişkisine girdiği, önceki soybağının ise tamamen ortadan kaldırıldığı evlat edinme ilişkisini ifade eder. Böylece evlat edinilen, evlat edinenlerin biyolojik çocukları ile tamamıyla aynı hukuki statüye sahip olur¹⁴⁰. Tam evlat edinme sisteminin kabul edilmesi, etkilerini evlat edinilenin soybağında ve buna bağlı olan tüm hukuki statülerinde gösterir. Evlat edinilen, adı, vatandaşlığı, yerleşim yeri, bakım ve nafaka yükümlülüğü, mirasçılık ilişkisi bakımından tamamıyla ve sadece kendisini evlat edinen aile ile bir hukuki bağ içinde olur¹⁴¹. Böylelikle evlat edinilen kişi evlat edinenlerden doğmuş gibi bir sonuç ortaya çıkar¹⁴². ZGB md 267/1 hükmü doğrultusunda, İsviçre hukukunda tam evlat edinme sistemi benimsenmektedir¹⁴³. Bunun sonucunda, ZGB md 276/2 gereği evlat edinilenin biyolojik ebeveynleri ile olan soybağı ilişkisi tamamen sona erer¹⁴⁴. Bunun yanında, aşağıda da incelendiği üzere, evlat edinenler ile evlat edinilen arasında karşılıklı olarak mirasçılık ilişkisi kurulur. Evlat edinilen kişinin biyolojik ailesi ile arasındaki mirasçılık ilişkisi ise sona erer¹⁴⁵.

¹³⁹ Baygın, Sonuçlar (n 11) 627.

¹⁴⁰ Hegnauer, Berner Kommentar (n 15) N 40; Breitschmid (n 10) ZGB Art 267, N 2; Öztan, Aile Hukuku (n 67) 991; Musa Aygül, 'Evlât Edinme Yolu ile Vatandaşlığın Kaybedilmesi ve Kazanılması' (2012) 99 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 46; Yürük (n 18) 340.

¹⁴¹ Breitschmid (n 10) ZGB Art 267, N 2; Michelle Cottier, *Austausch von Informationen im Adoptionsdreieck, Information & Recht* (Helbing&Lichtenhahn 2002) 32; Michelle Cottier, 'Neu Balance von Informations- und Geheimhaltungsinteressen im Adoptionsdreieck' (2017) *Festschrift für Thomas Geiser zum 65. Geburtstag* 153; Aygül (n 140) 46.

¹⁴² Hegnauer, Berner Kommentar (n 15) ZGB Art 267, N 4; Hegnauer, Kindesrecht (n 13) N 12.02; Biderbost (n 19) ZGB Art 267a N 1; Simone Bischoff, 'Die Suche des Adoptivkindes nach seinen leiblichen Eltern' (1986) 54 *Zeitschrift für Zivilstandswesen* 281; Büchler ve Vetterli (n 13) 207; Cottier, *Adoptionsdreieck* (n 141) 32; Cottier, *Geheimhaltungsinteressen* (n 141) 153; Ahmet Kılıçoğlu, *Miras Hukuku* (Genişletilmiş 10. Bası, Turhan 2019) 55; Aygül (n 140) 46; Belen (n 13) 82; Baygın, Sonuçlar (n 11) 627.

¹⁴³ Hegnauer, Berner Kommentar (n 15) N 40, ZGB Art 267, N 4; Breitschmid (n 10) ZGB Art 267, N 1 vd; Sutter-Somm ve Kobel (n 25) N 784; Biderbost (n 19) ZGB Art 267a N 1; Bischoff (n 142) 281; Pfaffinger (n 14) 3; Büchler ve Vetterli (n 13) 207. Anton J Matmann, 'Adoption: Suche nach leiblichen Angehörigen' (1998) 66 *Zeitschrift für Zivilstandswesen* 192; Serozan, *Yeni Medeni Kanun* (n 8) 509; Cottier, *Adoptionsdreieck* (n 141) 32; Hegnauer, Kindesrecht (n 13) N 12.02. Hegnauer, 1999 tarihinde yürürlükte olan aynı içerikli ZGB md 264 hükmüne atf yapmaktadır.

¹⁴⁴ Hegnauer, Berner Kommentar (n 15) ZGB Art 267, N 6; Hegnauer, Kindesrecht (n 13) N 12.04; Pfaffinger (n 14) 2.

¹⁴⁵ Bkz Aşa II, C, 3.

ZGB, evlat edinme sistemi bakımından esaslı değişiklikler geçirmiş olsa da 1973 revizyonundan beri ZGB’de değişmeyen temel esaslardan biri, tam evlat edinme sisteminin benimsenmesidir¹⁴⁶. İsviçre’nin yanı sıra, Kanada, Birleşik Krallık, Avusturalya, ABD, İskandinavya ve Avrupa ülkelerinin çoğunda tam evlat edinme sistemi benimsenmektedir¹⁴⁷. Tam evlat edinme sisteminin benimsenmesinin amacının, evlat edinilenin evlat edinen aileyi benimseyebilmesi ve taraflar arasında gerçek bir aile ilişkisinin kurulabilmesi olduğu kabul edilmektedir¹⁴⁸.

Sınırlı evlat edinme sistemi ise, evlat edinilen ile biyolojik ailesi arasındaki ilişkilerin zayıflatılarak da olsa sürdürüldüğü ve evlat edinilen ile evlat edinenler arasındaki soybağı ilişkisinin hukuki sonuçlarının öz evlatlardan farklı düzenlendiği bir sistemdir. Böylece evlat edinilen ile biyolojik ailesi arasındaki hukuki bağ kopmaz ve mirasçılık ilişkisi devam eder¹⁴⁹. Türk hukukunda sınırlı (ikili) evlat edinme sistemi benimsenmiştir¹⁵⁰. Aşağıda da incelendiği üzere, bunun sonucu olarak evlat edinilen her iki aile ile de soybağı ilişkisine sahip olur¹⁵¹ ve çifte mirasçılık hakkı elde eder¹⁵². Kanun koyucunun benimsediği sınırlı evlat edinme sisteminin, soybağı ve mirasçılık ilişkisindeki hukuki sonuçları, kanımızca küçüğün menfaati bakımından bazı olumsuz sonuçlara neden olur. Öğretide sınırlı evlat edinme sistemini eleştiren Serozan’a göre, bu evlat edinme sistemi çağdışı kalmıştır. Çağdaş ve günün koşullarına uygun olan ise tam evlat edinme sisteminin benimsenmesidir¹⁵³. Bu eski sistemin en önemli sakıncalarından biri, mirasçılık hakkı bakımından ortaya çıkar. Zira, aşağıda

¹⁴⁶ Cottier, Adoptionsdreieck (n 141) 31; Pfaffinger (n 14) 3; Breitschmid (n 10) Vor ZGB Art 264-269e, N 6; Biderbost (n 19) ZGB Art 267a N 1; Matmann (n 143) 191.

1973 yılında, ZGB’nin evlat edinme düzenlemesi köklü bir değişikliğe uğramıştır. Değişikliklerden evvel, evlat edinilenin hısımlığı ve mirasçılık ilişkisi ZGB’nin mevcut durumundan çok daha farklı idi. Örneğin evlat edinme işlemi sonrasında hısımlık ilişkisi yalnızca evlat edinen ile evlat edinilen ve altoyu arasında kurulurdu. Evlat edinilen ile evlat edinenin diğer hısımları arasında bir hısımlık ilişkisi kurulmadığı gibi, evlat edinilen ile bunlar arasında bir mirasçılık ilişkisi de söz konusu olmazdı. Bkz Egger (n 13) ZGB Art 268 N 2, 10. Bu eski düzenleme, kabul ettiği evlat edinme sistemi bakımından, TMK’nin evlat edinme düzenlemesine, ZGB’nin mevcut durumuna nazaran, daha yakın bir düzenlemedir. 1973 yılındaki bu değişiklikten sonra, özellikle de evlat edinilenin mirasçılık hakkı oldukça farklı bir düzenlemeye tabi tutulduğu için, eski dönemdeki evlat edinme işlemlerinin ve bunların yeni kanun döneminde devam eden etkilerinin miras hukuku bakımından hangi kanuni düzenlemeye tabi kılınacağı hem İsviçre öğretisinde hem de İsviçre uygulamasında tartışmalara neden olmuştur. Bkz Cyril Hegnauer, ‘Zum Erbrecht des Adoptivkindes in der leiblichen Familie, Artikel 267 Absatz 2 ZGB’(1993) 61 Zeitschrift für Zivilstandswesen 56 vd; Cottier, Geheimhaltungsinteressen (n 141) 153; Bischoff (n 142) 281. Bu yönde bkz Matmann (n 143) 191.

¹⁴⁷ Aygül (n 140) 47; Baygın, Sonuçlar (n 11) 628-629.

¹⁴⁸ Cottier, Geheimhaltungsinteressen (n 141) 153; Belen (n 13) 87; Aygül (n 140) 47. Evlat edinme sistemindeki yeni gelişmeler, İsviçre hukukunda tam evlat edinme sistemine eleştirel yaklaşılmaya başlanmasına neden olmuştur. Buna göre, çocuğun eski ailesinden tamamen koparılıp yeni bir aileye bırakılması, sonrasında hem evlat edinenler hem biyolojik aile hem de çocuk için içinden çıkılması zor sosyal problemlere sebep olabilmektedir. Oysa evlat edinme sistemindeki yeni nesil “üç köşeli evlat edinme” anlayışı, her iki ailenin de birbirini tanıdığı ve çocuğun durumu bilerek kabullendiği bir aile yapısı oluşmasına yardım edebilir. Fakat İsviçre hukuku bu gelişmeleri yakalamaktan uzak konumdadır. Bu yönde bkz Pfaffinger (n 14) 2.

¹⁴⁹ Aygül (n 140) 47; Yürük (n 18) 140.

¹⁵⁰ Serozan, Çocuk Hukuku (n 24) III §5, N 72, 82; Öztan, Aile Hukuku (n 67) 991; Şıpka (n 4) 315; Şükran Şıpka ve Ece Ergün, ‘Türk ve İsviçre Hukukunda Evlat Edinme Kurumunun Miras Hukuku ile İlişkisi’ (2020) 5(1) Aurum Journal of Social Sciences 33; Aygül (n 140) 48; Baygın, Sonuçlar (n 11) 628-629.

¹⁵¹ Bkz Aşa II, C, 1.

¹⁵² Bkz Aşa II, C, 3.

¹⁵³ Serozan, Çocuk Hukuku (n 24) III §5, N 82; Serozan, Yeni Medeni Kanun (n 8) 509. Aynı yönde bkz Öztan, Aile Hukuku (n 67) 991.

da incelendiği üzere, evlat edinen kişi evlatlığın mirasçısı olamaz, oysa biyolojik aile evlatlığın mirasçısı olabilir. Bu durumda, evlat edinilene bakıp onu büyüten kişiler mirasçı olamazken, bir bakım ilişkisi bulunmasa bile biyolojik aile evlat edinilen mirasçısı olabilmektedir. Hatta evlat edinenden evlat edinilene geçen malvarlığı, evlat edinilenin ölümünden sonra, onun biyolojik ailesine geçebilmektedir. Bu durum ise kişilerin evlat edinme işlemine sıcak bakmaması ve küçüğün bakımının sağlanmasını amaçlayan bu sistemin işlerlik kazanmaması tehlikesini doğurur¹⁵⁴. Zira, çocuğu evlatlık olarak veren ve ona bakmayan aile çocuğun mirasından yararlanırken, evlat edinen ve çocuğa bakan ailenin çocuğun mirasçısı olmaması adaletsiz bir uygulamadır¹⁵⁵. Üstelik, TMK döneminde, Türk Kanunu Medenisi'nden farklı olarak, evlat edinilenin evlat edinene mirasçı olması bir anlaşma ile kaldırılamayacağı için, bu durum daha fazla göze batmaktadır¹⁵⁶. Ayrıca evlat edinilen ve öz çocuklardan oluşan çok çocuklu bir ailede, çocukların bazılarının çift, bazılarının tek miras hakkına sahip olması, aile içi huzursuzluğun kaynağı olabilir¹⁵⁷. Elbette, tam evlat edinme sisteminin benimsenmesi zorunlu değildir. Fakat mehaz ZGB örnek alınıyorsa, evlat edinme sistemi bir bütün olarak değerlendirilmelidir¹⁵⁸. Bu nedenle Serozan'a göre, sistem uyumu korunamamış ve karma bir sistem oluşturulmaya çalışılırken “*derme çatma bir mozaik*” yaratılmıştır¹⁵⁹. Kanımızca Serozan'ın sınırlı evlat edinme sistemine evlat edinilenin mirasçılık durumu nedeniyle getirdiği bu eleştiri, sınırlı evlat edinme sisteminin küçüğün menfaati üzerindeki olumsuz etkisinin en açık göstergelerinden biridir. Zira, evlat edinme olgusuna maddi ve manevi sonuçları nedeniyle tereddütle yaklaşan bireyler, kendi malvarlıklarının dolaylı olarak da olsa evlat edindikleri çocuğun biyolojik ailesine geçebilecek olduğunu bilmeleri, onları evlat edinme işleminden daha da uzaklaştıracaktır. Bir yandan çocuğun bakım ihtiyacının karşılanmasını ve menfaatinin korunmasını amaçlayan evlat edinme kurumunun, diğer yandan bu mirasçılık ilişkisi nedeniyle bireylerin zihninde tereddüt yaratması, şüphesiz, çelişkili bir durumdur.

B. Evlat Edinme Sırrı Kavramı ve Küçüğün Menfaatinin Bu Yolla Korunması

Evlat edinilen küçüğün ve onu evlat edinenlerin bilgilerinin küçüğün biyolojik ailesinden gizlenmesi ile evlat edinenlerin, küçüğün biyolojik ailesinin, küçüğün kendisinin kimlik bilgilerinin ve evlat edinme işleminin üçüncü kişilerden gizlenmesi,

¹⁵⁴ Serozan, Çocuk Hukuku (n 24) III §5, N 82; Serozan, Yeni Medeni Kanun (n 8) 509; Rona Serozan ve B İlkay Engin, *Miras Hukuku* (6. Baskı, Seçkin 2019) N 38.

¹⁵⁵ Serozan ve Engin, *Miras Hukuku* (n 154) N 38; Baygın, *Soybağı* (n 15) 238.

¹⁵⁶ Serozan, *Yeni Medeni Kanun* (n 8) 509.

¹⁵⁷ Serozan, *Yeni Medeni Kanun* (n 8) 510.

¹⁵⁸ Dural, *Öğüz ve Gümüş* (n 2) N 1608.

¹⁵⁹ Serozan, *Yeni Medeni Kanun* (n 8) 510. Bu yönde bkz Belen (n 13) 71. Öztan bu durumu, kanun koyucunun “ortalama bir yol takip etmeye çalışması” olarak nitelendirmektedir. Bkz Öztan, *Aile Hukuku* (n 67) 994.

evlat edinme sırrı (*Adoptionsgeheimnis*) olarak adlandırılmaktadır¹⁶⁰. ZGB, ilk defa 1973 yılında evlat edinme sisteminde yapılan köklü değişiklikler sonrasında tam evlat edinme sistemini benimsemiş ve evlat edinme sırrının saklanması kavramını kabul etmeye başlamıştır¹⁶¹. Bu sırrın saklanması, tam evlat edinme sisteminin benimsenmesinin doğal bir sonucudur¹⁶². Zira evlat edinilen küçüğün sadece kendisini evlat edinen aile ile soybağı ilişkisine sahip olacağını kabul eden ZGB'ye göre, bunun yalnız hukuki boyutta kalmaması, küçüğün sosyal olarak da yeni ailesine uyum sağlayabilmesi için bu sırrın saklanması, tutarlı bir düzenlemedir¹⁶³.

İsviçre hukukunda, bu sırrın saklanması biyolojik ailenin küçük ile onu evlat edinenler arasındaki ilişkiye müdahalesini engellediği, küçüğün eski ailesinden kopmasını ve yeni ailesine uyum sürecini kolaylaştırdığı savunulmaktadır¹⁶⁴. Böylece hem evlat edinenlere hem de biyolojik aileye, hayata *temiz bir başlangıç yapma imkânı* tanınacak ve küçüğün evlat edinen aileye tam bir şekilde uyum sağlaması da güvence altına alınmış olacaktır¹⁶⁵. Bu güvence, yeni ailesine uyum sağlayan ve onlar sayesinde sağlıklı bir bakım ilişkisine kavuşan küçüğün menfaatine doğrudan hizmet eder.

Evlat edinme sırrının korunması sayesinde hem küçük hem de evlat edinenler, küçüğün biyolojik ailesinden ve üçüncü kişilerden korunmuş olurlar¹⁶⁶. Bu nedenle, evlat edinme işlemlerine katılan ve dolayısıyla bu bilgileri edinen veya herhangi bir sebepten evlat edinme bilgisini edinmiş herkes¹⁶⁷, bu bilgileri biyolojik aileyle ve üçüncü kişilerle paylaşmama yükümlülüğü altındadır¹⁶⁸. Bu kişiler, evlat edindirmeye aracı kurumlarda çalışan resmi görevliler olabileceği gibi, bu bilgiyi gayri resmî yollarla edinmiş olan öğretmen, doktor veya komşular olabilir¹⁶⁹.

¹⁶⁰ Rene Locher, *Persönlichkeitsschutz und Adoptionsgeheimnis* (Schulthess 1993) 5 vd; Hausheer, Geiser ve Aebi-Müller (n 1) N 16.124; Hegnauer, *Kinderrecht* (n 13) N 13.10; Pfaffinger (n 14) 4.

¹⁶¹ Franz Werro, 'Einige juristische Aspekte des Adoptionsgeheimnisses' (1994) 49 *Zeitschrift für Vormundschaftswesen* 73; Cottier, *Adoptionsdreieck* (n 141) 32; Pfaffinger (n 14) 3.

Değişiklikten önce, bu sırrı düzenleyen ZGB md 268b hükmü şöyle idi: "Çocuğun biyolojik ebeveynlerine ilişkin bilgiler, rızaları alınmadan evlat edinenlerle paylaşılabilir." (*Die Adoptiveltern dürfen ohne ihre Zustimmung den Eltern des Kindes nicht bekanntgegeben werden.*) Kişinin soybağını öğrenme hakkının henüz bugünkü kadar tanınmadığı ve tartışılmadığı o dönemde, biyolojik ebeveynlerin bilgilerinin evlat edinenden saklanması meşru bir durum olup olmadığı tartışılmıştır. Bkz Werro, *ZVW* 1994 (n 161) 73; Franz Werro, 'Das Adoptionsgeheimnis-Ausgewählte Fragen' (1995) 63 *Zeitschrift für Zivilstandswesen* 359.

¹⁶² Cottier, *Adoptionsdreieck* (n 141) 32.

¹⁶³ Werro, *ZZW* 1995 (n 161) 359; Breitschmid (N 10) ZGB Art 268b-268d, N 1

¹⁶⁴ Franz Werro, 'Das Adoptionsgeheimnis-Ausgewählte Fragen' (1995) 63 *Zeitschrift für Zivilstandswesen* 359; Breitschmid (n 10) ZGB Art 268b-268d, N 1; Hausheer, Geiser ve Aebi-Müller (n 1) N 16.124; Sutter-Somm ve Kobel (n 25) N 799; Bischoff (n 142) 281; Locher (n 160) 5; Hegnauer, *Berner Kommentar* (n 15) ZGB Art 268b, N 3.

¹⁶⁵ Cottier bu durumu "A clean break" şeklinde ifade etmektedir. Bkz Cottier, *Adoptionsdreieck* (n 141) 31; Cottier, *Geheimhaltungsinteressen* (n 141) 153.

¹⁶⁶ Hegnauer, *Berner Kommentar* (n 15) ZGB Art 268b, N 4; Breitschmid (n 10) ZGB Art 268b-268d, N 2; Hegnauer, *Kinderrecht* (n 13) N 13.10.

¹⁶⁷ Locher (n 160) 6, 7; Hegnauer, *Berner Kommentar* (n 15) ZGB Art 268b, N 6, 10; Breitschmid (n 10) ZGB Art 268e, N 2.

¹⁶⁸ Werro, *ZZW* 1995 (n 161) 360; Hegnauer, *Berner Kommentar* (n 15) N 13.10.

¹⁶⁹ Hegnauer, *Berner Kommentar* (n 15) ZGB Art 268b, N 10; Breitschmid (n 10) ZGB Art 268e, N 2.

Üçüncü kişilere karşı sır saklama yükümlülüğü hem evlat edinme işleminin kendisini hem de evlat edinenlerin, biyolojik ailenin ve küçüğün kimliğini açıklamama olgusunu kapsar¹⁷⁰. Diğer bir deyişle, biyolojik aile, evlat edinenlerin ve küçüğün kimlik bilgilerine erişemez¹⁷¹. Anılan bilgiler, üçüncü kişilerle de paylaşamaz¹⁷². Üçüncü kişiler ayrıca evlat edinildiği bilgisini küçük ile paylaşmama yükümlülüğü altındadır. Zira aşağıda da incelendiği üzere, bu bilgiyi uygun şartlar altında küçük ile paylaşmak, evlat edinenlere ait bir yükümlülüktür¹⁷³.

ZGB evlat edinme sırrının saklanması oldukça ayrıntılı hükümler ile düzenlemektedir. Fakat bu hükümler yürürlüğe girmeden evvel de evlat edinme sırrının saklanması kişilik hakkı çerçevesinde korunacağı kabul eden bir görüş mevcuttu¹⁷⁴. Bugün, İsviçre hukukunda evlat edinme sırrını düzenleyen temel norm, ZGB md 268b hükmüdür. Bu hükme göre, evlat edinilen ve onu evlat edinenler, evlat edinme sırrının saklanması talep etme hakkına sahiptir. Tabii, bu sırrın saklanması hakkından vazgeçmek de mümkündür. Fakat bu imkân hem küçüğün hem de onu evlat edinen ailenin rızasını gerektirir. ZGB md 268b/2'ye göre, küçüğün veya onun evlat edinenlerin kişisel bilgileri, ancak küçük ayırt etme gücüne sahipse ve hem küçük hem de evlat edinenler buna rıza gösterirlerse küçüğün biyolojik ailesine verilebilir. Fakat biyolojik ailenin, çocuklarının evlat edindirilip edindirilmediği, ne zaman evlat edindirildiği veya evlat edinmeye ve küçüğe ilişkin diğer bilgileri, küçüğün ve evlat edinenlerin kişisel bilgilerini ortaya çıkarmadığı müddetçe, onların rızasına gerek olmaksızın öğrenebileceği kabul edilmektedir¹⁷⁵. ZGB md 268b/2 hükmüne göre rıza olmaksızın elde edilemeyecek kişisel bilgiden kasıt, küçüğün veya evlat edinenlerin kimliğini ortaya çıkarabilecek bilgilerdir¹⁷⁶. Aynı hükmün üçüncü fıkrasına göre ise, evlat edinilen erginliğe ulaşmışsa, biyolojik aile veya onların altsoyu, evlat edinilenin kişisel bilgilerine ancak evlat edinilen buna rıza göstermiş ise ulaşabilirler.

Evlat edinme sırrının korunması yükümlülüğüne aykırılık, bunu ihlal eden kişinin kim olduğuna göre farklı yaptırımlara tabi tutulmaktadır. Eğer bu yükümlülük, mesleği nedeniyle bu bilgiyi edinen ve bu sırrı saklamakla yükümlü olan bir kamu görevlisi tarafından ihlal edilirse, idare hukuku çerçevesinde memurun sorumluluğu söz konusu olur¹⁷⁷. Evlat edinme sırrının bu nitelikleri taşımayan bir kişi tarafından ihlal edilmesi halinde ise, küçüğün veya evlat edinenlerin kişilik haklarının ihlal

¹⁷⁰ Locher (n 160) 7; Hegnauer, Berner Kommentar (n 15) ZGB Art 268b, N 13, 14, 15; Breitschmid (n 10) ZGB Art 268e, N 7; Hegnauer, Kindesrecht (n 13) N 13.10; Pfaffinger (n 14) 4.

¹⁷¹ Hegnauer, Berner Kommentar (n 15) ZGB Art 268b, N 16.

¹⁷² Hegnauer, Berner Kommentar (n 15) ZGB Art 268b, N 19.

¹⁷³ Hegnauer, Berner Kommentar (n 15) ZGB Art 268b, N 20.

¹⁷⁴ Hegnauer, Kindesrecht (n 13) N 13.10.

¹⁷⁵ Werro, ZZW 1995 (n 161) 359; Hausheer, Geiser ve Aebi-Müller (n 1) N 16.124a. Benzer yönde bkz Hegnauer, Berner Kommentar (n 15) ZGB Art 268b, N 17.

¹⁷⁶ Hausheer, Geiser ve Aebi-Müller (n 1) N 16.124a.

¹⁷⁷ Hegnauer, Berner Kommentar (n 15) ZGB Art 268b, N 29, 30.

edildiği, dolayısıyla ihlale son verilmesinin talep edilebileceği ve bu nedenle uğranılan maddi ve manevi zararın tazmininin genel hükümlere göre talep edilebileceği kabul edilmektedir¹⁷⁸.

Evlat edinme sırrı, evlat edinilen küçüğe karşı uygulanan ve evlat edinildiğinin küçükten dahi saklanması anlamına gelen bir gizliliği ifade etmez¹⁷⁹. Aksine, ZGB md 268c/1'e göre, evlat edinenler evlat edinme işlemini, yaşının ve olgunluğunun izin verdiği ölçüde küçüğe açıklamakla yükümlüdürler. Bu bilgiyi verme evlat edinenler bakımından gerçek anlamıyla bir yükümlülüktür¹⁸⁰. Bu bilgi verme yükümlülüğü, kişinin soybağını öğrenme hakkından ileri gelir ve küçüğün soybağı hakkında bilgi alabilmesi için gerekli araçları kullanabilmesini sağlamak için öngörülmüştür¹⁸¹. Keza, ZGB md 268c/2'ye göre küçük, aksi için haklı bir sebep olmadıkça, biyolojik ailesi ile ilgili bilgi almayı talep edebilir. Fakat bu bilgi, biyolojik ailenin kimlik bilgilerini ortaya çıkaran türden bir bilgi olmamalıdır. Hükme göre somut olayda korunmaya değer bir menfaat varsa, küçük de biyolojik ebeveynlerinin kimlik bilgilerini talep edebilir¹⁸².

Ergin çocuğun, bilgi edinme hakkı daha geniş düzenlenmiştir. ZGB md 268c/3'e göre ergin çocuk, her zaman biyolojik ebeveynlerinin kimlik bilgilerini ve her türlü ek bilgiyi öğrenmeyi talep edebilir. Ayrıca hükme göre, ergin çocuk biyolojik ebeveynlerinin diğer altsoyu hakkında, ergin olmaları ve buna rıza göstermeleri kaydıyla bilgi edinme hakkına sahiptir. Ergin çocuğun biyolojik ebeveynleri ile ilgili bilgi almaya yönelik mutlak bir hakkı vardır. Diğer bir deyişle, bilgi alma hakkı çocuğun veya karşı tarafın menfaatine olma şartına bağlanmamıştır¹⁸³. Bilgi alma hakkı, biyolojik ebeveynlerin rızası şartına da bağlanmamıştır. Dolayısıyla ergin çocuğun onlar hakkında bilgi alabilmesi, onların bunu kabul etmelerinden bağımsız bir haktır¹⁸⁴.

¹⁷⁸ Werro, ZZW 1995 (n 161) 360; Hegnauer, Berner Kommentar (n 15) ZGB Art 268b, N 31.

¹⁷⁹ Hegnauer, Kindesrecht (n 13) N 13.11.

¹⁸⁰ Breitschmid (n 10) ZGB Art 268b-268d, N 5; Hausheer, Geiser ve Aebi-Müller (n 1) N 16.125. Fakat bu hüküm, yükümlülüğün ihlalinde yaptırımın açıkça düzenlenmemiş olması nedeniyle, "lex imperfecta" niteliği taşımaktadır. Bkz Bischoff (n 142) 283.

¹⁸¹ Hausheer, Geiser ve Aebi-Müller (n 1) N 16.125.

¹⁸² Hausheer/Geiser/Aebi-Müller (n 1) 16.125. Hegnauer, ZGB md 268c'nin yürürlükte olmadığı dönemde, çocuğun bilgi alma hakkının biyolojik ebeveynlerin kimlik bilgilerini talep yetkisini de kapsadığını kabul ediyordu. Bkz Hegnauer, Kindesrecht (n 13) N 13.11.

¹⁸³ Hausheer, Geiser ve Aebi-Müller (n 1) N 16.125.

¹⁸⁴ Sutter-Somm ve Kobel (n 25) N 801. ZGB md 268c hükmünün yürürlükte olmadığı dönemde, ergin çocuğun biyolojik ebeveynleri ile ilgili bilgi alma hakkını düzenleyen özel bir hüküm yoktu. Bu nedenle böyle bir bilgi alma hakkının var olup olmadığı öğretide oldukça tartışmalı bir husustu. Zira evlat edinme sırrını düzenleyen ZGB md 268 hükmü oldukça dar bir içeriğe sahipti. Hükme göre, evlat edinenlerin kimlik bilgileri, kendi rızaları olmaksızın biyolojik aileye açıklanamazdı. ("Die Adoptivkinder dürfen ohne ihre Zustimmung den Eltern des Kindes nicht bekanntgegeben werden."). Bu nedenle öğretide, evlat edinilen kişinin biyolojik ailesinin bilgilerini talep edip edemeyeceği tartışması mevcuttu. Öğretideki çoğunluk görüşüne göre ise, çocuk biyolojik ailesinin kimlik bilgilerini öğrenmeyi talep edebilirdi. Zira bu hüküm, bu bilgi edinme hakkını ortadan kaldıran bir içeriğe sahip değildi. Bu yönde bkz Cyril Hegnauer, 'Dürfen dem mündigen Adoptierten die leiblichen Eltern gegen den Willen der Adoptivkinder bekanntgegeben werden?' (1991) 46 Zeitschrift für Vormundschaftswesen 103. Ayrıca bilgi almak isteyen kişinin hangi hukuki araçlara başvurabileceği de belirsiz ve tartışmalıydı. Bu yönde bkz Locher (n 160) 55 vd; Cyril Hegnauer, 'Kann das Adoptivkind Auszüge über den ursprünglichen Eintrag seiner Geburt verlangen?' (1988) 56 Zeitschrift für Zivilstandswesen 2 vd. ZGB'nin mevcut hali, bu konu ile ilgili oldukça ayrıntılı düzenlemeler içerdiği için, bu tartışmalara neden olan belirsizlik giderilmiştir.

Evlat edinilen çocuğun evlat edinmeye ilişkin bilgi alma hakkı, Türk hukukunda ise TMK md 314/6'dan çıkarılmaktadır. Buna göre ayırt etme gücü bulunan çocuğun nüfus kaydını inceleme ve evlatlık işlemleri ile ilgili bilgi edinme hakkı vardır¹⁸⁵.

TMK, ZGB'de ayrıntı ile düzenlenen evlat edinme sırrının saklanması, ergin çocuğun bilgi alma hakkı, biyolojik ailenin rızası gibi unsurları içeren ve bu unsurların mevcudiyetine göre farklı hukuki sonuçlar öngören bir düzenleme içermektedir. TMK'nın evlat edinme işlemine dair bilgilerin korunmasını içeren tek hükmü olan TMK md 314/6'ya göre: “*Evlât edinme ile ilgili kayıtlar, belgeler ve bilgiler mahkeme kararı olmadıkça veya evlâtılık istemedikçe hiçbir şekilde açıklanamaz.*” Türk öğretisinde bu hükmün amacının, evlat edinmeye ilişkin bilgilerin gelişigüzel paylaşılmasının çocuğun ruhsal gelişimi üzerindeki olumsuz etkisini engellemek olduğu ifade edilmektedir¹⁸⁶. Zira evlat edinme bilgisinin herkesçe bilinmesi çocuğun ruhsal gelişimini etkileyecek, çocuğun yeni ailesine uyum sağlayamaması ve eski ailesi ile olan bağlarını koparamaması söz konusu olacaktır. Bu durum açıkça evlat edinmeden beklenen yararın gerçekleşmemesine ve küçüğün menfaatinin korunamamasına neden olur.

Fakat evlat edinme bilgilerinin gelişigüzel paylaşılmasını önlemeyi amaçlayan bu hüküm, TMK'nın evlat edinilen ile biyolojik ailesi arasındaki soybağı ilişkisini koruyan ve evlat edinileni biyolojik ailenin mirasçısı kabul eden sistematiği ile bir tezat oluşturur. Zira TMK md 314/5 hükmüne göre: “*Evlâtlığın, miras ve başka haklarının zedelenmemesi, aile bağlarının devam etmesi için evlâtlığın naklen geldiği aile kütüğü ile evlât edinenin aile kütüğü arasında her türlü bağ kurulur. Ayrıca evlâtlıkla ilgili kesinleşmiş mahkeme kararı her iki nüfus kütüğüne işlenir.*” Dolayısıyla soybağı ve mirasçılık ilişkisi korunup evlat edinme ilişkisi kütükler arasındaki bu bağ ile alenileşirken, fiilen gizliliğin sağlanması mümkün görünmemektedir¹⁸⁷. Keza, TMK md 314/4 gereği, evlat edinilen küçüğün nüfus kaydına anne-baba adı olarak evlat edinenlerin isminin yazılacaktır. Bu hüküm, çocuğu evlat edinen ve ona bakan anne baba ile nüfus kaydında yazan anne baba adının farklı olmamasını, böylece çocuğun evlat edinildiği bilgisinin başkalarınca gelişigüzel öğrenilmemesini sağlar ve nihai olarak çocuğun menfaatine hizmet eden bir husustur¹⁸⁸. Fakat nüfus kayıtları arasında bağlantı kurulmasını öngören TMK md 314/5 hükmü düşünüldüğünde, TMK md 314/6 bu bilginin taraflarca bilinmesi engellemekte, sadece üçüncü kişilerin bu bilgiyi edinmesinin önüne geçmektedir. Zira hükme göre evlat edinme olgusu ve biyolojik aileye ait kimlik bilgileri üçüncü kişilerle paylaşılacaktır¹⁸⁹. Bu hüküm kanımızca üçüncü kişilerin bu bilgiyi edinmesini engelleyerek küçüğün menfaatine

¹⁸⁵ Öztan, Aile Hukuku (n 67) 987; Baygın, Soybağı (n 15) 211; Kılıçoğlu, Yenilikler (n 54) 121.

¹⁸⁶ Kılıçoğlu, Yenilikler (n 54) 122; Baygın, Soybağı (n 15) 240.

¹⁸⁷ Serozan, Çocuk Hukuku (n 24) III §5, N 83; Serozan, Yeni Medeni Kanun (n 8) 510; Baygın, Sonuçlar (n 11) 633.

¹⁸⁸ Baygın, Sonuçlar (n 11) 633.

¹⁸⁹ Baygın, Sonuçlar (n 11) 635.

bir ölçüde korusa da bu koruma yeterli değildir. Zira bu bilgi küçük, onu evlat edinenler ve biyolojik aile tarafından edinilebilir. Bu durum, biyolojik ebeveynlerini tanıyan ve onların iletişim taleplerine muhatap olan küçüğün, yeni ailesine uyum sağlayarak hayatında yeni bir sayfa açmasının önünde engel teşkil eder. Bu sonucun, küçüğün menfaati ile bağdaşmadığı açıktır.

Bunun yanında TMK’da evlat edinen ebeveynlerin küçüğe evlat edinildiğine dair bilgi verme yükümlülüğünün düzenlenmemiş olması da küçüğün menfaatinin korunması bakımından bir eksiklik teşkil eder. Kanımızca bu yükümlülük, çocuğun menfaatine doğrudan katkı sağlar. Zira çocuğun evlat edinildiği bilgisini mümkün olduğu kadar erken edinmesi, üstelik bu durumu kendisini evlat edinenlerden öğrenmesi, küçüğün durumu kabullenmesini ve ailesi ile olan ilişkilerini sağlıklı biçimde yürütebilmesini kolaylaştırır. Aksi halde, küçüğün bu bilgiyi biyolojik ailesinden veya üçüncü kişilerden edindiği durumlarda yaşaması muhtemel olan travmanın, küçüğün ruh sağlığını oldukça olumsuz etkileyeceği açıktır. Bu durum, açıkça küçüğün menfaatine aykırıdır. Kanımızca, Türk hukukunda benzer bir açıklama yükümlülüğünün yer almaması, küçüğün menfaatinin korunması bakımından büyük bir eksiklik oluşturur.

C. Tam ve Sınırlı Evlat Edinme Sistemlerinde Evlat Edinilen Küçüğün Hukuki Durumu ve Bunun Küçüğün Menfaatine Etkisi

1. Evlat Edinilen Küçüğün Soybağı

TMK, tam evlat edinme sistemini değil, sınırlı evlat edinme sistemini benimsemiştir. Bunun sonucu olarak evlat edinilen küçük, biyolojik anne babası ve onu evlat edinenlerle kurulmak üzere “çifte soybağına” sahip olur¹⁹⁰.

TMK md 282/3’e göre, evlat edinme ilişkisinin kurulmasıyla, evlat edinen ve evlat edinilen ile onun altsoyu arasında kendiliğinden bir soybağı ilişkisi kurulur¹⁹¹. Böylece kanun koyucu, kan hısımlığından ayrı olarak evlat edinme yoluyla kurulan bir yapay soybağı ilişkisi kabul etmiştir. Evlat edinen ile evlat edinilen arasında bir soybağı ilişkisinin kurulması sonucunda soybağına ilişkin hukuki sonuçlar ortaya çıkar. TMK md 314/1’e göre evlat edinme ilişkisinin kurulması ile birlikte, küçük evlat edinenlerin velayeti altına girmekte, biyolojik anne-babanın küçük üzerindeki velayet hakkı –varsa- sona ermektedir¹⁹². Evlat edinenlerin velayet hakkının kapsamı, biyolojik anne-babanın velayet hakkı ile aynıdır¹⁹³. Dolayısıyla evlat edinilenin bakımı, eğitimi, yetiştirilmesi, mallarının yönetimi ve temsili gibi tüm hak

¹⁹⁰ Öztan, Aile Hukuku (n 67) 988; Serozan, Çocuk Hukuku (n 24) III §5, N 72 vd; Belen (n 13) 82.

¹⁹¹ Akıntürk ve Ateş (n 1) 384; Öztan, Aile Hukuku (n 67) 988; Yılmaz (n 19) 25.

¹⁹² Akıntürk ve Ateş (n 1) 385; Öztan, Aile Hukuku (n 67) 992; Hatemi, Aile Hukuku (n 99) 185; Belen (n 13) 81,88.

¹⁹³ Akıntürk ve Ateş (n 1) 386; Öztan, Aile Hukuku (n 67) 992.

ve yükümlülükler evlat edinene geçer¹⁹⁴. Ayrıca evlat edinmeye dayalı soybağı ilişkisinin kurulması ile, evlat edinilen ile evlat edinen ve onun altsoyu arasında yardım nafakası yükümlülüğü ortaya çıkar¹⁹⁵.

Türk hukukunda tam evlat edinme sisteminin benimsenmemesi sonucunda, evlat edinilen ile biyolojik ailesi arasındaki soybağı ilişkisi de devam etmektedir. Bunu düzenleyen TMK md 314/5 hükmüne göre: “Evlâtlığın, miras ve başka haklarının zedelenmemesi, aile bağlarının devam etmesi için evlâtlığın naklen geldiği aile kütüğü ile evlât edinilenin aile kütüğü arasında her türlü bağ kurulur. Ayrıca evlâtlıkla ilgili kesinleşmiş mahkeme kararı her iki nüfus kütüğüne işlenir.”¹⁹⁶ Evlat edinilen ile biyolojik anne-babası arasındaki soybağı ilişkisi devam ettiği için, evlat edinilen ve biyolojik ailesi arasındaki bakım yükümlülüğü, yardım nafakası ve mirasçılık ilişkisi de devam etmektedir¹⁹⁷. Fakat belirtmek gerekir ki, bu yardım nafakası yükümlülüğü, evlat edinen kişilerin nafaka yükümlülüğünün yanında ikinci derecede bir yükümlülüktür. Başka bir deyişle, evlat edinilen önce kendisini evlat edinenlerden nafaka talebinde bulunmalı, bunun yerine getirilemediği hallerde biyolojik anne-babasına karşı nafaka talebi ileri sürebilmelidir¹⁹⁸.

Tam evlat edinme sisteminin benimsendiği ZGB md 267/2 hükmüne göre ise evlat edinme işleminin ardından, evlat edinilen ile evlat edinen arasında, her yönüyle kan bağına dayanan hısımlıktan farklı olmayan bir soybağı ilişkisi kurulur ve evlat edinilenin önceki soybağı ilişkisi tamamıyla sona erer¹⁹⁹. İsviçre öğretisi, küçüğün evlat edinilmesinde biyolojik ebeveynlerin rızasının aranmasını, küçüğün önceki soybağının sona ermesine dayandırmaktadır²⁰⁰. Buna göre, evlat edinme ilişkisi küçüğün önceki ebeveynleri ile arasındaki soybağı ilişkisini tamamen kaldıracağına göre, bu işlem onların rızası hilafına gerçekleşmemelidir²⁰¹.

Küçük, istisna sayılan tek başına evlat edinme yolu ile tek bir ebeveyn tarafından evlat edinilse bile hem annesi hem de babası ile olan önceki soybağı tamamen ortadan kalkar²⁰². Fakat eşlerden birinin, diğer eşin çocuğunu evlat edinmesi durumunda,

¹⁹⁴ Öztan, Aile Hukuku (n 67) 992; Belen (n 13) 89; Yılmaz (n 19) 27.

¹⁹⁵ Öztan, Aile Hukuku (n 67) 992; Belen (n 13) 89; Yılmaz (n 19) 25. Bu yönde bkz Yarg 2 HD, 24.02.1994, 9252/927 (Baygın, Sonuçlar (n 11) 644).

¹⁹⁶ Türk Kanunu Medenisi döneminde de bu yönde bkz Tekinay (n 1) 465.

¹⁹⁷ Dural, Ögüz ve Gümüş (n 2) N 1609; Öztan, Aile Hukuku (n 67) 991; Yılmaz (n 19) 26. Yardım nafakası yükümlülüğünün devam etmesi için bkz Yarg 2 HD, 17.03.1987, 1425/2234 (Baygın, Sonuçlar (n 11) 645).

¹⁹⁸ Dural, Ögüz ve Gümüş (n 2) N 1609. Bu ikincil nitelik için bkz. Yarg 2 HD, 01.06.2001, 6751/8604 (Baygın, Sonuçlar (n 11) 639).

¹⁹⁹ Hegnauer, Berner Kommentar (n 15) ZGB Art 267, N 13; Hausheer, Geiser ve Aebi-Müller (n 1) N 16.94, 16.107.

²⁰⁰ Hegnauer, Berner Kommentar (n 15) ZGB Art 265a, N 3; Breitschmid (n 10) ZGB Art 265a, N 1; Hausheer, Geiser ve Aebi-Müller (n 1) N 16.94.

²⁰¹ Hegnauer, Berner Kommentar (n 15) ZGB Art 265a, N 3; Breitschmid (n 10) ZGB Art 265a, N 1; Hausheer, Geiser ve Aebi-Müller (n 1) N 16.94.

²⁰² Hegnauer, Berner Kommentar (n 15) ZGB Art 267, N 14

elbette eş olan ebeveyn ile çocuğu arasındaki soybağı ilişkisi devam eder²⁰³. Küçüğün biyolojik anne-babası ile önceki soybağı ilişkisinin kalkması, küçüğün önceki soybağının geniş anlamda etkisi ile sahip olduğu tüm kan ve kayın hısımlığı ilişkilerini de (teyze, büyükbaba, kardeş, kuzen gibi) ortadan kaldırır²⁰⁴.

Evlat edinilen küçüğün önceki soybağı ortadan kalktığı zaman, önceden anne-baba sıfatını haiz olan kişilerle küçük arasında hiçbir hukuki ilişki kalmaz²⁰⁵. Dolayısıyla İsviçre hukuku bakımından evlat edinilen küçük ile biyolojik anne-baba arasında soybağı ilişkisinin, nafaka talebinde bulunabilme hakkının veya mirasçılık ilişkisinin devam etmesi söz konusu olmaz²⁰⁶. Çocuğa bakım borcu, artık sadece evlat edinilenlere ait bir yükümlülük haline gelir. Biyolojik anne-babanın çocuğa bakım borcu ise, evlat edinilenler ölse veya bakım borcunu yerine getirmese bile tamamıyla -evlat edinmenin iptali ihtimali dışında- sona erer²⁰⁷.

İsviçre hukukuna göre, evlat edinen ile evlat edinilen arasındaki soybağı ilişkisi, soybağının kuran diğer yollardan farklı olmayan bir soybağı ilişkisi yaratmaktadır. Diğer bir deyişle, biyolojik anne-baba ile küçük arasında nasıl bir soybağı ilişkisi varsa, evlat edinenlerle küçük arasında da öyle bir soybağı ilişkisi kurulur²⁰⁸. Küçük, evlat edinen anne babadan doğmuş gibi bir hukuki statüye sahiptir²⁰⁹, biyolojik ailesinden tamamen ayrılır ve evlat edinenlerin tüm hısımları geniş anlamda soybağı ilişkisine dâhil olur²¹⁰. Geniş anlamda soybağı ilişkisinde, kan bağıyla hısım olan kişiler ile evlat edinme yoluyla hısım olmuş kişiler arasında hiçbir fark bulunmaz²¹¹. Bunun sonucu olarak, evlat edinenler küçüğe karşı bakım yükümlülüğü altına girer, ayrıca evlat edinilen küçük ile onu evlat edinenler ve bunların kanunda sayılan hısımları arasında yardım nafakası yükümlülüğü doğar²¹².

İsviçre hukukunda, küçüğün evlat edinilmesi ile amaçlanan çocuğun üstün menfaatinin sağlanmasının, küçüğün onu evlat edinenlerle soybağı ilişkisinin kurulurken biyolojik ebeveynleri ile olan soybağı ilişkisinin tamamen kaldırılması ile mümkün olabileceği özellikle vurgulanmaktadır²¹³. Keza, tam evlat edinme sisteminin benimsenmesi, evlat edinme sırrının saklanması, evlat edinilenin biyolojik

²⁰³ Hausheer, Geiser ve Aebi-Müller (n 1) N 16.106.

²⁰⁴ Hegnauer, Berner Kommentar (n 15) ZGB Art 267, N 25; Breitschmid (n 10) ZGB Art 267, N 6. Fakat İsviçre Hukukunda da ZGB md 95/2 gereği evlat edinilen ile eskiden hısımlı olan kişiler arasındaki evlenme yasağı devam etmektedir.”

²⁰⁵ Hausheer, Geiser ve Aebi-Müller (n 1) N 16.106.

²⁰⁶ Breitschmid (n 10) ZGB Art 267, N 1.

²⁰⁷ Hegnauer, Berner Kommentar (n 15) ZGB Art 267, N 45.

²⁰⁸ Breitschmid (n 10) ZGB Art 267, N 1; Hausheer, Geiser ve Aebi-Müller (n 1) N 16.72, 16.105. ZGB md 267/1: “Das Adoptivkind erhält die Rechtsstellung eines Kindes der adoptierenden Personen.”

²⁰⁹ Hegnauer, Berner Kommentar (n 15) ZGB Art 267, N 26; Hegnauer, Kindesrecht (n 13) N 12.04.

²¹⁰ Hegnauer, Kindesrecht (n 13) N 12.04, 06; Hegnauer, Berner Kommentar (n 15) ZGB Art 267, N 26

²¹¹ Hegnauer, Kindesrecht (n 13) N 12.06.

²¹² Breitschmid (n 10) ZGB Art 267, N 16; Hegnauer, Kindesrecht (n 13) N 12.10; Hegnauer, Berner Kommentar (n 15) ZGB Art 267, N 51.

²¹³ Hegnauer, Kindesrecht (n 13) N 11.03.

ailesi ile soybağının kesilmesi, küçüğün yeni ailesinin bir parçası olması ve onun menfaatinin bu yolla korunması kaygısına dair tutarlı bir düzenlemedir.

2. Evlat Edinilen Küçüğün Biyolojik Ebeveynleri ile Kişisel İlişkinin Küçüğün Menfaatine Etkisi

TMK'nın küçük ile biyolojik ailesi arasındaki soybağı ilişkisini devam ettirmesinin bir diğer sonucu, biyolojik anne babanın küçük ile kişisel ilişki kurma yönünde bir talep hakkına sahip olmasıdır. Buna göre biyolojik anne baba, velayet hakkına sahip olmasalar da çocuk ile soybağı ilişkileri bulunduğu için, TMK md 323 hükmüne kıyasen evlat edinilen küçük ile kişisel ilişki kurma talebinde bulunabilir, bu talepleri kabul edilmezse bu amaçla dava açabilirler²¹⁴. Fakat bu durumun koşulsuzca kabulü, evlat edinilen küçüğün menfaati ile bağdaşmamaktadır. Zira evlat edinenlerin ve evlat edinilen küçüğün yaşam huzuru biyolojik ailenin istekleri karşısında korunmamakta, hatta biyolojik ailenin tacizlerine açık hale gelmektedir. Bu sonucun küçüğün menfaatine uygun olmadığı açıktır²¹⁵. Bu nedenle Yargıtay, kişisel ilişki talebinin çocuğun menfaatine hizmet edip etmediği yönünde bir değerlendirme yapılması ve buna göre karar verilmesi gerektiğini açıkça kabul etmektedir²¹⁶.

ZGB ise tam evlat edinme sistemini benimsediği için, biyolojik anne-babanın evlat edinilen küçük ile kişisel ilişkisini, isabetli bir şekilde küçüğün menfaatinin dikkate alarak çok daha ayrıntılı biçimde düzenlemiştir. ZGB md 268e hükmüne göre, biyolojik anne babanın küçük ile kişisel ilişki kurma talebinde bulunabilmeleri, öncelikle açık bir evlat edinmenin bulunduğu, yani biyolojik anne-baba ile evlat edinenlerin birbirinin kimlik bilgilerini haiz olduğu hallerde söz konusu olabilir²¹⁷. Hükme göre, evlat edinenler ile biyolojik anne baba, biyolojik anne babanın küçük ile kişisel ilişki kurması konusunda anlaşmaya varabilirler. Fakat bu anlaşma, küçüğün korunmasından sorumlu olan idari organ tarafından uygun görülmelidir. Eğer küçük ayırt etme gücüne sahipse, bu anlaşma onun da rızası alınmaksızın yapılamaz. Küçük ayırt etme gücüne sahip olmasa bile, yaşı veya başka bir neden aksini gerekli kılmıyorsa, bu idari makam veya bunlar tarafından görevlendirilen bir üçüncü kişi, küçüğü uygun bir biçimde şahsen dinler. Küçüğün üstün menfaatinin tehlikeye girmesi

²¹⁴ Akıntürk ve Ateş (n 1) 386; Dural, Ögüz ve Gümüş (n 2) N 1609. Benzer yönde bkz Yılmaz (n 19) 26; Baygın, Sonuçlar (n 11) 642. Bu yönde bkz. Yarg 2 HD, 01.04.1976, 7785/8111; Yarg 2 HD, 05.06.1986, 5908/5888; Yarg 2 HD, 13.05.1991, 4151/7800 (Baygın, Sonuçlar (n 11) 643)

²¹⁵ Serozan, Çocuk Hukuku (n 24) III §5, N 83. Benzer yönde bkz Yılmaz (n 19) 26.

²¹⁶ “Davacı, davalılarca birlikte evlat edinilen 21.12.2002 doğumlu küçük Elif’in öz annesidir. Aralarında birinci derecede “kan hısımlığı” (TMK m. 17/2) ilişkisi vardır. Mahkemenin talebiyle uzmanlarca düzenlenen sosyal inceleme raporunda; çocuğun gerçek annesini bildiği, annesiyle ilişkisinin koparılmasının küçük üzerinde olumsuz etki doğuracağı, kişisel ilişki kurulmasının gelişimine katkı sağlayacağı bildirilmiştir. Dosyada, küçüğün öz annesiyle kişisel ilişkisinin, onun yüksek yararına aykırı düşeceğine ilişkin ciddi sebep ve olgu bulunmamaktadır. Davacı, çocuğunun davalılarca evlat edinildiğini, küçük de annesini bildiğine göre, davacı bakımından artık evlatlıkla ilgili kayıtların gizliliğinden de artık söz edilemez. O halde, isteğin kabulü ile davacı ile davalıların evlatlığı küçük Elif arasında uygun sürelerle kişisel ilişki testi gerekirken, davanın reddi doğru bulunmamıştır.” Bkz Yarg 2 HD, 25.09.2012, E 2012/2698, K 2012/26458 (lexpera.com.tr).

²¹⁷ Hausheer, Geiser ve Aebi-Müller (n 1) N 16.125b.

söz konusu olduğunda veya taraflar arasında anlaşmanın uygulanması konusunda bir uyuşmazlık yaşandığında, anılan idari makam bu konuda karar verme yetkisine sahip olur. Bunun yanında küçük, biyolojik anne babası ile görüşmeyi her zaman reddedebilir. Ayrıca hükme göre, küçük istemediği takdirde, evlat edinilenler onun hakkındaki hiçbir bilgiyi biyolojik anne-baba ile paylaşamazlar. Küçükün biyolojik anne-babası ile görüşmeyi reddetme hakkı, ayırt etme gücü olup olmamasına bağlı değildir. Küçükün önceden rızası alınmış olsa da olmasa da, biyolojik anne baba ile görüşmek istemiyorsa bu talebi her zaman reddedebilecektir²¹⁸.

Görüldüğü üzere, bu hükümler küçükün menfaatini korumak için ona her türlü irade özerkliğini sağlamaktadır. Zira küçükün hayatında çok önemli bir yer taşıyan biyolojik aile ile ilişki unsuru, onun menfaatinden ayrı değerlendirilemez. Bu nedenle küçükün bu konudaki fikirleri ve rızası, bu konunun küçükün duygu dünyasına etkisi, mutlaka bir uzman yardımı ile ve çok dikkatlice yaklaşılması gereken bir konudur. Fakat TMK bu konuda bir düzenleme içermemekte, öğretide ve yargıda TMK md 323 hükmüne kıyasen bir çözüm bulunmaya çalışılmaktadır. Kanımızca sorunun çözümü, Türk kanun koyucusunun bu konuda açık ve ayrıntılı bir düzenleme yapmasıdır. Bu düzenleme sayesinde, küçükün hayatını derinden etkileyecek bu hassas durum, küçükün menfaatine ve psikolojik durumuna göre inceleme yapacak bir uzmanın görüşü doğrultusunda ve idarenin denetimi altında verilecek bir karar ile hükme bağlanabilir.

3. Evlat Edinilen Küçükün Mirasçılığı ve Bunun Küçükün Menfaatine Etkisi

TMK'nın sınırlı evlat edinme sistemini benimsemesi, evlat edinilenin ve evlat edinilenlerin mirasçılık ilişkileri bakımından da özellikli durumlar ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Bu durum, evlat edinilenin çifte miras hakkına sahip olması, mirasçılık ilişkisinin tek taraflı olması ve evlat edinilenin mirasçılığının sınırlı olmasında kendini gösterir²¹⁹. Bu ayrık durumlar, TMK'nın benimsediği sınırlı evlat edinme sistemde, evlat edinilenin ile biyolojik ailesi arasındaki soybağının devam etmesinin bir sonucudur.

Evlat edinilen ile evlat edinilen arasında soybağı kurulmasının bir sonucu olarak, TMK md 314/2'ye göre: “*Evlâtlık, evlât edinilenin mirasçısı olur.*” Benzer bir içeriğe sahip TMK md 500/1/c1'e göre de: “*Evlâtlık ve altsoyu, evlât edinene kan hısımları gibi mirasçı olurlar.*”²²⁰ TMK md 500/1/c2'ye göre ise: “*Evlâtlığın kendi ailesindeki*

²¹⁸ Hausheer, Geiser ve Aebi-Müller (n 1) N 16.125b.

²¹⁹ Şıpka ve Ergün (n 150) 33; Yılmaz (n 19) 44.

²²⁰ Dolayısıyla evlat edinilen, evlat edinilenin birinci zümreye dahil yasal mirasçılarındandır. Bkz Bilge Öztan, *Miras Hukuku* (11. Baskı, Yetkin 2020) 59; Dural ve Öz (n 6) N 164; Kılıçoğlu, *Miras Hukuku* (n 143) 42, 55; Serozan ve Engin, *Miras Hukuku* (n 154) N 46 vd; Fikret Eren ve İpek Yücer Aktürk, *Türk Miras Hukuku* (3. Baskı, Yetkin 2020) 34; Öztan, *Aile Hukuku* (n 67) 993; Hatemi, *Aile Hukuku* (n 99) 185; Baygın, *Soybağı* (n 15) 240.

mirasçılığı da devam eder.” Dolayısıyla evlat edinilen hem evlat edinenlerin hem de biyolojik ailesinin mirasçısı olduğu için, “çifte miras” hakkına sahiptir²²¹. Üstelik Türk Kanunu Medenisi döneminden farklı olarak, TMK düzenlemesinde evlatlığın ve altsoyunun mirasçı olmayacağını düzenleyen veya miras payını azaltan anlaşmalara izin verilmemiştir²²². Bu düzenleme kanımızca, doğrudan evlat edinilenin menfaatini koruyan bir düzenlemedir.

TMK, evlat edinilenin evlat edinene mirasçılığını, sınırlı bir şekilde tanımaktadır. Zira TMK md 500/1 hükmünden de anlaşıldığı üzere, evlat edinilen ve altsoyu sadece evlat edinene mirasçıdır, halefiyet yoluyla evlat edinenin hısımlarının mirasçısı olamazlar²²³. Bunun yanında, evlat edinilen ve evlat edinen arasındaki mirasçılık tek yönlüdür. Zira TMK md 500/2’ye göre: “*Evlât edinen ve hısımları, evlâtlığa mirasçı olmazlar.*” Dolayısıyla evlat edinen ve hısımları, evlat edinilen veya altsoyunun mirasçısı olamazlar²²⁴. Üstelik bu hüküm emredici olduğu için, taraflarca aksi kararlaştırılmaz²²⁵. Evlat edinilenin mirasçıları ise, kural olarak, biyolojik ailesinden gelen kan hısımlarıdır. Diğer bir deyişle, evlat edinilen ile soybağını sürdüren biyolojik anne-baba ve onların hısımları, evlat edinilenin mirasçısı olabilir²²⁶.

İsviçre hukuku ise, tam evlat edinme sistemini benimsediği ve evlat edinilenin hukuki statüsünü evlat edinenlerin biyolojik çocuklarından ayırmadığı için, mirasçılık ilişkisi bakımından çok farklı bir esası benimsemektedir. Buna göre, evlat edinilen ve hısımları ile evlat edinen ve onun hısımları arasında, tek yönlü değil, karşılıklı ve tam bir mirasçılık ilişkisi vardır. Türk hukukundan farklı olarak bu taraflar birbirlerinin mirasçısı olabilirler. Hatta yakınlık derecelerine göre saklı pay sahibi sayılırlar²²⁷. Diğer bir deyişle, mirasçılık ilişkisi bakımından evlat edinilen ile, ailenin soybağı kurulmuş biyolojik çocukları arasında hiçbir farklılık yoktur. Zira evlat edinilen ile

²²¹ Akıntürk ve Ateş (n 1) 386; Öztan, *Miras Hukuku* (n 222) 63; Dural ve Öz (n 6) N 170; Kılıçoğlu, *Miras Hukuku* (n 143) 42; Şıpka ve Ergün (n 150) 35. Üstelik TMK, Türk Kanunu Medenisi’nin aksine, evlat edinilen küçüğün mirasçılığını ortadan kaldıracak veya sınırlandıracak anlaşmalara cevaz vermemektedir. Bu nedenle bu türden anlaşmalar geçerli olarak yapılamaz. Bkz Akıntürk ve Ateş (n 1) 387. Türk Kanunu Medenisi döneminde evlat edinilenin ve altsoyunun miras hakkını düzenleyen md 447 hükmü emredici olmadığından, tarafların bir sözleşme ile evlat edinilen ve altsoyunun mirasçılığını farklı şekilde düzenleyebilecekleri, sınırlandırabilecekleri hatta tamamen kaldırabilecekleri kabul edilmişti. Bu konuda bkz Süleyman Yalman, ‘Evlat Edinme ve Evlatlığın Miras Hakkı’ (1996) (5)1-2 Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. M. Şakir Berki’ye Armağan) 221. Tabii bu durumda, kişinin kendi altsoyunu veya yan soyunu evlat edinmesi durumunda, evlat edinene iki kökten bağlı olma nedeniyle çifte hısımlık ortaya çıkardı. Öğretide Hatemi bu durumu eleştirmiş, mevcut sistemde altsoy veya kardeş evlat edinmesine yer olmaması gerektiğini savunmuştur. Bkz Hüseyin Hatemi, *Miras Hukuku* (Gözden Geçirilmiş 9. Baskı, On İki Levha 2021) N 68.

²²² Dural ve Öz (n 6) N 169; Hatemi, *Miras Hukuku* (n 221) N 66; Öztan, *Aile Hukuku* (n 67) 993; Baygın, *Soybağı* (n 15) 240.

²²³ Öztan, *Miras Hukuku* (n 222) 62; Dural ve Öz (n 6) N 172; Kılıçoğlu, *Miras Hukuku* (n 143) 42; Serozan ve Engin, *Miras Hukuku* (n 154) N 53; Şıpka ve Ergün (n 150) 35, 36; Yılmaz (n 19) 45; Belen (n 13) 86. Bu yönde bkz Yarg 2 HD, 05.10.1992, 8554/9008 (Baygın, Sonuçlar (n 11) 646).

²²⁴ Öztan, *Miras Hukuku* (n 222) 61; Dural ve Öz (n 6) N 173; Kılıçoğlu, *Miras Hukuku* (n 143) 42; Serozan ve Engin, *Miras Hukuku* (n 154) N 55; Yılmaz (n 19) 46; Şıpka ve Ergün (n 150) 37; Belen (n 13) 86.

²²⁵ Şıpka ve Ergün (n 150) 37.

²²⁶ Öztan, *Miras Hukuku* (n 222) 63; Serozan ve Engin, *Miras Hukuku* (n 154) N 55; Serozan, *Çocuk Hukuku* (n 24) III §5, N 82; Serozan, *Yeni Medeni Kanun* (n 8) 509.

²²⁷ Hegnauer, *Berner Kommentar* (n 15) ZGB Art 267, N 65; Breitschmid (n 10) ZGB Art 267, N 19; Hegnauer, *Kindesrecht* (n 13) N 12.12. Bu yönde bkz Sutter-Somm ve Kobel (n 25) N 784.

biyolojik aile arasındaki soybağı kaldırılmış ve evlat edinme ilişkisindeki mirasçılık bakımından tek yönlü bir düzenleme yapmaya gerek duyulmamıştır. Evlat edinilen ile biyolojik anne babası ve bunların hısımları arasındaki soybağı tamamen kaldırıldığı için, aralarındaki mirasçılık ilişkisi de tamamıyla sona erer²²⁸. Tabii bu durum biyolojik ailenin evlat edinilen lehine ölüme bağlı tasarruf yapmasını engellemez.²²⁹

Türk hukukunda benimsenen sınırlı evlat edinme sisteminin, biyolojik ailenin mirasçılık hakkını devam ettirmesi, isabetli olarak eleştirilmiş ve evlat edinilenin ve dolayısıyla evlat edinenlerin malvarlığının biyolojik aileye geçmesi tehlikesinin, küçüğün bakımını ve menfaatini amaçlayan evlat edinme kurumunun işlerlik kazanamamasına yol açacağı işaret edilmiştir.²³⁰ Ailesi tarafından bakılmayan küçüğün menfaatini sağlamayı amaçlayan evlat edinme kurumunun işlerlik kazanmaması ise, doğal olarak küçüğün menfaati kavramı ile bağdaşmaz. Kanımızca, mirasçılık ilişkisinin yalnızca evlat edinenler ile evlat edinilen arasında kurulması, aynı zamanda evlat edinilen küçüğün yeni ailesinin gerçek bir parçası olmasının ve ailesi ile bütünleşebilmesinin önünde bir engeldir. Zira bu yönüyle evlat edinenlerin biyolojik çocuklarından ayrılan ve miras hukuku bakımından farklı bir düzenlemeye tâbi olan küçüğün, artık yeni ailesinin çocuğu olduğu ve ailenin diğer çocukları ile aynı derecede kabul görmüş bir birey olduğu yönündeki inancının nasıl sağlanacağı, kanımızca cevaplama zor bir soru teşkil eder.

Sonuç

Küçüğün evlat edinilmesindeki temel amaç, küçüğün bakım ihtiyacının bir aile ortamında karşılanmasıdır. Dolayısıyla küçüğün evlat edinilmesi, odak noktasına küçüğün menfaati ilkesini almaktadır. Bu esas hem Türk hem de İsviçre kanun koyucusu tarafından benimsenmiş ve evlat edinme hükümlerine doğrudan yansıtılmıştır. Bu nedenle hem TMK hem de ZGB, evlat edinilen küçüğün menfaatinin korunması yönünde düzenlemeler içerir ve küçüğün evlat edinilmesini oldukça sıkı şartlara bağlar. Evlat edinmenin her halükârda evlat edinilecek küçüğün yararına olması, evlat edinilecek küçük ayırt etme gücüne sahipse onun da rızasının aranması, küçüğün menfaatinin hâkim tarafından yapılacak bir araştırma ile tespit edilmesi, evlat edinme ilişkisinin kural olarak keyfi olarak kaldırılmayan bir ilişki olması, bu düzenlemelerdendir. Fakat günümüzde TMK evlat edinme hükümleri bakımından ZGB'den esaslı biçimde ayrılmaktadır. TMK, o tarihte ZGB'de bulunan evlat edinme hükümlerini kısmen iktibas etmiş olsa da aradan geçen yıllarda ZGB küçüğün menfaatini hesaba katar şekilde pek çok isabetli değişiklik geçirmiştir.

²²⁸ Hegnauer, Berner Kommentar (n 15) ZGB Art 267, N 69; Breitschmid (n 10) ZGB Art 267, N 19; Hegnauer, Kindesrecht (n 13) N 12.12.

²²⁹ Hegnauer, Kindesrecht (n 13) N 12.12.

²³⁰ Serozan, Çocuk Hukuku (n 24) III §5, N 82; Serozan, Yeni Medeni Kanun (n 8) 509. Serozan ve Engin, Miras Hukuku (n 154) N 38; Esasında TMK'nın hazırlık çalışmalarında evlat edinenlerin evlatlığa mirasçı olabilmesi hususu Adalet Komisyonu'nda tartışılmışsa da hükümde bir değişiklik yapılmamıştır. Bkz Kılıçoğlu, Miras Hukuku (n 143) 55.

Çocuk hukukunun dinamik özelliği, son yıllarda çocuğun özerkliğinin ve menfaatinin gittikçe daha önem verilen bir unsur olması, ZGB’de bu olumlu değişikliklerin yapılmasına yol açmıştır. Fakat TMK’nın, küçüklerin evlat edinilmesine ilişkin olan ve ZGB’nin 2002 öncesi halindeki hükümlerini esas alan pek çok düzenlemesi, küüğün menfaatini yeterince hesaba katmaz ve küüğün katılım hakkını adeta yok sayar. Oysa küüğün bu hakları, onun hukuki statüsünün temel taşlarıdır. Üstelik İsviçre hukukundan alınan ve TMK’ya özgü hükümlerle kurulan bu karma yapı, kendi içinde uyumsuzluk barındırır. Bilhassa sınırlı evlat edinme sisteminin getirdiği biyolojik aile ile soybağının ve mirasçılık ilişkisinin devamı meselesi, üstelik biyolojik anne-babanın çocuk ile kişisel ilişki kurabilme talebi, evlat edinme ilişkisini çocuk için “*temiz bir başlangıç*” olmaktan çıkarıp, adeta iki aileli ve onun olgunlaşmamış duygusal yapısını zedeleyen bir ilişkiye dönüştürür. Bu durum, pekâlâ evlat edinmek isteyen kişilerin de aklında soru işareti bırakır ve küüğün menfaatini esas alan evlat edinme işleminin yaygınlığını tehlikeye sokar. Bu nedenle, kanımızca Türk kanun koyucusunun izlemesi gereken yol, oldukça dinamik olan çocuk hukukundaki gelişmeleri, küüğün menfaatinin korunması amacıyla dikkatlice takip ederek TMK’nın evlat edinme kısmını bu esaslara uyumlu hale getirmektir. Bu durum, ZGB’nin mevcut hükümlerinin aynen alınması veya mutlaka ZGB’nin benimsediği evlat edinme sisteminin aynen benimsenmesi gerektiği anlamına gelmez. Tabii, mehz Kanun olması dolayısıyla İsviçre kanun koyucusunun tercihleri yol gösterici olabilir. Keza, kanımızca da tam evlat edinme sistemi, çocuğun menfaatini sınırlı evlat edinme sistemine nazaran daha iyi korur. Fakat Türk kanun koyucusu, hukuk politikası gereği sınırlı evlat edinme sistemini benimsemeye devam ederek de bu çalışmada ifade ettiğimiz pek çok endişeyi giderebilir. Örneğin; çocuğun ad değişikliğindeki rızası, kişisel bilgilerinin belli bir yaşa kadar biyolojik aileden gizlenmesi, evlat edinildiğinin ona uygun şartlarda açıklanması, biyolojik aile ile kişisel ilişki talebini reddeden çocuğun tercihinin korunması gibi hususlar, kanun koyucunun getireceği en öncelikli düzenlemeler olmalıdır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliography/Bibliyografya

Akıntürk T ve Ateş D, *Aile Hukuku* (22. Bası, Beta 2020).

Arık KF, ‘Evlat Edinme Bakımından Türk ve İsviçre Doktrin ve Tatbikatı Arasında Bir Mukayese’ (1958) 13(4) Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi 95-114.

- Arık KF, 'Evlat Edinme' (1948) 3(3) Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi 178-203.
- Aydos OS, 'Yeni Medeni Kanuna Göre Evlat Edinme' Y. (2000) 4(1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 117-141.
- Aygül M, 'Evlât Edinme Yolu ile Vatandaşlığın Kaybedilmesi ve Kazanılması' (2012) 99 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 46-80.
- Baygın C, 'Evlat Edinmenin Koşulları', (2003) 7(3-4), Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi 591-626.
- Baygın C, 'Evlat Edinmenin Sonuçları', (2003) 7(3-4), Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi 627-650.
- Baygın C, *Soybağı Hukuku* (On İki Levha 2010).
- Belen H, *Yeni Medeni Kanun Hükümleri Uyarınca Evlat Edinme (Türk-İsviçre-Alman Karşılaştırmalı Hukuk Değerlendirmesiyle)* (Beta 2005).
- Biderbost Y, *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht* (3. Bası, Schulthess 2016).
- Birinci Uzun T, 'Erginlerin veya Kısıtlıların Evlat Edinilmesinde Evlat Edinenin Altsoyunun Açık Muvafakatinin Bulunması Koşulu' (2017) 19 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan) 535-572.
- Bischoff S, 'Die Suche des Adoptivkindes nach seinen leiblichen Eltern' (1986) 54 Zeitschrift für Zivilstandswesen 281-283.
- Breitschmid P, *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB* (6. Bası, Helbing Lichtenhahn 2018).
- Büchler A ve Vetterli R, *Ehe Partnerschaft Kinder* (2. Bası, Helbing&Lichtenhahn 2011).
- Cottier M, *Austausch von Informationen im Adoptionsdreieck, Information & Recht* (Helbing&Lichtenhahn 2002) 31-55.
- Cottier M, 'Neu Balance von Informations- und Geheimhaltungsinteressen im Adoptionsdreieck' (2017) *Festschrift für Thomas Geiser zum 65. Geburtstag* 151-168.
- Çağlayan Aygün G, 'Türk Medeni Kanunu'na Göre Evlatlık İlişkisinin Kaldırılması' (2019) 5(2) Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 407-431.
- Dural M, Ögüz T ve Gümüş MA, *Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku* (15. Bası, Filiz 2020).
- Dural M ve Öz T, *Miras Hukuku* (15. Bası, Filiz 2020).
- Egger A, *Kommentar zum Schweizerisches Zivilgesetzbuch, II. Band: Das Familienrecht, Zweite Abteilung: Die Verwandtschaft* (Schulthess & CO 1943).
- Eren F ve Yücer Aktürk İ, *Türk Miras Hukuku* (3. Baskı, Yetkin 2020).
- Görgeç B, 'Evlatlık İlişkisinin Kaldırılması' (2010) 14(1-2) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 353-378.
- Hatemi H, *Aile Hukuku* (9. Bası On İki Levha 2021).
- Hatemi H, *Miras Hukuku* (Gözden Geçirilmiş 9. Bası, On İki Levha 2021).
- Hausheer H, Geiser T ve Aebi-Müller RE, *Das Familienrecht des Schweizerisches Zivilgesetzbuches* (6. Bası, Stämpfli 2018).
- Hegnauer C, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Familienrecht, 2. Abteilung, Die Verwandtschaft, Sonderband: Die Adoption* (Verlag Stämpfli & Cie 1975).
- Hegnauer C, 'Dürfen dem mündigen Adoptierten die leiblichen Eltern gegen den Willen der Adoptiveltern bekanntgegeben werden?' (1991) 46 Zeitschrift für Vormundschaftswesen 101-103.

- Hegnauer C, *Grundriss des Kindesrechts* (5. Bası, Stämpfli 1999).
- Hegnauer C, 'Kann das Adoptivkind Auszüge über den ursprünglichen Eintrag seiner Geburt verlangen?' (1988) 56 Zeitschrift für Zivilstandswesen 2-6.
- Hegnauer C, 'Zum Erbrecht des Adoptivkindes in der leiblichen Familie, Artikel 267 Absatz 2 ZGB' (1993) 61 Zeitschrift für Zivilstandswesen 56-58.
- İnce Akman N, 'Alman ve Türk Hukukunda Ergin veya Kısıtlıların Evlat Edinilmesi' (2019) 21 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan) 2357-2393.
- Kılıçoğlu A, *Aile Hukuku* (Gözden Geçirilmiş-Güncellenmiş 4. Bası, Turhan 2019).
- Kılıçoğlu A, *Medeni Kanun'unumuzun Aile-Miras ve Eşya Hukukunda Getirdiği Yenilikler* (Turhan 2003).
- Kılıçoğlu A, *Miras Hukuku* (Genişletilmiş 10. Bası, Turhan 2019).
- Kızır M, 'Türk Hukukunda Evlat Edinme' (2009) 17(1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 151-184.
- Koç E, 'HMK ve TMK Çerçevesinde Evlat Edinme ve Evlatlık İlişkinin Kaldırılması Davasına İlişkin Bazı Tespitler' (2015) 73(1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 363-388.
- Koçoğlu S, 'Evlat Edinmede Ana ve Babanın Rızasının Aranıp Aranmaması Sorununun, Özellikle Yetkili Kurum Aracılığı ile Evlat Edinme Açısından İncelenmesi' (2019) 11(38) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 239-265.
- Locher R, *Persönlichkeitsschutz und Adoptionsgeheimnis* (Schulthess 1993).
- Matmann AJ, 'Adoption: Suche nach leiblichen Angehörigen' (1998) 66 Zeitschrift für Zivilstandswesen 191-192.
- Özcan D, 'Evlat Edinmede Rıza' (2017) 75(2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 707-722.
- Öztan B, *Aile Hukuku* (6. Bası, Turhan 2015).
- Öztan B, *Miras Hukuku* (11. Bası, Yetkin 2020).
- Pfaffinger M, 'Von geheimen und (halb-)offenen Adoptionen' (2008) 1 FamPra.ch 1-47.
- Serozan R, *Çocuk Hukuku* (3. Bası, Vedat 2017).
- Serozan R, 'Soybağı Hukuku Üzerine Çeşitlemeler', *Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan* (Turhan 2008) 759-777.
- Serozan R, 'Yeni Medeni Kanun'un Çocuklara (Soybağına ve Çocuk Haklarına) İlişkin Düzenlemesi', *Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan C 2* (Beta 2003) 499-516.
- Serozan R ve Engin Bİ, *Miras Hukuku* (6. Baskı, Seçkin 2019).
- Sutter-Somm T ve Kobel F, *Familienrecht* (Schulthess 2009).
- Şıpka Ş ve Ergün E, 'Türk ve İsviçre Hukukunda Evlat Edinme Kurumunun Miras Hukuku ile İlişkisi' (2020) 5(1) Aurum Journal of Social Sciences 23-44.
- Şıpka Ş, '4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Evlat Edinmeye İlişkin Hükümlerinin İncelenmesi' (1999) (57)1-2 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 301-322.
- Tekinay SS, *Türk Aile Hukuku* (7. Bası, Filiz 1990).
- Werro F, 'Das Adoptionsgeheimnis-Ausgewählte Fragen' (1995) 63 Zeitschrift für Zivilstandswesen 359-372.
- Werro F, 'Einige juristische Aspekte des Adoptionsgeheimnisses' (1994) 49 Zeitschrift für Vormundchaftswesen 73-85.

- Yakut E ve Çağlayan Aygün G, ‘Osmanlı Hukukundan Günümüze Evlât Edinmenin Miras Hukukuna Dayalı Sonuçları’ (2018) (26)1 Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 11-46.
- Yalman S, ‘Evlât Edinme ve Evlatlığın Miras Hakkı’ (1996) (5)1-2 Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. M. Şakir Berki’ye Armağan) 213-224.
- Yalman S, ‘Evlât Edinmede Rıza’ (2004) (8)1-2 Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi <http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/8_5.pdf> Erişim Tarihi 19 Temmuz 2021.
- Yılmaz Z, *Evlâtlığın Yasal Mirasçılığı* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2019).
- Yürük A, ‘Evlât Edinme Hukukunun Tarihsel Gelişimi ve Yeni Türk Medeni Kanunu Öntasarısının Konuya İlişkin Hükümleri Hakkında Görüşler’ (1986) (4)1 Eskişehir Anadolu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi 339-352.



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 17.08.2021
Revizyon Talebi: 18.08.2021
Son Revizyon Tarihi: 10.01.2022
Kabul: 19.03.2022

Limited Şirket Esas Sermaye Payının Devrine İlişkin Genel Kurul Kararı ve İptal Edilebilirliği

Emine Develi Ayverdi*

Öz

Limited şirket esas sermaye payının devri, birçok bilimsel çalışmaya konu olmasının yanı sıra yargı kararlarına da sıklıkla karşımıza çıkmaktadır. Devir işlemine dair en önemli aşamalardan biri ise kuşkusuz genel kurul onayıdır. Devrin bildirim üzerine genel kurul onay veya ret yönünde karar alabilir. Genel kurulun onayıyla birlikte devir işlemi geçerlilik kazanır ve esas sermaye payı devralanın mülkiyetine geçer. Genel kurulun, devrin bildiriminden itibaren üç aylık hak düşürücü süre içinde ret kararı alması ise devir sözleşmesini kesin hükümsüz hale getirir. Genel kurul kararına kadar geçen sürede ise esas sermaye payı üzerinde ara tasarruflar gerçekleştirilebilir.

Devir için devreden ortağın iradesinin yanı sıra şirketin iradesinin de aranıyor olması, birçok husumeti gündeme getirmektedir. Bunlardan en sık karşılaşılabilecek olanı ise devrin reddine veya onayına ilişkin genel kurul kararının iptalidir.

Devrin genel kurul tarafından onaylanması veya reddedilmesi ilişkin kararların iptali davası bünyesinde, üzerinde durulması gereken sorunlar barındırmaktadır. Bilhassa devrin reddine ilişkin genel kurul kararının iptaliyle birlikte, iptali gerektiren hukuka aykırılığın niteliği elverdiği durumda olumlu kararın tespiti davası da açılabilir. Alman ve İsviçre hukuklarını takiben Türk hukukunda da uygulama alanı bulacağını düşündüğümüz bu dava sayesinde, mahkemenin ilamı ile birlikte devir sözleşmesinin hüküm ve sonuçlarını doğurması sağlanarak devreden ortağın menfaati korunabilir.

Bu çalışmada, ifade ettiğimiz sorunlara esas sermaye payının devrine ilişkin alınan genel kurul kararının hukuki niteliği ortaya konulmak suretiyle doktrindeki görüşler ve yargı kararları da ele alınarak çözüm aranmıştır.

Anahtar Kelimeler

Esas Sermaye Payı Devri, Genel Kurul Kararı, Olumlu Kararın Tespiti, Olumlu Oy Kullanma Yükümlülüğünün Aynen İfası, Ara Tasarruflar

The Resolution of the General Assembly in Limited Liability Company Share Transfer and Its Annulment

Abstract

The transfer of shares in a limited-liability company is subject to research and court rulings. Without a doubt, the general assembly's resolution is one of the most important measures. Hence, upon notification regarding the transfer agreement, the general assembly can approve or decline the transfer. With the approval, the transfer becomes valid, and ownership of the share transfers to the buyer. However, if the general assembly declines the transfer within three months after notification, the transfer agreement becomes void until the resolution of the general assembly, and the share can be subject to interim legal transactions.

Consequently, conflicts arise when the company's will is required in addition to the transferer's will. One of the most likely conflicts to arise is that over the annulment of the resolution.

Annulment cases regarding the decision of approval or rejection of the transfer have different issues to resolve; with the annulment of the resolution of rejection, the determination of an affirmative resolution can be demanded. Following

* **Sorumlu Yazar:** Emine Develi Ayverdi (Dr. Öğr. Üyesi), Sakarya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Sakarya, Türkiye. E-posta: edeveli@sakarya.edu.tr ORCID: 0000-0001-6373-3218

Atf: Develi Ayverdi E, "Limited Şirket Esas Sermaye Payının Devrine İlişkin Genel Kurul Kararı ve İptal Edilebilirliği" (2022) 80(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 81. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2022.80.1.0003>



Swiss and German law, this type of case must be acknowledged by Turkish law, and through this case, the transfer agreement can be deemed valid. This way, the interest of the transferrer will be protected.

The abovementioned issues are addressed in this study by determining the legal aspects of the resolution of the general assembly in a limited-liability company share transfer in light of doctrine and court rulings.

Keywords

Transfer of shares in a limited company, Resolution of the general assembly, Determination of affirmative resolution, Specific performance of the affirmative vote liability, Interim legal transactions

Extended Summary

When transferring the shares of a limited-liability company, the question of whether the transferee is already a partner or a third party requires several measures to be taken as set out in the Turkish Commercial Act numbered 6102, just as in its predecessor, Turkish Commercial Act numbered 6762. Among these regulations, the one that has attracted the attention of doctrine and is discussed in the rulings of the courts is the resolution of the general assembly. The approval of the transfer agreement lies in the hands of the general assembly exclusively and no other organ or person can validify the transfer.

When it comes to coining the legal definition of the resolution of the general assembly, there are numerous factors that need to be considered. The resolution of the general assembly is first the will of the company. It is an isolated legal transaction; therefore, it does not constitute integrity with transfer agreement and notarization. From another perspective, the resolution of the general assembly is a provision of applicability. Furthermore, TTK 595/II, which foresees that for the transaction agreement to be effective, the general assembly must approve the transfer, is a legal bond. However, this requirement is not obligatory.

Following the legal definition, the outcomes of the legal transaction that occurred in the interim (after the transfer agreement but before the resolution of the general assembly) should be clarified. In German law doctrine, it is said that the legal transaction approved by the general assembly first is effective and that the second conflicting transaction is treated as void. We consider this solution a sensible one and acknowledge that it can be implemented in Turkish law. However, the confiscation of the share is an exception, and the transfer cannot be executed.

The rules to be applied to the general assembly do not differ from the general rules. However, we find it necessary to highlight that the transferrer should vote positively in the general assembly. It is his/her obligation to rise from the transfer agreement. Shareholders outside the transfer agreement do not have the liability to vote positively in the general assembly. However, fidelity and good faith binds the shareholders. Apart from these principals bound by the said principles, other shareholders and transferees or transferrers can draw up a voting agreement. We consider that the

claimant of this agreement can demand a specific performance.

The transfer agreement becomes null if the transfer is rejected; therefore, it becomes impossible to fulfill. Provided that the transferrer is at fault in the rejection, it increases his/her liability. However, the approval validates the transfer agreement and the share transfers. If the general assembly does not reject the transfer within three months after notification regarding the transfer is made, approval of the transfer agreement is implied.

The general assembly is not required to justify its rejection. However, we believe that the reason for rejection should be specified in the resolution. Furthermore, good faith and equality draw the line for arbitrariness. In the event of annulment of the resolution regarding rejection, we suggest the possibility of a demand for the determination of an affirmative resolution to validate the transfer agreement. Annulment and determination of an affirmative resolution can be demanded within the same lawsuit. Thus, the outcome of not only the contradiction to the law in voting but also the contradiction to the liability of positive voting of transferrer can be resolved. The ruling validates the transfer agreement.

The resolution of approval can also be annulled; however, if, three months after notification of the transfer agreement have passed without a rejection, the transfer is considered approved by the law and thus cannot be annulled.

Limited Şirket Esas Sermaye Payının Devrine İlişkin Genel Kurul Kararı ve İptal Edilebilirliği

Giriş

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK)¹, tıpkı 6762 sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu (eTTK)'nda olduğu gibi, esas sermaye payı devrini, devir ister ortaklar arasında olsun ister üçüncü kişiye olsun, belirli kurallara tabi kılmıştır. Bu kurallar içerisinde, hem doktrinin ilgisini en çok çeken hem de yargı kararlarında en sık karşılaşılan husus ise esas sermaye payı devrinde alınan genel kurul kararı olmuştur.

Kanun koyucu TTK'da, esas sermaye payı devrinde aranan genel kurul onayına ilişkin eski düzenlemeden ayrılmış ve devir için muhakkak genel kurul onayını arayan eTTK 520/II hükmünün aksine, genel kurul onayı şartının şirket sözleşmesiyle kaldırılabilmesini öngörmüştür. Bu değişiklik sayesinde esas sermaye payı devrinde genel kurul onayı, emredici bir düzenleme olmaktan çıkarılmıştır. Bu düzenlemeyle birlikte, genel kurul onayında eTTK 520/II'nin öngördüğü ağırlaştırılmış nisap (ortaklardan en az dörtte üçünün devre muvafakat etmesi ve bunların esas sermayesinin en az dörtte üçüne sahip olması) yerine basit nisap aranmış olması (TTK 620), esas sermaye payının devrinde kolaylık sağlama amacının güdüldüğünü açıkça ortaya koymaktadır. Son olarak, TTK 593/II'de tanınan esas sermaye payının nama yazılı senede bağlanabilmesi imkânı da yer verilen düzenlemelerle ele alındığında, kanun koyucunun limited şirketin şahıs şirketi olma özelliğini vurgulayan eski yaklaşım yerine, ortaklara şirketi diledikleri noktada konumlandırabilme şansını tanıdığı görülmektedir. Zira ortaklar dilerse hem esas sermaye payı devrinde genel kurul onayı şartını kaldırabilecek hem de esas sermaye payını nama yazılı senede bağlamak suretiyle devir işlemi için senet zilyetliğinin teslimini zorunlu kılacaklardır.

Esas sermaye payı devrini, şirket sözleşmesiyle aksi öngörülmedikçe genel kurul onayına tabi kılan TTK 595/II düzenlemesinin ardından, devrin sürüncemede bırakılması suretiyle tarafların zarara uğratılmaları ihtimali TTK 595/VII hükmüyle

¹ Türk Ticaret Kanunu, Kanun Numarası:6102, Kabul Tarihi:13.01.2011, RG 14.02.2011/27846.

önlenmiştir². Bu düzenleme gereğince, devri kabul etmek istemeyen genel kurul, devrin şirkete bildirilmesinden³ itibaren üç aylık hak düşürücü süre içerisinde ret kararı almak zorundadır⁴. Üç aylık süre hak düşürücü nitelikte⁵ olup bildirim şirketin yetki alanına ulaşması anında işlemeye başlar⁶. Üç aylık ret süresi içerisinde geçerli bir ret kararı alınmadığı takdirde, devir işlemi hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlar. İlgili düzenlemenin mehazını teşkil eden İsviçre hukukunda OR Art. 787’de bu süre altı ay olarak belirlenmiş olsa da kanaatimizce bu süre ihtiyaç duyulandan daha uzundur. Nitekim çoğunlukla az ortaklı olan limited şirketin -sirküler yöntemiyle karar almasına da imkân tanınması karşısında- daha hızlı genel kurul kararı alabilmesi mümkündür. Kanaatimizce TTK 595/VII hükmüyle hem devir taraflarının menfaati korunmuş hem de şirkete gerekli incelemeyi yapıp karar alması için yeterli süre tanınmıştır.

Limited şirkette genel kurulun devredilemez yetkileri TTK 616 hükmünde sayılmıştır. Hükmün birinci fıkrasının g bendinde “*Esas sermaye paylarının devirlerinin onaylanması*” da devredilemeyen yetkiler arasında zikredilmiştir. Dolayısıyla, devre ilişkin onay veya ret kararı alma yetkisi başka bir organa veya

² Esas sermaye payının nama yazılı senede bağlanabilmesi olanağı karşısında, bu senetlerin kıymetli evrak niteliğini haiz olup olmadığı doktrinde tartışma konusu olmuştur. Esas sermaye payının bağlandığı nama yazılı senedin kıymetli evrak niteliğinde olmadığını savunan yazarların en önemli gerekçesi, esas sermaye payının devredilebilmesi için devir sözleşmesinin noter onaylı olması zorunluluğunun korunmuş olmasıdır. Bu yöndeki görüşler için bkz Şükrü Yıldız, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku* (Arıkan Basım Yayın 2007) 133- 134; Ali Bozer ve Celal Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku* (Güncellenmiş ve Genişletilmiş 8. Bası, BTHAE 2020) 7; Hasan Pulaşlı, *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları* (8. Bası, Adalet Yayınevi 2020) § 2, Nr. 6; Hüseyin Ülgen, Mehmet Helvacı, Arslan Kaya ve N. Fusun Nomer-Ertan, *Kıymetli Evrak Hukuku Yeni Türk Ticaret Kanunu’na, Yeni Çek Kanunu’na ve Yeni Sermaye Piyasası Kanunu’na Göre* (11. Bası, On İki Levha Yayınları 2019) 24; Fırat Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku* (Güncelleştirilmiş 24. Bası, Yetkin Yayınları 2020) 33; Nihat Taşdelen, *Limited Ortaklıklarda Çıkma Çıkarılma ve Fesih* (Yetkin Yayınları 2012) 102. Esas sermaye payının bağlandığı nama yazılı senedin kıymetli evrak niteliğinde olduğu görüşünde olan yazarlar için bkz Ünal Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku* (4. Bası, Vedat Kitapçılık 2015) Nr 21-11; Reha Poroy, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II* (14. Bası, Vedat Kitapçılık 2019) Nr 1665c; Murat Alışkan, *Limited Şirket (Tarihçe Niteliği)* (Legal Kitabevi 2013) 157; Abuzer Kendigelen, *Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler* (Güncellenmiş 2. Basıdan 3. (Tıpkı) Bası, On İki Levha Yayınları 2016) 498- 499; Hanife Doğrusöz-Koşut, ‘Limited Şirkette Nama Yazılı Senede Bağlanmış Esas Sermaye Payının Devir Şartları’ (2017) 22 (1) MÜHF-HAD 365, 370.

TTK 595/VII hükmünün devrin sürüncemede bırakılmasını engellediği yönündeki açıklamalar için bkz TTK 595 Madde Gerekçesi; Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi C. III* (3. Bası, Adalet Yayınevi 2018) § 69 N 47; Mehmet Bahtiyar, *Ortaklıklar Hukuku* (Güncellenmiş 14. Bası, Beta Basım Yayın 2020) 459; Kendigelen (n 2) 501; Işık Özer, ‘Yargıtay Kararları Işığında Limited Şirketlerde Payın Devri ve Payın Hukuki Niteliği’ *Prof. Dr. Ersin Çamoğlu’na Saygı Günü – Şirketler Hukukunun Güncel Sorunları Sempozyumu 30 Ekim 2017* (Seçkin Yayıncılık 2019) 175, 185. Esas sermaye payında genel kurul onayının açıkça düzenlenmediği Alman hukukunda, devrin bağlanabileceği diğer şartlar çerçevesinde genel kurul onayının aranabileceği ifade edilmektedir. Ancak bu halde devrin sürüncemede bırakılmasının önüne geçilmesi için ret için bir süre düzenlenmemiştir. Bu nedenle Alman doktrininde devreden bir eda davasıyla onay talep edilebileceği savunulmaktadır.

³ TTK 595/VII hükmünde “başvuru”, hükmün mehazını teşkil eden OR Art 787/II’de ise talep, istem, istek, dilekçe anlamlarını karşılayan “*das Gesuch*” ifadesi kullanılmıştır.

⁴ Üç aylık süre TTK 494/III’te anonim şirketin borsaya kote olmayan bağlı nama yazılı payları için verilecek genel kurul onayı için öngörülen süreyle uyumludur.

⁵ Bu sürenin hak düşürücü süreyle benzerlik gösterdiği yönünde bkz Halit Aker, ‘Anonim ve Limited Şirketlerde Ortaklık Sifatının Sona Ermesi ve Özellikle Haklı Sebep Fesih Davasına İlişkin Bazı Değerlendirmeler’ (2016) 32 (1) BATİDER 63, 67 dn 8. TTK 596/II hükmünde yer alan ve esas sermaye payının miras, eşler arasındaki mal rejimi ve icra yoluyla geçişinde şirketin iktisabı reddi için öngörülen üç aylık sürenin hak düşürücü süre niteliğinde olduğu yönünde bkz Şükrü Yıldız, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku* (Arıkan Basım Yayın 2007) 146; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, (n 2) N 1673b; Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar* (6. Bası, Adalet Yayınevi 2020) § 36, Nr 55.

⁶ Oruç Hami Şener, *Limited Ortaklıklar Hukuku* (Seçkin Yayıncılık 2018) 308; İsviçre hukukunda Hans Rudolf Trübep iç Marc Amstutz, Peter Breitschmid, Andreas Furrer, Daniel Girsberger, Claire Huguenin, Markus Müller-Chen, Vito Roberto, Alexandra Rumo-Jungo ve Anton K Schnyder (edr), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, (Schulthess Verlag 2007) Art 787, Nr 3.

kişiye devredilemez⁷. Bu düzenleme hasebiyle, şirket sözleşmesinde bu yetkiyi başka organ veya kişilere bırakan hükümler kesin hükümsüz olacaktır; onayın yetkisiz kişiler tarafından verilmesi halinde bu onay hukukî bir sonuç meydana getirmeyecektir⁸. Esas sermaye payı devrine ilişkin TTK 595 hükmünün mehazını teşkil eden İsviçre hukukunda da benzer bir düzenlemeye yer verilmiş ve OR 786/I düzenlemesiyle aranan genel kurul onayının genel kurulun devredilemez yetkilerinden olduğu OR 804/II-8 hükmünde açıkça ifade edilmiştir, her iki düzenlemenin gerekçelerinde de bu husus vurgulanmıştır⁹. Bu noktada vurgulanması gereken en önemli hususlardan biri, iki ortaklı limited şirkette bir ortağın esas sermaye payını diğer ortağa devretmesinde veya tüm ortakların devir işlemine katılmaları halinde yukarıda ifade edilen amacın hasıl olduğu gerekçesiyle genel kurul onayına gerek olmadığı düşüncesinin yerinde olmadığıdır. Eş deyişle, tüm ortaklar esas sermaye payı devrine katılsa dahi, devrin hüküm doğurabilmesi için genel kurul onayı alınması şarttır¹⁰.

Esas sermaye payı devrinin onaylanması sürecine şirket müdürlerinin de dahil olacağı açıktır. Nitekim devir bildirimini şirkete ulaştıktan sonra devir sözleşmesi müdürler tarafından incelenecek ve genel kurul toplantıya çağırılacaktır. Şirket

⁷ Yıldız (n 2) 203; eTTK döneminde aynı yönde bkz Ahmet Türk, 'Limited Şirkette Ortaklık Payının Devri' (1999) 78 Yaklaşım Dergisi 106, 109.

⁸ Halil Arslanlı, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi, İkinci Kitap- Yedinci Fasıl, Limited Şirketler (Madde 503-556), İkinci Kısım (Limited Şirketler (m.518-535))* (Fakülteler Matbaası 1963) 172; Halil Arslanlı ve Hayri Domanıç, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C.III, Limited Şirketler Hukuku Ve Uygulaması, Hisseli Komandit Şirketler (1989) 246*; Ömer Teoman, '82- Limited Ortaklık Payının Devri', *Yaşayan Ticaret Hukuku, C. I: Hukukî Mütalâalar, Kitap: 8: 1997* (BTHAE 1998) 121; Ertan Demirkapı, *Türk Ticaret Kanunu Ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Ortaklıkta Payın Devri* (Güncel Hukuk Yayınları 2008) 315. Esas sermaye payı devrinin kanun koyucu tarafından genel kurul onayına tabi kılınmadığı Alman hukukunda ise şirket sözleşmesiyle bu yönde bir düzenlemeye yer verilebileceği kabul edilmektedir. Jochem Reichert ve Mark Philippe Weller iç Holger Fleischer ve Wulf Goette (edr) *Münchener Kommentar Zum Gesetz Betreffend Die Gesellschaften Mit Beschränkter Haftung (GmbHG)* (2. Bası, C H Beck 2015) § 15 Rn 398; Walter Bayer iç Marcus Lutter, Peter Hommelhof ve Detlef Kleindiek (edr), *GmbH-Gesetz* (19. Bası, Otto Schmidt Verlag 2016) § 15 Rn 85; Frank Ebbing iç Lutz Michalski ve diğerleri (edr), *Kommentar Zum GmbH-Gesetz* (3. Bası, C H Beck 2017) § 15 Rn 139; Halger Altmeppen ve Günter H. Roth, *Gesetz Betreffend Die Gesellschaften Mit Beschränkter Haftung* (9. Bası, C H Beck 2019) § 15 Rn 100, 107; Thomas Raiser ve Rüdiger Veil, *Recht Der Kapitalgesellschaften* (6. Bası, Vahlen 2015) § 40 Rn 16; Jasper Ute iç Hans-Joachim Priester, Dieter Mayer ve Hartmut Wicke (edr), *Münchener Handbuch Des Gesellschaftsrechts, Band:3: Gesellschaft Mit Beschränkter Haftung* (5. Bası, C H Beck 2018) § 24 Rn 187; Thomas Buß iç Armin Schwardtfefer (ed), *Gesellschaftsrecht Kommentar* (3. Bası, Carl Heymanns 2015) § 15 Nr 32.

Onay yetkisinin şirket sözleşmesiyle genel kurula bırakılmış olduğu takdirde, başka kişilerin devre ilişkin onay veya ret yönündeki kararlarının devir sözleşmesini etkilemeyeceği, başka bir ifadeyle bu kararın hukuki sonuç doğurmayacağı kabul edilmektedir. bkz Reichert ve Philippe (n 8) § 15 Rn 423; Ebbing (n 8) § 15 Rn 148.

⁹ Botschaft, s. 3205, 3186. Aynı yönde açıklama için bkz Rino Siffert, Pascal Marc ve Martin Petrin, *GmbH-Recht Revidiertes Recht Der Gesellschaft Mit Beschränkter Haftung (Art 772-827 OR), SHK- Stämpflis Handkommentar* (Stämpfli Verlag AG 2008) Art 786 Nr 6.

¹⁰ Yargıtay'ın bu yönde yorumlanabilecek bir kararında aynen şu ifadeler yer almaktadır: "Davacının, diğer ortak olan R.. 'ye hissesini noterden 18/03/2014 tarihinde devrettiği, devrin tescili için davalı şirkete noterden gönderdiği ihtarnamenin 04.08.2015 tarihinde tebliğ edildiği anlaşılmaktadır. 6102 sayılı TTK'nın 595/son fıkrasına göre hisse devrinin tescili için yapılan başvuru, şirket genel kurulu tarafından 3 ay içerisinde red edilmediği takdirde onay vermiş sayılır. Bu hüküm doğrultusunda hisse devrinin onay tarihinden itibaren şirkete karşı geçerli hale geleceği ve onay tarihi itibarıyla ortaklık devrinin gerçekleştiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle genel kurulca 04/11/2015 tarihinde gerçekleştiğine karar verilmesi gerekirken 18/03/2014 tarihli devir sözleşmesi tarihinden itibaren devrin gerçekleştiğine karar verilmesi doğru görülmemiş, hükmün açıklanan bu sebeple bozulması gerekmiş ise de..." Yargıtay 11 HD, 10438/ 2765, 16.4.2018. Oruç Hami Şener, *Yeni TTK Döneminde Anonim ve Limited Ortaklıklara İlişkin Verilen Yargıtay Emsal Kararlarının Değerlendirilmesi* (2. Bası, Seçkin Yayıncılık 2020) 627. Yargıtay'ın aksı yöndeki kararı için bkz Yargıtay 11 HD, 8782/ 5877, 30.10.2017. Bu kararda Yargıtay, devir işleminin bir tarafında şirketin iki ortağı diğer tarafında ise üçüncü ortağın bulunduğu takdirde genel kurul onayı aranmayacağına hükmetmiştir. Karar metni için bkz Abuzer Kendigelen ve Diğerleri, *Yargıtay ve Hukuk Ceza Dairelerinin Türk Ticaret Kanunu'na İlişkin Kararları 2017* (On İki Levha Yayıncılık 2018) 281.

sözleşmesiyle esas sermaye payı devrinin reddi için öngörülen haklı sebebin mevcut olduğu halde dahi, devre ilişkin bildirim alan müdürlerin haklı sebebin mevcudiyetini tespit ederek kendiliğinden ret kararı vermesi de mümkün değildir. Nitekim genel kurul, şirket sözleşmesinde gösterilen sebep mevcut olmasına rağmen devre onay verebilir ve esas sözleşmeye aykırılık teşkil eden bu karar aleyhine üç ay içerisinde iptal davası açılmazsa, iptal edilebilirlik müeyyidesinden kurtulur.

Genel kurulun devredilemez yetkilerinden olduğunu ifade ettiğimiz bu onama, özünde bir genel kurul kararıdır. Dolayısıyla bu kararın geçersizliği, diğer genel kurul kararlarında olduğu gibi, gündeme gelebilir. Geçersizlik halleri, tüm genel kurul kararları için cari olan haller dışında devre özgü birtakım durumlardan da kaynaklanabilir. Genel kurul kararını geçersiz kılan hallerin mevcudiyeti hasebiyle mahkeme tarafından kararın iptal edilmesi, devir sözleşmesi açısından ayrıca inceleme konusu yapılmalıdır. Zira, genel kurul onayına kadar askıda olan devir sözleşmesi, onayla birlikte hüküm ifade etmeye başlar. Ardından bu kararın iptal edilmesi halinde ise iptale ilişkin mahkeme kararı geçmişe etkili olup, devrin tüm hukuki sonuçlarını ortadan kaldırır. Bu durumda tarafların hukuki konumlarına ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. Devrin reddedilmesi halinde ret kararının geçersizliği ise bir önerinin reddine ilişkin olumsuz kararın iptali anlamına geleceğinden, tarafların menfaatlerinin korunması çerçevesinde ayrıca ele alınmalıdır.

Devre ilişkin aranan genel kurul onayı şartının hukuki niteliğinin ortaya açıklanması¹¹, yukarıda ortaya koymaya çalıştığımız sorunların çözümü için elzemdir. Zira bu sayede, devir sözleşmesi genel kurulca onaylanıncaya kadar geçen sürede devre konu esas sermaye payı üzerinde gerçekleştirilebilecek hukuki işlemlerin, bir diğer ifadeyle ara tasarrufların akıbeti doğru bir şekilde tespit edilebilir. Aynı şekilde, onay veya redde ilişkin genel kurul kararının mahkeme tarafından iptal edilmesinin devir sözleşmesini nasıl etkileyeceği de doğru bir şekilde değerlendirilebilir. Bu sorulara cevap verilmesi amacıyla, öncelikle genel kurul kararının hukuki niteliği açıklanarak genel kurul kararının alınmasına ilişkin genel esaslara yer verilecek, ardından gündeme gelebilecek sorunlara tek tek değinilecektir.

I. Genel Kurul Kararının Hukukî Niteliği

Esas sermaye payı devrinde aranan genel kurul onayıyla, şirketin devri onaylama yönündeki iradesi tecelli eder¹². Dolayısıyla devrin onaylanmasına yönelik genel kurul kararının en önemli niteliği şirketin iradesini teşkil etmesidir.

¹¹ TTK 595 hükmünün gerekçesinde, genel kurul onayının niteliğine ilişkin olarak yalnızca onaya kadar geçen sürede devir işleminin askıda hükümsüz olduğu ibaresi yer almaktadır.

¹² Genel kurul kararlarının hukukî niteliğinde ilişkin açıklamalar için bkz Yahya Deryal, 'Anonim Ortaklık Genel Kurul Kararlarının Hukukî Niteliği', *Prof. Dr. Fahiman Tekil'in Anısına* (Beta Yayıncılık 2003) 380.

Devir sözleşmesindeki imzaların noter tarafından onaylanmasından sonra alınacak genel kurul kararı, devir sözleşmesinin akdedilmesi ve noterce onaylanması işlemlerinden ayrı, münferit bir hukukî işlemdir. Bir diğer ifadeyle genel kurul onayı, esas sermaye payının devrine ilişkin tasarruf işlemlerinin bir parçası değildir. Öyle ki bu hukukî işlemin varlığı, şirketin tüm ortaklarının devre taraf olması halinde dahi aranır. Örneğin iki ortaklı bir limited şirkette, bir ortağın kendine ait esas sermaye payını aynı şirkette ortak olan birine devretmek istemesi durumunda da devrin onaylanmasına ilişkin bir genel kurul kararı alınması zorunludur¹³. Devrin taraflarının, devre onay verecek genel kurulu oluşturduğundan bahisle bir genel kurul kararına gerek olmadığı düşüncesi isabetsiz olacaktır¹⁴.

Başka bir açıdan genel kurul onayı, bir uygulanabilirlik şartıdır. Uygulanabilirlik şartı, doktrinde, hukuki işlemin istenen sonucu doğurmasını sağlayan bir tamamlayıcı unsur olarak nitelendirilir ve örnek olarak hukuki işlemin onanması gösterilir¹⁵. Her ne kadar TTK 595/II düzenlemesinin devrin onayla geçerli olacağı yönündeki lafzı, genel kurul onayının bir “geçerlilik şartı”¹⁶ olduğu izlenimini doğursa da aslında devir işleminin istenen sonucu doğurması için aranan bir tamamlayıcı unsur söz konusudur. Bu yönüyle devre verilecek genel kurul onayı, genel kurulun birtakim kararlarını imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu (İPSÖK)nun onayına tabi kılan TTK 454 hükmü ile benzerlik arz eder¹⁷. Her iki halde de onaya kadar geçen sürede gerçekleştirilen hukukî işlem askıda hükümsüzdür.

¹³ Ersin Çamoğlu, *Limited Ortaklıklar Hukukunun Temel İlkeleri* (Vedat Kitapçılık 2020) Nr 52. Yargıtay’ın bu yönde yorumlanabilecek bir kararında şu ifadelere yer verilmiştir: “Davacının, diğer ortak olan R..’ye hissesini noterden 18/03/2014 tarihinde devrettiği, devrin tescili için davalı şirkete noterden gönderdiği ihtarnamenin 04.08.2015 tarihinde tebliğ edildiği anlaşılmaktadır. 6102 sayılı TTK’nın 595/son fıkrasına göre hisse devrinin tescili için yapılan başvuru, şirket genel kurulu tarafından 3 ay içerisinde red edilmediği takdirde onay vermiş sayılır. Bu hüküm doğrultusunda hisse devrinin onay tarihinden itibaren şirkete karşı geçerli hale geleceği ve onay tarihi itibarıyla ortaklık devrinin gerçekleştiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle genel kurulca 04/11/2015 tarihinde gerçekleştiğine karar verilmesi gerekirken 18/03/2014 tarihli devir sözleşmesi tarihinden itibaren devrin gerçekleştiğine karar verilmesi doğru görülmemiş, hükmün açıklanan bu sebeple bozulması gerekmiş ise de...” Yargıtay 11 HD, 10438/ 2765, 16.4.2018 (Karar metni için bkz Şener (n 10) 627).

¹⁴ Esas sermaye payı devrinde devir işleminin bir tarafında şirketin iki ortağı diğer tarafında ise üçüncü ortağın bulunduğu uyumsuzlukta Yargıtay, genel kurulun devre onay vermiş sayılacağını ifade etmiştir. Yargıtay 11 HD, 8782/5877, 30.10.2017 (Karar için bkz Kendigelen (n 10) 281).

¹⁵ Nedim Peter Vogt, *Die Zustimmung Des Dritten Zum Rechtsgeschäft: Einwilligung, Ermächtigung, Genehmigung und Vollmacht im Schweizerischen Privatrecht* (Schulthess Verlag 1982) 15, 27; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (25. Bası, Yetkin Yayınları 2020) 128 Nr 337; Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.1* (18. Bası, Vedat Kitapçılık 2020) 189 Nr 556; Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. V/ 1,1* (2. Bası, Seçkin Yayıncılık 2019) 157 N 535.

¹⁶ Kurucu unsurlar dışında kalan ve hukuki işlemin geçerlilik kazanması, geçerli sonuç doğurması için öngörülen şartlar olarak tanımlanabilen geçerlilik şartlarına örnek olarak fiil ehliyeti, şekil şartı, sözleşmenin içeriğinin mümkün olması ve resmi bir makamın işleme katılması gösterilebilir. Devrin onaylanması ise bu çerçevede değerlendirilemez.

¹⁷ İPSÖK onayını uygulanabilirlik şartı olarak nitelendiren hakim görüş için bkz Abuzer Kendigelen, ‘Anonim Ortaklıkta İmtiyazlı Paylara İlişkin Değişiklik Önerileri’, *Prof. Dr. Fahman Tekil’e Armağan* (Beta Yayıncılık 2003) 321, 321; Bahtiyar (n 2) 156; Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi C. II* (3. Bası, Adalet Yayınevi 2018) § 41, N 164; Erdoğan Moroğlu, *Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü* (9. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2020) 208; Güzin Üçişik ve Aydın Çelik, *Anonim Ortaklıklar Hukuku C. I* (Adalet Yayınevi 2013) 226; Betül Aktaş, *İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu* (On İki Levha Yayıncılık 2019) 240 vd.; Yargıtay 11 HD, 2581/ 5385, 30.5.2002; Yargıtay 11 HD, 13857/ 10355, 28.10.2004 (Karar için bkz Erdoğan Moroğlu ve Abuzer Kendigelen, *İçtihatlı-Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat* (10 Bası, On İki Levha Yayıncılık 2014) 359, 360). Farklı yönde bkz Reha Poroy, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku* (11. Bası, Vedat Kitapçılık 2009) N 807; Fatih Arıcı, ‘İmtiyazlı Paylar’ iç Arslan Kaya ve diğerleri (edr), *‘Yürürlüğünün 7. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu -III- (Tebliğler ve Tartışmalar) 18 Ekim 2019* (On İki Levha Yayıncılık 2020) 183 ff.

Esas sermaye payının devrinde tasarruf işlemleri dışında, şirket tarafından ek bir adım daha atılmasını öngören ve devrin hüküm ve sonuç doğurmasını genel kurul onayına bağlayan TTK 595/II hükmü, bu yönüyle bağlam teşkil etmektedir. Nitekim, payın devrini sınırlandıran, belirli şartlara bağlayan ya da tamamen yasaklayan düzenlemeler, bağlam hükmü olarak ifade edilir¹⁸. Kanun koyucu, şirket sözleşmesinde yer alacak bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmadan genel kurulun devri reddetmesine imkân tanımıştır. Bu düzenleme ışığında, esas sermaye payı devrinde genel kurul onayı şartının kanunî bağlam olduğu kabul edilmelidir¹⁹. Bununla birlikte, bu düzenleme emredici nitelikte değildir²⁰.

Esas sermaye payının devrine ilişkin bu bağlam, kanun koyucu tarafından düzenlendiği için bir hukukî koşul²¹ teşkil etmektedir²². Bu nitelendirmenin önemi ise devre onay verilmesi halinde bu onayın geçmişe dönük etki doğurmasıdır. Bu tespit, devre verilecek genel kurul onayının TBK 170 vd. hükümleri çerçevesinde

¹⁸ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 2) N. 1145; Hasan Pulaşlı, *Bağlı Nama Yazılı Pay Senetleri* (Dayınlarlı Yayıncılık 1992) 111 vd.

¹⁹ Aynı yönde bkz Şener (n 6) 306; Yıldız (n 2) 141; Türk (n 7) 108-109; Pulaşlı (n 2) § 69, Nr 31; Hanife Doğrusöz-Koşut, *Limited Şirkette Oy Hakkı* (Vedat Kitapçılık 2021) 247; H. Ali Dural, 'Limited Şirket Esas Sermaye Payının Miras, Eşler Arası Mal Rejimi ve İcra Yoluyla Edinilmesine İlişkin TTK m. 596 Düzenlemesi Üzerine Düşünceler ve Eleştiriler' (2018) 6 (1) KHÜHFD 111, 112; Özer (n 2) 182. Özer, aynı görüşü kabul eden yazarlara yaptığı atıfta Biçer/ Hamamcioğlu'nun ortak eserini göstermişse de yazarlar eserde bu yöndeki hükmü sadece bağlam olarak nitelendirmektedirler. Bkz Levent Biçer ve Esra Hamamcioğlu, 'Limited Ortaklıkta Esas Sermaye Payının Rehni' (2013) 1 (2) KHÜHFD 59, 81.

İsviçre hukukunda "kanunî bağlam" olduğu yönünde bkz Martin Nussbaum, Reto Sanwald ve Markus Scheidegger, *Kurzkommentar zum neuen GmbH-Recht* (Cosmos Verlag 2007) Art 786 Nr 3; Trüeb (n 6) Art 786, Nr 1; Christoph Feuz, *Das mitgliedschaftliche Treuepflichtregime der GmbH* (Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Band 340) (Dike Verlag AG 2017) 56 N 66. Lukas Handschin, 'Gesellschaftsanteile und Gesellschafterversammlung – die Willensbildung in der GmbH- die Konzernlietung der GmbH' iç Peter Böckli ve Peter Forstmoser (edr), *Das neue Recht der Schweizer GmbH-Recht* (Schulthess Juristische Medien AG 2006) 79.

Pulaşlı'ya göre kanunî bağlam kavramı, ayrıca bir esas sözleşme hükmü gerekmeksizin şirketin devri kabulden kaçınılabileceği halleri karşılamaktadır. Pulaşlı (n 18) 120 vd. Aynı yönde Ünal Tekinalp, *Anonim Ortaklıkta Yeni Bağlam Sisteminin Esasları Pay Deferi Hukuku ile* (Vedat Kitapçılık 2012) N 3-01. Anonim şirket bağlı nama yazılı payların devri açısından kanunî bağlam- iradî bağlam ayrımı, bağlamın amacı açısından yapılmıştır. Akın'a göre, kanunî bağlam hükümleri sermaye taahhüdünün yerine getirilmesini temin ederek şirketin alacaklılarını korurken, sözleşmesel bağlam hükümleri ortak çevresinin ve bu sayede şirketin menfaatinin korunmasına yöneliktir. Anonim şirkete kanun koyucu tarafından tanınan ve esas sözleşmede ayrıca öngörülmesi gerekmeyen kaçış klozu kullanılması imkânı ve yediemin sıfatıyla hisseye malik olduğu halde onay verilmemesinin de amacı ortak çevresini korumak olduğu için -esas sözleşmede yer almamalarına rağmen- sözleşmesel bağlam teşkil eder. Murat Yusuf Akın, *Anonim Ortaklıkta Bağlı Nama Yazılı Hisseler* (Vedat Kitapçılık 2014) 169, 170. Benzer bir ayrım limited şirketler açısından da yapılabilir. Zira TTK'da 6335 sayılı Kanunla yapılan değişiklik ile limited şirketlerde sermaye borcunun ödenmesi açısından anonim şirketler ile aynı kural kabul edilmiştir. Ardından ilgili düzenlemelerde 7099 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonrası, teselden önce nakit sermaye ödeme zorunluluğu tamamen kaldırılmıştır. Dolayısıyla esas sermaye payı devrinde devralanın ödeme kabiliyetinin bulunup bulunmadığının araştırılmasında şirketin menfaati vardır. Bu değişiklik nedeniyle, devralanın ödeme gücünün şüpheli görülmesi halinde teminat istenebileceğine ilişkin TTK 595/VI düzenlemesinin yalnızca ek ödeme ve yan edim yükümlülüklerinin öngörüldüğü hallerde hasredilmemesi gerekir. İlk yirmi dört ay boyunca sermaye taahhütlerinin ödenmemesi halinde limited şirket ortağının oy hakkının bulunmayacağı yönünde bkz Hakan Bilgeç, '7099 sayılı Kanun ile Yapılan Limited Şirkette Nakdi Sermaye Payının Ödenmesine İlişkin Değişikliğin Ortakların Oy ve Kâr Payı Hakları Üzerindeki Etkileri' (2019) (143) TBBD 235, 243.

²⁰ TTK 595 hükmü ile benzer bir düzen öngörülen İsviçre hukukunda aynı yönde açıklamalar için bkz Siffert, Fischer ve Petrin (n 9) Art 786 Nr 4; Botschaft 3185 ff.

²¹ Hukukî koşula ilişkin açıklamalar için bkz Haluk Nami Nomer, *Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Hukukî Sonuçları* (Beta Yayıncılık 2002) 97. Kanun tarafından öngörülen koşulların hukukî koşul olduğu yönünde bkz Kemal Tahir Gürsoy, 'Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyet' (1954) 11 (1-2) AÜHFD 371, 402 ff; Hasan Pulaşlı, *Şarta Bağlı İşlemler ve Hukukî Sonuçları* (Dayınlarlı Yayınları 1989) 83 vd.; Lale Sirmen, *Türk Özel Hukukunda Şart* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1992) 84 vd.; Turgut Akıntürk, 'Şart ve Mükellefiyet Kavramları Üzerine Bir İnceleme' (1970) 27 (3) AÜHFD 219, 227; Eren (n 15) 1291 Nr 3622; Nomer (n 21) 96.

²² Özer (n 2)182; eTTK döneminde Demirkapı (n 8) 311 vd.

geciktirici koşul olarak nitelendirilmesine de engeldir²³. Zira geciktirici koşul, etkisini ileriye dönük olarak doğurmaktadır. Ancak önemle ifade etmeliyiz ki, hukuki koşulun geçmişe etkili olması, hukuki işlemin hüküm doğurduğu anı belirlememekte; tarafların onaydan önce dahi borcun gereği gibi ifasını engelleyecek hareketlerden kaçınmaları gerektiğini ifade etmektedir²⁴. Bu esas, devir işlemine genel kurul tarafından onay verilmesi halinde, devrin genel kurul karar tarihinde hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlaması sonucuna yol açar²⁵. Ayrıca genel kurul onayı, Türk-İsviçre hukuklarının aksine Alman hukukunda BGB § 182- 185 hükümlerinde açıkça düzenlenmiş olan hukukî işlemin onanması olarak nitelendirilebilir²⁶. Genel kurul onayı bu açıdan, yasal temsilcinin sınırlı ehliyetsizin gerçekleştirdiği işleme onay vermesi ve yetkisiz temsilde temsil olunanın temsilcinin işlemine onay vermesi halleriyle benzerlik gösterir²⁷. Bu çerçevede, henüz onay verilmediği aşamada devir işlemi askıda hükümsüzken onay verilmeyeceğinin kesinleşmesi halinde devir kesin hükümsüz olur.

II. Ara Tasarruflar

Limited şirket esas sermaye payının devrine ilişkin sözleşme, daha önce ifade edildiği üzere, genel kurul tarafından onaylanıncaya kadar askıda hükümsüzdür. Dolayısıyla, devir sözleşmesindeki imzaların noter tarafından onaylanmasından genel kurul onayına kadar geçen sürede, esas sermaye payı henüz devralanın mülkiyetine geçmemiştir. Bu nedenle, bu ara dönemde devre konu esas sermaye payının devrine ilişkin bir ikinci devir sözleşmesi akdedilmesi yahut esas sermaye payı üzerinde sınırlı aynî hak tesis edilmesi söz konusu olabilir. Bu halde hangi devir işleminin hüküm doğuracağı yahut esas sermaye payının sınırlı aynî hakla yüklü olarak mı yoksa bu haktan arı mi devrolunacağı hususlarının çözüme kavuşturulması gerekmektedir.

²³ Geciktirici koşulun ileriye dönük etkisine ilişkin olarak bkz Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.II* (15. Bası, Vedat Kitapçılık 2020) 521 Nr 1514; Eren (n 15) 1306 Nr 3668. Tarafların geciktirici koşulda geçmişe etkiyi kabul etmesi halinde ise bu anlaşma koşul gerçekleşinceye kadar geçen sürede doğan faydaların kime ait olduğunu tespiti yarayacaktır. Nomer (n 21) 85.

²⁴ Nomer (n 21) 103.

²⁵ Alman hukukunda esas sermaye payı devrinin genel kurul tarafından onaylanması halinde, devir sözleşmesinin akdedilme tarihinden itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlayacağı ifade edilmektedir. Esas sermaye payı devrinde genel kurul onayı için bkz Reichert ve Weller (n 8) § 15 Rn 404; Bayer (n 8) § 15 Rn 88; Harald Bartl ve Angela Bartl, *GmbH-Recht Heidelberger Kommentar (HK- GmbH-Recht)* iç Harald Bartl, Angela Bartl Helmar Fichtelmann, Detlef Koch, Ebelhard Schlarb ve Michaela C Schmitt (edr) (8. Bası, C.F. Müller 2019) § 15 Rn 10; Stephan Brandes, *GmbHG- Kommentar zum GmbH-Gesetz* iç Reinhard Bork ve Carsten Schäfer (edr) (3. Bası, De Gruyter 2015) § 15 Rn 15; Dirk A Verse, *Gesellschaftsrecht* iç Martin Henssler ve Lutz Strohn (3. Bası, C. H. Beck 2016) § 15 Rn 95; Ebbing (n 8) § 15 Rn 156. Alman hukukunda bu görüşün temeli, hukuki işlemlerde icazeti konu alan BGB § 184 hükmüdür.

²⁶ Vogt, esas sermaye payı devrinde aranan genel kurul onayını, “*dolaylı menfaat katılımı nedeniyle aranan onay*” (“Zustimmung kraft mittelbarer Interessenbeteiligung”) olarak nitelendirmiştir. Vogt (n 15) 51.

²⁷ Yetkisiz temsil açısından TBK 46/II ve Oğuzman ve Öz (n 15) 257 Nr 761; Antalya (n 15) § 21 N 2920; sınırlı ehliyetsiz açısından TMK 451/II ve Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku* (19. Bası, Filiz Kitabevi 2020) 103 Nr 314; Mustafa Dural ve Tufan Öğüz, *Türk Özel Hukuku, C.II, Kişiler Hukuku* (21. Baskı, Filiz Kitabevi 2020) 89 Nr 457.

Genel kurul onayı alınıncaya kadar askıda hükümsüz olan devir sözleşmesi, hukuki koşul teşkil ettiğini ifade ettiğimiz onayla birlikte hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlar²⁸. Her ne kadar genel kurul onayı geçmişe etkiliyse de hukuki koşulda geçmişe etkililiğin özelliğinden ötürü devir sözleşmesi, şekil şartları tam olduktan yani imzaları noter tarafından onaylandığı tarihten itibaren değil, genel kurul karar tarihinden itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlar.

Genel kurul onayının hukuki koşul olması, koşul gerçekleşinceye kadar tasarrufların koşulun hükümlerini zedelediği ölçüde geçersiz olduğunu düzenleyen TBK 171/III hükmünün uygulanmasına engeldir. Nitekim Demirkapı'nın da ifade ettiği üzere genel kurul onayına ilişkin düzenleme, devreden tasarruf yetkisini devralanı koruma amacıyla kısıtlamamakta, şirketin ortak çevresini korumadaki menfaatini gözetmektedir²⁹. Bu nedenle ara tasarruflara uygulanacak bir pozitif düzenlemeden bahsedilemeyecektir. Ancak ara tasarrufların akibetinin belirlenmesinde, Türk-İsviçre hukuklarının aksine hukuki işlemin onaylanmasını açıkça düzenleyen Alman hukuku düzenlemesinden faydalanılması düşünülebilir. Alman hukukunda ara dönemde gerçekleştirilen işlemlere açıklık getiren BGB § 184/II hükmü, onaylayan kişi tarafından gerçekleştirilen tasarruflar ile cebri icra, müsadere ve iflas işlemlerinin onamanın geriye etkisi yoluyla geçersiz kılınmasının mümkün olmadığını düzenlemekte olup, bunlar dışında kalan işlemlerin ise geçersiz olduğunu düzenlemektedir. Bu hüküm nedeniyle, Alman doktrininde, esas sermaye payı devri genel kurul onayına bağlandığı takdirde, birbiriyle çelişen devir işlemi ve ara tasarruftan hangisine önce onay verilirse onun geçerli olacağı, diğer işlemin ise geçersiz olacağı ifade edilmektedir³⁰. Alman hukukunda kabul edilen bu çözüm kanaatimizce esas sermaye payı devrinde de kabul edilmelidir³¹. Bu kabulü birkaç örnekle açıklamak gerekirse;

A, esas sermaye payını devretmek üzere B ile 01.05.2021 tarihli ve noter onaylı devir sözleşmesi akdetmiş, ardından 05.05.2021 tarihinde C ile noter onaylı bir devir sözleşmesi akdetmiştir. Genel kurul 10.05.2021 tarihinde sehven her iki devir işlemi de onaylamıştır. Esas sermaye payının iki farklı kişiye devredilmesi sonucunu doğuran bu ihtimalde, ara dönemde gerçekleştirilen işlem ilk işlem ile çeliştiği için geçersizdir. Bu durumda A ile B arasındaki devir sözleşmesi genel kurul onayından

²⁸ Limited şirket azami ortak sayısı TTK 573 düzenlemesi ile elli olarak belirlenmiştir. Ne mehzaz düzenlemede ne de Alman hukukunda karşılığı olan bu hüküm Fransız Ticaret Kanunu'ndan mülhem olup, ortak sayısının elliyi aşmasının yaptırımını öngörülmemiştir. Doktrinde bu konuya ilişkin farklı görüşler ileri sürülmüştür. Yıldız, Fransız hukukunda öngörülen yaptırma yorum yoluyla ulaşılabilir, yani bir yıl içerisinde ortak sayısı ellinin altına düşürülmez yahut anonim şirkete dönüşmezse şirket kendiliğinden sona erer. Yıldız (n 2) 71. Alışkan'a göre ortaklar bu halde haklı nedenle fesih davası açabilir. Alışkan (n 2) 100. Çamoglu'na göre ise elliyi aşan kısma ilişkin işlemler batıl sayılmalıdır. Poroy, Tekinalp ve Çamoglu (n 2) N 1640c.

²⁹ Demirkapı (n 8) 232.

³⁰ Reichert ve Weller (n 8) § 15 Rn 406; Bayer (n 8) § 15 Rn 88; Wolfgang Servatius, *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung* iç Adolf Baumbach ve Alfred Hueck (edr) (21. Bası, C. H. Beck 2017) § 15 Rn 47.

³¹ Bu çözümü genel olarak hukuki işlemlerin onanmasında kabul eden görüş için bkz Nomer (n 21) 85.

İtibaren hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlayacak, C ile gerçekleştirilen devir sözleşmesi ise geçersiz olacaktır.

A, esas sermaye payını devretmek üzere B ile 01.05.2021 tarihli ve noter onaylı bir devir sözleşmesi akdettikten sonra, devre konu esas sermaye payı üzerinde C lehine intifa hakkı tesis etmek amacıyla 05.05.2021 tarihli bir intifa sözleşmesi akdetmiş; genel kurul her iki tasarrufu da 10.05.2021 tarihinde onaylamıştır. Bu halde, bir önceki örnekte olduğu gibi, ara dönemde gerçekleştirilen hukuki işlem devir işlemiyle çeliştiği için geçersiz olacaktır. Zira, devredilen esas sermaye payı üzerinde artık tasarruf yetkisi A'da olmadığı için, intifa hakkı tesis edilmesi mümkün değildir.

A, esas sermaye payı üzerinde intifa hakkı tesis etmek üzere B ile 01.05.2021 tarihli ve noter onaylı bir intifa sözleşmesi akdettikten sonra, aynı esas sermaye payını devretmek amacıyla 05.05.2021 tarihinde C ile devir sözleşmesi akdetmiş ve sözleşmenin imzaları noterce onaylanmıştır. 10.05.2021 tarihinde genel kurul her iki işlemi de onaylamıştır. Bu ihtimalde ise, esas sermaye payı üzerinde intifa hakkı sahibi olanın hak ve yetkileri devir işleminden etkilenmeyeceği için, esas sermaye payının intifa hakkıyla yüklü olarak devredildiği kabul edilmelidir.

Ara dönemde gerçekleştirilebilecek tasarruflardan olan intifa hakkı tesisinde genel kurul onayı şartının kaldırılması veya rehin hakkı tesisinde ayrıca genel kurul onayı şartı aranmaması hallerinde ise sınırlı aynı hak tesisi devir işleminden önce hüküm ve sonuç doğuracağından ve devir işlemi ile çelişmediğinden esas sermaye payı sınırlı aynı hakla yüklü olarak devredilmiş olur.

BGB § 184/II'nin bu şekilde esas sermaye payı devrinde uygulanması kabul edildiği için bu hükümde öngörülen istisnaların da aynı şekilde uygulanabilmesi gereklidir. Bu nedenle, esas sermaye payını devreden ortağın alacaklılarının, devre konu esas sermaye payını haczetmesi veya ortağın bu dönemde iflas etmesi halinde, sonradan genel kurul tarafından devre onay verilmiş olsa dahi devir işlemi hukuki sonuç doğurmaz. Esasen bu sonuca, hukuki işlemlere ilişkin genel hükümler çerçevesinde de ulaşılabilir. Nitekim, esas sermaye payının haczi yahut devreden ortağın iflası, onun genel kurul onayı esnasında haiz olması gereken tasarruf yetkisini kısıtlamakta (İİK 86/I ve İİK 191/I); bu nedenle devir işlemi geçerlilik kazanmamaktadır.

III. Genel Kurul Toplantısına İlişkin Esaslar

A. Toplantı Usulü ve Çağrıya Yetkili Kişiler

Esas sermaye payının devrinin onaylanmasına ilişkin genel kurul kararı, olağan veya olağanüstü genel kurul toplantısında alınabileceği³² gibi bu toplantı çağrılı veya çağrısız olarak gerçekleştirilebilir. Hatta bu kararın İsviçre doktrininde de kabul edildiği üzere³³, TTK ile Türk hukukunda kabul edilen sirküler yöntemiyle alınması da mümkündür³⁴.

Kararın sirküler yöntemiyle alınabilmesi, devir sözleşmesi taraflarına, devreden ortağa sirküler yöntemiyle karar alma sürecini başlatma yükümlülüğü yüklenmesini mümkün kılmaktadır. Ayrıca TTK 595/VII uyarınca devir sözleşmesi kendilerine bildirilen müdürlerin de bu süreci başlatması mümkündür³⁵. Bu usulde karar alınması için önerinin tüm ortaklara sunulması³⁶ ve hiçbir ortağın sözlü görüşme talep etmemiş olması gerekir. Bir kısım ortağın devre onay vermemesi alınan kararın geçerliliğini değil, sonucunu etkileyecektir³⁷. Dolayısıyla bu halde karar için basit nisap sağlanıyorsa devre onay verilmiş olur, verilen olumsuz oylar nisabın sağlanmasını engelliyorsa onay talebi reddedilmiş olur.

Genel kurul toplantısı için çağrının kim tarafından yapılacağı hususunda esas sermaye payı devrine özgü bir düzenleme bulunmamakla birlikte, bu karar açısından değerlendirilmesi gereken birkaç nokta bulunmaktadır. Öncelikle, şirket sözleşmesiyle genel kurulu toplantıya çağırma yetkisi bir veya birkaç ortağa yahut esas sermaye payına tanınabilir³⁸.

³² Yargıtay, bir kararında esas sermaye payı devir sözleşmesi ile bu sözleşmenin onayına ilişkin olağanüstü genel kurul karar tarihlerinin birbirine çok yakın olmasını, esas sermaye paylarının daha önce anlaşılabilir değeri çok altında bir değerle satılmış olması ve paranın tahsiline ilişkin davadan feragat edilmiş olması gibi diğer başka hususlarla birlikte değerlendirilerek isnat edilen resmi belgede sahtecilik ve dolandırıcılık suçunun işlenip işlenmediğine ilişkin değerlendirmede göz önüne alınması gerektiğini şu ifadelerle belirtmiştir: “*Şüphelinin 15/03/2016 tarihli dilekçe ekinde yer alan “Yazılı İfademdir” başlıklı yazı içeriğinde de “..... İç ve Dış Ticaret Ltd. Şti de hissedarı olduğum % 38 hisseyi ...’nın talebi üzerine ...’ye iade amaçlı devrettim.” şeklinde beyanda bulunduğu ve devir sözleşmesinden 1 gün sonra bahse konu devrin 11/12/2015 tarihli olağanüstü ortaklar genel kurul kararı ile İç ve Dış Ticaret Limited Şirketince onaylandığı, göz önüne alındığında, şüphelinin birtakım hukuki işlemler yapmak suretiyle resmi belgede sahtecilik ve dolandırıcılık suçlarını işleyip işlemediklerine, şüphelinin üzerlerine atılı bulunan suçların unsurlarının oluşup oluşmadığına dair delillerin takdir ve değerlendirilmesinin mahkemesince incelenmesi gerektiği gözetilmeksizin...*” Yargıtay 15 CD, 15679/10831, 15.5.2017. (Karar için bkz Lexptra İhtihat Bankası, erişim tarihi: 3.12.2019).

³³ Trüeb (n 6) Art 787, Nr 3

³⁴ Doğrusöz- Koşut (n 19) 248. Her türlü genel kurul kararının sirküler tipi karar alma yöntemiyle alınabileceği yönünde bkz Levent Biçer ve Esra Hamamcıoğlu, ‘Limited Şirket Genel Kurulunda Yetersayılar’ (2017) 16 (2) İKÜHFD 343, 374.

³⁵ Bu süreci herhangi bir ortağın başlatması mümkün olduğu gibi müdürler de başlatabilir. Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 2) N 1712t.

³⁶ Bu unsurun bir geçerlilik şartı olduğu yönünde bkz Çamoğlu (n 13) Nr 275.

³⁷ Sirküler tipi karar alma yönteminde önemli olanın önerinin tüm ortaklara sunulması olduğu, önerinin kabul edilip edilmemesinin kararın geçerliliğini etkilemeyeceği yönünde bkz Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 2) N 1712t. Bir diğer ifadeyle, sirküler tipi karar alma yönteminde toplantı nisabı ortakların tamamıdır. Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 2) N 1714.

³⁸ Bu yetkinin esas sermaye payına tanınması halinde imtiyazlı paydan söz edileceği yönünde bkz Yıldız (n 2) 214; Direnç Akbay, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Limited Ortaklık Genel Kurulunun Toplanması ve Karar Alma Esasları*, (Vedat Kitapçılık 2010) 64. Bu yetkinin esas sermaye payına değil, yalnızca bir veya birkaç ortağa tanınabileceği yönünde bkz Şener (n 6) 546. Limited şirketlerde oyda imtiyazlı paylara ilişkin olarak ayrıca bkz Hülya Çoştan, ‘Limited Şirkette Oyda İmtiyazlı (!) Paylar ve İmtiyazlı Paylar’ (2012) 4 Ankara Barosu Dergisi 79, 82 vd.

Çağrıya ilişkin bir diğer önemli husus ise toplantıya çağrının mahkemenin izniyle ortaklar tarafından yapılmasıdır (TTK 410 ve TTK 412). Mahkeme karar verinceye kadar TTK 595/VII’te öngörülen üç aylık ret süresinin işleyip işlemeyeceğine dair kanunda açıklık yoktur³⁹. Hak düşürücü süre teşkil eden bu üç aylık periyod, bu niteliğinden ötürü işlemeye devam edecek olup, devrin tarafları açısından bu durum tehlike arz etmeyecektir. Nitekim TTK 595/VII düzenlemesi, sürenin dolması halinde devre onay verilmiş sayılacağını düzenlemekle, müdürlerin hareketsiz kalması sonucu meydana gelebilecek hak kaybının önüne geçmiştir. Yalnızca bu halde müdürlerin hareketsiz kalmaları sonucu şirket devri ret imkanından yoksun kalacaktır. Devir işleminden ötürü şirketin zarara uğradığı gerekçesiyle müdürlerin sorumluluğu gündeme gelebilecektir.

eTTK döneminde ileri sürülen ve devreden ortağın, azınlık teşkil etmese dahi, genel kurulu toplantıya çağırma yetkisini haiz olduğu görüşü⁴⁰ ise, TTK 595/VII düzenlemesi karşısında geçerliliğini yitirmiştir. Üç aylık sürenin hareketsiz kalınarak geçirilmesini zımnî onay olarak nitelendiren TTK 595/VII hükmü, bu görüşün bertaraf etmeyi amaçladığı devir işleminin tamamlanamaması ihtimalini ortadan kaldırmıştır.

B. Toplantı ve Karar Nisabı

Kanun koyucu esas sermaye payı devir sözleşmesinin onaylanmasına ilişkin genel kurul kararı açısından özel bir hüküm ihdas etmemiş olup TTK 620 hükmü uygulama alanı bulacaktır. Dolayısıyla bu karar bakımından bir toplantı nisabı öngörülmemiştir⁴¹. Onay kararı alınabilmesi için toplantıda temsil edilen oyların⁴² salt çoğunluğu⁴³ yeterlidir. Bu durum doktrinde, ortak çevresinin büyük önem arz ettiği limited şirketler açısından bir eksiklik olarak değerlendirilmiştir⁴⁴. Lakin kanaatimizce, TTK’nın esas sermaye payının devrinin kolaylaştırılmasına yönelik düzenlemeleri birbiriyle uyum içerisinde olup, şirket sözleşmesiyle devrin

³⁹ Aker (n 5) 67 dn 8. Dava açılmasının hak düşürücü süreyi koruyacağına dair Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, 11-7/6, 23.21.1976.

⁴⁰ Arslanlı ve Domanıç (n 8) 247; Arslanlı (n 8) 171; İsmail Doğanay, ‘Limited Şirketlerde Ortaklık Payının Bir Başkasına Devredilmesi Koşulları Nelerdir?’ (1975) 8 (2) BATİDER 83, 93; Barbaros Çağa, ‘Limited Şirkette Ortaklık Payının Devri’ (1973) 7 (3) BATİDER 581, 598; Turgut Öz, ‘Limited Ortaklıklarda Pay Kavramı ve Payın Devri’ (1987) 52 (1-4) İÜHFMD-Ord. Prof. Sulhi Dönmez’e Armağan 345, 373. Aksi yönde Demirkapı (n 8) 320.

⁴¹ Yıldız (n 2) 142; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 2) N 1712h; Çamoğlu (n 13) Nr 267; Bahtiyar (n 2) 437; Biçer ve Hamamcıoğlu (n 34) 344, 346; Akbay (n 38) 215; Sengül Al-Kılıç, ‘TTK Tasarısına Göre Limited Şirketlerde Genel Kurul’ Prof. Dr. Fırat Öztan Armağanı (Turhan Kitabevi 2010) 159, 186.

⁴² “Temsil edilen oy” kavramının, pay sahibi, temsilcisi veya intifa hakkı sahibi tarafından temsil edilen her esas sermaye payından doğan oya işaret ettiği yönünde bkz Biçer ve Hamamcıoğlu (n 34) 348. Anonim şirketlerde bu kavram yerine “hazır bulunan” kavramının tercih edildiği yönünde bkz Levent Biçer ve Esra Hamamcıoğlu, ‘Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantılarında Uygulanan Yetersayılar ve Bazı Değerlendirmeler’ (2017) 12 (149-150) BAÜHFHD 71, 78 dn 29

⁴³ Salt çoğunluk, yarıdan fazlayı ifade etmektedir. bkz Bahtiyar (n 2) 437 dn 770; Akbay (n 38) 211; Siffert, Fischer ve Petrin (n 9) Art 808, Nr 4.

⁴⁴ Şükrü Yıldız, ‘Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nın Limited Şirketlere İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi’ (2005) 2 (1) YTÜHFHD 449, 461-462; Demirkapı (n 8) 326 ff.

nitelikli nisaba bağlanması hatta tamamen yasaklanması imkânı karşısında, devir onayının TTK 620'ye tabi olması isabetlidir⁴⁵. Nitekim, esas sermaye payının devri onayının nitelikli nisaba bağlandığı (OR Art. 808b/I)⁴⁶ İsviçre hukukunda da bu düzenleme toplantıda mevcut esas sermaye paylarının çoğunluğu yerine tüm oyların çoğunluğunun toplantı nisabı olarak araması nedeniyle eleştirilmiş, hükmün şahıs şirketi özelliği ağır basan limited şirketleri karar alamaz duruma getirme ihtimali üzerinde durulmuştur⁴⁷. Esas sermaye payı devrinin şirket sözleşmesiyle genel kurul onayına tabi kılınması mümkün olan Alman hukukunda da bu kararın basit nisapla alınabileceği görüşü hâkim olup, buna göre kullanılan oyların salt çoğunluğu karar nisabını teşkil ederken bir toplantı nisabı öngörülmemiştir⁴⁸.

Devir sözleşmesinin onaylanmasına ilişkin genel kurul kararının sirküler yöntemiyle alınması durumunda, önerinin tüm ortaklara yapılmış olması gerekeceğinden toplantı nisabı oybirliği iken⁴⁹ karar nisabı tüm oyların salt çoğunluğu şeklinde teşekkül edecektir⁵⁰.

Devrin onaylanmasına ilişkin genel kurul kararı hangi yöntemle alınıralsa alınsın, devrin onaylanması için karar nisabının sağlanması gerekir. Karar nisabının sağlanamaması, devre onay verilmediği yani talebin reddedildiği anlamına gelmektedir⁵¹. Dolayısıyla bu karardan sonra TTK 595/VII'de öngörülen üç aylık sürenin geçtiğinden bahisle devre onay verilmiş sayılacağından söz edilemez. Karar nisabının sağlanması sonucu devre onay verilmesi halinde devir işlemi uygulanabilirlik kazanır. Devralanın ortak sıfatını kazanması için genel kurulun onay kararı yeterli olmaktadır. Bu karar sonrasında devralan, ortak olarak pay defterine kaydedilmesini talep etme hakkını kazanır. Genel kurulun esas sermaye payının devrine ilişkin onay kararına rağmen ortağın pay defterine kaydedilmemesi yahut gerçeğe aykırı kayıt

⁴⁵ Aynı görüşte olan Çamoğlu, eTTK 520'de öngörülen ağırlaştırılmış nisabın kaldırılmasını, bu düzenlemenin kötüye kullanıldığı gerekçesiyle olumlu karşılamaktadır. Çamoğlu (n 13) Nr 5.

⁴⁶ Bu düzenleme gereğince devrin onayına ilişkin genel kurul kararı oy hakkına sahip esas sermayenin salt çoğunluğu ve toplantıda temsil edilen oyların en az üçte ikisiyle alınabilir.

⁴⁷ Reto Bögler, *Der GmbH-Anteil insbesondere dessen Erwerb, Übertragung und Verlust (de lege lata et ferenda)*, (Rechtswissenschaft Zürich Universität 2004)187.

⁴⁸ Reichert ve Weller (n 8) § 15 Rn 424; Servatius (n 30) § 15 Rn 43; Bayer (n 8) § 15 Rn 78; Verse (n 25) § 15 Rn 91; Ebbing (n 8) § 15 Rn 149; Wilhelm Happ, *Die GmbH im Prozeß* (Otto Schmidt Verlag 1997) § 15 Rn 15.

⁴⁹ Sirküler tipi karar alma yönteminde öneriyi alan ortak veya ortaklardan birkaçının öneri karşısında suskun kalması halinde, bunların olumsuz oy olarak değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Yıldız (n 2) 219; Fatih Bilgili ve Ertan Demirkapı, *Şirketler Hukuku Derleri* (7. Basım, Dora Yayıncılık 2020) 440. eTTK döneminde aynı yönde bkz Arslanlı ve Domaniç (n 8) 511. Bu görüşü, TTK 617/IV düzenlemesinin ortağın, sözlü görüşme isteminde bulunmamasını araması karşısında isabetli bulmaktayız. Akbay ise toplantı nisabının sürece olumlu cevap veren ortaklara göre hesaplanması gerektiğini düşüncesindedir. Akbay (n 38) 249. Sürecin işletilebilmesi için önerinin tüm ortaklara yapılmasını yeterli bulan, ayrıca ortakların olumlu cevabını aramayan TTK 617/IV hükmü karşısında bu kabulün, kanun koyucunun öngördüğü şartlardan daha fazlasını araması nedeniyle isabetli olmadığı düşüncesindeyiz.

⁵⁰ Ersin Çamoğlu, 'Limited Ortaklık Genel Kurulunda Nisaplar' (2012) 20 (29) *Yaklaşım Dergisi*, 251, 257. Sirküler tipi karar alma yönteminde karar nisabına ilişkin özel bir düzenleme yapılmamış olması Kendigelen tarafından eleştirilmiş ve bu eksikliğin anonim şirket yönetim kurulu kararlarının sirküler usulüyle alınmasına ilişkin paralel hüküm niteliğindeki TTK 390/ IV düzenlemesine paralel bir şekilde giderilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Kendigelen (n 2) 527. Bahtiyar bu halde karar nisabının hesaplanmasında oyların mı yoksa sermayenin mi dikkate alınacağını belirsiz olmasını eleştirmiştir. Bahtiyar (n 2) 436- 437.

⁵¹ İsviçre hukukunda aynı yönde Siffert, Fischer ve Petrin (n 9) Art 786, Nr 6; Trüb (n 6) Art 786, Nr 5.

yapılması halinde müdürlerin hukuki sorumluluğu söz konusu olur. İfade etmeliyiz ki ortak sıfatının kazanılması için pay defterine kayıt kurucu değildir⁵².

C. Oy Hakkı ve Olumlu Oy Kullanma Yükümlülüğü

Esas sermaye payının devrinin onaylanmasına ilişkin genel kurul kararına devreden ortak katılabileceği gibi, devralanın ortak olması halinde o da bu karara katılabilecektir⁵³. Bu hususta TTK 619/II hükmü hasebiyle, şirketin kendi esas sermaye payını iktisabına ilişkin genel kurul kararında devreden ortağın oy kullanamayacağı gözden kaçırılmamalıdır. Bu düzenlemenin, oydan yoksunluk hallerinin oy hakkına getirilmiş bir istisna olması ve dar yorumlanması gerekliliği⁵⁴ nedeniyle, devre ilişkin diğer hallerde uygulanması söz konusu değildir. Şirket sözleşmesinde bir düzenleme yapılmak suretiyle esas sermaye payı devrinde devreden oydan yoksun olduğunun düzenlemesi de ortağın vazgeçilemez haklarından biri olan oy hakkını kısıtladığı için mümkün değildir⁵⁵.

TTK 595/I hükmüne uygun olarak esas sermaye payını devretmeyi yükümlenen ortak, bu yükümlülüğünü yerine getirmek amacıyla imzaları noterce onaylanan yazılı pay devir sözleşmesinin yanı sıra genel kurul onayının alınması için gerekli çabayı göstermelidir. Ortağın bu yükümlülüğü kapsamında diğer ortakların devri reddetmelerine yol açacak hareketlerden kaçınması ve devre ilişkin genel kurul toplantısına katılarak olumlu oy kullanmak⁵⁶ sayılabilir. Esas sermaye payını devreden ortağın bu yükümlülükleri, devir sözleşmesinin doğurduğu borcun TBK 112 hükmü çerçevesinde gereği gibi ifası yükümlülüğünden doğar⁵⁷.

⁵² Bu yönde açıklamalar için bkz Yıldız (n 2) 141; Doğrusöz-Koşut (n 19) 250; Hakan Çebi, *Limited Şirketler Hukuku* (Adalet Yayınevi 2019) 236.

⁵³ Pulaşlı (n 5) § 36 N 45; Şener (n 6) 309; Arslanlı (n 8) 173; Halil Arslanlı, 'Türk Ticaret Kanunu'nun Limited Şirketlere Dair 520nci Maddesi Hükümleri' (1963) 2 (2) BATİDER, 163, 176; Demirkapı (n 8) 327; Öz (n 40) 375; Çağa (n 40) 599. İsviçre hukukunda esas sermaye payı devrinde devreden oy hakkı olduğu yönünde Siffert, Fischer ve Petrin (n 9) Art 786, Nr 6, Art 787, Nr 1; Nussbaum, Sanwald ve Scheidegger (n 19) Art 786, Nr 7; Handschin (n 19) 79; Bügler (n 47) 96; Trüeb (n 6) Art 786, Nr 5. Alman hukukunda aynı yönde bkz Reichert ve Weller (n 8) § 15 Rn 424; Bayer (n 8) § 15 Rn 78. Devralanın ortak sıfatını haiz olmasa dahi genel kuruldaki görüşmelerle katılıp müzakerelerde bulunabileceği yönünde Doğrusöz-Koşut (n 19) 247.

⁵⁴ eTTK döneminde bu yönde bkz Ömer Teoman, *Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu*, (Bankacılık ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1983) 87. Hükmün yalnızca iradi devri değil, esas sermaye payını konu alan tüm temlik hallerine ilişkin olduğu yönünde ayrıntılı açıklamalar için bkz Pelin Tokcan, *Limited Ortaklıkta Oy Hakkından Yoksunluk* (On İki Levha Yayıncılık 2018) 57-58. Anonim şirketler için geçerli olan kişisel nitelikte iş, işlem ve davaya ilişkin hususlarda oydan yoksunluğun limited şirketlerde cari olmadığı yönünde bkz İsmail Karca ve Murat Gürel, 'Limited Şirket Ortağının Kendisini Çıkarmaya Yönelik Genel Kurul Kararının Alınmasında Oy Hakkına Sahip Olup Olmadığı Sorunu' *Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü 60. Yıl Armağanı* (Bankacılık Enstitüsü 2015) 197, 217. Bu düzenlemenin eleştirisi için bkz Yıldız (n 2) 225, Al-Kılıç (n 41) 191.

⁵⁵ Aynı sonuca TTK 579 hükmü sayesinde ulaşan görüş için bkz Şener (n 6) 587, 588. Aksi yönde bkz Fatih Bilgili ve Fatih Cengil, 'Limited Şirket Genel Kurulunda Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu' (2017) 1 69, 101.

⁵⁶ Moroğlu, esas sermaye payı devrinde devreden ortağın olumlu oy kullanma yükümlülüğünün olduğunu; bu halde devir sözleşmesi ile oy sözleşmesinin bileşik sözleşme teşkil ettiğini ifade etmektedir. Erdoğan Moroğlu, *Oy Sözleşmeleri* (5. Baskı, Vedat Kitapçılık 2015) 52.

⁵⁷ Oruç Hami Şener, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku* (4. Bası, Seçkin Yayınları 2019) 697; Öz (n 40) 363; Moroğlu (n 56) 52; Demirkapı (n 8) 331; Bügler (n 47) 120, 122; Arslanlı ve Domaniç (n 8) 248; Arslanlı (n 8) 172, 173. Devreden ortağın bu yöndeki yükümlülüğünü kabul etmekle birlikte, bu yükümlülüğün dürüstlük kuralından kaynaklandığı yönünde bkz Çağa (n 40) 599; Doğanay (n 40) 92.

Devreden ortağın, devir işleminin tamamlanması amacıyla genel kurul onay kararı alınabilmesi için gerekli çabayı göstermesine rağmen, genel kurulun devri reddetmesi halinde devir sözleşmesi kesin hükümsüz olur. Doktrinde Demirkapı'nın da ifade ettiği üzere, TBK 175/I hükmünün uygulanması ve bu suretle geciktirici koşulun gerçekleştiği ve genel kurulun devir işlemini onayladığından bahsedilemez⁵⁸. Nitekim TBK 175 hükmü esas sermaye payı devrinde alınması gereken genel kurul onayına yalnızca uygun düştüğü ölçüde uygulanabilir.

Devre ilişkin genel kurul toplantısında devir işleminin tarafları dışındaki ortakların, olumlu oy kullanma yükümlülüğü söz konusu değildir. Nitekim TTK 595/III gereğince devir işlemi sebep göstermeksizin reddedilebilir. Ortakların bu serbestisinin sınırı ise TMK 2'de düzenlenmiş olan dürüstlük ve eşitlik kuralıdır⁵⁹. Devir işlemi şirketin menfaatine aykırı olmadığı halde, diğer ortaklar dürüstlük kuralı çerçevesinde bir değerlendirme yaparak, esas sermaye payını devretmek isteyen ortağı kötü niyetle bu tasarruftan mahrum bırakmamalıdır. Limited şirket ortakları arasında cari olan sadakat yükümlülüğü, diğer ortakların, devreden ortağın talebine karşı kötü niyetle hareket etmemesini gerektirir.

Devre taraf olmayan ortaklar ile devreden ortak yahut devralan⁶⁰ arasında, devre ilişkin genel kurulda olumlu oy kullanılmasına yönelik oy sözleşmesi akdedilebilir. Hüküm ve sonuçlarını yalnızca tarafları arasında doğuran bu oy sözleşmesine aykırılık, ilgili genel kurul kararının iptali sonucunu doğurmaz⁶¹. Nitekim oy sözleşmesine aykırı olan oy, geçerlidir.

Oy sözleşmesinin geçerli olabilmesi için ortakların şirkete karşı yükledikleri sadakat yükümüne aykırı olmaması gerekir. Bir başka ifadeyle oy sözleşmesi, ortağın şirkete karşı sadakat yükümlülüğü ile çelişmekteyse, geçersizdir⁶². Ortağın sadakat yükümlülüğü ile oy sözleşmesinin çatışmamasına rağmen, yani geçerli bir oy sözleşmesinin varlığına rağmen ortağın devre olumsuz oy vermesi halinde, aynen ifanın talebi mümkündür⁶³.

⁵⁸ Demirkapı (n 8) 334 dn 1285.

⁵⁹ Bu konu hakkında ret kararının geçersizliğine ilişkin açıklamalarımıza bakınız.

⁶⁰ Bu sözleşmenin devralan ile diğer ortaklar arasında da akdedebileceği yönünde bkz Moroğlu (n 56) 39.

⁶¹ Moroğlu (n 56) 5 ff.

⁶² Moroğlu (n 56) 24-26; Şener (n 6) 466

⁶³ Bu konuya ilişkin ayrıntılı açıklamalarımız için ret kararının geçersizliğine ilişkin açıklamalarımıza bakınız.

IV. Genel Kurul Kararının Hukukî Sonuçları

A. Ret Kararının Hukukî Sonuçları

1. Ret Kararının Devir Sözleşmesine Etkisi

Esas sermaye payı devrinde genel kurul onayının, hukuki işlemin onaylanması ifade ettiğini daha önce belirtmiştik. Hukuki işlemin onaya tabi olduğu hallerde bu onayın eksikliği, hukuki işlemin kesin hükümsüz olması sonucunu doğurur⁶⁴. Dolayısıyla hem İsviçre⁶⁵ hem de Alman⁶⁶ hukuk doktrininde ifade edildiği üzere, genel kurulun devir işlemi reddetmesi, devir sözleşmesinin kesin hükümsüz olması sonucunu doğurur. Ret kararından sonra kesin hükümsüz olan devir sözleşmesi, aynı sözleşmeye binaen alınan ikinci bir genel kurul kararıyla geçerli hale getirilemez⁶⁷. Başka bir deyişle, ret kararından sonra ilgili esas sermaye payının devredilebilmesi için yeni bir devir sözleşmesine ihtiyaç vardır. Uygulamada nadir karşılaşılabilecek olsa da devir işleminin tasarruf işlemleri tamamlanmadan önce reddedilmesi halinde, aynı devir sözleşmesinin, tasarruf işlemlerinin tamamlanmasından sonra onaylanması da mümkündür⁶⁸.

2. Ret Kararından Doğan Hukukî Sorumluluk

Esas sermaye payını devretmek isteyen ortağın, şirket içi dinamiklerden ötürü genel kurulda devre onay verilmeyeceğini bilmesine rağmen devir sözleşmesi akdetmesi, onun culpa in contrahendo sorumluluğunu doğurur⁶⁹. Bu halde, devir sözleşmesi baştaki imkânsızlık nedeniyle kesin hükümsüz olur. Ortak, sözleşmenin karşı tarafının menfi zararını tazmin etmekle yükümlüdür.

İki ortaklı bir limited şirkette, ortaklardan birinin payını diğer ortağa devretmek istemesi halinde, her ne kadar iki ortak da devir sözleşmesinin tarafıysa da, devre ilişkin bir genel kurul kararı alınması zorunludur. İlgili genel kurula her iki ortağın da katılması halinde, devrin onaylanabilmesi için ikisinin de olumlu oy vermesi gerekir; devreden ortağın, bu aşamada devrin onaylanmaması yönünde oy kullanması halinde devir sözleşmesinin ifası imkânsızlaşır ve devralanın uğramış olduğu zararın TBK 112 hükmü gereğince tazmini gerekir⁷⁰.

⁶⁴ Çebi (n 52) 235. Yasal temsilcinin onamaması yönünden TMK 451/II, yetkisiz temsilde temsil olanın onamaması yönünden TBK 46/II.

⁶⁵ Handschin (n 19) 80; Bügler (47) 121

⁶⁶ Reichert ve Weller (n 8) § 15 Rn 406; Bayer (n 8) § 15 Rn 89; Ebbing (n 8) § 15 Rn 156; Raiser ve Veil (n 8) § 40 Rn 15.

⁶⁷ İsviçre hukukunda bkz Trüeb (n 6) Art 786, Nr 5; Alman hukukunda bkz Reichert ve Weller (n 8) § 15 Rn 400; Servatius (n 30) § 15 Rn 47; Brandes (n 25) § 15 Rn 15; Verse (n 25) § 15 Rn 99.

⁶⁸ Reichert ve Weller (n 8) § 15 Rn 400.

⁶⁹ eTTK döneminde aynı yönde bkz Demirkapı (n 8) 353.

⁷⁰ Kararın oybirliği ile alınması gerektiği yönünde bkz Yıldız (n 2) 142; Şener (n 6) 317; Demirkapı (n 8) 353.

Genel kurul tarafından ret kararı verilmesiyle kesin hükümsüz hale gelen devir sözleşmesinin ifa edilmesi artık mümkün değildir. Bu nedenle devir sözleşmesinin sonradan imkânsızlaştığından söz edilebilir⁷¹. Sonraki imkânsızlığın, yani devir sözleşmesinin reddinin, devreden ortağın kusurundan ileri gelip gelmemesi ise ortağın sorumluluğunun tespiti için önemli bir noktadır. Nitekim, bu imkânsızlık hali devreden ortağa yükletilemediği takdirde, onun esas sermaye payını devretme borcu sona erecektir⁷². Dolayısıyla, bu halde devreden ortağın, devralanın uğradığı zararı tazmin etmesi gerektiğinden bahsedilemeyecektir. Buna karşın, genel kurulun ret kararı almasında devreden ortağın kusuru tespit edilirse, bu durum devreden ortağın sorumluluğunu doğuracaktır⁷³. Örneğin, devreden ortağın ilgili genel kurul toplantısına katılmaması, olumsuz oy kullanması, diğer ortakları olumsuz oy kullanmaları yönünde teşvik etmesi halinde devreden ortağın kusurundan bahsedilebilir. Bu hallerde devreden ortak, sonraki imkânsızlık halinin kendine yükletilemeyeceğini (örneğin olumlu oy kullansaydı dahi ret kararı alınacağını) ispat etmediği takdirde⁷⁴ TBK 112 uyarınca devralanın uğramış olduğu menfi zarara⁷⁵ karşılık tazminat ödemekle yükümlü tutulacaktır⁷⁶.

Genel kurulun devre ilişkin tasarruf işlemlerinin tamamlanmasından önce ret yönünde karar alması, baştaki imkânsızlık sonucunu doğurur. Nihayetinde, devir sözleşmesi TBK 27/I hükmü gereğince kesin hükümsüz olur.

Genel kurul tarafından esas sermaye payı devrinin reddedilmesi halinde, devre taraf olmayan ortakların devir sözleşmesinin taraflarına karşı hukukî sorumluluklarından söz edilemez. Nitekim diğer ortaklar, devralanla oy sözleşmesi akdetmedikleri takdirde diledikleri yönde oy kullanabilirler. Bununla birlikte diğer ortakların bu keyfiyetlerinin sınırı eşit işlem ilkesi ve dürüstlük kuralıyla çizilmekte olup bu prensiplere aykırılık halinde devreden ortak, şirketten tazminat talebinde bulunabilecektir⁷⁷.

⁷¹ eTTK döneminde Çağa (n 40) 600; Öz (n 40) 370; Demirkapı (n 8) 352; İsviçre hukukunda Bügler (n 47) 122; Alman hukukunda Bartl (n 25) § 15 Rn 10.

⁷² Sonraki imkânsızlık hallerine ilişkin olarak bkz Necip Kocayusufpaşaoğlu, Hüseyin Hatemi, Rona Serozan ve Abdulkadir Arpacı, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm C.III* (6. Bası, Filiz Kitabevi 2014) § 15 Nr 3; esas sermaye payı devri açısından aynı yönde Bügler (n 47) 121.

⁷³ Bu halde borcun sona ermediği ancak tazminat yükümlülüğüne dönüştüğü yönünde bkz Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı (n 72) § 15 Nr 10, § 16 Nr 3. Öz ise, borçlunun kusuru olsun veya olmasın sonraki imkânsızlık halinde borcun sona erdiğini ancak alacaklının uğradığı zararı borçlunun TBK 112 hükmü gereğince tazmin etmekle yükümlü olduğunu belirtmektedir. Oğuzman ve Öz (n 15) 595 Nr 1809.

⁷⁴ İspat yüküne ilişkin olarak bkz Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı (n 72) § 16 Nr 2.

⁷⁵ Kanaatimizce, bu halde tazmini talep edilebilecek zarar, olumsuz zarardır. Talep edilecek zararın olumlu zarar olduğu yönünde bkz Bügler (n 47) 122.

⁷⁶ Alman hukukunda da devreden ortağın bu halde BGB § 280 (TBK 112) uyarınca sorumlu olacağı ifade edilmektedir. bkz Bartl (n 25) § 15 Rn 11.

⁷⁷ Aynı yönde bkz Demirkapı (n 8) 348; İsviçre hukukunda Bügler (n 47) 123.

B. Onay Kararının Hukukî Sonuçları

Esas sermaye payının devrine ilişkin sözleşme, genel kurul tarafından onaylanmakla uygulanabilirlik kazanır. Devir işleminin hüküm ve sonuçlarını doğurması için, ya genel kurul onay kararı almalı ya da üç aylık ret süresi ret kararı alınmaksızın geçirilmelidir. Üç aylık süre henüz dolmadan ve devir işlemi de onaylanmadan, devralanın genel kurul toplantısına çağrılması zımnî onay teşkil etmez. Hatta daha önce de ifade ettiğimiz üzere, iki ortaklı limited şirkette ortakların devir sözleşmesine taraf olması halinde dahi bir genel kurul kararı alınması şarttır⁷⁸. Kanaatimizce, ret için üç aylık süre öngören TTK 595/VII hükmü dışında bir zımnî onay halinden bahsedilmesi mümkün değildir⁷⁹.

TTK 595/II.c.2 düzenlemesi, eTTK döneminde limited şirketler açısından da anonim şirketlerde olduğu gibi süregelen bölünme teorisinin uygulanıp uygulanmayacağı noktasındaki tartışmayı sona erdirmiştir⁸⁰. Devir işlemi onaylanmadan esas sermaye payı devralanın mülkiyetine geçmez ve esas sermaye payından doğan hak ve yükümlülükler devredene ait olmaya devam eder. Devre onay verilmesi yahut üç aylık ret süresinin ret kararı alınmadan geçmesi halinde, esas sermaye payı devralana geçer ve esas sermaye payından doğan hak ve yükümlülükler artık devralana ait olur. Bu noktada ifade etmeliyiz ki, esas sermaye payının devredildiği tarih devir sözleşmesinin akdedildiği yahut noterce onaylandığı tarih değil, genel kurul kararının alındığı tarihtir.

Genel kurulun onayı geçerli olarak akdedilen devir sözleşmesini uygulanabilir kılar. Bir diğer ifadeyle genel kurulun onay kararı, geçersiz olan devir sözleşmesine sıhhat kazandırmaz.

V. Genel Kurul Kararı Alınmaması

Esas sermaye payı devrini şirket sözleşmesinde ayrıca bir hüküm aranmaksızın genel kurul onayına tabi kılan kanun koyucu, onayın gecikmesinden ötürü devir sözleşmesi taraflarının menfaatlerini korumak amacıyla devrin reddi için üç aylık hak düşürücü süre öngörmüştür. TTK 595/ VII düzenlemesiyle öngörülen bu süre içerisinde hareketsiz kalınması, devir sözleşmesinin zımnî onaylanması sonucunu doğurur. Bu sebeple, devir sözleşmesi taraflarının şirketi karar alması için

⁷⁸ eTTK döneminde benzer yönde açıklamalar için bkz Teoman (n 8) 121.

⁷⁹ Alman hukukunda mahkeme kararına konu olan bir uyumsuzlukta iki ortaklı bir limited şirkette ortaklardan biri payını üçüncü kişiye devretmiştir. Devir işlemi henüz onaylanmamışken aynı üçüncü kişi, diğer ortağın da payını devralmıştır. Bu halde mahkeme devrin BGB § 185/ II hükmü gereği geçerli olduğuna hükmetmiştir. OLG Hamm 27.6.1983, GmbHR 1985, 22. Alman doktrininde zımnî onayın söz konusu olabileceği savunulmaktadır. Reichert ve Weller (n 8) § 15 Rn 367; Verse (n 8) § 15 Rn 99; Ebbing (n 8) § 15 Rn 136. Belirtmeliyiz ki, Alman hukukunda devrin genel kurul tarafından onaylanmasına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamakta; GmbHG § 15/V hükmünde yalnızca devrin şirket sözleşmesiyle başkaca şartlara, örneğin şirketin onayına bağlanabileceği ifade edilmektedir.

⁸⁰ Limited şirket esas sermaye payı devrinde bölünme teorisinin uygulanacağı yönünde bkz Arslanlı ve Domaniç (n 8) 245. Bölünme teorisinin uygulanmasının limited şirketin yapısına ters olduğu yönünde Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 17) N 1664b.

zorlamasına gerek yoktur; üç aylık süre içerisinde ret kararı alınmadıkça devir işlemi hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlayacaktır. Önemle ifade etmeliyiz ki bu halde ortada bir genel kurul kararı yoktur; kanun koyucu aksi ispat edilemeyen bir karine⁸¹ öngörmüştür.

Esas sermaye payının devrini genel kurul onayına tabi kılmayan, ancak devir için başkaca şartların aranabileceğini düzenleyen (GmbHG § 15/V) Alman hukukunda; devrin genel kurul onayına tabi kılındığı halde ret kararı verilmesi için bir süre öngörülmemiş olup devir işleminin sürüncemede bırakılması tehlikesi mevcuttur. Bu sebeple doktrinde, şirket sözleşmesinde ret için haklı sebep öngörülmediyse yahut devir işlemi öngörülen haklı sebeplerin dışında kalıyorsa, ortağın onay kararı alınması için bir eda davası açabileceği savunulmaktadır⁸². Mahkemenin yargılama sonucu vereceği kararın ZPO § 894 hükmü uyarınca genel kurulun onayı yerine geçeceği ifade edilmektedir⁸³.

VI. Genel Kurul Kararının İptal Edilebilirliği

A. Ret Kararının İptal Edilebilirliği

Limited şirket genel kurulunun devrin onaylanmasını talebini reddetmesi halinde, bu karar bir genel kurul kararı teşkil ettiği için, TTK 622 düzenlemesi atfıyla limited şirketler hakkında da uygulama alanı bulan TTK 445 vd. hükümleri uyarınca geçersizliğinden söz edilebilir.

Genel kurulun ret kararının, TTK 447 hükmü gereğince butlanı veya yokluğu gündeme gelebilir. Bu durumda esas sermaye payını devretmek isteyen ortak, ilgili kararın butlanının yahut yokluğunun tespitini isteyebilir⁸⁴.

Genel kurulun ret kararının iptal edilebilir nitelikte olması üzerine ise, ortağın TTK 595/V hükmüyle tanınan şirketten haklı sebeple çıkma hakkını⁸⁵ kullanmak yerine bu kararın iptalini dava etmesi mümkündür. Genel kurulun ret kararının kanuna, şirket sözleşmesine yahut dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmesi, bu kararın iptal edilebilirliği sonucunu doğurur.

Esas sermaye payının devrinin reddedilebilmesi için limited şirket genel kurulunun bir haklı sebep göstermesi aranmamıştır (TTK 595/III). Ancak şirket sözleşmesinde haklı sebebe ilişkin ayrıca bir düzenleme yapılmamış olması halinde dahi verilen ret

⁸¹ Burada bir faraziyenin söz konusu olduğu yönünde bkz Şener (n 6) 308.

⁸² Reichert ve Weller (n 8) § 15 Rn 430; Verse (n 8) § 15 Rn 98; Ebbing (n 8) § 15 Rn 153; Happ (n 48) §15, Rn 24.

⁸³ Jasper (n 8) §24, RdNr 191

⁸⁴ Çamoğlu (n 13) Nr 58.

⁸⁵ Alman hukukunda, esas sermaye payı devrinin birden çok defa reddedilmesinin çıkma için haklı sebep teşkil edeceği ifade edilmektedir. Jasper (n 8) §24, RdNr 191.

kararının dürüstlük kuralı⁸⁶ ve eşit işlem ilkesine⁸⁷ uygun olması gerekeceğinden, bu esaslara aykırılık ilgili kararın iptalini gerektirir. Ret kararının, ortakların sadakat yükümüne aykırılık teşkil etmesi de dürüstlük kuralının ihlali anlamına gelir ve bu kararın da iptali gerekir⁸⁸. Önem arz eden bir husus, şirket sözleşmesiyle ek ödeme veya yan edim yükümlülüklerinin öngörülmüş olması durumunda ödeme gücü şüpheli görülen devralandan teminat istenmiş olmasına rağmen bu talebin yerine getirilmemiş olması (TTK 595/VI) halinde artık mahkemece ayrıca bir değerlendirme yapılmaz, ret kararının iptali talebi reddedilir.

Kanaatimizce, devrin reddi için gerekçe gösterilmesini aramayan bu düzenleme, ilgili genel kurul kararının dürüstlük kuralına yahut eşitliğe aykırı olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiğinde hangi saiklerle ret kararı alındığının tespitinde güçlük çıkarabilecektir. Kanun koyucunun ulaşmak istediği amaç, devrin reddedilebilmesi için haklı sebep aranmaması olup, kanaatimizce yine de ret halinde bir gerekçe gösterilmesi belirtilmesi aranmalıdır⁸⁹. Nitekim, esas sermaye payının devrinin şirket sözleşmesiyle genel kurul onayına bağlanabileceği kabul edilen Alman hukukunda, bu halde haklı sebep aranmamaktaysa da ret için bir sebep gösterilmesi gerektiği görüşü hakimdir⁹⁰.

Esas sermaye payı devrinde şirket sözleşmesinde ret için bir haklı sebebin gösterilmesi aranmasına rağmen bu şartın yerine getirilmemiş olması, ret kararının şirket sözleşmesine aykırı olduğu hallere örnek verilebilir. Uygulamada nadiren

⁸⁶ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 2) N 1663; Demirkapı (n 6) 333. Anonim şirket esas sözleşmesinde bağlı nama yazılı payların devrine sebep göstermeksizin reddedilebileceğini düzenleyen eTTK 418/II hükmü açısından genel kurulun sebep göstermeksizin reddedilmesinin sınırının keyfi davranma yasağı olduğu yönünde bkz Mehmet Bahtiyar, *Anonim Ortaklık Anasözleşmesi* (Beta Yayıncılık 2001) 255. Alman hukukunda bu sınırın aşılmasının iptal sebebi olduğu ifade edilmektedir. Bkz Happ (n 48) § 15 Rn 27, 28; Buß (n 8) § 15 Nr 35; Reichert ve Weller (n 8) § 15 Rn 410, 417; Ebbing (n 8) § 15 Rn 155; Servatius (n 30) § 15 Rn 46.

⁸⁷ İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 12. HD konuya ilişkin bir kararında bu esası, “*Bu durumda ...'ın pay devrine onay verilirken, aralarındaki 19.11.2015 tarihli karara dayanılarak davacının pay devrine onay verilmemesinin eşitlik ilkesine aykırılık teşkil ettiği kabul edilemez, zira her iki ortağın hisse devri sırasındaki şartlar aynı değildir, bu durumda 7 nolu kararın iptali de doğru olmamıştır.*” ifadesiyle üstü kapalı olarak kabul etmiştir. İstanbul BAM 12 HD, 1399/1214, 3.10.2019. (Karar için bkz Lexpera İçtihat Bankası, erişim tarihi: 3.12.2019).

Eşit işlem yükümüne uyması gerekenin yalnızca müdürler olmadığı, esas sermaye payı devrine ilişkin genel kurul kararlarının alınmasında genel kurulun da bu yükümlülüğe uygun hareket etmesi gerektiği ifade edilmektedir. bkz Yıldız (n 2) 182; Kendigelen (n 2) 542. Alman hukukunda bu yönde bkz Happ (n 48) § 15 Rn 24 ff.; Buß (n 8) § 15 Nr 35; Reichert ve Weller (n 8) § 15 Rn 410, 417; Ebbing (n 8) § 15 Rn 155; Jasper (n 8) § 24 Rn 199.

Eşit işlem ilkesi, tüm genel kurul kararlarında gözetilmesi gereken bir ilkedir. Bu yönde bkz Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 2) N 1716a.

⁸⁸ Esas sermaye payı devrinin reddine dair genel kurul kararlarına ilişkin olarak bu yönde bkz Happ (n 48) § 15 Rn 25 vd.; Reichert ve Weller (n 8) § 15 Rn 418. Sadakat yükümüne aykırı genel kurul kararlarının iptal edilebilir olduğuna ilişkin olarak bkz Moroğlu (n 17) 239; Murat Yusuf Akın, *Şirketler Hukukunda ve Özellikle Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Sadakat Borcu* (İstanbul Menkul Kıymetler Borsası 2002) 83; Füsün Nomer, *Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü* (Beta Yayıncılık 1999) 148.

⁸⁹ İsviçre hukukunda aksi yönde bkz Siffert, Fischer ve Petrin (n 9) Art 786, Nr 6, Art 787 Nr5; Botschaft, 3186; Peter Böckli, ‘Das neue schweizerische GmbH-Recht-was ist wirklich neu? Eine Übersicht’ iç Peter Böckli ve Peter Forstmoser (edr) *Das neue Recht der Schweizer GmbH-Recht* (Schulthess Juristische Medien AG 2006) 1, 17.

⁹⁰ Reichert ve Weller (n 8) § 15 Rn 409; Happ (n 48) § 15 Rn 29. Happ’a göre gerekçe gösterilmemesi halinde ret kararı geçersiz olur ve ortak aynı devir işlemi konu alan yeni bir onay başvurusunda bulunabilir. Happ (n 48) § 15 Rn 29.

karşılaşılabilecek olsa da haklı sebep şirket sözleşmesinde somutlaştırılmadığı halde⁹¹ mahkeme, devrin reddedilmesi için haklı sebebin mevcut olup olmadığını kendisi tespit eder. Ancak, haklı sebep kavramına ilişkin olarak şirketler hukukunda hâkim olan “hukuki ilişkiye devam etmenin dürüstlük kuralı gereği beklenilememesi” kıstasının, esas sermaye payı devrinin reddinde uygulayacağını söylemek mümkün değildir. Zira bu kıstas, bir hukuki ilişkinin yahut yetkinin sonlandırılmasına ilişkin matuf olup, esas sermaye payı devrinin reddedilmesi, bir hukuki ilişkinin sona erdirilmesi hali teşkil etmez. Aksine, esas sermaye payı devrinin reddedilmesi, çoğu halde ortağın şirketten ayrılmasına engel olmaktadır. Mahkeme böyle bir durumda ret için haklı sebebin mevcut olup olmadığını değerlendirirken, alınan kararının ölçülülük ilkesi çerçevesinde dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edip etmediğini inceleyer⁹². Mahkeme bu incelemeyi yaparken, şirketin devrin reddindeki menfaati ile ortağın esas sermaye payını devralana devretmekteki menfaatini karşılaştırmalıdır. Burada önemli olan husus, ortağın ret halinde şirketten haklı sebeple çıkma hakkının saklı olduğudur (TTK 595/V). Dolayısıyla mahkemenin, ortağın şirketten ayrılmadaki menfaatini değil, devreden devralana devretmekteki menfaatini göz önünde bulundurması gerekir. Nitekim ret kararı sonucunda ortak şirketten haklı sebeple çıkma hakkını kullanabilir; dolayısıyla ret kararı onun şirketten ayrılmadaki menfaatine halel getirmemektedir.

Esas sermaye payı devrinin reddinde haklı sebebin şirket sözleşmesiyle somutlaştırılması da mümkündür⁹³. Anonim şirket bağlı nama yazılı paylarının devrinin aksine (TTK 493/II), şirket sözleşmesinde yer verilebilecek haklı sebeplerin sınırlandırılmadığı limited şirketlerde yer verilebilecek haklı sebep skalası oldukça geniştir⁹⁴. Limited şirketlerde devir işlemi hiçbir sebep gösterilmeksizin de reddedilebileceğine göre, kanun koyucu bu hususta limited şirket genel kuruluna oldukça geniş bir yetki tanımıştır. Yine de her hakkın kullanılmasında olduğu gibi, şirket sözleşmesinde yer verilecek haklı sebebin de TMK 2 hükmü çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir. Dolayısıyla, hem somutlaştırılan haklı sebep eşitlik ilkesi ve dürüstlük kuralına uygun olmalı, hem de ölçülülük ilkesi çerçevesinde kullanılan

⁹¹ Bu sebeplere örnek olarak esas sermaye payını iktisap edenin belirli özellikleri haiz olması, rakip olmaması, aile üyesi olması, yüzde şartı gösterilmektedir, bkz Çebi (n 52) 235. Şirket sözleşmesinde ret için haklı sebep aranmasına rağmen haklı sebebin somutlaştırılmaması, yorum farklılıklarının yol açabileceği zorluklardan ötürü hedeflenen amaca ulaşılmasını önler. Bkz Siffert, Fischer ve Petrin (n 9) Art 786, Nr 11.

⁹² Genel kurulun devir sözleşmesinin yapılmasından önce devre onay vermesi halinde, sonradan aynı devir işleminin reddine ilişkin genel kurul kararının dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceği yönünde bkz Doğrusöz-Koşut (n 19) 249. Genel kurul kararının dürüstlük kuralına aykırı olması nedeniyle iptalinde özellikle hakkın kötüye kullanılmasının tespitinde, ölçülülük ilkesinin dürüstlük kuralı ve hakların sakınılması ilkesinin bir yansıması olduğu yönünde İsmail Kırcı, Feyzan Hayal Şehirli-Çelik, Çağlar Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku, C. III/III, Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü* (2. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2017) 103.

⁹³ Bu halde sayımın tahdidi olup olmadığının düzenlemenin yorumlanması yoluyla anlaşılacağı yönünde bkz Reichert ve Weller (n 8) §15, Rn 408.

⁹⁴ İsviçre hukukunda aynı yönde tespit için bkz Siffert, Fischer ve Petrin (n 9) Art 786 Nr 11; Handschin (n 19) 81; Nussbaum, Sanwald ve Scheidegger (n 19) Art 786 N 12.

araç ile ulaşılmak istenen amaç arasında bir oran mevcut olmalıdır⁹⁵. Buna ilaveten, haklı sebep somutlaştırılırken çelişkili ve muğlak ifadelerden de kaçınılmalı⁹⁶; şirket sözleşmesinde yer verilen haklı sebebin, ırk ve cinsiyet bakımından ayrımcı temele dayandırılması bu hükmün kesin hükümsüz olması sonucunu doğuracağına dikkat edilmelidir⁹⁷. Bu kurala uygun bir şekilde ihdas edilen haklı sebebin mevcudiyeti halinde, artık şirket sözleşmesiyle haklı sebep somutlaştırıldığı için mahkemenin bir menfaat karşılaştırması yapması gerekmez. Davacı ortak, devir işleminin belirtilen haklı sebep kapsamında yer almadığını ispatlayarak⁹⁸ kararın iptalini sağlayabilir.

Ret kararı için gösterilebilecek haklı sebeplere ilişkin açıklamalarımızdan sonra ret kararının iptal edilebilir nitelikte olduğunu düşünen ortağın başvurabileceği hukukî imkânların da ortaya konulması gerekir. Esas sermaye payı devrinde, talebi reddedilen ortağın bu kararın iptalini talep etmekte menfaati vardır⁹⁹. Nitekim, ret kararı sonucu kesin hükümsüz olan devir sözleşmesi, ret kararının iptali sonrası askıda hükümsüz olduğu duruma geri dönecektir¹⁰⁰. Ancak ifade etmeliyiz ki, doktrinde, devreden ortağın bu davayı açmakta menfaati olmadığı görüşü de mevcuttur¹⁰¹. Bu görüşün temeli, özünde bir önerinin reddini teşkil eden genel kurul kararının iptalinin fayda sağlamayacağı kabulüdür. Zira, önerinin reddine ilişkin kararın iptal edilmesi, iptalden önceki hukukî durumda bir farklılık yaratmayacak; iptal kararı önerinin kabulü anlamına gelmeyecektir. Mahkemenin, genel kurulun yetki sahasına girmek suretiyle onun yerine geçip önerinin kabulüne karar vermesi

⁹⁵ Anonim şirket bağlı nama yazılı paylarının devrinde şirket sözleşmesinde yer verilebilecek haklı sebeplerin tespitinde ölçülülük ilkesinin uygulanması gerektiği yönünde bkz Akın (n 19) 45 vd.

⁹⁶ Trüeb (n 6) Art 786 Nr 8.

⁹⁷ Bu hususta din bakımından daha farklı bir sonuca ulaşılmaktadır. Yehova Şahitliği inancına dair değerleri yücelten radyo yayınları yapmak olan bir anonim şirket esas sözleşmesinde, pay devrinin yalnızca Yehova Şahitliği inancına sahip kişilere yapılabileceğinin öngörülmesinin geçerli olduğu yönünde değerlendirmeler için bkz Akın (n 19) 265.

⁹⁸ İspat yükünün davacıda olduğu yönünde Alman hukukunda bkz Ebbing (n 8) § 15 Rn 154.

⁹⁹ Aynı yönde Çamoğlu (n 13) Nr 58. Bu menfaat anonim şirket bağlı nama yazılı payların devrinde, pay defterine kayıt talebini içeren bir eda davası açılabilmesi kabul edilerek korunmaktadır. bkz Poroy, *Tekinalp* ve Çamoğlu (n 5) N 1144b; Akın (n 19) 183; eTTK döneminde bkz Şafak Narbay, *Anonim Ortaklıkta Pay Defteri* (Seçkin Yayıncılık 2003) 329; Bahtiyar (n 86) 255. Ancak bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, anonim şirketlerde bu dava sonucunda verilen kararın pay sahipliği sıfatının tanınması için yönetim kurulu tarafından alınacak karar yerine geçtiğidir. Zira, anonim şirketlerde bağlı nama yazılı payların devrinde aksi öngörülmedikçe onay kararını almaya yetkili organ yönetim kuruludur. Aynı şekilde pay defterine yazımı da yönetim kurulu gerçekleştirmektedir. Dolayısıyla, onay için yapılan başvuru üzerine hiçbir işlem yapılmaması halinde açılacak pay defterine yazım davası, yönetim kurulu tarafından devre onay verildiği yönünde hüküm kurulması talebini de içerir. Bu nedenle anonim şirketler açısından yapılan açıklamalarda mahkeme tarafından verilen kararın onay ve pay defterine kayıt yapılması kararı yerine geçtiği de ifade edilmektedir. Akın, bu farklılığı göz önüne alarak anonim şirket pay devrinde onay yetkisinin genel kurula verilmesi halinde açılacak davanın eda davası değil iptal davası olduğunu ifade etmektedir. Akın (n 19) 190 dn 691.

¹⁰⁰ Bayer (n 8) § 15 Rn 88; Verse (n 25) § 15 Rn 99; Reichert ve Weller (n 8) § 15 Rn 406; Ebbing (n 8) § 15 Rn 157.

¹⁰¹ Esas sermaye payı devrinin yasaklanmış olması veya genel kurulun onay talebini reddetmiş olması halinde ortağın haklı sebeple çıkma hakkı bulunduğunu ifade eden Yıldız'ın da bu görüşte olduğu ifade edilebilir. Yıldız (n 2) 142. Şener, esas sermaye payı devrinde genel kurulun vermiş olduğu ret kararına karşı açılacak iptal davasıyla bir sonuç alınmasının mümkün olmadığı ve devir yönünden böyle bir dava açılmasında hukukî yarar bulunmadığı görüşündedir. bkz Şener (n 10) 630.

de mümkün görülmediğinden, ret kararının iptali bir sonuç doğurmayacaktır¹⁰². Çamoğlu ise, reddedilen konunun genel kurulda tekrar görüşülerek farklı yönde bir karara varılması ihtimalinden ötürü olumsuz kararın iptalinde hukuki menfaat olduğu görüşünü savunmaktadır¹⁰³. Moroğlu da olumlu hukukî sonuçlar doğuran bir ret kararının iptalinin, olumlu kararın iptali niteliğinde olduğunu ifade etmektedir¹⁰⁴.

Benzer bir görüş ayrılığı, anonim şirket bağlı nama yazılı payların devrinde onay yetkisinin genel kurula tanınmış olduğu hallerde de söz konusudur. Uzel, genel kurulun ret kararı iptal edilse dahi devrin sonuç doğurması için yeni bir karar alınması gerekeceği nedeniyle iptal davası açmakta ortağın menfaatinin olmadığını savunmaktadır¹⁰⁵. Bu görüşü eleştiren Akın ise, özellikle kâr payı dağıtımını konu alan genel kurul kararlarının iptali davasında mahkemenin kâr payı dağıtımına karar verebileceği görüşünün giderek daha yaygın kabul gördüğünü, evleviyet ilkesi gereği kâr payı dağıtımına karar verebilen mahkemenin davacının pay defterine kaydına karar verebileceğinin kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir¹⁰⁶.

Kanaatimiz, açıklamalarımızın başında ifade ettiğimiz üzere devreden ortağın, devrin reddine ilişkin genel kurul kararının iptalini talep etmekte menfaati olduğu yönündedir. Ancak kabul etmeliyiz ki bu sonuç, pratik açıdan tatminkâr bir sonuç doğurmaktan uzaktır. Nitekim, ret kararının iptali üzerine askıda hükümsüz olmaya devam eden devir sözleşmesinin sonuç doğurabilmesi için ya devrin onaylanmasına ilişkin bir karar alınmalı ya da şirketin üç aylık süreden kalan zaman zarfı içerisinde¹⁰⁷ devri reddetmemesi gerekir. Bir diğer ifadeyle, ret kararının iptali, devrin onaylanması sonucunu doğurmaz¹⁰⁸. Bir önerinin reddini teşkil eden tüm genel kurul kararlarının iptali sonucunda ortaya çıkan bu durum, öneriyi sunan tarafın menfaatinin hukuk düzeni tarafından korunmaması anlamına gelmektedir. Bu sonucun kabul edilmesi ise önerinin kabulünün iptalinde menfaati olan ortağın korunmasına rağmen önerinin reddi kararının iptalinde menfaati olan ortağı hukukî korumadan yoksun bırakmaktadır.

¹⁰² Ünal Tekinalp, 'Anonim Ortaklığın Genel Kurulunda Bir Teklifin Reddine Karşı İptal Davası Açılabilir Mi?' (1965) 39 (7-8-9) *İstanbul Barosu Dergisi*, 249, 255 ff.; Oğuz İmregün, *Anonim Ortaklıklar* (4. Bası, Yasa Yayınları 1989) 154; Murat Alişkan ve İsmail Akbaş, 'Teori ve Uygulamada Anonim Şirket Genel Kurulu Tarafından Verilen İbranın Reddi Kararına Karşı İptal Davası Açılması' (2019) 17 (200) *Legal Hukuk Dergisi* 3469-3523; Simon Bühren ve Hans Caspar von der Crone, 'Positive Beschlussfeststellungsklage' (2014) 86 SZW 564, 569.

¹⁰³ Reha Poroy, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I* (15. Bası, Vedat Kitapçılık 2021) N 729.

¹⁰⁴ Moroğlu (n 17) 204.

¹⁰⁵ Necdet Uzel, *6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununa Göre Anonim Ortaklıkta Esas Sözleşmesel Bağlam* (On İki Levha Yayıncılık 2013) 216.

¹⁰⁶ Akın (n 19) 51.

¹⁰⁷ Devre ilişkin başvurunun şirkete ulaşmasıyla işlemeye başlayan üç aylık süre, redde ilişkin kararın iptali üzerine ret kararı hiç alınmamış gibi işlemeye devam eder. Örneğin, başvuru şirkete ulaştıktan bir ay sonra alınan ret kararının iptali halinde devrin reddedilebilmesi için şirketin iki ay içerisinde ret kararı alması gerekir.

¹⁰⁸ Ebbing (n 8) §15, Rn 155.

Hakkaniyete aykırı olan ve eşitsizlik yaratan bu durum doktrinde tespit edilmiş ve kanun koyucunun bilerek böyle bir ayrıma gitmiş olamayacağı ifade edilmiştir¹⁰⁹. Dolayısıyla bu hal, gerçek boşluk olarak nitelendirilmiş ve bu boşluğun hâkim tarafından doldurulabileceği savunulmuştur¹¹⁰. Bu boşluğun aşılması amacıyla, Alman hukukunda Zöllner tarafından olumlu kararın tespiti davası (*positive Beschlussfeststellungsklage*) önerilmiş¹¹¹, bu öneri hem Alman hem de İsviçre hukuk doktrini¹¹² ve uygulamasında¹¹³ kabul görmüştür. Türk hukukunda da mahkemenin genel kurul yerine geçerek karar veremeyeceği, bu nedenle olumsuz kararın iptalinin istenemeyeceği yönündeki dogmadan artık vazgeçilmekte olduğu ve olumlu kararın tespiti davasının açılmasının kabul edildiği gözlemlenmektedir¹¹⁴.

Olumlu kararın tespiti davasında mahkeme, hukuka aykırılık söz konusu olmasaydı verilecek gerçek kararı belirler. Bu “belirleme”yi vurgulamak adına “Feststellung” yani “tespit” kelimesi kullanılmaktadır. Olumlu kararın tespiti davası, her ne kadar tespitten bahsediliyor olsa da hukukî anlamda bir tespit davası değil, inşaî nitelikte bir davadır¹¹⁵. Nitekim mahkemenin kararının sonucunda ileride açıklayacağımız üzere, yeni bir hukuki durum meydana gelmektedir. Kanaatimizce, karışıklığa yol açabilecek bu çeviri yerine “olumlu kararın belirlenmesi davası” karşılık olarak daha isabetli olacaktır. Yine de çalışmamızda bu dava, doktrinde daha önce kullanıldığı şekliyle “olumlu kararın tespiti davası” olarak isimlendirilmeye devam edilecektir.

Yalnızca bir önerinin reddi halinde açılabilir¹¹⁶ olumlu kararın tespiti davasında mahkeme, matematiksel bir hesap yapmak suretiyle oyların hesaplanmasına ilişkin hukukî aykırılık olmasaydı alınacak gerçek kararı belirlemektedir¹¹⁷. Oy hesabına ilişkin aykırılıkların neler olabileceği ise uygulamada ortaya konulmaya çalışılmış ve bu kapsamda yetkisiz kişilerin oy kullanması¹¹⁸ ve sadakat yükümüne aykırı oy kullanılması¹¹⁹ halleri olumlu kararın tespiti davalarına ilişkin mahkeme kararlarına

¹⁰⁹ Bühren ve von der Crone (n 102) 569, özellikle s. 571.

¹¹⁰ Bühren ve von der Crone (n 102) özellikle s. 571.

¹¹¹ Wolfgang Zöllner, ‘Zur positiven Beschlussfeststellungsklage im Aktienrecht (und anderen Fragen des Beschlußrechts) – Besprechung der Entscheidung BGHZ 76, 191’ (1982) 4 ZGR 623- 633.

¹¹² Alman hukuku için bkz Uwe Hüffer ve Carsten Schäfer, *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz* iç Wulf Goette ve Mathias Habersack (edr) (4. Basım, C.H. Beck 2016) § 246 Rn 85; Peter Bauschatz, ‘Zur Reichweite der mit einer Anfechtungsklage verbundenen positiven Beschlussfeststellungsklage im GmbH-Recht’ (2002) NZG 317-321. İsviçre hukukunda bkz Bühren ve von der Crone (n 102) 564- 572.

¹¹³ Alman Federal Mahkemesinin bu yöndeki kararlarına şunlar örnek verilebilir. BGH, Urteil vom 13. 3. 1980- II ZR 54/78 (Karlsruhe), NJW 1980, s. 1465; BGH, Urteil vom 26-10-1983- II ZR 87/83 (München), NJW 1984, s. 489; BGH, Urteil vom 20.01.1986- II ZR 73/85 (Nürnberg), NJW 1986, s. 2051; aynı yönde yakın tarihli bir eyalet mahkemesi kararı için bkz LG München I Ur. v. 31.3.2008 – 5 HKO 2011/07, BeckRS 2008, 17262. İsviçre hukukunda bkz BGE 122 III 279.

¹¹⁴ Kirca, Şehirali-Çelik ve Manavgat (n 92) 171.

¹¹⁵ Aynı yönde bkz Kirca, Şehirali-Çelik ve Manavgat (n 92) 170; Bühren ve von der Crone (n 102) 570; BGE 122 III 279. Bu davanın bir tespit davası olduğu yönünde Şener (n 6) 472.

¹¹⁶ Hüffer ve Schäfer (n 112) § 246 Rn 84. Genel kurulun olumlu bir kararının iptaline ilişkin davayla birlikte olumlu kararın tespiti davası açılmaz. OLG Köln, Urteil vom 6. 6. 2012 – 18 U 240/11, NZG 2012, s. 946.

¹¹⁷ Hüffer ve Schäfer (n 112) § 246 Rn 84; Bauschatz (n 112) 318; Bühren ve von der Crone (n 102) 572.

¹¹⁸ BGHZ 97, 28 (31) = NJW 1986, 2051.

¹¹⁹ BGH, Urteil vom 26-10-1983- II ZR 87/83 (München), NJW 1984, s. 489.

konu olmuştur. Bunlara ek olarak oyların yanlış hesaplanmış olması yahut kanun veya şirket sözleşmesiyle öngörülenden daha yüksek nisabın aranmış olması durumunda da iptal davasıyla birlikte olumlu kararın tespiti davası açılabilir. Bu kabul sonucunda, basit bir hesaplama sonucu alınması gereken doğru kararın belirlenebildiği hallerde, genel kurulun olumlu kararları ile olumsuz kararları arasında hukuki koruma açısından ortaya çıkan dengesizlik giderilmiş olmaktadır¹²⁰.

Önemle ifade etmeliyiz ki, tek başına olumlu kararın tespiti davası açılması yeterli değildir. Esas sermaye payının devrinin reddinde, olumlu kararın tespiti davasının sağlamış olduğu hukuki korumadan faydalanmak için bu dava ile birlikte, ret yönündeki kararın iptaline ilişkin bir davanın da açılması gerekir¹²¹. Zira, ret kararı iptal edilmedikçe devir sözleşmesi kesin hükümsüz olup olumlu kararın tespiti davasıyla bu sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurması sağlanamaz. İptal davası ile olumlu kararın tespiti davalarının aynı anda açılması, HMK 110/I'de düzenlenen davaların yığılması halini teşkil eder.

Olumlu kararın tespiti davasına karşı ileri sürülebilecek en önemli argüman olan mahkemenin genel kurul yerine geçerek karar alamayacağı savı, görünürde haklı olsa da esasında mahkeme bu yargılamada genel kurulun yerine geçmemektedir. Mahkeme, yalnızca oy hesaplaması yaparak, iptal talebi çerçevesinde tespit etmiş olduğu hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaktadır. Olumlu kararın tespiti davasının, sadece oy hesaplamasından doğan hukuka aykırılıklarda ikame edilebilmesi¹²², bu tespiti destekler niteliktedir. İptali talep edilen kararda, oyun hesaplanmasından başka bir sebepten doğan hukuka aykırılığın mevcut olması halinde, bu aykırılıklar olumlu kararın tespiti davası çerçevesinde değerlendirilemez. Örneğin, hukuka aykırılığın, kararın yokluğuna yol açması halinde, olumlu kararın tespiti talebi reddedilmelidir¹²³.

Genel kurul kararlarının iptaline ilişkin hükümlerdeki boşluğun doldurulmasını amaçlayan olumlu kararın tespiti davasında, genel kurul kararlarının iptaline ilişkin düzenlemelerin kıyasen uygulanması gerekir. Bu çerçevede, iptal davasının açılması için öngörülen üç aylık sürenin olumlu kararın tespiti davasında da uygulanması, olumlu kararın tespiti davasının sonuçlarının sadece davacıyı değil herkesi bağlayıcı nitelikte olduğu¹²⁴ göz önüne alınarak kabul edilmelidir¹²⁵. Ayrıca davanın şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinde açılacağı, pasif dava ehliyetinin şirkete ait olması, yönetim kurulu üyelerinin davanın açıldığını ilan etme yükümlülükleri¹²⁶ ve üç aylık süre içerisinde açılan diğer olumlu kararın tespiti

¹²⁰ Hüffer ve Schäfer (n 112) § 246 Rn 84.

¹²¹ Bühren ve von der Crone (n 102) 571; Hüffer ve Schäfer (n 112) § 246 Rn 86.

¹²² Kırca, Şehirli-Çelik ve Manavgat (n 92) 171; Bühren ve von der Crone (n 102) 571.

¹²³ Bühren ve von der Crone (n 102) 572.

¹²⁴ Hüffer ve Schäfer (n 112) § 246 Rn 88; Bauschatz (n 112) 319; BGHZ 76, 191, 199 f. = NJW 1980, 1465.

¹²⁵ Hüffer ve Schäfer (n 112) § 246 Rn 87; Bühren ve von der Crone (n 102) 571.

¹²⁶ BGHZ 76, 191, 200 = NJW 1980, 1465.

davalarının birleştirilerek görülmesine¹²⁷ ilişkin düzenlemeler de olumlu kararın tespiti davasında uygulama alanı bulur. Olumlu kararın tespiti davası sonucunda alınan karar geçmişe etkili olup hukuka aykırı karar, dava sonucu belirlenen karar ile değiştirilmektedir¹²⁸.

Esas sermaye payı devri bakımından özellik arz eden bir diğer hal ise genel kurulda kullanılan oyun sadakat yükümüne aykırı olmasıdır. Devreden ortağın, devir sözleşmesinin onaylanmasına ilişkin genel kurul toplantısında olumlu oy kullanma yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi halinde, devralanın başvurabileceği hukuki yollar tespit edilmelidir.

Devreden ortağın olumlu oy kullanma yükümlülüğünün alacaklısı konumda olan devralanın, TBK 113 uyarınca aynen ifayı talep edebilmesi gerekir. Nitekim, borcun gereği gibi ifa edilmemesi halinde tazminat talebinden önce aynen ifanın talep edilmesi esastır¹²⁹.

Oy hakkının kullanılmasında aynen ifanın mümkün olup olmadığı oy sözleşmeleri çerçevesinde incelenmiş ve Moroğlu ile Okutan-Nilsson olumlu yönde görüş belirtirlerken¹³⁰ Tekinalp, oy sözleşmelerinde aynen ifanın talep edilemeyeceğini savunmuştur¹³¹. Esas sermaye payı devrinde alınacak genel kurul kararına ilişkin olarak Alman Federal Mahkemesinin 1967 tarihli bir kararında ise devreden olumlu oy kullanma yükümlülüğü ve devralanın bu borcun aynen ifasını talep edebileceği ifade edilmiştir¹³². Karara konu olayda esas sermayenin %90'ına sahip olan ortak, aralarında mevcut olan inanç sözleşmesinde esas sermaye paylarını talebi üzerine karısına devretmeyi yükümlenmiş, bu talep üzerine gerçekleştirilen genel kurulda ise çekimser oy kullanmak suretiyle devrin hüküm ve sonuç doğurmasını engellemiştir. Ortağın olumlu oy kullanma yükümlülüğünü teyit eden Federal Mahkeme, kararda devreden ortağın oyunun bir irade beyanı teşkil etmesi hasebiyle ZPO § 894 hükmü kapsamında kaldığını ifade ederek davacının aynen ifa talebini kabul etmiştir.

Kanaatimizce devreden ortağın devre ilişkin genel kurul toplantısında olumlu oy kullanma yükümlülüğü olduğu kabul edildikten sonra, bu borcun aynen ifasının da talep edilebilmesi mümkün görülmelidir. Nitekim devralanın menfaati, uğradığı zararın tazmin edilmesinden önce borcun ifasını gerektirmektedir. Borcun gereği gibi ifasının etkin bir şekilde sağlanabilmesi için ise mahkemenin, aynen ifaya ilişkin

¹²⁷ Bauschatz (n 112) 318.

¹²⁸ Bühren ve von der Crone (n 102) 570; BGE 122 III 279.

¹²⁹ Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (n 72) § 17 Nr 6; Oğuzman ve Öz (n 15) 398 Nr 1209, 1210; Eren (n 15) 1149 Nr 3229.

¹³⁰ Moroğlu (n 56)116 vd.; Gül Okutan- Nilsson, *Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri* (Çağa Hukuk Vakfı Yayınları 2004) 346 ff.

¹³¹ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 2) N 1003b; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 103) N 704a.

¹³² BGH, Urteil vom 29. 5. 1967- II ZR 105/66 (Stuttgart), NJW 1967, s. 1963.

ilamının ortağın iradesi yani olumlu oyu¹³³ yerine geçtiğini kabul etmek zorunludur. Ancak bu kabul, Türk hukuku açısından aşılması güç bir engelle karşılaşmaktadır, zira İİK 30 bir işin yapılması veya yapılmaması borçlarının aynen ifasını esas almakta olup irade beyanını göz ardı etmektedir. Borcun irade beyanı olabileceği halleri dikkate alan Alman hukukunda ZPO § 894 ve İsviçre hukukunda ZPO Art. 344 hükümleri ise irade beyanının borçlanıldığı hallerde, mahkemenin ilamının borçlunun iradesi yerine geçtiğini düzenlemektedir. Bu düzenlemelerin olması gereken hukuk açısından Türk hukukuna yol göstermesi mümkündür. Nitekim, Türk hukuku bu konuda açık bir düzenlemeden yoksun olmasına rağmen TBK 185 ve TMK 716 hükümleri, mahkeme ilamının borçlunun iradesinin yerine geçtiği düzenlemelere örnek olarak gösterilebilir. TBK 185 düzenlemesi, alacağın devrinin mahkeme kararıyla gerçekleştiği halde, alacağın devredilmesi için yazılı devir sözleşmesi ve alacaklının rızası aranmaksızın mahkemenin ilamını yeterli görmektedir. TMK 716 hükmü de mülkiyetin geçişinde malikin irade beyanı yerine mülkiyetin mahkemenin ilamı ile geçirilebilmesini öngörmüştür. Bu hükümler ışığında, Türk hukuk doktrininde de aynen ifa davasında, mahkemenin ilamının borçlunun iradesinin yerine geçeceği görüşü ileri sürülmektedir¹³⁴. Her ne kadar pozitif bir düzenlemeye duyulan ihtiyaç açıksa da, bu görüşün kabul edilmesi sayesinde olumlu oy kullanma yükümlülüğüne aykırı hareket edilmesi sonucu oluşan hukukî durumun ortadan kaldırılması için tek çare tazminat olarak görülmeyecek; borçlunun borcuna uygun hareket etmesi sağlanabilecektir. Bu kabulün sağlayacağı fayda Alman hukukunda da vurgulanmış ve esas sermaye payı devrinin hukuka aykırı bir karar sonucu reddedilmiş olması halinde, iptal davasıyla birlikte bir eda davası açılması gerektiği ve mahkemenin bu dava sonucunda vereceği ilamın genel kurulun kararı yerine geçebileceği ifade edilmiştir¹³⁵.

Kanaatimizce esas sermaye payı devrinde ortak sıfatını haiz olan devralan, devreden olumsuz oy kullanması sonucu ret kararı alınması halinde, öncelikle ilgili kararın iptali istenmelidir. Zira ortada henüz iptal edilmemiş bir genel kurul kararı varken aynen ifanın talep edilmesi mümkün değildir, önce kararın iptal edilmesi ve devir sözleşmesinin askıda hükümsüz hale geri dönmesi sağlanmalıdır. Devralan, ilgili kararın iptali davasıyla birlikte devreden olumlu oy kullanma yükümlülüğünün aynen ifası talebi ve oyun olumlu yönde değiştirilmesi sonucunu oluşturacak gerçek kararın belirlenmesi amacıyla olumlu kararın tespiti davalarını aynı anda

¹³³ Genel kurul toplantısında kullanılan oya ortağın iradesini ifade eder. Teoman (n 54) s. 3; Üner Dağ, *Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibi Açısından Oy Hakkının Kazanılması ve Kullanılması* (Beta Yayıncılık 1996) 5; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 2) N 959; Şener (n 6) 582.

¹³⁴ Oğuzman ve Öz (n 15) 405 Nr 1239; aynı yönde Halük Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet)* (1961 Tarihli Birinci Basıdan Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık 2010) 412; Eren (n 15) 1152 Nr 3237; Hakan Pekcanitez, *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku* (15. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2017) 962, 963. Aksi yönde bkz Moroğlu (n 56) 121 dn 297.

¹³⁵ Reichert ve Weller (n 8) § 15 Rn 435; Happ (n 48) § 15 Rn 92 vd; Verse (n 25) Rn 98. Bu davanın olumlu kararın tespiti davasından farklı olduğu yönünde bkz Happ (n 48) § 15 Rn 63.

ikame etmelidir. Az önce ifade edildiği üzere, bu durumda HMK 110/ I uyarınca davaların yığılması söz konusu olur. Mahkeme, devredenin olumlu oy kullanma yükümlülüğünü tespit ettikten sonra onun oyunu olumlu yönde değiştirecektir. Bu durumda mahkemenin ilamı, borçlunun iradesi yerine geçer. Yargılama sonucunda mahkeme, devredenin oyunu olumlu olarak değiştirerek yalnızca matematiksel bir hesap yapma suretiyle gerçek kararı belirleyecektir. Bu vesileyle devre onay verilmiş olur.

Devralanın yukarıda yer verdiğimiz hukukî yollara başvurabilmesi için ortak sıfatını haiz olması şarttır. Devralan şirkette ortak olmadığı takdirde, ret kararına karşı iptal davası ikame edemeyeceğinden, devredenin borcu imkânsızlaşır; ret kararı devredenin hareketlerinden kaynaklandığı takdirde borçluya yükletilebilen sonraki imkânsızlık nedeniyle devralan tazminat talebinde bulunabilir.

B. Onay Kararının İptal Edilebilirliği

Genel kurulun devir sözleşmesini onaylayan kararının da iptali söz konusu olabilir¹³⁶. Şirket sözleşmesiyle ret için öngörülen haklı sebeplerin mevcut olmasına yahut devrin şirkete zarar verebilecek nitelikte olmasına rağmen devir işleminin onaylanmış olması, ilgili kararın iptali sonucunu doğurabilecektir. Bu hale örnek olarak, hâkim ortağın yahut azınlık teşkil edecek oranda esas sermaye payına sahip ortağın, esas sermaye paylarını rakip şirkete devretmesi gösterilebilir¹³⁷. İptal davası açılması üzerine mahkeme, müdürlerin de görüşlerini almak suretiyle, esas sermaye payı devrinin onaylanmasına ilişkin genel kurul kararının yürütülmesinin geri bırakılmasına karar verebilir (TTK 449).

Genel kurulun onay kararı üzerine hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlayan devir sözleşmesi, onaya ilişkin genel kurul kararının iptali üzerinde askıda hükümsüz olduğu hale geri döner¹³⁸. Nitekim genel kurul kararının iptali davasının bozucu inşaî dava olması¹³⁹ vardığımız sonucu haklı kılar. İptal sonucu, genel kurul kararıyla yaratılan hukuki durum ortadan kalkmaktadır. Yargıtay, eTTK döneminde vermiş olduğu konuya ilişkin bir kararında, onay kararının iptalinden sonra aynı

¹³⁶ Alman hukukunda aynı doğrultuda bkz Happ (n 48) §15, Rn 36.

¹³⁷ Happ (n 48) §15, Rn 30 vd.

¹³⁸ Reichert ve Weller (n 8) § 15 Rn 406; Bayer (n 8) § 15 Rn 89; Verse (n 25) §15 Rn 99.

¹³⁹ Kırca, Şehirali-Çelik ve Manavgat (n 92) 254; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 103) N 750. İptal davasının yenilik doğurucu bir eda davası olduğu yönünde bkz Moroğlu (n 17) 250.

esas sermaye payının konu olduğu devir işlemini geçerli sayarak, aynı sonuca dolaylı olarak varmıştır¹⁴⁰.

Devir işlemi, iptal kararından sonra geçerli bir genel kurul kararıyla onaylanmadıkça yahut ret için öngörülen üç aylık süre dolmadıkça devir işlemi hüküm ve sonuç doğurmaz. Devir işlemi onaylamak isteyen ortakların iptal kararı üzerine hareketsiz kalmaları, devrin onaylanması sonucunu doğurur.

Devir işleminin üç aylık hak düşürücü süre içerisinde reddedilmeyerek zımnen kabul edilmesi halinde, bir genel kurul kararı söz konusu olmadığından, devrin onaylanmış sayılmasının iptali de dava edilemez¹⁴¹.

Sonuç

Limited şirket esas sermaye payına ilişkin olarak TTK'da öngörülen değişiklikler, bilhassa esas sermaye payının devri konusunda birçok farklılığa yol açmıştır. Esas sermaye payının devrinde kanun koyucu tarafından öngörülen genel kurul onayı şartının şirket sözleşmesiyle kaldırılabilmesi, onay kararı alınabilmesi için basit nisabın yeterli görülmesi, devir sözleşmesinin şirkete bildirilmesinden itibaren üç ay içerisinde ret kararı alınmadıkça devre onay verilmiş sayılması hususları bu değişikliği esaslı unsurlarındandır.

Esas sermaye payı devrinde genel kurula tanınan onay yetkisi devredilemez bir nitelik taşımakta olup şirketin iradesi bu karar ile tecelli etmektedir. Devir sözleşmesinin akdedilmesinden sonra alınacak olan genel kurul kararı münferit bir hukuki işlem olup devrin uygulanabilirlik şartı ve tamamlayıcı unsurunu teşkil eder. Şirket sözleşmesinde aksi öngörülebilecek olan bu onay şartı kanun koyucu tarafından öngörülmesi hasebiyle kanuni bağlamdır ve hukuki koşul niteliğini taşır.

¹⁴⁰ Yargıtay kararında aksi yönde ifadelere yer vermiş olsa da kararın devamından varmış olduğumuz sonuca katıldığı anlaşılmaktadır. Karar metni aynen şu şekildedir: "Mahkemece, pay devrinin kabulüne ilişkin 28/01/2008 tarihli ortaklar kurulu kararı iptal edildiğinden geçerli bir hisse devrinin bulunmadığı, bu suretle sözleşmede düzenlenen cezai şartın talep edilebilmesinin de mümkün olmadığı kabulüyle davanın reddine karar verilmiştir. Ancak, 6762 sayılı ...'nın 520 nci maddesi hükmü nazara alındığında ortakların dörtte üçünün devre muvafakat etmesi yeterli olup alınan ortaklar kurulu kararının iptaline karar verilmiş olması hisse devrinin geçerliliğini etkilemez... Zaten ... Asliye Ticaret Mahkemesinin .../11/2008 tarihli 2008/11 Esas 2008/182 Karar sayılı ortaklar kurulu kararının iptaline ilişkin verilen kararı sonrasında şirketin .../11/2012 tarihli ortaklar kuru kararıyla yine davacının .../01/2008 tarihli limited şirket hisse devir ve temlik sözleşmesiyle hisselerini davalıya devrederek şirket ortaklığından ayrıldığı belirtilerek pay devrinin kabulüne ve keyfiyetin pay defterine işlenmesine karar verildiği, anılan kararın 05/.../2012 tarihli Ticaret Sicil Gazetesinde yayımlandığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, hisse devir sözleşmesine istinaden davacı adına tescilli hisselerin davalıya devredildiği, yapılan hisse devrinin geçerli olduğu anlaşıldığından işin esasına girilerek taraf iddia ve savunmaları çerçevesinde yapılan sözleşmeye istinaden cezai şart talebinin yerinde olup olmadığı değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçeyle davanın reddine karar verilmesi yerinde görülmemiş, kararın davacı yararına bozulması gerekmektedir." Yargıtay 11 HD, 6824/ 585, 24.1.2018. Karar için bkz <http://www.karararama.yargitay.gov.tr> (erişim tarihi: 03.12.2019)

¹⁴¹ Aksi görüşte olan Aker, esas sermaye payı devrinin müdürlerce ortaklardan gizlenmesi suretiyle 3 aylık sürenin geçirilmesi sonucu onaylanmış sayılmasını, TTK 446/I-b hükmünün uygulanması suretiyle iptal edilebileceği görüşündedir. bkz Aker (n 5) 67.

Esas sermaye payının devrine ilişkin sözleşme, genel kurul kararına kadar geçen süre zarfında askıda hükümsüzdür. Hukuki koşulda geçmişe etkililiğinden ötürü devir sözleşmesi, genel kurul karar tarihinden itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlar. Bu sebeple genel kurul kararı verilinceye yahut devrin şirkete bildirilmesinden itibaren üç ay geçinceye kadar olan sürede devre konu esas sermaye payı üzerinde gerçekleştirilecek ara tasarrufların akıbeti önem arz etmektedir. Her ne kadar bu hususa ilişkin olarak Türk hukukunda pozitif bir düzenleme mevcut değilse de Alman hukukunda mevcut olan BGB § 184/II hükmü konuya ışık tutmaktadır. Söz konusu düzenlemeye göre birbiriyle çelişen devir işlemi ve ara tasarruflardan hangisi genel kurul tarafından daha önce onaylanırsa o hukuki işlem geçerlilik kazanmaktadır.

Esas sermaye payının devrine ilişkin genel kurul kararının alınacağı genel kurul toplantısı olağan yahut olağanüstü olabileceği gibi çağrılı veya çağrısız da gerçekleştirilebilir. Bu kararın sirküler yoluyla alınmasına da bir engel bulunmamaktadır. Genel kurula çağrı yetkisi, esas sermaye payı devrinin onaylanması açısından bir özellik arz etmemekle birlikte çağrı yetkisinin bir veya birkaç ortağa yahut esas sermaye payına tanınmasının mümkün olduğu belirtilmelidir. Devreden ortağın azınlık teşkil etmese dahi menfaatlerinin korunabilmesi için çağrı yetkisini haiz olduğu görüşü ise TTK 595/VII hükmünün öngördüğü üç aylık hak düşürücü süre karşısında artık savunulabilirliğini yitirmiştir. Genel kurul kararının geçerli bir şekilde alınabilmesi için aranan nisaplarda da özel bir düzenleme mevcut değildir. Ancak şirketin kendi esas sermaye payını iktisap ettiği hallerde devreden ortağın TTK 619/II hükmü gereği oydan yoksun olduğu gözden kaçırılmamalıdır.

Esas sermaye payının devrine ilişkin genel kurulda devreden ortağın olumlu oy kullanma yükümlülüğü vardır. Diğer ortakların devre ilişkin kararda kullanacakları oyda keyfiyetin sınırını ise TMK 2 hükmü çizmektedir. Her ne kadar diğer ortaklar, bir oy sözleşmesi ise olumlu oy kullanma yükümlülüğü altına girebileceklerse de bu oy sözleşmesine aykırılık kullanılan oyun geçersizliğini doğurmamaktadır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

Akbay D, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Limited Ortaklık Genel Kurulunun Toplanma ve Karar Alma Esasları*, (Vedat Kitapçılık 2010)

- Aker H, 'Anonim ve Limited Şirketlerde Ortaklık Sifatının Sona Ermesi ve Özellikle Haklı Sebepçe Fesih Davasına İlişkin Bazı Değerlendirmeler' (2016) 32 (1) BATİDER 63-150.
- Akın MY, *Anonim Ortaklıkta Bağlı Nama Yazılı Hisseler* (Vedat Kitapçılık 2014)
- Akın MY, *Şirketler Hukukunda ve Özellikle Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Sadakat Borcu* (İstanbul Menkul Kıymetler Borsası 2002)
- Akıntürk T, 'Şart ve Mükellefiyet Kavramları Üzerine Bir İnceleme' (1970) 27 (3) AÜHFD 219-247
- Aktaş B, *İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu* (On İki Levha Yayıncılık 2019)
- Al-Kılıç Ş, 'TTK Tasarısına Göre Limited Şirketlerde Genel Kurul' Prof. Dr. Fırat Öztan Armağanı (Turhan Kitabevi 2010) 159-203
- Alışkan M, *Limited Şirket (Tarihçe Niteliği)* (Legal Kitabevi 2013)
- Alışkan M ve Akbaş İ, 'Teori ve Uygulamada Anonim Şirket Genel Kurulu Tarafından Verilen İbranın Reddi Kararına Karşı İptal Davası Açılması' (2019) 17 (200) Legal Hukuk Dergisi 3469-3523
- Altmeppen H ve Roth GH, *Gesetz Betreffend Die Gesellschaften Mit Beschränkter Haftung* (9. Bası, C H Beck 2019)
- Amstutz M, Breitschmid P, Furrer A, Girsberger D, Huguenin D, Müller-Chen M, Roberto V, Rumo-Jungo A ve Schnyder A (edr), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, (Schulthess Verlag 2007)
- Antalya G, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. V/ 1,1* (2. Bası, Seçkin Yayıncılık 2019)
- Arıcı F, 'İmtiyazlı Paylar' *Yürürlüğünün 7. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu -III- (Tebliğler ve Tartışmalar) 18 Ekim 2019* (On İki Levha Yayıncılık 2020) 151-195.
- Arslanlı H, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi, İkinci Kitap- Yedinci Fasıl, Limited Şirketler (Madde 503-556), İkinci Kısım (Limited Şirketler (m.518-535))* (Fakülteler Matbaası 1963)
- Arslanlı H, 'Türk Ticaret Kanunu'nun Limited Şirketlere Dair 520nci Maddesi Hükümleri' (1963) 2 (2) BATİDER, 163-201
- Arslanlı H ve Domaniç H, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C.III, Limited Şirketler Hukuku Ve Uygulaması, Hisseli Komandit Şirketler* (1989)
- Bahtiyar M, *Ortaklıklar Hukuku* (14. Bası, Beta Basım Yayın 2020)
- Bahtiyar M, *Anonim Ortaklık Anasözleşmesi* (Beta Yayıncılık 2001)
- Bartl H, Bartl A, Fichtelmann H, Koch D, Schlarb E ve Schmitt MC (edr) *GmbH-Recht Heidelberger Kommentar (HK- GmbH-Recht)* (8. Bası, C.F. Müller 2019)
- Baumbach A ve Hueck (edr), A, *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung* (21. Bası, C. H. Beck 2017)
- Biçer L ve Hamamcıoğlu E, 'Limited Ortaklıkta Esas Sermaye Payının Rehni' (2013) 1 (2) KHÜHFD, 59- 88
- Biçer L ve Hamamcıoğlu E, 'Limited Şirket Genel Kurulunda Yetersayılar' (2017) 16 (2) İKÜHFD 343-381.
- Biçer L ve Hamamcıoğlu E 'Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantılarında Uygulanan Yetersayılar ve Bazı Değerlendirmeler' (2017) 12 (149-150) BAÜHFD 71-134
- Bilgeç H, '7099 sayılı Kanun ile Yapılan Limited Şirkette Nakdi Sermaye Payının Ödenmesine İlişkin Değişikliğin Ortakların Oy ve Kâr Payı Hakları Üzerindeki Etkileri' (2019) (143) 235-256.
- Bilgili F ve Cengil F, 'Limited Şirket Genel Kurulunda Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu' (2017) 1 69-123.

- Bilgili F ve Demirkapı E, *Şirketler Hukuku Dersleri* (7. Basım, Dora Yayıncılık 2020)
- Bork R ve Schäfer C (edr), *GmbHG- Kommentar zum GmbH-Gesetz* (3. Bası, De Gruyter 2015)
- Bozer A ve Göle C, *Kıymetli Evrak Hukuku* (Güncellenmiş ve Genişletilmiş 8. Bası, BTHAE 2020)
- Böckli P, 'Das neue schweizerische GmbH-Recht-was ist wirklich neu? Eine Übersicht' *Das neue Recht der Schweizer GmbH-Recht* (Schulthess Juristische Medien AG 2006) 1- 45
- Bügler R, *Der GmbH-Anteil insbesondere dessen Erwerb, Übertragung und Verlust (de lege lata et ferenda)*, (Rechtswissenschaft Zürich Universität 2004)
- Bühren S ve von der Crone HC, 'Positive Beschlussfeststellungsklage' (2014) 86 SZW 564- 572
- Çağa B, 'Limited Şirkette Ortaklık Payının Devri' (1973) 7 (3) BATİDER 581-603.
- Çamoğlu E, *Limited Ortaklıklar Hukukunun Temel İlkeleri* (Vedat Kitapçılık 2020)
- Çamoğlu E, 'Limited Ortaklık Genel Kurulunda Nisaplar' (2012) 20 (29) Yaklaşım Dergisi, 251-257
- Çebi H, *Limited Şirketler Hukuku* (Adalet Yayınevi 2019)
- Çoştan H, 'Limited Şirkette Oyda İmtiyazlı (!) Paylar ve İmtiyazlı Paylar' (2012) 4 Ankara Barosu Dergisi 79-90.
- Dağ Ü, *Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibi Açısından Oy Hakkının Kazanılması ve Kullanılması* (Beta Yayıncılık 1996)
- Demirkapı E, *Türk Ticaret Kanunu Ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Ortaklıkta Payın Devri* (Güncel Hukuk Yayınları 2008)
- Deryal Y, 'Anonim Ortaklık Genel Kurul Kararlarının Hukukî Niteliği', *Prof. Dr. Fahiman Tekil'in Anısına* (Beta Yayıncılık 2003) 377- 399
- Doğanay İ, 'Limited Şirketlerde Ortaklık Payının Bir Başkasına Devredilmesi Koşulları Nelerdir?' (1975) 8 (2) BATİDER 83-93
- Doğrusöz-Koşut H, *Limited Şirkette Oy Hakkı* (Vedat Kitapçılık 2021)
- Doğrusöz Koşut H, 'Limited Şirkette Nama Yazılı Senede Bağlanmış Esas Sermaye Payının Devir Şartları' (2017) 22 (1) MÜHF-HAD 365-387
- Dural HA, 'Limited Şirket Esas Sermaye Payının Miras, Eşler Arası Mal Rejimi ve İcra Yoluyla Edinilmesine İlişkin TTK m. 596 Düzenlemesi Üzerine Düşünceler ve Eleştiriler' (2018) 6 (1) KHÜHFD 111-124
- Dural M ve Ögüz T, *Türk Özel Hukuku, C.II, Kişiler Hukuku* (21. Baskı, Filiz Kitabevi 2020)
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (25. Bası, Yetkin Yayınları 2020)
- Feuz C, *Das mitgliedschaftliche Treuepflichtregime der GmbH* (Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Band 340) (Dike Verlag AG 2017)
- Fleischer H ve Goette W (edr), *Münchener Kommentar Zum Gesetz Betreffend Die Gesellschaften Mit Beschränkter Haftung (GmbHG)* (2. Bası, C H Beck 2015)
- Gürsoy KT, 'Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyet' (1954) 11 (1-2) AÜHFD 371- 477
- Handschin L, 'Gesellschaftsanteile und Gesellschafterversammlung – die Willensbildung in der GmbH- die Konzernleitung der GmbH' *Das neue Recht der Schweizer GmbH-Recht* (Schulthess Juristische Medien AG 2006)
- Happ W, *Die GmbH im Prozeß* (Otto Schmidt Verlag 1997)
- Henssler M ve Strohn L (edr), *Gesellschaftsrecht* (3. Bası, C. H. Beck 2016)
- İmregün O, *Anonim Ortaklıklar* (4. Bası, Yasa Yayınları 1989)

- Kendigelen A, *Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler Ve İlk Tespitler* (Güncellenmiş 2. Basıdan 3. (Tıpkı) Bası, On İki Levha Yayınları 2016)
- Kendigelen A ve diğerleri (edr), *Yargıtay ve Hukuk Ceza Dairelerinin Türk Ticaret Kanunu'na İlişkin Kararları 2017* (On İki Levha Yayıncılık 2018)
- Kendigelen A, 'Anonim Ortaklıkta İmtiyazlı Paylara İlişkin Değişiklik Önerileri', *Prof. Dr. Fahiman Tekil'e Armağan* (Beta Yayıncılık 2003) 321-333.
- Kırca İ ve Gürel M, 'Limited Şirket Ortağının Kendisini Çıkarmata Yönelik Genel Kurul Kararının Alınmasında Oy Hakkına Sahip Olup Olmadığı Sorunu' Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü 60. Yıl Armağanı (Bankacılık Enstitüsü 2015) 197- 224
- Kırca İ, Şehirali-Çelik FH, Manavgat Ç, *Anonim Şirketler Hukuku, C. II/II, Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü* (2. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2017)
- Kocayusufpaşaoğlu N, Hatemi H, Serozan R ve Arpacı A, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm C.III* (6. Bası, Filiz Kitabevi 2014)
- Lutter M, Hommelhof P ve Kleindiek D (edr), *GmbH-Gesetz* (19. Bası, Otto Schmidt Verlag 2016)
- Michalski L ve diğerleri (edr), *Kommentar Zum GbmH-Gesetz* (3. Bası, C H Beck 2017)
- Moroğlu E, *Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü* (9. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2020)
- Moroğlu E, *Oy Sözleşmeleri* (5. Baskı, Vedat Kitapçılık 2015)
- Moroğlu E ve Kendigelen A, *İçtihatlı-Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat* (10 Bası, On İki Levha Yayıncılık 2014)
- Nomer F, *Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü* (Beta Yayıncılık 1999)
- Nomer HN, *Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Hukuki Sonuçları* (Beta Yayıncılık 2002)
- Nussbaum M, Sanwald R ve Scheidegger M, *Kurzkommentar zum neuen GmbH-Recht* (Cosmos Verlag 2007)
- Oğuzman K ve Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.I* (18. Bası, Vedat Kitapçılık 2020)
- Oğuzman K ve Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.II* (15. Bası, Vedat Kitapçılık 2020)
- Oğuzman K, Seliçi Ö ve Oktay-Özdemir S, *Kişiler Hukuku* (19. Bası, Filiz Kitabevi 2020)
- Okutan- Nilsson G, *Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri* (Çağa Hukuk Vakfı Yayınları 2004)
- Öz T, 'Limited Ortaklıklarda Pay Kavramı ve Payın Devri' (1987) 52 (1-4) İÜHFİM- Ord. Prof. Sulhi Dönmezer'e Armağan 345-386.
- Özer I, 'Yargıtay Kararları Işığında Limited Şirketlerde Payın Devri ve Payın Hukuki Niteliği' *Prof. Dr. Ersin Çamoğlu'na Saygı Günü – Şirketler Hukukunun Güncel Sorunları Sempozyumu 30 Ekim 2017* (Seçkin Yayıncılık 2019) 175-212
- Öztan F, *Kıymetli Evrak Hukuku* (Güncelleştirilmiş 24. Bası, Yetkin Yayınları 2020)
- Pekcanitez H, *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku* (15. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2017)
- Poroy R, Tekinalp Ü ve Çamoğlu Ç, *Ortaklıklar Hukuku I* (15. Bası, Vedat Kitapçılık 2021)
- Poroy R, Tekinalp Ü ve Çamoğlu Ç, *Ortaklıklar Hukuku II* (14. Bası, Vedat Kitapçılık 2019)
- Poroy R, Tekinalp Ü ve Çamoğlu Ç, *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku* (11. Bası, Vedat Kitapçılık 2009)
- Priester HJ, Mayer D ve Wicke H (edr), *Münchener Handbuch Des Gesellschaftsrechts, Band:3: Gesellschaft Mit Beschränkter Haftung* (5. Bası, C H Beck 2018)
- Pulaşlı H, *Şirketler Hukuku Şerhi C. II* (3. Bası, Adalet Yayınevi 2018)

- Pulaşlı H, *Şirketler Hukuku Şerhi C. III* (3. Bası, Adalet Yayınevi 2018)
- Pulaşlı H, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar* (6. Bası, Adalet Yayınevi 2020)
- Pulaşlı H, *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları* (8. Bası, Adalet Yayınevi 2020)
- Pulaşlı H, *Bağlı Nama Yazılı Pay Senetleri* (Dayınlarlı Yayıncılık 1992)
- Pulaşlı H, *Şarta Bağlı İşlemler ve Hukukî Sonuçları* (Dayınlarlı Yayınları 1989)
- Raiser T ve Veil R, *Recht Der Kapitalgesellschaften* (6. Bası, Vahlen 2015)
- Schwerdtfeger A (ed), *Gesellschaftsrecht Kommentar* (3. Bası, Carl Heymanns 2015)
- Siffert R, Marc P ve Petrin M, *GmbH-Recht Revidiertes Recht Der Gesellschaft Mit Beschränkter Haftung (Art 772-827 OR), SHK- Stämpflis Handkommentar* (Stämpfli Verlag AG 2008)
- Sirmen L, *Türk Özel Hukukunda Şart* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1992)
- Şener OH, *Limited Ortaklıklar Hukuku* (Seçkin Yayıncılık 2018)
- Şener OH, *Yeni TTK Döneminde Anonim ve Limited Ortaklıklara İlişkin Verilen Yargıtay Emsal Kararlarının Değerlendirilmesi* (2. Bası, Seçkin Yayıncılık 2020)
- Şener OH, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku* (4. Bası, Seçkin Yayınları 2019)
- Tandoğan H, *Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet)* (1961 Tarihli Birinci Basıdan Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık 2010)
- Taşdelen N, *Limited Ortaklıklarda Çıkma Çıkarılma ve Fesih* (Yetkin Yayınları 2012)
- Tekinalp Ü, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku* (4. Bası, Vedat Kitapçılık 2015)
- Tekinalp Ü, *Anonim Ortaklıkta Yeni Bağlam Sisteminin Esasları Pay Defteri Hukuku ile* (Vedat Kitapçılık 2012)
- Tekinalp Ü, 'Anonim Ortaklığın Genel Kurulunda Bir Teklifin Reddine Karşı İptal Davası Açılabilir Mi?' (1965) 39 (7-8-9) İstanbul Barosu Dergisi, 249- 260
- Teoman Ö, '82- Limited Ortaklık Payının Devri', *Yaşayan Ticaret Hukuku, C. I: Hukukî Mütalâalar, Kitap: 8: 1997* (BTHAE 1998)
- Teoman Ö, *Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu*, (Bankacılık ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1983)
- Tokcan P, *Limited Ortaklıkta Oy Hakkından Yoksunluk* (On İki Levha Yayıncılık 2018)
- Türk A, 'Limited Şirkette Ortaklık Payının Devri' (1999) 78 Yaklaşım Dergisi 106-112.
- Uzel N, *6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununa Göre Anonim Ortaklıkta Esas Sözleşmesel Bağlam* (On İki Levha Yayıncılık 2013)
- Üçışık G ve Çelik A, *Anonim Ortaklıklar Hukuku C. I* (Adalet Yayınevi 2013)
- Ülgen H, Helvacı M, Kaya A ve Nomer-Ertan NF, *Kıymetli Evrak Hukuku Yeni Türk Ticaret Kanunu'na, Yeni Çek Kanunu'na ve Yeni Sermaye Piyasası Kanunu'na Göre* (11. Bası, On İki Levha Yayınları 2019)
- Vogt NP, *Die Zustimmung Des Dritten Zum Rechtsgeschäft: Einwilligung, Ermächtigung, Genehmigung und Vollmacht im Schweizerischen Privatrecht* (Schulthess Verlag 1982)
- Yıldız Ş, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku* (Arıkan Basım Yayın 2007)
- Yıldız Ş, 'Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Limited Şirketlere İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi' (2005) 2 (1) YTÜHFD 449-468
- Zöllner W, 'Zur positiven Beschlussfeststellungsklage im Aktienrecht (und anderen Fragen des Beschlußrechts) – Besprechung der Entscheidung BGHZ 76, 191' (1982) 4 ZGR 623- 633.



Rekabet Hukuku ve İktisadi Bağlamında *Dar Platform EKM* Koşulları

Kerem Cem Sanlı^{*}, Cihan Doğan^{**}

Öz

Platform iş modelinin çevrimiçi ticaret içerisindeki yerinin artmasının önemli sonuçlarından biri de en çok kayırlan müşteri koşullarının piyasada yaygın bir şekilde kullanılmasıdır. Bu koşullar, esasen geleneksel piyasalarda da kullanılmaktadır. Fakat, çevrimiçi ticaretin ekonomik dinamikleri, bu koşulları dijital platformlar için önemli hale getirmiştir. Geleneksel en çok kayırlan müşteri koşullarından farklı olarak, doğrudan tüketicinin alış fiyatına ilişkin bir sınırlama içeren platform en çok kayırlan müşteri koşulları, piyasada önemli etki göstermekte ve perakendeci, restoran ve oteller gibi ticari kullanıcıların şikâyetlerine sık sık konu olmaktadır. Bunun sonucu olarak platform en çok kayırlan müşteri koşulları, son yıllarda rekabet otoriteleri tarafından inceleme konusu olmuş ve bazı şartlar altında bu koşullara rekabeti sınırlayıcı olduğu gerekçesiyle müdahale edilmiştir. Verilen kararlar incelendiği zaman, en çok kayırlan müşteri koşullarının, dar ve geniş olmak üzere iki başlık altında incelendiği ve daha ziyade geniş en çok kayırlan müşteri koşullarının (piyasa gücünün de varlığına bağlı olarak) yasaklandığı görülmektedir. Öte yandan, dar en çok kayırlan müşteri olarak adlandırılan sözleşme hükümleri ise çoğunlukla hukuka uygun görülmektedir. Ne var ki muhtelif bazı koşullar altında, dar en çok kayırlan müşteri koşulu da piyasadaki rekabet ortamına zarar verebilir. Bu durum özellikle, lehine dar en çok kayırlan müşteri koşulu kabul edilen platformun piyasa gücünün bulunması, doğrudan kanalın tüketiciler için önemli bir alternatif olduğu kurgularda söz konusu olur.

Anahtar Kelimeler

Platform, EKM koşulu, Rekabet Hukuku, Dar EKM, Dijital Piyasalar

Narrow MFN Clauses from Competition Law and Economics Perspective

Abstract

Digital platforms have become significant for the operation of the global economy, as they bring numerous benefits for consumers and undertakings, but the widespread use of most favored nation (MFN) clauses in e-commerce poses important challenges for policymakers. Ordinarily, such clauses have been implemented in traditional industries; however, the economic dynamics of e-commerce have made these clauses a cornerstone for digital platforms, as they enable platforms to adhere to competitive price guarantees. Unlike traditional MFN clauses, platform MFN clauses, which include restrictions on consumer purchase price, have a significant restrictive impact on the market and are often the subject of complaints from commercial users, such as retailers, restaurants, and hotels. Thus, platform MFN clauses have been the subject of scrutiny by competition authorities in recent years, and under some conditions, these clauses have been found problematic. MFN clauses are examined under narrow and wide headings, and primarily wide MFN clauses (depending on the existence of market power) are prohibited. Nevertheless, narrow MFN clauses are considered legal; however, under certain conditions, narrow MFN clauses may also harm the competitive environment in the market. This is particularly the case for scenarios of high market power of the platform for which the narrow MFN clause is accepted, and the direct channel serves as an important alternative for consumers. This study aims to examine the conditions under which such clauses can pose competition law risks and to distinguish scenarios in which the competition law interference of narrow MFN clauses is likely.

Keywords

Platforms, MFN Clauses, Competition Law, Narrow MFN, Digital Markets

* Sorumlu Yazar: Kerem Cem Sanlı (Doç. Dr.), İstanbul Bilgi Üniversitesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: cem.sanlı@bilgi.edu.tr ORCID: 0000-0002-9026-942X

** Cihan Doğan (Avukat), İstanbul, Türkiye. E-posta: cihan.dogan@cdlaw.com.tr ORCID: 0000-0002-0643-3099

Atf: Sanlı KC, Doğan, C, "Rekabet Hukuku ve İktisadi Bağlamında Dar Platform EKM Koşulları" (2022) 80(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 117. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2022.80.1.0004>



Extended Summary

Most favored nation (MFN) clause is a contractual provision in which a seller agrees to give the buyer the best contractual terms it makes available to any other buyer. Through these clauses, the seller guarantees that other (rival) buyers will not be treated more favorably than the contracting buyer. The expanding position of the platform business model in online commerce led to the widespread use of MFN clauses in markets where platforms operate. Although such clauses are also used in traditional markets, the economic dynamics of online commerce have made these clauses indispensable for digital platforms.

Unlike traditional MFN clauses, platform MFN clauses, which include restrictions on consumer purchase price, have a significant impact on the market and are often the subject of complaints from commercial users, such as retailers, restaurants, and hotels. As a result, platform MFN clauses have been scrutinized by competition authorities in recent years, and under some conditions, such conditions have been intervened on the grounds that MFN clauses restrict competition.

MFN clauses are generally divided into distinct narrow and wide categories. Narrow MFN clauses link the price (and other terms) quoted on a platform to those available directly on the retailer's own sales channel. This ensures that the platform price will not be less attractive than the price established in the retailer's own sales channel. Wide MFN clauses link the price (and other terms) quoted on a platform to any other sales channels, including rival platforms and the retailer's own sales channel (e.g., the retailer's website). Thus, a wide MFN provides the same protection as one that is narrow, but on a wider scale.

Among the different decisions of competition regulators, primarily wide MFN clauses (depending on the existence of market power) are prohibited. In contrast, narrow MFN clauses are, in principle, considered legal; however, under certain conditions, narrow MFN clauses may also harm the competitive environment in the market. This is particularly true of scenarios of high market power of the platform for which the narrow MFN clause is accepted, and the direct channel serves as an important alternative for consumers.

Narrow MFN clauses are distinguishable from wide MFN clauses, as they do not link the prices of different platforms; therefore, narrow MFN clauses are, in principle, less restrictive in terms of potential effects in the market. Moreover, in cases where a narrow MFN clause is implemented, the increased commission rates of the MFN beneficiary will probably experience competitive disadvantage as rival platforms will not be negatively affected by this price increase. Subsequently, narrow MFN clauses, in principle, do not allow a platform to increase commission rates without any competitive loss; however, in certain scenarios wherein the market is highly

concentrated, narrow MFN clauses could also be problematic from the perspective of competition law.

First, narrow MFN clauses may have a similar effect as wide MFN clauses. This will be the case particularly when the retailer attaches significant importance to the competitiveness of its direct sales channel. In cases wherein the cost of sales through the retailer's own direct sales channel are lower than sales through a platform, the retailer is expected to attribute greater value to the competitiveness of its sales channel.

Second, narrow MFN clauses reduce competitive pressure from the direct sales channel. Narrow MFN clauses can remove the competition in the market in cases wherein the direct sales channel is the only source of competitive pressure. In such cases, narrow MFN clauses can be considered problematic.

Third, narrow MFN clauses may reduce the consumer surplus arising from the competition in the market. This has two dimensions. First, consumers not using the platform must pay a higher price when purchasing from the direct sales channel. Second, retailers attaching significant value to the direct sales channel may not become active in the platform. In such cases, consumers will have less choice.

In any case, market dynamics have a crucial influence on the assessment of narrow MFN clauses. In the presence of inter-platform competition, the negative effects of narrow MFN clauses will likely be negligible. In the absence of inter-platform competition, the use of narrow MFN clauses will be more problematic as they eliminate the only viable source of competitive pressure.

Giriş

Çevrimiçi ticaretin artmasıyla birlikte, ticari ilişkilerde en çok kayırlan müşteri koşullarına (“EKM”) daha sık rastlanmaktadır. EKM koşulları aslında ticari hayata ve dolayısıyla rekabet hukuku uygulamasına yabancı değildir. Ancak bilhassa çevrimiçi platformlar tarafından kullanılan EKM koşullarının daha olumsuz ekonomik etkileri olduğu genel olarak kabul görmektedir. Nitekim EKM koşulları, rekabet otoritelerinin önüne çok daha sık bir şekilde gelmeye başlamış ve bu konuda muhtelif kararlar verilmeye başlanmıştır. EKM koşullarının rekabet hukuku uygulamasında neden olduğu temel sorun, bu koşulların ne şekilde ele alınacağı hususunda tam bir fikir birliğinin olmamasıdır. Bu koşulların rekabeti sınırlayıcı özelliklerinin yanı sıra bazı etkinlikleri beraberinde getirmesi, bir dengeleme yapılması zarureti doğurmaktadır. Ancak çevrimiçi ticarete özgü sorunlar haricinde, bilhassa, tercih edilen EKM koşulunun türü ve ilgili piyasa özelliklerinin belirleyici olması, bu dengelemenin ne şekilde yapılacağı hususunda belirsizliğe ve kafa karışıklığına yol açmaktadır. Bu da hukuk güvenliğine zarar vermektedir. İşte bu çalışmada, bir ölçüde bu sorunun çözümüne katkıda bulunulması hedeflenmiştir. İnceleme konumuz, çevrimiçi platformlar tarafından kullanılan EKM kayıtları (“*platform EKM*”) olmakla birlikte, odak noktamız, dar EKM koşullarıdır. Zira bugün, gelişen içtihatlarla birlikte, geniş EKM konusundaki yaklaşımın bir ölçüde yerleşmeye başladığı söylenebilir. Oysa dar EKM açısından hukuki durum hâlâ belirsizliğini korumaktadır. Bu kayıtların piyasa gücü olmayan platformlar tarafından kullanılmasının tamamen hukuka uygun olup olmadığı, dikey sınırlama olarak muafiyet rejimi karşısındaki konumu ve etkinliklerin ne ölçüde dikkate alınacağı, hâlen yanıtlanmaya muhtaç sorulardan bazılarıdır.

Bu çerçevede çalışma dört bölümden oluşmaktadır. EKM koşulunun, diğer EKM koşullarından nasıl ayrıştığını ortaya koyabilmek adına, bu çalışmanın *ilk bölümünde*, EKM koşullarının rekabet hukukunda nasıl ele alındığı konusu irdelenmektedir. Bu kapsamda, EKM koşulunun muhtelif görünüşleri, piyasa üzerindeki muhtelif olumlu ve/veya olumsuz etkileri irdelenmektedir. İlk bölümde ayrıca dar ve geniş EKM koşulu arasındaki temel ayrım da derinlemesine incelenmektedir. *İkinci bölümde* ise dar EKM koşulu mercek altına alınmaktadır. Bu kapsamda, dar EKM koşuluyla birlikte bu koşulun piyasa üzerindeki muhtelif etkileri incelenmektedir. Aynı bölüm altında, dar EKM koşuluna yönelik yapılan ampirik çalışmalara da önemine binaen yer verilmiştir. *Üçüncü bölüm* altında ise, dar EKM konusunun farklı yargı yerlerinde nasıl ele alındığı konusu irdelenecektir. Bu kapsamda ilk olarak, dar EKM’ye yönelik ülkemizde ve mehz Avrupa Birliği’ndeki (“AB”) mevzuat açıklanacaktır. Akabinde ise farklı ulusal veya uluslararası organizasyonlarca hazırlanan raporlarda yer alan dar EKM koşuna yönelik değerlendirmelere yer verilecektir. *Üçüncü bölüm* altında ayrıca, dar EKM’ye yönelik rekabet otoritesi uygulamalarına da yer verilecektir. *Son bölümde* ise dar EKM’ye yönelik çıkarımlarımıza yer verilecektir.

I. Rekabet Hukukunda EKM Koşulları

1. Genel Bakış

En çok kayırılan müşteri koşulları (veya kayıtları), bir alıcının tedarik sözleşmesine konu ürünün veya hizmetin alış fiyatını başka bir alıcının alış fiyatına veya başka bir satıcının satış fiyatına bağlayan sözleşme koşulları şeklinde tanımlanabilir¹. Uygulamada bu kayıtlar; konuları, kapsamaları ve uygulandıkları ekonomik düzleme göre, çok çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Esas olarak, EKM koşullarının üç temel görünümü olduğu söylenebilir.

İlk senaryo; sağlayıcının, alıcıya, diğer sağlayıcılardan aldığı en düşük (veya bir miktar daha düşük) fiyattan ürün sağlamayı taahhüt etmesidir². Burada esas alınan sağlayıcıların satış fiyatıdır. Alıcı, tüm sağlayıcılardan fiyat alır, en düşük fiyat ile EKM taahhüdünde bulunan sağlayıcıdan ilgili ürünü tedarik eder. Somutlaştırılacak olursak; sağlayıcılar S1, S2, S3 ve S4'ün faaliyet yürüttüğü piyasada, S1 ile olan sözleşmesine EKM koşulu ekleyen A1, S1'den mesela 10 liraya aldığı ürüne ilişkin olarak tüm sağlayıcılardan fiyat alır ve diğer sağlayıcılardan 10 liranın altında bir fiyat aldığı anda (mesela S3, 8 liraya sağlamayı taahhüt ettiğinde), bu teklifle S1'e gider ve taahhüde dayanarak ürünü kendisine 8 liraya sunmasını talep eder.

İkinci senaryo; sağlayıcının, alıcıya, diğer alıcılarına sağladığı en düşük fiyattan veya o fiyattan da daha düşük fiyattan ürün sağlayacağı taahhüdünde bulunmasıdır³. Bu durumda EKM koşulundan faydalanan alıcı, ilgili ürüne diğer alıcılardan daha fazla ücret ödemeyeceğine yönelik bir taahhüt alır. Somutlaştırılacak olursak; alıcılar A1, A2, A3 ve A4'ün faaliyet yürüttüğü piyasada, A1'in S1 ile olan sözleşmesine S1'in sağladığı ürünü en uygun fiyatla alacağına dair EKM koşulu eklediğini varsayalım. A1'in S1'den mesela 10 liraya aldığı ürünü, S1'in, mesela A3'e 8 liraya satması durumunda, A1, bu bilgiyle S1'e gider ve ürünü kendisine, aralarındaki anlaşmada yer alan EKM koşulu sebebiyle, 8 liraya sunmasını talep eder.

Üçüncü senaryo ise sağlayıcının (=perakendeci), sözleşme akdettiği platforma (=pazaryeri), anılan platform üzerinden yapacağı satışlardaki fiyatının, diğer platformlarda (veya farklı satış kanallarında) yapacağı satış fiyatından yüksek olmayacağını taahhüt etmesidir. Bu taahhüt "*platform EKM koşulu*" olarak bilinir. Bu çalışma kapsamında odağımız da esasen platform EKM koşulu olacaktır. Bu senaryoda perakendeci, satış yaptığı platformlar arasında, lehine EKM koşulu taahhüdünde bulunduğu pazaryerinde sattığı fiyatın daha altında bir fiyata, farklı bir platformda satış yapmayacağını taahhüt eder. Mesela perakendeci P, satış yaptığı M1, M2 ve M3'ten yalnızca M2 platformu lehine EKM koşulu taahhüdünde bulunması

¹ Cihan Doğan, *Rekabet Hukuku ve İktisadi Bağlamında Dijital Platformlar* (On İki Levha Yayınevi 2021) 404.

² İbid 404.

³ İbid 404.

durumunda, M2’de 10 liraya sattığı ürünü M1’de 9 liraya satması durumunda, M2, P’ye, sözleşme gereği M2 platformunda da 9 liraya satması gerektiği talebinde bulunabilir.

Platform EKM koşulu, platform ile perakendeci arasında akdedilen sözleşmede, perakendecinin farklı bir platformda veya perakendecinin kendi satış kanalında ilgili platformda uyguladığı satış fiyatından daha uygun bir fiyata ürün satmayacağını taahhüt etmesinden ibarettir⁴. Bu taahhüt kimi zaman perakendecinin fiziki satış noktalarını da kapsayacak şekilde geniş tutulabilir. EKM koşulunun, piyasadaki rekabet üzerinde olumlu ve olumsuz etkileri olabilir. Bu etkileri incelemeyi önce şunun altını çizelim: Platform EKM koşulu, yukarıda ifade edilen diğer EKM görünümüne kıyasla piyasa üzerinde daha olumsuz bir etkiye yol açar. Bunun sebebi, platform EKM koşulu ile taahhüt edilen fiyat, diğer iki EKM görünümünden farklı olarak, doğrudan tüketicinin ilgili ürüne erişeceği fiyata ilişkin olmasıdır. Daha açık bir ifadeyle, platform EKM koşulu dışındaki diğer senaryolar, alıcının ilgili ürünü alış fiyatı ile ilgilidir. Bu alıcılar ilgili ürünü tedarik ettikten sonra, bu ürünün tüketiciye ne kadar fiyattan satılacağını belirlemede serbesttirler. EKM koşulu bunu sınırlamaz ve dolayısıyla fiyat farklılığı ve rekabeti yaşanabilir. Oysa platform EKM koşulu, doğrudan nihai satış fiyatına yöneliktir. Bu taahhüt altındaki satıcılar, nihai satış fiyatlarını değiştirmek durumunda kalırlar. Bunun sonucu olarak platform EKM koşulunun perakende fiyat rekabeti üzerinde daha sınırlayıcı bir etkisi olur.

2. Platform EKM Koşulunun Piyasa Üzerindeki Muhtemel Etkileri

Platform EKM koşulu, her ne kadar geleneksel EKM kayıtlarına göre daha olumsuz etkiler doğursa da olumlu etkilerinin de olduğu ve bazı etkinlikleri beraberinde getirdiği yadsınamaz. Dolayısıyla ekonomik açıdan olumlu ve olumsuz etkilerinin birlikte değerlendirilerek bir hükme varılması gerekir. Platform EKM koşulunun, rekabet üzerindeki olumsuz etkilerinden *ilki ve en önemlisi*, bu koşulun piyasadaki fiyat rekabetini azaltmasıdır. Bu taahhütte bulunan perakendeci, başka bir kanalda fiyatını düşüremez. Rakip platformlar piyasada daha rekabetçi olabilmek için perakendeciden talep ettikleri komisyon oranlarını azaltsa bile, perakendecinin fiyatını düşürme motivasyonu olmaz⁵. *İkincisi*, fiyat paralelliği ve iş birliğini kolaylaştırabilir⁶. Nitekim bu tip bir taahhüt altındaki perakendecinin tüm kanallardaki fiyatı benzeşecektir. *Üçüncüsü*, bu koşulların piyasaya yayılma olasılığıdır. Perakendecinin bu koşulu herhangi bir platformla akdettiği sözleşmede kabul etmesi durumunda, diğer platformların da benzer bir taleple perakendeciye başvurması olasıdır. Bu koşulların yaygın kullanılması piyasayı daha az rekabetçi

⁴ İbid 409.

⁵ Ingrid Vandenborre ve Michael J. Frese, ‘Most Favoured Nation Clauses Revisited’ (2014), 12 European Competition Law Review 588, 589; Doğan (n 1) 411.

⁶ Doğan (n 1) 412.

klar⁷. *Dördüncüsü*, bu koşul piyasayı yoğunlaştırabilir. Bu da bu koşulun piyasaya girişleri güçleştirmesi ve (ölçek ve kapsam ekonomisi sebebiyle) kritik eşiği yakalayamayan platformların piyasa dışına çıkmasına sebebiyet vermesi sonucunda gerçekleşir⁸.

Platform EKM koşullarının piyasa üzerinde olumlu etkileri de olabilir. Bu muhtemel olumlu etkilerden *ilki*, bu koşulun fiyat seviyesinin düşmesine sebebiyet verme ihtimalidir⁹. Şöyle ki farklı bir platformda satış fiyatını düşüren perakendeci, lehine EKM koşulu kabul ettiği platformda da fiyat düşürmek zorundadır. *İkincisi*, bu koşul bedavacılık sorununu çözebilir¹⁰. Nitekim bu tip bir koşul, tüketicilerin, ürünü incelemek için bir platformu kullandıktan sonra, daha uygun fiyata satıldığı başka bir mecradan (platform veya perakendecinin kendi kanalı) satın almasının engellenmesini de sağlayabilir. Bu da lehine EKM koşulu kabul edilen platformun, platforma yatırım yapma motivasyonunu ve kabiliyetini (platformun gelir kaynaklarını artırması sebebiyle) artırır. *Üçüncüsü*, bu koşulun varlığı platformun ticari ilişkiye özgü yatırım yapma motivasyonunu da artırabilir¹¹. Platformun, perakendeciye yapacağı tanıtım, ürün geliştirme gibi yatırımların karşılığını alabilmek için ilgili perakendecinin farklı bir platformda daha uygun fiyata ürün satmasını engellemesi gerekebilir. Bunu sağlamanın en kestirme yollarından biri de EKM koşuludur. *Dördüncüsü*, EKM koşulu, işlem maliyetlerinin azalmasına sebebiyet verebilir¹². Platform, EKM koşulu olmaksızın, platform üzerinden daha uygun fiyata satış yapması için perakendeci ile pazarlık hâlinde olur ve hatta rakip platformlardaki fiyatı denetler veya piyasa koşullarını araştırır. İşte EKM koşulu bu iletişimi ve denetleme mekanizmasının da maliyetini azaltır¹³.

Toparlayacak olursak, platform EKM koşulu, piyasadaki rekabet üzerinde olumlu veya olumsuz birçok etki gösterebilir. Bu etkilerden hangilerinin ne şekilde ortaya çıkacağı, büyük ölçüde söz konusu EKM koşullarının ne şekilde tatbik edildiği ve muhtelif ekonomik faktörler ile ilgilidir. Bu faktörlerin başında da ilgili platformun

⁷ Olivier Billard ve Pierre Honore, 'Most Favored Nation Clauses: A French Perspective on the Booking.com Case' (2015), Mayıs 2015 CPI Antitrust Chronicle 1, 4; Doğan (n 1) 413. Hatta, hâkim durumda bulunmayan birden fazla platformun EKM koşulu kullanması piyasaya girişi önemli ölçüde güçleştirebilir; Jonathan B. Baker ve Fiona Scott Morton 'Antitrust Enforcement Against Platform MFNs' (2018), 127 The Yale Law Journal 2176, 2197.

⁸ Bkz Vandendorre ve Frese (n 5), 588 vd.; Doğan (n 1) 414.

⁹ Jonathan B. Baker, 'Vertical Restraints with Horizontal Consequences: Competitive Effects of 'Most-Favored-Customer' Clauses' (1996), 64(3) Antitrust Law Journal, 517, 531; Pınar Akman, 'Competition Law Assessment of Platform Most-Favored-Customer Clauses' (2016), 12(4) Journal of Competition Law & Economics 781, 790; Doğan (n 1) 414.

¹⁰ Billard ve Honore (n 7) 3; Doğan (n 1) 415; Rekabet Kurumu, E-Pazaryeri Platformları Sektör İncelemesi Ön Raporu (2021), para. 434 vd. Rapor kapsamında, pazaryerleri açısından geniş EKM şartının neden olabileceği muhtemel rekabet karşıtı zararı telafi edebilecek büyüklükte bir bedavacılığa dayalı piyasa aksaklığı bulunmadığı ifade edilmektedir. Rekabet Kurumu (n 10) para. 439.

¹¹ Jan Peter Van der Veer, 'Antitrust Scrutiny of Most-Favoured-Customer Clauses: An Economic Analysis' (2013), 4(6) Journal of European Competition Law & Practice 501, 502; Doğan (n 1) 412.

¹² Billard ve Honore (n 7) 3; Van der Veer (n 11) 502.

¹³ Van der Veer (n 11) 502. Diğer taraftan ise, platform tarafından sağlayıcının piyasada EKM koşuluna uyup uymadığının denetimi için kurulacak mekanizma da işlem maliyetini artırabilir. Bkz Kurul, 05.01.2017 tarih ve 17-01/12-4 sayılı *Booking* kararı, para. 233.

piyasadaki konumu ile piyasanın yapısal özellikleri gelmektedir. Hâl böyle olunca, rekabet hukuku bağlamında bu koşulun kendiliğinden (“*per se*”) hukuka uygun veya hukuka aykırı olduğu sonucuna ulaşılamaz. Nitekim modern rekabet hukuku sistemlerindeki uygulamada da platform EKM koşuluna yaklaşımın bu şekilde olduğu söylenebilir.

3. Platform EKM Koşulu: Dar ve Geniş EKM

Platform EKM koşulu, dar ve geniş olmak üzere iki farklı şekilde ortaya çıkar. Geniş EKM, perakendecinin, kendi satış kanalı dâhil hiçbir mecrada, lehine geniş EKM koşulu öngörülen platformdaki satış fiyatının altına satış yapmamasına yönelik bir kısıtlamadır¹⁴. Yani, geniş EKM koşulu, ilgili ticari kullanıcının farklı bir platform veya kendi doğrudan satış kanalı üzerinde, lehine geniş EKM koşulu getirilen platformdaki satış fiyatının daha altında satış yapmamasına yönelik taahhüttür. Bu açıdan geniş EKM koşulu, lehine kabul edilen platformu, rekabetçi baskılardan korumaktadır¹⁵. Mesela, Platform P ile akdettiği sözleşmede geniş (platform) EKM koşulu bulunan ticari kullanıcı T, P platformunda 100 TL’ye sattığı ürünü, P’nin rakip platformları ve T’nin kendi satış kanalı da dâhil olmak üzere hiçbir mecrada 100 TL’nin altına satmayacağını taahhüt etmiştir. Bu açıdan P, T’nin ürünlerini farklı bir mecrada daha uygun fiyata satmayacağını garanti altına almıştır.

Piyasada faaliyet gösteren platformlardan biri lehine geniş EKM hükmünün getirilmiş olması hem piyasa hem de ilgili platformun rekabetçi davranışları üzerinde muhtelif etkilere sebebiyet verebilir. *Öncelikle*, lehine geniş EKM hükmü kabul edilen bir platform, hiçbir rekabetçi dezavantaj yaşamadan komisyon oranını artırabilir. Şöyle ki mevcut durumda %10 komisyonla çalışan bir platform, bu oranı %20’ye çıkardığında, ilgili ticari kullanıcının farklı bir platform veya kendi doğrudan satış kanalında daha düşük fiyata ürün satamayacağı için, rekabetçi bir dezavantaj yaşamayacağını bilir¹⁶. Bu da ilgili platformu komisyon oranlarını, talebin esnekliği el verdiği ölçüde, artırmaya motive eder.

İkinci olarak, piyasada bir platform lehine geniş EKM hükmü getirilmesi durumunda, ilgili platformun rakibinin fiyatını (komisyon oranını) azaltma motivasyonu bulunmaz. Nitekim ilgili platform komisyon oranını azaltsa bile ticari kullanıcı satış fiyatını (geniş EKM sebebiyle) azaltamayacağı için, herhangi rekabetçi bir avantaj yaşayamayacaktır. Bu da ilk etapta aldığı komisyon oranını azaltma motivasyonunu düşürür. Bununla ilintili bir diğer sonuç ise, piyasada lehine

¹⁴ Margherita Colangelo, ‘Competition Law and Most Favoured Nation Clauses in Online Markets’ (2019), K. Mathis, A. Tor (eds.), *New Developments in Competition Law and Economics*, 7 *Economic Analysis of Law in European Legal Scholarship* 295, 298 (Anılış: Online Markets); Pinar Akman ve Daniel D. Sokol, ‘Online RPM and MFN Under Antitrust Law and Economics’ (2017), 50 *Review of Industrial Organization* 133, 151 (Anılış: MFN).

¹⁵ Rekabet Kurumu (n 10) para. 393.

¹⁶ Rekabet Kurumu (n 10) para. 400.

geniş EKM hükmü getirilmiş bir platform bulunması durumunda, piyasaya düşük fiyat (komisyon) stratejisiyle girmeye çalışan platformlar, düşük komisyon ile düşük fiyat elde edemeyecekleri için, piyasaya giremeyecektir. Bu bağlamda, geniş EKM koşulunun piyasaya giriş engellerini artırdığı rahatlıkla söylenebilir.

Üçüncü olarak, piyasada bir platform lehine geniş EKM koşulunun kullanılması, diğer platformları da benzer ayrıcalıkları talep etmeye motive eder ki bu durumda piyasada yaygın bir şekilde geniş EKM kullanılması söz konusu olur. Bu özünde ilgili platformun piyasa ve hâliyle pazarlık gücüyle ilintili olmakla beraber, platformların faaliyet gösterdiği piyasaların yoğunlaşmış yapısı dolayısıyla, bu durumun birçok piyasa açısından gerçekleşmesi olasıdır. Bunun doğal sonucu olarak da piyasada fiyat katılığı ortaya çıkar. Fiyat rekabeti oluşmaz¹⁷.

Geniş EKM'den farklı olarak, dar EKM ise, perakendecinin rakip platformlarda daha uygun fiyata ürün satabilirken, kendi doğrudan satış kanalında lehine dar EKM koşulu sağlanan platformdaki satış fiyatının altına satış yapamamaktadır. Yani yukarıdaki örnek üzerinden gidecek olursak, P'de faaliyet yürüten T, P'de 100 liraya sattığı ürünü P'nin rakiplerinde 100 liranın altında satabilecekken, kendi doğrudan satış kanalında 100 liranın altında satmamayı taahhüt etmektedir. Bu açıdan P, T'nin ürünlerini kendi satış kanalında daha uygun bir fiyata satmayacağını garanti altına almıştır. Fakat geniş EKM'den farklı olarak T, sözleşmede dar EKM koşulu kullanıldığı için farklı platformlarda ilgili ürünü 100 liranın altına satabilir. Aşağıdaki başlık altında dar EKM koşulu derinlemesine incelenmektedir.

II. Dar Platform Ekm Koşulu

1. Genel Olarak: Geniş EKM'den Ayrıştırılması

Dar EKM taahhüdünde bulunan perakendeci, platforma, kendi satış kanallarında platforma kıyasla daha uygun bir fiyattan ürün satmayacağını taahhüt eder. Doğal olarak bu taahhüt, diğer platformlardaki satış fiyatlarını konu edinmez. Yani

¹⁷ Kurul'un platform EKM koşulunu incelediği iki önemli dosyası bulunmaktadır: *Booking* ve *Yemek Sepeti* dosyaları. Her iki dosya da doğrudan geniş EKM koşulunun kullanılmasını yasaklamaktadır. Kurul, *Yemek Sepeti*'nin 4054 sayılı Kanun'un 4. ve 6. maddelerini ihlal edip etmediğinin tespiti amacıyla başlattığı soruşturma neticesinde, (i) *Yemek Sepeti*'nin çevrimiçi yemek siparişi-servisi platform hizmetleri pazarında hâkim durumda olduğuna; (ii) *Yemek Sepeti*'nin, EKM uygulamaları ile rakip platformlarda daha iyi/farklı koşullar sunulmasını önlemesinin ilgili pazarda dışlayıcı etkiler doğurması sebebiyle kötüye kullanma teşkil ettiğine; (iii) *Yemek Sepeti*'ne idari para cezası uygulanmasına; (iv) *Yemek Sepeti*'nin, indirimlerin maliyetine kimin katlandığından bağımsız olarak rakip platformlarda daha iyi/farklı koşullar sunulmasını engelleyen her türlü EKM uygulamasına son vermesi gerektiğine karar vermiştir. Bkz Kurul, 09.06.2016 tarih ve 16-20/347-156 sayılı *Yemek Sepeti* kararı. Kurul'a göre, *Yemek Sepeti*, restoranlar ile akdettiği sözleşmelerde EKM koşulu kullanarak restoranların rakip platformlara daha iyi koşullar sunmasını engellemiş ve bu suretle piyasadaki rekabeti bozup rakiplere zarar vermiştir. Bu dosyada ceza 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin ihlali dolayısıyla verilmiştir. Kurul, *Booking* dosyasında ise, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ihlali yönünde hüküm tesis etmiştir. *Booking*'in konaklama tesisleriyle arasındaki sözleşmelerde kullandığı geniş EKM koşulları hukuka aykırı görülürken, dar EKM koşulları hukuka aykırı görülmemiştir. Yani oteller, kendi internet sitelerinde, *Booking*'deki fiyatın altına bir fiyattan satış yapamayacakken, rakip bir platformda daha uygun fiyata satış yapabilecektir. Kurul, *Booking* aleyhine idari para cezası uygulamıştır. Bkz Kurul, 05.01.2017 tarih ve 17-01/12-4 sayılı *Booking* kararı.

perakendeci, lehine dar EKM koşulu sağlanan platformda 100 liraya sattığı ürünü, kendi doğrudan satış kanalında 100 liranın altına satamazken, diğer platformlarda dilediği fiyata satma özgürlüğü bulunmaktadır.

Geniş EKM'nin rekabeti sınırlayıcı etkilerinin yaygınlığı nedeniyle, bugün gelinen noktada, piyasa gücüne sahip bir teşebbüs lehine uygulanan bu koşulların yasaklanabileceği genel olarak kabul görmektedir. Ne var ki dar EKM koşulunun yasaklanmasının gerekip gerekmediği ve eğer dar EKM koşulunun kullanımı yasaklanacaksa bunun hangi şartlar altında söz konusu olacağına yönelik rekabet otoritesi uygulamalarında ve literatürde fikir birliği yoktur¹⁸.

Peki dar EKM'nin piyasadaki rekabet üzerindeki etkileri nedir ve nasıl ele alınmalıdır? İlk tespit olarak, dar EKM koşulunun somut piyasa özelinde değerlendirilmesi gerektiğini belirtelim. Buna paralel olarak da piyasa gücünün olmadığı hâllerde dar EKM hükümlerinin rekabet hukukuna aykırı olmayacağını tespit edelim. Dolayısıyla dar EKM'nin hukuka aykırılığı ancak bundan yararlanan teşebbüsün piyasa gücüne sahip olması hâlinde söz konusu olur. Bu noktada şu hususun da altını çizelim: Geniş EKM'den farklı olarak dar EKM, rekabeti daha az sınırlar¹⁹. Nitekim dar EKM, platformdaki ve perakendecinin doğrudan satış kanalı üzerindeki fiyata (veya fiyat dışı unsura) ilişkindir²⁰. Yani geniş EKM, perakendecinin doğrudan satış kanalındaki fiyatı ile diğer tüm platformlar arasında bir bağlantı kurarken, dar EKM perakendecinin doğrudan satış kanalındaki fiyatı ile yalnızca ilgili platformdaki satış fiyatı arasında bir bağlantı kurmaktadır. Dar EKM'de, perakendeci, rakip platformlarda fiyatını belirlemede, prensip olarak, özgürdür. Bu açıdan, dar EKM koşulunun piyasadaki rekabet üzerindeki olumsuz etkisi daha azdır.

Ayrıca dar EKM koşullarının muhtelif ekonomik etkinlikler da sağladığı söylenebilir. Nitekim platformların dar EKM kullanmaktaki temel motivasyonu, geniş EKM kullanma motivasyonuna benzer şekilde, bedavacılık sorununun engellenmesidir²¹. Bu açıdan, bu koşulun aslında rekabet karşıtı bir amaç ile uygulanmadığı rahatlıkla söylenebilir. Konuyu yemek sipariş platformları açısından

¹⁸ Margherita Colangelo, 'Parity Clauses and Competition Law in Digital Marketplaces: The Case of Online Hotel Booking' (2017), 8(1) *Journal of European Competition Law & Practice* 3, 3-14 (Anlış: Online Hotel Booking); Aynı yönde bkz Colangelo, *Online Markets* (n 14) 295-314. Platformun yeni ve yerleşik olmaması ile EKM koşulunun yaygın kullanılmasının değerlendirmeye etki edebileceği yönünde bkz Will Leslie, 'Online booking platforms, MFNs and the vertical block exemption: the need for certainty' (2018), 39(7) *European Competition Law Review* 330, 330-335; CMA, 'Digital comparison tools market study: Final Paper', para. 4. 98, (26 Eylül 2017) <<https://assets.publishing.service.gov.uk/media/59c93546e5274a77468120d6/digital-comparison-tools-market-study-final-report.pdf>> Date of Access: 06 April 2020 (Anlış: Digital comparison tools Final Paper).

¹⁹ Pablo Solano Diaz, 'Price Parity Clauses: Has the Commission Let Slip the Watchdogs of War' (2016), 9(1) *European Journal of Legal Studies* 38, s. 49.

²⁰ Bu koşullar kimi zaman, sağlayıcının fiziki ortamdaki satışını da kapsar. Ariel Ezrachi, 'The competitive effects of parity clauses on online commerce' (2015), 11(2-3) *European Competition Journal* 488, 506.

²¹ Bedavacılık sorunu, platform ekosistemi için önemli bir tehdittir. Bu açıdan bazı hâllerde geniş EKM'nin dahi bu sorunu çözmek için gerekli olabileceği kabul edilebilir. Mesela, dar EKM, perakendecinin kendi satış kanalının önemsiz olduğu, ciddi bir satış rakamı veya potansiyeli olmadığı kurgularda, platformun yatırımını korumak için yetersiz olabilir.

somutlaştıracak olursak, yemek sipariş platformunda listelenen bir restoranın, platformda listelendiği fiyatın daha altına bir fiyattan kendi doğrudan satış kanalında (kendi internet sitesi veya telefon ile alınan siparişler için) daha uygun bir fiyattan ürün satması durumunda, platform, platforma yaptığı yatırımın karşılığını alamaz. Şöyle ki yemek sipariş platformunun iki temel fonksiyonu vardır: *İlki* restoranları listelemesidir. Bu tüketicilerin işlem öncesi bilgilenmelerine ve daha az maliyete daha optimal seçimler yapmasına imkân verir. *İkincisi* ise restoran ile tüketici arasında işlem gerçekleştirilmesini sağlamasıdır. Bu tarz platformlar işlem platformu niteliğinde olduğundan, genel olarak, gelirin esaslı bir kısmı da ikinci fonksiyondan elde edilmektedir. Restoranın kendi doğrudan satış kanalında düşük fiyattan yemek satması durumunda, tüketiciler, platformun listeleme fonksiyonunu kullanıp, restorana ve ilgili ürüne ilişkin değerlendirmeleri okuyup tercihini yaptıktan sonra, restoranın doğrudan satış kanalını kullanabilir. Bu durumda, platform, platforma yaptığı yatırımın karşılığını alamamış olur. Benzer durum konaklama rezervasyon platformları, çevrimiçi pazaryeri platformları, uygulama dağıtım platformları açısından da geçerlidir.

Peki dar EKM taahhütleri rekabeti nasıl ve hangi şartlarda sınırlar? Aşağıda, dar EKM'nin yol açabileceği rekabetçi zararı, hukuk ve ekonomi literatüründe incelenen çeşitli senaryolar ışığında ele alıyoruz.

2. Dar Platform EKM Koşulu: Zarar Teorileri

A. Genel Olarak

Dar platform EKM koşulları, uygulandığı piyasanın özelliklerine göre, piyasadaki rekabeti farklı şekillerde etkileyebilir. Aşağıda, literatürde yer verilen teoriler üzerinden dar EKM koşullarının yol açtığı temel rekabetçi zarar senaryoları irdelenmektedir. Peşinen belirtelim ki bu senaryolar büyük ölçüde teoriktir ve hâliyle de piyasa koşulları ve dinamikleri esas alınarak, her bir vaka özelinde ayrı analiz gerekir. Tüm bu zarar senaryolarının koşulsuz kabul edilmesi önemli hata riski barındırır. Dar EKM koşuluna bağlı olarak piyasa üzerinde üç farklı rekabet karşıtı etki ortaya çıkabilir. Bunlardan *ilki*, dar EKM'nin geniş EKM benzeri etki göstermesidir ki bu durumda piyasada dışlayıcı etki gözükür²². *İkincisi*, dar EKM'nin doğrudan kanaldan gelen rekabetçi baskıyı azaltmasıdır ki bu doğrudan sömürücü bir uygulama olarak kabul edilebilir. *Üçüncüsü* ise, platformu kullanmayan tüketicinin kullanmadığı bir değer yüzünden fazladan ödeme yapması ve dar EKM sebebiyle platformu kullanmayan perakendecinin tüketicinin seçeneklerini azaltmasıdır. Aşağıda, bu üç farklı senaryoyu irdelleyeceğiz. Fakat öncesinde, bir ön sorun olarak, dar EKM uygulamasının platforma komisyon oranını artırma imkânı tanıyıp

²² Bu aslında uzun vadede başarılı olursa sömürücü nitelik arz edebilir.

tanmadığı incelenecektir. Nitekim bu konu, dar EKM'nin etkilerinin analizinde önemli rol oynamaktadır.

B. Ön Sorun: Dar EKM Uygulaması Platforma Komisyon Oranını Artırma İmkânı Tanır Mı?

Bir eyleme yönelik rekabet hukuku müdahalesinin gerekli olup olmadığına yönelik tartışmanın odağında, genel olarak, tartışılan eylemin fiyat artışına sebep olup olmadığı yatmaktadır. Bununla birlikte fiyat dışı unsurlar bakımından da rekabet hukuku hassasiyeti söz konusu olabilir. Ne var ki fiyat unsurunun tüketici refahı üzerindeki etkisi daha doğrudan olduğu için fiyat konusuna daha fazla önem verilmektedir. Bu bağlamda inceleme konusu olan dar EKM koşulunun fiyat artışına yol açıp açmayacağı incelenmelidir. Konuyu somutlaştırmak adına, geniş EKM ve dar EKM'nin platformların fiyatlama motivasyonlarına etkisini kıyaslayarak inceleyelim.

Geniş EKM koşulunun bulunduğu bir kurguda, platform komisyon oranını artırdığında, ilgili perakendecinin bu artışı satış fiyatına yansıtması muhtemeldir. Bu yansıtma hem perakendecinin doğrudan satış fiyatı hem de diğer platformlardaki satış fiyatı üzerinde gerçekleşir. Yani lehine geniş EKM bulunan platform, piyasadaki satış fiyatını, kendi talep esnekliği el verdiği ölçüde artırabilir. Bu aslında platforma, komisyonunu artırdığında rakiplerinden daha dezavantajlı konuma düşmeyeceğine ilişkin bir garanti verir²³.

Dar EKM hâlinde ise durum farklıdır. Burada, lehine dar EKM bulunan platform komisyon oranını artırdığında, kendi platformunda ve perakendecinin doğrudan satış kanalında fiyat artarken, rakip platformdaki satış fiyatı artmaz. Yani dar EKM koşulunun bulunması durumunda, platform komisyon oranını artırdığında, piyasada rekabetçi açıdan dezavantajlı duruma düşmeyeceğinin garantisi yoktur²⁴. Dolayısıyla, platformlar arasında, perakendeciden talep edilecek komisyon oranlarına yönelik olarak bir rekabet bulunur. Hatta, platformlar daha düşük komisyon oranı talep etmeye dahi güdülenir. Bu durumda perakendecinin de düşük komisyon oranını fiyatına yansıtacağı kabulüyle, piyasadaki rekabetin devam edeceği ve hatta talebin artmasıyla birlikte bunun hem platforma hem de perakendeciye olumlu yansıtacağı kabul edilebilir²⁵.

²³ Mesela, lehine geniş EKM koşulu tesis edilen platform P, komisyon oranını %10'dan %20'ye çıkardığında, restoran R, 100 liraya sattığı ürünün fiyatını artırmak zorundadır. R, geniş EKM gereği bunu hem kendi satış kanalında hem de rakip platform P2 ve diğer rakip platform P3 satış kanallarında yapmak zorundadır. İşte tam da bu koşul, P'ye, komisyon oranını artırdığında ne rakip platformlar P2 ve P3 ne de doğrudan kanaldan daha yüksek fiyatta olmayacağını yani hiçbir şekilde rekabetçi dezavantaj yaşamayacağını garantisini verir.

²⁴ Ezrachi (n 20) 507.

²⁵ Lehine dar EKM koşulu tesis edilen platform P1, komisyon oranını %10'dan %20'ye çıkardığında, restoran R, 100 liraya sattığı ürünün fiyatını artırmak zorundadır. R bunu, dar EKM koşulu sebebiyle P1'de ve kendi doğrudan satış kanalında yapmak zorundadır. R, P2 ve P3'te böylesi bir artış yapmak zorunda değildir. Dar EKM koşulu R'yi buna zorlamamaktadır. Dolayısıyla, platformlar arası rekabet devam etmektedir. Bu koşul, P'ye, komisyon oranını artırdığında doğrudan kanal karşısında rekabetçi dezavantaj yaşamama garantisi verse de rakip platformlar P2 ve P3 karşısında rekabette dezavantajlı konuma düşebilir. Bu da ilgili platform için fiyat artırmayı rasyonel bir tercih olmaktan çıkarabilir.

Peki, perakendecinin, piyasadaki tüm platformlarla dar EKM koşulu içeren bir sözleşme imzalamış olması, yukarıdaki sonucu değiştirir mi? Bu sorunun yanıtı kanaatimizce olumsuzdur. Dar EKM yalnızca ilgili platform ile perakendecinin doğrudan satış kanalındaki fiyatı arasında bir bağlantı kurmaktadır. Dolayısıyla, platformlardan biri fiyat artırdığında, diğer platformlar ile perakendeci arasında dar EKM olsa bile diğer platformlarda fiyat artmaz. Yalnızca ilgili perakendecinin doğrudan satış kanalındaki fiyatı artabilir. Üstelik, platformun komisyon oranını düşürmesi durumunda, yine yalnızca ilgili platform üzerindeki satış fiyatı düşer. Dar EKM, bu durumda perakendecinin kendi satış kanalındaki fiyatına (düşürme yönünde) müdahale imkânı tanımadığı gibi ilgili perakendecinin diğer platformlardaki satış fiyatına da müdahale imkânı tanımaz. Bu açıdan, piyasadaki fiyat rekabetinin devam edeceği kabul edilebilir.

Lehine dar EKM koşulu getirilen platformun piyasa gücü bulunması ve piyasadaki diğer platformlardan yeterli rekabetçi baskı görmemesi durumunda ise yukarıdaki sorunun yanıtı değişir. Lehine EKM koşulu getirilen platform dışında piyasada farklı bir platformun bulunmaması (veya rakip platformların piyasadaki güçlerinin ve bulunurluklarının sınırlı olması) durumunda, dar EKM, ilgili teşebbüs üzerinde rekabetçi baskı yaratan tek kanal olan perakendecinin doğrudan satış kanalından gelecek baskıyı engeller. Bu açıdan, platform komisyon oranını artırdığında, rakip platformlar kendisine yeterli rekabetçi baskıyı uygulayamadığı için rekabetçi dezavantaj yaşamayacaktır. Dolayısıyla bu ihtimalde platformun komisyon oranını artırma motivasyonu olabilir. Hâl böyle olunca, dar EKM'nin rekabet hukuku bakımından problemlili olacağı düşünülebilir.

C. Zarar Teorisi 1: Dar EKM'nin Geniş EKM Benzeri Sonuçlar Doğurabilmesi

Sınırlı bazı koşulların gerçekleşmesi hâlinde, dar EKM hükümlerinin, geniş EKM'ye benzer sonuçlar ortaya çıkarabileceği ileri sürülmektedir²⁶. Bu sonucun ortaya çıkması için perakendecinin kendi doğrudan satış kanalında, rakip platformlardan daha pahalıya kalma motivasyonunun olmaması gerekir. Şöyle ki kimi durumlarda, doğrudan satış kanalı perakendeci için son derece önemli olabilir. Bu hâllerde perakendeci, tüketici gözünde kendisine ait doğrudan satış kanalının pahalı olduğu algısı yaratmak istemez. Bu sebepten ötürü, dar EKM koşulu, piyasada geniş EKM'ye benzer sonuçlar doğurabilir. Somutlaştıracak olursak: Dar EKM,

²⁶ Chris Pike ve Gabriele Carovano, 'Competition Law Under Fire: Responding to Competing Demands for Change in the Case of Price Parity Clauses and Loyalty Rebates' (2019), Eylül 2019 CPI Antitrust Chronicle 1, s. 3, <<https://ssrn.com/abstract=3484905>>, Date of Access 10 August 2020; Konaklama rezervasyon platformları açısından dar EKM'ye bağlı zarar teorisinin (otellerin farklı platformlarda farklı fiyatlandırma yapma motivasyonunu düşürerek) geniş EKM'nin rekabeti sınırlayıcı yapısını korumak olduğu yönünde bkz. Report on the monitoring exercise carried out in the online hotel booking sector by EU competition authorities, para. 3 vd., <https://ec.europa.eu/competition/ecn/hotel_monitoring_report_en.pdf> Date of Access 26 August 2020 (Anılış: Monitoring report).

perakendeciye, platformun komisyon oranını artırmasına bağlı olarak platformdaki satış fiyatı artışını, kendi satış kanalına da yansıtma zorunluluğu yükler²⁷. Yani perakendeci, lehine EKM koşulu bulunan platformun komisyon oranını artırması durumunda, dar EKM sebebiyle, platformdaki artan satış fiyatı kadar doğrudan satış kanalında da fiyatı artırmak zorundadır. Rakip platformlarda komisyon oranlarının düşük kalması durumunda, ilgili platformlardaki satışın maliyeti artmadığı için, kural olarak, düşük komisyonlu platformlarda fiyatın artırılmasına gerek yoktur. Böyle bir durumda tüketiciler açısından, doğrudan satış kanalını tercih etmek, düşük komisyon alan (hâliyle düşük fiyatlı) diğer platformlar varken, pek rasyonel olmayacaktır²⁸. İşte tam da bu durumda, kendi doğrudan satış kanalının rekabetçiliğine değer atfeden bir perakendeci, herhangi bir platformdaki fiyatın kendi doğrudan satış kanalından daha uygun olmasına müsaade etmeme motivasyonuna sahip olabilir²⁹. Dolayısıyla, dar EKM'nin mevcudiyeti durumunda, platform komisyon oranını artırırsa, perakendeci yalnızca kendi doğrudan satış kanalındaki değil, diğer platformlardaki fiyatını da artırabilir³⁰. Bu durumda ortaya geniş EKM kullanımına benzer bir sonuç çıkacaktır. Şöyle ki lehine dar EKM koşulu sağlanan platform, piyasada herhangi bir rekabet yararı almadan komisyon oranını artırabilecektir. Diğer bir deyişle, kendi fiyat artışı, tıpkı geniş EKM koşulu sağlanmasında olduğu gibi, diğer platformların kendisinden daha rekabetçi olmasına sebebiyet vermeyecektir.

Benzer şekilde, perakendeci bir veya birden fazla platformda faaliyet gösteriyorsa, bu platformlara komisyon ödememek adına tüketicileri kendi doğrudan satış kanalına çekme motivasyonuna sahip olur³¹. Kendi platformunda satış yapması durumunda komisyon ödemeyecek olmak, perakendeciye başka platformda, kendi satış kanalından daha düşük fiyattan satmamaya güdüler. Nitekim perakendecinin kendi doğrudan satış kanalında (platformlardaki satış fiyatına kıyasla daha) yüksek fiyattan ürün satması, doğrudan satış kanalının bilinirliğine zarar verdiği gibi doğrudan kanalın pahalı olduğu algısının oluşmasına da sebep olabilir. Yani burada birden fazla platformda faaliyet gösteren perakendeci, sözleşmede geniş EKM olmasa bile, adeta sözleşmede geniş EKM varmış gibi davranabilir. Bu kapsamda perakendeci, kendi satış kanalında, herhangi bir platformdaki satış fiyatından daha yüksek fiyata satmak istemez. Çünkü rakip platformda düşük fiyata satması, kendi satış kanalını olumsuz etkileyecek ve o kanala zarar verecektir.

²⁷ Aynı yönde bkz Pike ve Carovano (n 26) 3; Solano Diaz (n 19) 49; Doğan (n 1) 430.

²⁸ CMA, 'Digital comparison tools market study, Paper E: Competitive landscape and effectiveness of competition', 26 Eylül 2017, para. 3.35, <<https://assets.publishing.service.gov.uk/media/59e093f5e5274a11ac1c4970/paper-e-competitive-landscape.pdf>> Date of Access 20 June 2020 (Anılış: Digital comparison tools Paper E); Doğan (n 1) 430.

²⁹ Doğan (n 1) 430.

³⁰ CMA, 'Digital comparison tools Paper E' (n 28) para. 3.36; Doğan (n 1) 430.

³¹ Bu durum birçok piyasa için böyledir. Oteller, çevrimiçi rezervasyon platformlarında faaliyet yürütmesine rağmen, ilgili platforma komisyon ödememek için kendi internet sitelerinden veya telefon ile rezervasyon alma motivasyonuna sahiptir. Benzer durum, restoranlar için de geçerlidir. Çevrimiçi yemek sipariş platformlarında faaliyet gösteren restoranlar, komisyon ödememek için doğrudan telefon ile sipariş alma motivasyonuna sahiptir. Hatta bu çerçevede tüketicilerini yönlendirme ve tüketicilerine bu yönde güdüleme motivasyonuna dahi sahiptir.

Peki, perakendeci hangi durumlarda kendi doğrudan satış kanalının rekabetçiliğine önem atfeder? Bu sorunun net bir yanıtı yoktur ve cevap piyasa özelinde değişir. Fakat, bu sorunun yanıtında yol gösterici muhtelif ölçütler kullanılabilir. *İlk olarak*, ilgili perakendecinin doğrudan satış kanalından yaptığı satışların oranının toplam satış içerisindeki yerinin önemli bir seviyede olması durumunda, perakendecinin kendi satış kanalına önem atfedeceği söylenebilir³². Bu senaryoda perakendeci, kendi satış kanalını rekabetçi kılmak adına, doğrudan satış kanalının tüketici için pahalı olduğu izlenimi vermek istemez.

İkinci olarak, perakendecinin doğrudan satış kanalından satış yapma maliyetinin düşük olması durumunda, kendi satış kanalının rekabetçiliğine önem atfettiği kabul edilebilir³³. Peki bu hangi ürünler için geçerli olur? Bu çoğunlukla tüketici ile perakendeci arasında ilgili ürüne ilişkin önemli bir bilgi asimetrisinin bulunmadığı ürünler için geçerli olur. Yani, satış öncesi bilgilendirme ve satış sonrası hizmetin önem arz etmediği durumlarda söz konusu olur. Bu durumda, genellikle homojen olan bir ürünün siparişi söz konusu olacaktır ve bu sayede perakendecinin doğrudan kanalı daha az maliyetli olur. Fakat, otel rezervasyon hizmeti veya yemek sipariş hizmeti gibi piyasalarda durumun böyle olmadığı söylenebilir. Nitekim çevrimiçi otel rezervasyon ve çevrimiçi yemek sipariş hizmetleri açısından satış öncesi bilgilendirme ve satış sonrası destek hizmeti önemlidir. Üstelik bu hizmetleri perakendecinin (otel veya restoran) tek başına vermesi (tüm perakendeciler için platform tarafından verilmesine kıyasla) daha maliyetlidir³⁴.

Peki, markalar arası rekabetin yoğun olmasının dar EKM'nin geniş EKM benzeri sonuç doğurma ihtimaline etkisi ne olur? Bu şüphesiz ki dar EKM'nin geniş EKM benzeri piyasa sonucu ortaya çıkmasını güçleştirir³⁵. Şöyle ki markalar arası rekabetin bulunması, perakendeciye birden fazla platformda bulunmaya ve uygun fiyata ürün satmaya güdüler. Üstelik, markalar arası rekabetin yoğun olması durumunda, perakendecinin, kendi satış kanalının rekabetçiliğine önem atfetmesine rağmen, (daha düşük komisyon talep eden) diğer platformlarda daha uygun fiyata ürün satma motivasyonu bulunur. Nitekim markalar arası rekabetin yoğun olması, perakendecinin, diğer platformlarda düşük fiyatlı kalarak, ilgili platformlarda satış yapmasına imkân tanır. Üstelik, markalar arası rekabetin fazla olması durumunda, perakendecinin fiyat üzerindeki tahakkümü sınırlı olur. Bu sebeple, perakendeci, başka platformlardaki fiyatı dilediği gibi doğrudan kanal seviyesine çekemeyecektir.

³² Bkz Ezrachi (n 20) 508. Doğrudan satış kanalının toplam satış içerisindeki yerinin, ilgili perakendecinin diğer platformlardaki fiyatlama motivasyonuna etkisine yönelik olarak bkz ICN Unilateral Conduct Working Group, 'Vertical Restraints Multi Year Project, 2016-2019' (2019), <<https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2019/05/UCWG-2019-Vertical-Restraints-Project.pdf>> Date of Access 25 August 2020 (Anılış: Vertical Restraints). İlgili raporda, perakendecinin doğrudan satış kanalının toplam satış içerisindeki yerinin, platformlar arası rekabete etki edebileceği nitekim, bu oran perakendecinin diğer platformlardaki düşük komisyon fırsatını kullanma motivasyonunu düşürebileceği ifade edilmiştir.

³³ Aynı yönde bkz Rekabet Kurumu (n 10) para. 431.

³⁴ Konuya ilişkin tartışma ve açıklamalar için bkz CMA, 'Digital comparison tools Paper E' (n 28) para. 3.41 vd.

³⁵ Aynı yönde bkz Doğan (n 1) 431.

Perakendecilerin farklı platformlarda (kendi doğrudan satış kanallarından) daha uygun fiyata satmamasının iki temel etkisi olur. *İlki*, lehine dar EKM koşulu bulunmayan platformların komisyon oranlarını düşürme motivasyonunu düşürebilir. Zira platform komisyonunu düşürse bile, perakendeci, (başka bir platformla dar EKM yaptığı ve kendi satış kanalındaki fiyatını düşüremediği için) kendi satış kanalına zarar vermemek için ilgili platformdaki satış fiyatını düşürmeyecektir. *İkincisi*, düşük komisyonla piyasaya girme stratejisini engelleyebilir. Nitekim piyasaya girmek isteyen yeni platform, mevcut platformlardan düşük komisyon olsa bile, perakendeci aynı fiyattan satış yapacağı için tüketici tarafından tercih edilmez ve böylece piyasada faaliyet göstermek için ihtiyaç duyduğu ölçeği yakalayamaz. Hatta, *üçüncü* bir etkinin ortaya çıkması bile söz konusu olabilir. Lehine dar EKM bulunan platformun komisyon oranını artırması durumunda, perakendeci hem kendi satış kanalında hem de diğer platformlardaki fiyatını artırabilir³⁶.

Toparlayacak olursak, dar EKM koşulu, perakendecinin kendi doğrudan satış kanalından yaptığı satışların toplam satışları içerisindeki yerinin önemli bir oranda olduğu kurgularda yani perakendecinin doğrudan satış kanalına önem atfettiği durumlarda ve markalar arası rekabetin az olduğu piyasalarda, rekabetin zayıflamasına yol açabilir³⁷.

D. Zarar Teorisi 2: Dar EKM'nin Doğrudan Satış Kanalından Gelen Rekabetçi Baskıya Etkisi

Dar EKM koşulu, doğrudan satış kanalından uygulanan rekabetçi baskıyı azaltabilir³⁸. Perakendeci, platform ile akdettiği sözleşmede dar EKM koşuluna yer verirse, kendi doğrudan satış kanalında platformdan daha uygun fiyata satamayacağı için platform ile perakendecinin kendi satış kanalı arasındaki fiyat rekabeti azalır. Bu da daha yüksek fiyata yol açabilir. Bunun rekabet üzerindeki etkisi, ilgili kanaldan uygulanan rekabetçi baskıyla doğrudan ilintilidir. Perakendecinin kendi internet sitesinden yaptığı satışlar ile platform üzerinde yüksek rekabetçi baskı uygulaması hâlinde, bu koşulun piyasa üzerindeki etkisi daha olumsuz olacaktır. Nitekim bu halde doğrudan kanaldan gelen rekabetçi baskı lehine dar EKM koşulu getirilen platform açısından önemsizleşecek ve hatta doğrudan kanaldaki satış fiyatının lehine EKM koşulu getirilen platformdaki satış fiyatından düşük olamayacağı için rekabetçi bir baskıdan dahi söz edilemeyecektir. Sağlayıcının kendi internet sitesi üzerinden yapılan satış miktarının ihmal edilebilir seviyede olması durumunda ise bu koşulun

³⁶ Ezrachi (n 20) 508. CMA, özel vasıta sigorta pazarına yönelik yaptığı çalışmada bu olasılığı değerlendirmiştir. CMA, 'Private Motor Insurance Market Investigation: Final Report', Eylül 2014, para. 8.46–8.54, < https://assets.digital.cabinet-office.gov.uk/media/5421c2ade5274a131400001/Final_report.pdf > Date of Access 15 April 2020 (Anlış: Private Motor Insurance).

³⁷ Ezrachi (n 20) 508. Markalar arası rekabetin yoğun olduğu piyasalarda dar EKM'nin rekabet karşıtı etkisinin kısıtlı olacağı yönünde bkz Solano Diaz (n 19) 49.

³⁸ CMA, 'Digital comparison tools Paper E' (n 28) para. 3.31; Ezrachi (n 20) 508; Solano Diaz (n 19) 49.

rekabet üzerindeki olumsuz etkisi daha az olacaktır. Fakat bu değerlendirmede, lehine EKM koşulu getirilen platformun piyasadaki diğer platformlardan rekabetçi baskı görüp görmediği önemli rol oynar. Eğer lehine EKM koşulu getirilen platform, diğer platformlardan rekabetçi baskı görmüyorsa, dar EKM koşulu rekabet hukuku bakımından daha problemlidir³⁹.

Bu çerçevede platformlar arası rekabetin bulunduğu kurgularda dar EKM'nin piyasa üzerinde olumsuz etkisinin bulunması güçtür. Nitekim, dar EKM'nin rekabetçi baskısını azalttığı doğrudan kanal dışında başka kanallar da platform üzerinde rekabetçi baskı uygulamaya devam edebilir. Lehine EKM koşulu düzenlenen platform, bu rekabetçi baskı sebebiyle fiyat ve fiyat dışı unsurlar üzerinde dilediği gibi (tüketici refahı aleyhine) davranamaz. Ne var ki lehine dar EKM koşulu getirilen platformun önemli ölçüde piyasa gücü bulunursa, rakip platformların fiyat düşürebilmesinin satışlara etkisi sınırlı seviyede olabilir.

E. Zarar Teorisi 3: Dar EKM'nin Platformu Kullanmayan Tüketicinin Alış Fiyatına Etkisi

Dar EKM koşulunun kullanılmasının, tüketicinin ilgili ürünü satın alma fiyatına etki etmesi muhtemeldir. Dar EKM koşulu kullanılmasının tüketici refahı üzerinde doğrudan iki etkisi bulunur. Bunlardan *ilki*, bir nedenden ötürü platformu kullanmayan fakat perakendecinin doğrudan satış kanalını kullanan tüketicilerin, dar EKM koşulu sebebiyle perakendeciden yüksek fiyattan ürün almasıdır. Bu tüketici refahını doğrudan azaltan bir unsurdur. Fakat buradaki temel varsayım, platform ile çalışmanın perakendecinin doğrudan satış kanalındaki satış fiyatını artırdığıdır. Bunun aksi de söz konusu olabilir. Yani, platform ile çalışmak perakendecinin maliyetini (ölçek ve kapsam ekonomisi sebebiyle) düşürmüş de olabilir. Hâliyle böylesi çıkarım somut veriler ile desteklenmelidir.

İkincisi ise, dar EKM sebebiyle, kendi doğrudan satış kanalının rekabetçiliğine önem veren perakendecilerin platforma girmemesidir. Yani, kendi doğrudan satış kanalında fiyat artırmak istemeyen bir perakendeci, dar EKM koşulu talep eden platformda faaliyet yürütmemeyi tercih edebilir. Bu durumda tüketici seçenekleri azalır. Platform ise maliyetini düşürme imkânından olur. Bu da ancak, perakendecinin doğrudan satış kanalındaki satış rakamlarının yüksek, platformun da perakendecinin satış rakamına katkısının sınırlı olduğu kurgularda söz konusu olabilir. Böylesi bir etkinin de ampirik çalışmalarla desteklenmesi gerekir. Aksi hâlde spekülâtif olmaktan öteye gidemez.

³⁹ Aynı yönde bkz CMA, 'Digital comparison tools Final Paper' (n 18) para. 4.97.

3. Konuya İlişkin Ampirik Çalışmalar

Dar EKM hükmüne dair teorik ekonomik modeller, bu hükümlerin olumlu ve olumsuz ekonomik etkilerinin somut olaya göre değişebileceğini öngörmekte ve hangi şartlar altında dar EKM'nin olumsuz etkilerinin ağır basacağı hususunda net, açık ve kesin ölçütler sağlamamaktadır. Konunun tartışmalı olması, ampirik çalışmaları hiç şüphesiz daha önemli kılmaktadır. Dar EKM'yi konu alan az sayıda ampirik çalışma vardır. Bunlara kısaca yer vermek isabetli olur. Ancak bunların genellikle çevrimiçi otel rezervasyonu piyasalarını esas aldığı önemle belirtmek gerekir.

Hunold ve diğerleri tarafından yapılan ampirik çalışmaya⁴⁰ göre, oteller, dar EKM'nin kaldırılmasına bağlı olarak kendi satış kanallarında en uygun fiyattan satış yaparken, aynı zamanda *Booking.com*'un otellerce kullanımı da artmıştır. Yani, platformun yatırımını azaltması platformdaki otel seçeneklerini azaltmamıştır. Almanya'da, dar EKM'nin kaldırılmasının akabinde, *Booking.com*'da faaliyet gösteren otel sayısı artmış ve daha önce bu platformda faaliyet gösteren oteller daha sık indirim ve kampanya yayımlamaya başlamıştır⁴¹. Doğrudan satış kanalı fiyatlarını *Kayak* gibi meta-arama platformlarında göstermeyen bağımsız otellerin bu platformda fiyatlarını göstermeye başladığı tespit edilmiştir⁴². Zincir oteller ise meta-arama motorlarını daha sık kampanya ve listeleme ile kullandıkları da bir diğer önemli tespittir. Yani, oteller, dar EKM koşulu altında olmadıkları zaman doğrudan satış kanalını daha çok ön plana çıkarmakta, yatırım yapmakta ve doğrudan satış fiyatını en düşük fiyat olarak belirlemektedir⁴³.

Mantovani ve diğerleri tarafından yapılan ampirik çalışmada⁴⁴; Fransa, İtalya ve İspanya'da 2014-2016 yılları arasında *Booking.com*'da listelenen fiyat verileri toplanmıştır⁴⁵. İlgili çalışma kapsamında, 2014'ten 2015'e üç ülkede de önemli fiyat düşüşü görülmüş, 2015'ten 2016'ya ise fiyat artışı tespit edilmiştir⁴⁶. Dar EKM'ye müdahale eden Fransa ve İtalya'da, bu konuda bekle ve gör stratejisi izleyen İspanya'ya kıyasla, 2014-2015⁴⁷ yıllarında daha fazla fiyat düşüşü, 2015-2016 yıllarında ise daha az fiyat artışı yaşanmıştır⁴⁸. Dar EKM'yi 2015 yılında yasaklayan Fransa, 2016 yılında fiyat seviyesini 2014 yılındaki fiyat seviyesinin altında tutmayı başarmıştır. Üstelik, dar EKM'nin yasaklanması, *Booking*'in piyasa dışına çıkmasına

⁴⁰ Matthias Hunold, Reinhold Kesler, Ulrich Laitenberger ve Frank Schlütter, 'Evaluation of best price clauses in online hotel bookings' (2018), 61 *International Journal of Industrial Organization* 542, 542-571.

⁴¹ Hunold, Kesler, Laitenberger ve Schlütter (n 40) 570. Ayrıca bkz Baker ve Scott Morton (n 7) 2185 vd.

⁴² Hunold, Kesler, Laitenberger ve Schlütter (n 40) 570.

⁴³ Hunold, Kesler, Laitenberger ve Schlütter (n 40) 570.

⁴⁴ Andrea Mantovani, Claudio A. Piga ve Carlo Reggiani, 'On the Economic Effects of Price Parity Clauses – What Do We Know Three Years Later?' (2018), 9 (10) *Journal of European Competition Law & Practice* 650, 650-654.

⁴⁵ Mantovani, Piga ve Reggiani (n 44) 650-654.

⁴⁶ Mantovani, Piga ve Reggiani (n 44) 650-654; Pike ve Carovano (n 26) 4.

⁴⁷ 2015 yılındaki fiyat düşüşünün sebeplerinden birinin de ilgili dönemde *Booking.com*'a ilişkin yürütülen rekabet soruşturmaları olabilir. Mantovani, Piga ve Reggiani (n 44) 653.

⁴⁸ Mantovani, Piga ve Reggiani (n 44) 652-653; Pike ve Carovano (n 26) 4.

sebebiyet vermediği gibi, tüketici lehine fayda da sağlamıştır⁴⁹. Dolayısıyla, az sayıda ve sınırlı kapsamı olan çalışmalar ışığında, dar EKM'ye gerekçe olarak ileri sürülen etkinliklerin, bu koşulun yasakladığı bazı piyasalarda ortadan kalkmadığı veya en azından, yasaklamanın sosyal maliyete neden olmadığı söylenebilir. Bu sonuçlar da tabiatıyla dar EKM koşullarına rekabet hukuku ile daha kolay müdahale edilebileceğine işaret etmektedir.

III. Dar EKM'nin Ele Alınışı

1. Türkiye ve AB Pozitif Hukukunda Dar EKM'nin Ele Alınışı

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (“4054 sayılı Kanun”) kapsamında EKM koşullarını doğrudan yasaklayan bir hüküm bulunmamaktadır. Özünde dikey bir sınırlama olan bu hükümleri, Rekabet Kurulu (“Kurul”), bazı kararlarında 4054 sayılı Kanun’un teşebbüsler arası rekabet karşıtı anlaşmaları yasaklayan 4. maddesi kapsamında değerlendirirken⁵⁰, bazı kararlarında bu hükümleri 4054 sayılı Kanun’un hâkim durumdaki teşebbüslerin hâkim durumunu kötüye kullanmasını yasaklayan 6. maddesi kapsamında değerlendirmektedir⁵¹.

İkincil mevzuata bakıldığında, konuya ilişkin dar veya geniş EKM şeklinde bir ayırım yapmayan değerlendirmeler bulunmaktadır. Örneğin Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz’a (“Kılavuz”) göre, EKM koşulunun pazardaki rekabet üzerindeki etkilerine ilişkin değerlendirme yapılırken, lehine koşul tesis edilen tarafın ve rakiplerin pazardaki konumuna, bu koşulun sözleşmeye ne amaçla konulduğuna, pazarın ve koşulun kendi karakteristik özelliklerine detaylı bir şekilde bakılması gerekmektedir⁵². Kılavuz’da, EKM koşulu içeren bir sözleşmenin ilke olarak sözleşmede lehine bu koşul tesis edilen tarafın pazar payının %30’ı aşmadığı ve 2002/2 sayılı Tebliğ’de belirtilen diğer şartların sağlandığı durumlarda grup muafiyetinden yararlanabileceği ifade edilmiştir⁵³. Kılavuz, EKM hakkında özünde piyasa koşullarını temel alan bazı değerlendirmeler içermektedir. Kılavuz’a göre, geçmiş dönemde EKM koşulu tarafı olmayan alıcılara önerilen daha düşük fiyatlarla, EKM koşulu tarafı olan alıcıya önerilen fiyat arasındaki farkın ilgili alıcıya ödenmesini sağlayan geriye dönük (=retroactive) EKM koşulunun, sağlayıcının indirim yapma maliyetini artırması sebebiyle piyasa üzerinde etkisi daha olumsuz olabilir⁵⁴. Benzer şekilde, piyasa gücü bulunan teşebbüsler lehine böylesi bir koşulun kullanılmasının piyasa üzerindeki dışlama ve kapama etkisi de daha olumsuz olabilir⁵⁵. Ayrıca yoğunlaşmış piyasalarda

⁴⁹ Pike ve Carovano (n 26) 4.

⁵⁰ Kurul, 05.01.2017 tarih ve 17-01/12-4 sayılı *Booking* kararı.

⁵¹ Kurul, 09.06.2016 tarih ve 16-20/347-156 sayılı *Yemek Sepeti* kararı.

⁵² Kılavuz, para. 223.

⁵³ İbid para. 223.

⁵⁴ İbid para. 224.

⁵⁵ İbid para. 224.

EKM koşullarının kullanımı, rakip alıcıların alternatif sağlayıcı bulma ihtimalinin düşüklüğü sebebiyle daha olumsuz sonuçlar doğurabilir. Benzer bir durum bu koşulların piyasada yaygın olarak kullanılması durumunda da geçerlidir⁵⁶. Ne var ki bu koşulun yer aldığı sözleşmenin her iki tarafının da piyasa gücünün bulunmadığı durumlarda veya bu koşulun piyasa gücü bulunmayan nispeten küçük ölçekli alıcılar tarafından kullanıldığı durumlarda, piyasa üzerinde olumsuz etki doğurması güçtür⁵⁷. Bu açıdan somut olay özelinde değerlendirme yapmak gerekmektedir.

AB mevzuatında da EKM koşullarına ilişkin açık bir düzenleme yoktur. Ancak (aşağıda daha detaylı anlatacağımız) AB Komisyonu'nun e-ticaret sektör araştırması raporunda Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tüzüğü'ne ("*330/2010 sayılı Tüzük veya Tüzük*") atıfta bulunularak, %30'un altında piyasa payına sahip olan platformların EKM hükmüne yer vermesinin 101. maddeye aykırı olmayacağı tespiti yer almaktadır⁵⁸. Bu açıdan ülkemizdeki dikey sınırlamalara yönelik kabul edilen %30'luk pazar payı sınırı, diğer dikey sınırlamalarda olduğu gibi AB'de de EKM koşulları için %30 olarak kabul edilmektedir.

Mehaz AB hukuku açısından değinilmesi gereken son husus, Komisyon'un, Tüzük'ü değiştirmeye yönelik çalışmalarıdır. Henüz bir mevzuata dönüşmemiş olmakla birlikte, Komisyon, bu kapsamda, birçok paydaştan görüş almaktadır. Özellikle üye ülke rekabet otoritelerinden (ve paydaşlardan) gelen görüşler EKM'ye olan yaklaşım hakkında fikir vermektedir. Bu gelen görüşler doğrultusunda, ilgili mevzuatın yani Tüzük ile AB Komisyonu Dikey Sınırlamalara Yönelik Kılavuz'un ("*AB Dikey Kılavuzu*") güncellenmesi öngörülmektedir. EKM koşulu, görüşlerin merkezinde olan konuların başında gelmektedir.

Komisyon tarafından yayımlanan ve 330/2010 sayılı Tüzük'ün değerlendirilmesine yönelik üye ülke rekabet otoritelerinden gelen katkıların özetlendiği metinde⁵⁹, EKM koşuluna yönelik de muhtelif öneriler bulunmaktadır. Üye ülkeler, genel olarak, 330/2010 sayılı Tüzük ile ilgili AB Dikey Kılavuzu'nun hukuki açıdan değerlendirilmesi konusunda, bu metinlerin yeterince hukuki belirlilik sağlamadığını ve bunun da üye ülkeler arası farklı ve çelişkili yaklaşımların benimsenmesine yol açtığını belirtmişlerdir. Şüphesiz bu durum da hukuk güvenliğini zedelemektedir.

⁵⁶ İbid para. 224.

⁵⁷ İbid para. 225.

⁵⁸ Bkz Avrupa Komisyonu, 'Commission Staff Working Document Accompanying the document Report from the Commission to the Council and the European Parliament Final report on the E-commerce Sector Inquiry' (2017), s. 179, para. 621, <https://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_swd_en.pdf>, Date of Access 26 August 2020 (Anlış: E-Commerce CSW); Ne var ki bazı üye ülkeler (mesela Fransa), geniş EKM koşuluna ilişkin Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tüzüğü'yle sağlanan hukukilik varsayımının ABİHA 101(3) kapsamındaki etkinlik şartlarını sağlamaması durumunda terse çevrilebileceği yönünde pozisyon almışlardır. Bkz Philippe Chappatte ve Kerry O'Connell, 'European Union - E-commerce: Most Favoured Nation Clauses', Global Competition Review, 15 Ekim 2019, <<https://www.lexology.com/libchapatrpy/detail.aspx?g=a4d20f2b-4857-4609-8f8b-06879d2bda96>>, Date of Access 27 August 2020.

⁵⁹ Avrupa Komisyonu, 'Summary of the contributions of the National Competition Authorities to the evaluation of the Vertical Block Exemption Regulation (EU) No 330/2010', <https://ec.europa.eu/competition/consultations/2018_vber/vber_ncas_summary.pdf>, Date of Access 27 August 2020 (Anlış: Contributions of NCAs).

Gelen görüşlere bakıldığı zaman önemli bir tespit olarak, üye ülke rekabet otoriteleri, genel olarak dar ve geniş EKM arasında bir ayrım yapılması gerektiği konusunda hemfikirlerdir. Otoriteler, ilgili Tüzük ve AB Dikey Kılavuzu'nun geniş EKM'nin dar EKM'den rekabet hukuku bakımından daha problemlili olduğu olgusunu göz ardı ettiği görüşündedir. Otoriteler ayrıca, geniş EKM'ye bağlı etkinlik kazanımlarının, geniş EKM'nin rekabet üzerindeki olumsuz etkisini dengelemesinin daha zor olduğunu ifade etmişlerdir. Yani, otoriteler, dar EKM koşulunun muafiyet şartlarını taşıma ihtimalinin geniş EKM'den daha yüksek olduğu olgusunun ilgili Tüzük ve AB Dikey Kılavuzu'nda yer almamasını eleştirmektedir. Otoriteler ayrıca, dar EKM koşulunun değerlendirilmesinde, ilgili platformun piyasa gücüne ve ilgili hükmün (birden fazla platform tarafından kullanılması durumunda) piyasadaki kümülatif etkisi üzerine odaklanması gerektiğini ifade etmektedir⁶⁰.

Komisyon'un konuya ilişkin kamuoyu görüşünü almak adına başlattığı çalışmaya gelen görüşler arasında da EKM koşuluna ilişkin değerlendirmeler yer almaktadır⁶¹. Komisyon, Tüzük ve AB Dikey Kılavuzu kapsamında hukuki belirlilik taşımayan konuların neler olduğunu sorduğunda, gelen cevaplar arasında EKM koşulu da bulunmaktadır. Katılımcıların çoğunluğu, Tüzük ve AB Dikey Kılavuzu'nun mevcut ve potansiyel herhangi bir mevzuat ve uygulama ile çelişip çelişmediği konusunda, (diğer konuların yanında) EKM koşuluna ilişkin de farklı ülkelerden farklı yorum ve uygulamalar beklediklerini ifade etmişlerdir⁶². Mevzuat AB hukuku açısından da temel endişe, piyasa katılımcıları için EKM koşulunun hangi şartlarda hukuka uygun, hangi şartlarda hukuka aykırı olacağı yönündeki hukuki belirsizliğin teşebbüsler için risk teşkil etmesidir. Bu bağlamda, Komisyon'un yaptığı çalışmalara verilen cevaplarda da EKM koşulunun kullanımının hangi şartlarda hukuka uygun olacağı (=güvenli liman) ve hangi şartlarda hukuka aykırı varsayılacağına ilişkin yol gösterici düzenleme ihtiyacı öne çıkmaktadır⁶³. Bu kapsamda, geniş EKM ile dar EKM'ye yönelik hukuk politikasının bakımından yapılacak ayrımın önemi tartışmalara ve raporlara yansımıştır.

⁶⁰ Avrupa Komisyonu, Contributions of NCAs. Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tüzüğü'nün değerlendirme toplantısına katılanlardan, EKM koşulunun yasaklanması gerektiğine ilişkin görüş bildirenler de bulunmaktadır. Bkz Avrupa Komisyonu, 'Summary of the stakeholder workshop on the evaluation of the Vertical Block Exemption Regulation (EU) No 330/2010', <https://ec.europa.eu/competition/consultations/2018_vber/workshop_summary.pdf>, Date of Access 27 August 2020 (Anılış: Stakeholder workshop); Avrupa Komisyonu, 'Annex II Summary of the stakeholder workshop on the evaluation of the Vertical Block Exemption Regulation (EU) No 330/2010', <https://ec.europa.eu/competition/consultations/2018_vber/workshop_annex_ii.pdf>, Date of Access 27 August 2020 (Anılış: Stakeholder workshop Annex II).

⁶¹ Avrupa Komisyonu, 'Factual summary of the contributions received in the context of the open public consultation on the evaluation of the Vertical Block Exemption Regulation (EU) No 330/2010', <https://ec.europa.eu/competition/consultations/2018_vber/factual_summary.pdf>, Date of Access 27 August 2020 (Anılış: Factual summary).

⁶² Avrupa Komisyonu, 'Factual summary' (n 61) 18.

⁶³ Avrupa Komisyonu, 'Support studies for the evaluation of the VBER' 109, <<https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0420219enn.pdf>>, Date of Access 27 August 2020 (Anılış: Support studies).

2. Dar EKM Hakkında Yayımlanan Raporlar

A. Giriş

Elektronik ticaretin hız kazanması ve bilhassa dijital platformların bulunduğu piyasaların yoğunlaşma eğilimi göstermesi, son yıllarda rekabet otoritelerinin ve bazı uluslararası örgütlerin, dijital piyasalardaki rekabet sorunlarını konu alan raporlar hazırlamasına neden olmuştur. Bu raporlar genel olarak, rekabet otoritelerinin politika tercihi oluşturmasına imkân verecek şekilde, dijital piyasalardaki sorunların nedenlerini ve bu sorunların çözümüne ilişkin alternatifleri değerlendirmekte ve bazı öneriler de getirmektedir. Söz konusu raporlar, makro bir perspektif ile sorunları incelemekle birlikte, platformlar tarafından gerçekleştirilen rekabet karşıtı uygulama örneklerini de ele almakta ve bu çerçevede EKM de raporların bir kısmında yer almaktadır. Aşağıda, önemli gördüğümüz raporlar çerçevesinde, dar EKM hükümlerine olan yaklaşımı ele alacağız.

B. Avrupa Birliği Seviyesindeki Çalışmalar

Başta Komisyon olmak üzere, AB kurumları dijital piyasalarda ortaya çıkan yoğunlaşma sorununa karşı son derece ilgilidir. Bu çerçevede kamu inisiyatifiyle çeşitli raporlar kaleme alınmıştır. Dar EKM konusuna da yer veren üç ayrı rapora değinmek mümkündür. *İlk olarak*, 2016 yılında, Avrupa Rekabet Ağı inisiyatifiyle başlatılan ve bazı Avrupa ülkelerinin rekabet otoritelerinin birlikte hazırladıkları *Çevrimiçi Otel Rezervasyonları İzleme Raporu*'na değinilebilir⁶⁴. Bu rapor, doğrudan EKM hükümlerini incelemekte ve çevrimiçi seyahat acentelerinin oteller ile akdettikleri sözleşmelerde 2010 yılı sonrasında EKM koşuluna dair yaptıkları değişikliklerin etkilerini ortaya çıkarmayı amaçlamaktadır. Rapor, EKM hükümlerinin rekabet üzerindeki etkilerine dair teorik değil, ampirik bir analiz içermektedir. Ayrıca rapor, dar EKM'nin çevrimiçi otel rezervasyonları piyasası açısından geniş EKM'ye benzer bir etkisinin olduğu tespitini içermektedir. Bu çerçevede bu rapordaki temel bulgu, geniş EKM'nin yasaklandığı dönemde, çoğu otel bakımından platformlar için farklı fiyatların ortaya çıkmamış olmasıdır⁶⁵. Nitekim 10 üye ülkeden ankete katılanların %79'u, *Booking* ve *Expedia*'nın geniş EKM'den dar EKM'ye geçmesinden sonra farklı platformlarda farklı fiyatlandırma yapmadığını ifade etmiştir⁶⁶. Dar EKM'nin uygulanmadığı Fransa ve Almanya'da ise fiyat farklılaştırması yapanların oranı biraz daha yüksek (%27 seviyelerine) çıkmıştır⁶⁷. Fiyat verisi üzerinden yapılan analizde, (i) *Booking* ve *Expedia*'nın geniş EKM'den dar EKM'ye geçmesinin, 10 üye ülkenin 8'inde farklı platformlar arası fiyat farklılaştırmasını artırdığı⁶⁸; (ii)

⁶⁴ Monitoring report (n 26)

⁶⁵ Otellerin sadece %21'i, platformlara farklı fiyatlar vermişlerdir.

⁶⁶ Monitoring report (n 26) para. 9.

⁶⁷ Monitoring report (n 26) para. 10.

⁶⁸ Monitoring report (n 26) para. 11.

Fransa’da EKM koşulunu yasaklayan düzenlemenin yürürlüğe girmesiyle farklı platformlar arası fiyat farklılaştırılmasının arttığı⁶⁹; (iii) Almanya’da *Booking*’in dar EKM kullanmasının yasaklanmasının, farklı platformlarda fiyat farklılaştırılmasını artırdığı⁷⁰ tespit edilmiştir. Yine söz konusu rapora göre, platformlara ödenen komisyon ücreti büyük ölçüde değişmemiş ancak (2014-2016 arasında) bu ücrette bir miktar azalma olmuştur. İlave olarak, rapora göre, dar EKM kaldırıldıktan sonra, dönüşüm oranlarında (tüketicinin platforma bakıp rezervasyon yapma oranı) ciddi bir farklılık görülmemiştir⁷¹.

İkinci olarak, Komisyon bünyesinde hazırlanan *Elektronik Ticaret Sektörü İnceleme Raporu*⁷² kapsamında da EKM hakkında bazı tespitler yer almaktadır. Rapor, münhasırlık ile kıyaslandığı zaman, platformlarda EKM hükümlerinin daha yaygın olarak kullanıldığı⁷³ tespitini içermektedir. Raporda bu hükümlere neden yer verildiğine ilişkin olarak ise temelde üç gerekçe sunulmaktadır. Bu gerekçelerden *ilki*, müşteri güveninin sağlanması⁷⁴, *ikincisi* yatırımların korunması⁷⁵ ve *üçüncüsü* de iş modelinin düşük fiyat ile ürün satılması temeline dayanmasına bağlı olarak, bu modelin korunması için bu hükümlere ihtiyaç duyulmasıdır⁷⁶.

Nihayet rekabet politikası açısından en önemli Rapor, 2019 yılında yayımlanan, *Dijital Çağ İçin Rekabet Politikası* başlıklı rapordur⁷⁷. Raporda, EKM şartlarının rekabeti sınırlayıcı ve etkinlik artırıcı özelliklerinin olabileceği, bu nedenle somut olay ve piyasa özelinde bir analiz yapılması gerektiği belirtilmekte, fakat bilhassa olağanüstü ağ dışsallığı avantajı nedeniyle yerleşik platformun son derece avantajlı konumda olduğu ve etkinlik argümanlarının hassasiyetle değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bu bağlamda geniş EKM’nin genel olarak yasaklanabileceği belirtilmiştir. Dar EKM’nin de ancak platformlar arası rekabetin güçlü olduğu durumlarda hukuka uygun olacağı aksi hâlde dar EKM’nin rekabetçi baskının geldiği tek kanalı da kapatacağı için yasaklanabileceği değerlendirilmektedir⁷⁸.

⁶⁹ Monitoring report (n 26) para. 11.

⁷⁰ Monitoring report (n 26) para. 11.

⁷¹ Monitoring report (n 26) para. 39.

⁷² Avrupa Komisyonu, ‘Report from the Commission to the Council and the European Parliament, Final report on the E-commerce Sector Inquiry’ (2017), <https://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_final_report_en.pdf>, Date of Access 26 August 2020 (Anılış: E-Commerce Final Report).

⁷³ Platformların %43’ü sözleşmelerinde EKM hükmüne yer vermediklerini belirtmişlerdir. Avrupa Komisyonu, ‘E-Commerce CSW’ (n 58) 178, para. 616.

⁷⁴ Bkz Avrupa Komisyonu, ‘E-Commerce CSW’ (n 58) para. 618.

⁷⁵ Bkz Avrupa Komisyonu, ‘E-Commerce CSW’ (n 58) para. 618.

⁷⁶ Bkz Avrupa Komisyonu, ‘E-Commerce CSW’ (n 58) para. 618.

⁷⁷ Jacques Crémer, Yves-Alexandre de Montjoye ve Heike Schweitzer, ‘Competition Policy For the Digital Era’ (2019), Avrupa Komisyonu, <<https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>>, Date of Access 24 August 2020. Rapor, rekabet hukuku ve politikasının dijital piyasalarda karşılaştığı sorunlar ve bu sorunların çözümüne dair politika önerileri içermektedir. Bu anlamda rekabet sorunlarını makro bir perspektif ile değerlendirmekte, bununla birlikte EKM hakkında bazı açıklamalar da içermektedir.

⁷⁸ Cremer, Alexandre de Montjoye ve Schweitzer (n 77) 55-57.

C. Birleşik Krallık

Birleşik Krallık'ta dijital piyasalarda ortaya çıkan rekabet sorunları ciddi bir kamusal tartışma konusudur ve kamu otoriteleri, bu sorunlara dair muhtelif raporlar kaleme almıştır. Bu raporlardan herhalde en önemlisi, 2019 yılında yayımlanan *Furman Raporu*'dur⁷⁹. Bu rapor, dijital piyasalara ilişkin politika önerileri bakımından son derece önemli olmakla birlikte, EKM özelinde kapsamlı bir değerlendirme içermemektedir. Rapor kısaca Komisyon'un ve muhtelif ülkelerdeki rekabet otoritelerinin soruşturmalarına atıfta bulunarak, EKM hükümlerinin rekabet karşıtı olabileceğini belirtmektedir. Raporda iş yerlerinin birden fazla platformda olma (=multi-homing) güdüsünü olumsuz etkilediği gerekçesiyle EKM uygulamasının rekabet karşıtı olabileceği ifade edilmiş, bunun haricinde bu uygulamanın ortaya çıkabilecek olumlu veya olumsuz etkileri değerlendirilmemiştir⁸⁰.

Birleşik Krallık'ta EKM uygulamasının kapsamlı şekilde ilk tartışıldığı rapor, araç sigortası endüstrine ilişkin İngiliz Rekabet Otoritesi ("CMA") tarafından yapılan inceleme sonucunda kaleme alınan, 2014 yılına ait *Özel Araç Sigorta Piyasası Sektörü Raporu*'dur⁸¹. Raporda, araç sigortası hizmeti veren şirketlere aracılık yapan platformların, sigorta şirketleri ile yaptığı dar ve geniş EKM içeren sözleşmeleri incelenmiş ve otorite, geniş EKM hükümlerinin, platformlar arasındaki rekabeti azalttığı gerekçesiyle, hukuka aykırı olduğu sonucuna varmıştır. Rapora göre, geniş EKM nedeniyle fiyatlar arttığı gibi, piyasaya girişler de güçleşmektedir. Zira bu hükümler nedeniyle hizmet farklılaştırması yaratarak daha ucuza hizmet sağlamak ekonomik açıdan anlamlı olmamakta, bu da yeni girişleri caydırmaktadır⁸². Öte yandan maliyet azaltıcı inovasyon yapma güdüsü de düşük fiyatlamının anlamlı olmaması nedeniyle azalmaktadır.

Öte yandan bu rapor, dar EKM hükümlerini kapsamlı şekilde ele almış ve bu hükümler nedeniyle iki ayrı olumsuz etki doğabileceğini öngörmüştür. Bunlardan *ilki*, dar EKM'nin, geniş EKM gibi ağ etkisine yol açarak, platformlar arası rekabeti sınırlaması; *ikincisi* ise, sağlayıcının kendi satış kanallarından doğabilecek rekabeti ortadan kaldırmasıdır. *İlk etkiye* ilişkin olarak, bunun ancak sağlayıcının kendi satış kanalının önemli olması hâlinde ortaya çıkabileceği; böyle bir durum yoksa,

⁷⁹ Digital Competition Expert Panel, 'Unlocking Digital Competition' (2019), <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf>, Date of Access 21 November 2020.

⁸⁰ Digital Competition Expert Panel (n 79) s. 48, para. 1.150-1.152.

⁸¹ Bkz geniş bilgi için CMA, 'Private Motor Insurance' (n 36).

⁸² Bunun sigorta piyasası için özellikle önemli olduğuna vurgu yapılmıştır. Zira bu piyasada müşteriler fiyata duyarlıdır ve rakibin müşteri elde etmesi, daha düşük fiyat vermesine bağlıdır. CMA, Private Motor Insurance, (n 36) 153, para. 8.35.

yani ekonomik açıdan bu kanal sağlayıcı için çok kârlı değilse, sağlayıcıların farklı platformlarda daha düşük fiyat verebileceği tespit edilmiştir⁸³.

İkinci etkiye ilişkin olarak ise, reklam yatırımı harcamaları ve talebin farklı satış kanallarındaki esnekliği analiz edilmiştir. Somut endüstri bakımından, platformun, reklam yoluyla kendi satış kanalına müşteri çekilmesine kıyasla daha ucuz olduğu ve bu anlamda girişleri teşvik edici rolünün bulunduğu tespit edilmiştir. Fiyat esnekliği açısından ise, yapılan analiz, müşterilerin platform fiyatlarına çok daha duyarlı olduğu, platform arası (markalar-arası) rekabetin bu anlamda rekabetin temel aracı olduğu tespit edilmiştir. Nitekim platformların da rekabet stratejisi oluştururken, sağlayıcıların kanallarını değil, doğrudan rakip platformları gözlemlediği ve dolayısıyla da platform rekabetinin temel sürükleyici olduğu ortaya konmuştur.

Bu sonuçlardan hareketle, dar EKM kayıtlarının rakip platformlarda farklı fiyatların uygulanmasına imkân vermesi nedeniyle rekabeti sınırlayıcı etkilerinin olmadığı tespit edilmiştir. Daha da önemlisi, bu iş modeli açısından dar EKM kayıtlarının önemli olduğu, zira bu hükümler olmaksızın müşterilerin platformlara itibar etmeyeceği (=credibility) ve bir ölçüde bedavacılık (=free-riding) probleminin doğabileceği sonucuna varılmıştır⁸⁴. Ayrıca dar EKM kayıtlarının müşterilerin arama maliyetlerini düşürdüğü tespiti yapılmıştır. Netice itibarıyla da sadece geniş EKM yasak kapsamında değerlendirilmiş ve dar EKM uygulamaları hukuka uygun kabul edilmiştir.

İngiltere'deki bir diğer rapor ise, yine CMA tarafından hazırlanan ve dijital karşılaştırma araçlarını (platformları) inceleyen rapordur⁸⁵. Rapordaki bulgular, özel araç sigortası piyasası raporundaki değerlendirmeler ile paralellik arz etmektedir⁸⁶. Rapor, geniş EKM hükmünün platformlar arasında rekabeti zayıflatığını ve komisyon

⁸³ Buradaki temel unsur, sağlayıcının, ki somut raporda sigorta şirketleri inceleme konusudur, kendi satış kanalı örneğin internet sitesinin ekonomik açıdan önem taşımasıdır. Bu sitenin önemli ölçüde müşteri çektiği, kârlı olduğu ve sağlayıcı şirketin buna yatırım yaptığı bir kurguda, doğal olarak şirket buradaki fiyatın, platformlardan yüksek olmasını istemez. Bilhassa marka gücünün önemli olduğu ve platform komisyonlarının yüksek olduğu hâllerde kendi satış kanalı daha önemli hâle gelir. Böyle bir senaryoda ise, düşük fiyatlama yapmak isteyen agresif bir platform olduğunu varsayalım. Bu platform, diğer platformlardan düşük öneri yapacak isteyecektir, ancak sağlayıcı şirket, kendi fiyatının, platformlardan düşük olmasını istemeyeceği için, EKM koşulları nedeniyle fiyat düşürmek istemeyecektir. Çünkü fiyatı düşük verirse kendi fiyatını da düşürmek durumunda kalacak, bu durumda diğer platformlarda da fiyat düşürecektir. Bu genel olarak dar EKM'nin ağ etkisi veya dar EKM'nin geniş EKM benzeri etki doğurması olarak vasıflandırılabilir. CMA, 'Private Motor Insurance', (n 36) 157.

⁸⁴ Bu etkiler, raporun 8.89 ile 8.102. paragraflarında tartışma konusu yapılmakta ve özellikle bedavacılık probleminin önlenmesi bakımından alternatif yöntemler de olabileceği, dar EKM kaydı olmasa da piyasanın çözüm bulabileceği tespitleri yer almaktadır. Ancak sonuç kısmında yine de dar EKM'nin bedavacılığı önlediği vurgusu yer almaktadır.

⁸⁵ CMA, 'Digital comparison tools Final Paper' (n 18).

⁸⁶ Hemen belirtelim ki geniş ve dar EKM kayıtları aynı zamanda bu Rapor'un eki diyebileceğimiz "Paper E" kapsamında incelenmekte ve detaylı açıklamalara yer verilmektedir. Bu açıklamalar da 2014 tarihli Sigorta Endüstrisi Raporu'na paralellikler taşımaktadır. Bkz <<https://assets.publishing.service.gov.uk/media/59e093f5e274a11ac1c4970/paper-competitive-landscape.pdf>>, Date of Access 23 August 2020.

oranlarında (ve dolayısıyla fiyatlarda) artışa neden olabileceğini belirtmektedir.⁸⁷ Ayrıca bu kayıtların herhangi bir etkinlik sağlamadığı, yol açtığı ileri sürülen etkinliklerin daha az sınırlayıcı kayıtlar (mesela dar EKM hükümleri) ile de elde edilebileceği ifade edilmektedir. Nitekim, yukarıda da ele aldığımız araç sigortaları endüstrisinde, platformların kullandığı geniş EKM kayıtları yasaklanmıştır. Rekabet otoritesi ayrıca geniş EKM kayıtlarının uygulamadan kaldırılmasının etkilerini de incelemiş ve fiyatların (geniş EKM kayıtlarının bulunduğu kurguya göre) düştüğü tespitini yapmıştır. Bu noktada, rapordaki tespitler uyarınca dar EKM hükümlerinin uygulanmaya devam ettiğini ve buna rağmen fiyat rekabetinin arttığını da belirtmek gerekir.

Raporda dar EKM konusunda ise, bu koşulların iki ayrı rekabet karşıtı etki doğurabileceği belirtilmektedir. Bu etkilerden *ilki*, dar EKM'nin, geniş EKM etkisi göstermesidir. Buradaki temel mesele, sağlayıcının kendi kanalında fiyatını düşürmeksizin, rakip platformlarda fiyat düşürme güdüsüne sahip olmamasıdır. Örneğin bir sigorta şirketi, dar EKM nedeniyle kendi web sitesindeki fiyatını düşüremeyecek; bu durumda, kendi kanalında müşteriye pahalı gözükmek için, başka bir platformda da fiyatları indirmeyecektir. Aslında hukuken rakip platformda pekâlâ fiyatlarını indirebilir, ancak bu tip bir düşük fiyat, müşterilerin sağlayıcıya karşı negatif bir tavır almasına yol açabilir⁸⁸. *İkinci* rekabet karşıtı etki ise, sağlayıcının doğrudan kanalının yol açacağı rekabet baskısının ortadan kaldırılmasıdır. Bu etki, ancak rakip platformlardan yeteri derecede rekabet baskısının gerçekleşmediği, sağlayıcının kendi satış kanallarının önemli olduğu hâllerde ortaya çıkabilir⁸⁹.

Raporda öte yandan dar EKM'nin iki ayrı etkinlik sağlayabileceği de belirtilmektedir. Bunlardan *ilki*, güvenilirlik veya itibar argümanıdır. Buna göre, dar EKM platform iş modelinin temelidir ve eğer bu hükme yer verilmezse, platformlar kârlı bir şekilde faaliyette bulunamazlar. Rapor bu argümanın ancak platformların yeni kurulduğu veya henüz kurumsallaşmadığı (yerleşmediği) hâllerde geçerli olabileceğini belirtmektedir⁹⁰. *İkincisi* ise, “bedavacılık” argümanıdır ki rapor, bunun

⁸⁷ Geniş EKM olmaksızın, platformlar ancak komisyon oranlarında (ve/veya kalite unsurlarında) rekabet ederek müşteri çekebilirler. Geniş EKM ise, bu ihtiyacı bir ölçüde ortadan kaldırmakta, zira rakip platformda daha uygun fiyat sunulması imkânı olmamaktadır. Bu durumda platformların komisyon düşürme güdüsü ortadan kalkmakta ve bir tür fiyat tabanı oluşabilmektedir. Hatta aksine, komisyon arttırma güdüsü ortaya çıkmakta, bu da genel bir fiyat artışına neden olmaktadır. Bkz CMA, ‘Digital comparison tools Final Paper’ (n 18) 57.

⁸⁸ Rapor’a göre, ağ etkisinin ortaya çıkarak, dar EKM'nin geniş EKM gibi sonuç doğurması için iki ön koşul gerekir. *İlkinde* sağlayıcı kendi satış kanalının rekabetçi olmasını önemsiyor olmalıdır. Bu koşulun ise, doğrudan satış kanalının platform kanalına göre daha karlı olması hâlinde gerçekleşme olasılığı yüksektir. Örneğin direkt satış kanalı müşterisinin daha az fiyat hassas olması ve/veya direkt satış kanalının önemli bir rekabetçi baskı ile karşılaşmaması gibi hâllerde bu olasılık yükselir. Rapor, incelenen endüstriler bakımından genellikle bu koşulların gerçekleşmediği tespitini de içermektedir. *İkincisi* ise, dar EKM'nin uygulanmadığı bir kurguda, kendi satış kanalında fiyat düşürme güdüsüne sahip olmalıdır.

⁸⁹ Şüphesiz doğrudan kanalın rekabet baskısı yaratması için, EKM olmadığı bir senaryoda düşük fiyatlama güdüsü olmalı, tüketicilerin platformlar arası değil, platform ile doğrudan kanal arasında arama yapması ve rakip sağlayıcıların (platformlarda yer alan) yeteri derecede rekabet baskısı oluşturmamaları gibi faktörler önem taşımaktadır.

⁹⁰ Bu senaryoların pek de geçerli olmayabileceği zira, platformların sadece fiyat değil, başka nedenlerle de tüketiciler tarafından tercih edildiği ve bu nedenle kurumsallaştığı belirtilmektedir. Bkz CMA, ‘Digital comparison tools Final Paper’ (n 18) 60.

(sektörlere göre arama maliyeti nedeniyle farklı etkisi olduğunu belirtmekle birlikte) genellikle geçerli bir sav olduğunu kabul etmiş gözükmektedir. Rapor, sağlayıcının mevcut müşterileri için EKM koşulunun uygulanmasının, bedavacılık sorununu çözüp etkinlik kazanımına sebep olacağı konusunda tereddütlüdür⁹¹. Rapor, daha az sınırlayıcı bir alternatif olduğu durumda, dar EKM hükümleri hususunda da (olması gerekenden daha geniş kapsamlı tatbik edilmeleri hâlinde) rekabet hukuku ihlali riski olabileceğini; ancak daha az sınırlayıcı alternatiflerin varlığı hususunda net bir kanaatin de olmadığını belirtmektedir⁹².

Görüldüğü üzere Birleşik Krallık'taki otoritelerin hazırladığı raporlar, EKM hükümlerinin rekabet üzerindeki etkileri hakkında kapsamlı değerlendirmeler içermektedir. Bunlardan çıkan sonuç ise, geniş EKM'nin rekabet karşıtı etkilerinin ağır bastığı, dar EKM'nin ise, bazı rekabeti sınırlayıcı etkileri de bulunmakla birlikte, genel olarak etkinlik sağlama potansiyeli dikkate alındığında, hukuka uygun görülebileceğidir. Ancak her hâlükârda analizin somut piyasa özelinde yapılması zaruridir. Fikrimizce, raporlarda yer verilen ölçütler ve kriterler, EKM hakkında yapılacak analiz açısından oldukça yol göstericidir.

D. International Competition Network Tarafından Hazırlanan Rapor

ICN bünyesinde, dijital piyasalar ile ilgili çeşitli çalışmalar⁹³ bulunsa da tespit edebildiğimiz kadarıyla EKM hükümleri ile ilgili yegâne rapor, 2019 yılında yayımlanan *Dikey Sınırlamalar Proje Raporu*'dur⁹⁴. Rapor, dijital piyasalardaki dikey ilişkilerde EKM ve internet sınırlamalarını, çevrimiçi otel rezervasyonu piyasasına ilişkin farazi kurgular ışığında inceleme konusu yapmakta ve farklı rekabet otoritelerinin konuya dair görüşlerini içermektedir. Özetle belirtmek gerekirse, EKM hükümleri iki ayrı senaryoda ele alınmış ve bu senaryolara dair rekabet otoritelerinden gelen değerlendirmelerin, genellikle farklılaştığı görülmüştür. Somut olarak belirtmek gerekirse, dar EKM'nin incelendiği ilk örnek senaryoda, genel olarak dar EKM'nin rekabet üzerinde olumsuz etkileri olabileceği kabul edilmekle birlikte, aksi görüşler

⁹¹ Bkz CMA, CMA, 'Digital comparison tools Final Paper' (n 18) 59-60, para. 4.100.

⁹² CMA, bedavacılık sorununu engellemek için dar EKM'ye alternatif olacak pratik ve daha az sınırlayıcı bir yöntemin bulunup bulunmadığına yönelik değerlendirmede, platform ve perakendecilerin tüketicileri takip etme kabiliyetlerini artırmaları ve platforma buna göre ödeme yapmalarının mümkün olması durumunda, en azından bazı müşterilerin dar EKM'nin yokluğunda daha düşük fiyattan ürün alabileceği sonucuna ulaşmıştır. CMA, mevcut durumda, böyle bir takip mekanizmasının belirsiz ve spekülâtif olduğu ve piyasadan böyle bir alternatifin uygulanabilir olup olmadığı konusunda farklı görüşler aldığını ifade etmiştir. CMA, ayrıca, dar EKM'nin ortaya çıkarabileceği etkinlik kazanımları için gerekenden daha fazla sınırlayıcı olabileceğine yönelik endişesi bulunduğunu ve hâliyle bu koşullara yönelik ilgisini devam edeceğini ifade etmiştir. CMA, 'Digital comparison tools Final Paper' (n 18) para. 4.101.

⁹³ ICN Unilateral Conduct Working Group, 'Report on the Results of the ICN Survey on Dominance/Substantial Market Power in Digital Markets' (2020) <<https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2020/07/UCWG-Report-on-dominance-in-digital-markets.pdf>>, Date of Access 10 February 2021 (Anılış: Dominance); ICN Advocacy Working Group, 'Report on ICN Members' Recent Experiences in Conduction Competition Advocacy in Digital Markets' (2019), <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2019/06/AWG_AdvDigitalMktsReport2019.pdf>, Date of Access 25 August 2020.

⁹⁴ ICN Unilateral Conduct Working Group, Vertical Restraints.

de bulunmaktadır. Raporla göre dar EKM, oteller açısından fiyat farklılaştırması yapma güdüsünü azaltarak, oteller arasındaki ve hatta platformlar arasındaki rekabeti sınırlayıcı olabilir. Bilhassa otelin kendi kanalının önemli olduğu (yani direkt kanalın toplam satış içerisinde esaslı payının bulunduğu) hâllerde, dar EKM, geniş EKM gibi bir sonuç doğurabilir. Ayrıca otellerin ve platformların aynı piyasada faaliyet gösterdikleri kabul edilirse, dar EKM'nin (otelin kendi kanalındaki fiyatlama serbestisini kısıtlamak suretiyle) fiyat rekabetini de sınırladığı belirtilmektedir. Öte yandan etkinliklerin de dikkate alınması gerektiği zira EKM hükmünün, bedavacılığı önleme, işlem maliyetini düşürme ve platformların iş modelinin korunmasına hizmet etme gibi faydalar sağlayabileceği belirtilmektedir. Bu etkinliklerin analizde ne ölçüde ağırlık taşıması gerektiği hususunda ise, kapsamlı veriye ihtiyaç olduğu ifade edilmiştir.

E. Rekabet Kurumu'nun E-Pazaryeri Platformları Sektör İncelemesi Ön Raporu

Rekabet Kurumu, Mayıs 2021 tarihinde görüşe açtığı E-Pazaryeri Platformları Sektör İncelemesi Ön Raporu kapsamında dar EKM konusunda muhtelif tespit ve değerlendirmelere yer vermiştir. Rapor kapsamında yer verilen en önemli tespitlerin başında şüphesiz ki satıcının, lehine dar EKM koşulu tesis edilen pazaryerinden vazgeçemese bile, daha düşük komisyon oranı uygulayan rakip pazaryerlerinde daha düşük fiyatla satış yapmak suretiyle, lehine dar EKM koşulu tesis edilen pazaryerini disipline edebileceği gelmektedir⁹⁵. Bu tespit, özü itibarıyla, dar EKM'nin piyasa üzerindeki olumsuz etkisinin geniş EKM kadar olumsuz olmayabileceğine işaret etmektedir.

Rapor kapsamında, lehine dar EKM koşulu tesis edilen pazaryerinin, satıcı için vazgeçilmez ve tüketicilerin önemli bir çoğunluğu açısından satıcının doğrudan satış kanalı (örneğin satıcının kendi internet sitesi) ile ikame ise, dar EKM şartının, geniş EKM ile aynı etkileri doğurmasının muhtemel olduğu ifade edilmiştir⁹⁶. Satıcının kendi kanalı üzerinden yaptığı satışın maliyetinin, pazaryeri üzerinden yaptığı satışın maliyetinden düşük olmadığı ve doğrudan kanaldan yapacağı satış miktarının pazaryerinden yapacağı satış miktarından vazgeçmek için yeterli olmadığı durumlarda, satıcının kendi doğrudan satış kanalında daha düşük fiyatla satış yapması rasyonel olmayacaktır⁹⁷. Rapor kapsamında, lehine dar EKM koşulu tesis edilen pazaryerinin komisyon artırması durumunda, satıcının, ilgili pazaryerinde maliyeti arttığı için ilk olarak ilgili pazaryerinde, sonrasında dar EKM sebebiyle kendi satış kanalında, üçüncü olarak da kendi doğrudan satış kanalının cazibesini korumak için

⁹⁵ Rekabet Kurumu (n 10) para. 428.

⁹⁶ Rekabet Kurumu (n 10) para. 429.

⁹⁷ Rekabet Kurumu (n 10) para. 429.

diğer pazaryerlerinde fiyat artırma motivasyonuna sahip olacağı değerlendirilmiştir⁹⁸. Bu bağlamda, dar EKM koşulunun, geniş EKM şartında olduğu gibi komisyon ücretlerine dayalı rekabeti azaltma, pazarda iş birliklerine zemin oluşturma ve pazara girişler ile pazarda büyümeyi engelleyici etki doğurma potansiyeline sahip olduğu sonucuna ulaşılmıştır⁹⁹.

Rapor kapsamında yer verilen tüketici anketine göre, tüketicilerin %76,6'sı pazaryerleri, %14,6'sı ise satıcının kendi sitesi üzerinden alışveriş yapmaktadır¹⁰⁰. Marka gücü yüksek, bilinirliği olan markalar bakımından kendi internet sitelerinin pazaryerleri ile rekabet etmesi daha büyük önem taşıdığı için bu tür satıcılara yönelik olarak getirilecek olan dar EKM şartının geniş EKM ile benzer sonuçları doğuracağı değerlendirilmektedir¹⁰¹. Rapor kapsamında yer verilen satıcı anketine göre, pazaryerlerini kullanan satıcıların önemli çoğunluğunun kendi internet sitesi bulunmamakta, internet sitesi bulunanların sitelerinin ise genel olarak pazaryerine ikame niteliği bulunmamaktadır¹⁰². Bu sebeplerle, satıcılar açısından düşük komisyonlu pazaryerinde düşük fiyat uygulama motivasyonunun bulunacağı ve mevcut durumda pazar gücü bulunan pazaryerleri lehine dar EKM tesis edilmesinin bile rekabet üzerindeki net etkisini tespit etmenin güç olması sebebiyle dosya özelinde değerlendirme yapılması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır¹⁰³.

3. Dar EKM'nin Ele Alındığı Rekabet Otoritesi Kararları

Dar EKM konusunda, geniş bir yargı tatbikatı bulunmamaktadır. Bu konudaki en güncel ve ilgi çekici dosya şüphesiz ki Federal Kartel Otoritesi'nin *Booking* dosyasıdır. Federal Kartel Otoritesi, *Booking*'in, sözleşmelerinde geniş EKM koşulu yerine dar EKM koşulu kullanmaya başlamasına rağmen, kullandığı dar EKM'nin de hukuka aykırı olduğunu değerlendirmiştir¹⁰⁴. Federal Kartel Otoritesi, ilginçtir ki Fransız, İtalyan ve İsveç rekabet otoritelerinin taahhütleri kabul etmesini

⁹⁸ Rekabet Kurumu (n 10) para. 429.

⁹⁹ Rekabet Kurumu (n 10) para. 429.

¹⁰⁰ Rekabet Kurumu (n 10) para. 430.

¹⁰¹ Bu durumun özellikle ilgili satıcının yoğun şekilde var olduğu ürün kategorileri bakımından vazgeçilmez olarak görülen veya pazar lideri olarak konumlanan pazaryerinde uygulanması durumunda söz konusu etkilerin daha büyük olacağı değerlendirilmiştir. Rekabet Kurumu (n 10) para. 430.

¹⁰² Rekabet Kurumu (n 10) para. 432.

¹⁰³ Rekabet Kurumu (n 10) para. 432-433.

¹⁰⁴ Federal Kartel Otoritesi'ne göre, *Booking*'in bu sorumluluğu yerine getirmesinin akabinde, otellerin %72'si kendi internet sitelerindeki fiyatlarını düşürmüştür. <https://www.d-kart.de/en/blog/2019/06/06/olg-duesseldorf-booking-braucht-bestpreisklauseln/>; Federal Kartel Otoritesi, Fransız, İtalyan ve İsveç rekabet otoritelerinin hukuka uygun bulunduğu koşulların rekabet karşıtı olduğu sonucuna ulaşmıştır. Bkz Akman (n 9) 800. Bu noktada önemle ifade edilmelidir ki; Federal Kartel Otoritesi'nin HRS kararı yalnızca geniş EKM koşuluna ilişkindir. Federal Kartel Otoritesi, dar EKM koşulunu Booking dosyasında incelemiştir. Friso Bostoen, 'Most Favoured Nation Clauses: Towards an Assessment Framework under EU Competition Law' (2017), 1(3) European Competition and Regulatory Law Review 223, 230; Ezrachi (n 20) 505; Federal Kartel Otoritesi'nin başkanının, dar EKM'nin tüketiciye görünür bir fayda sağlamadığına yönelik açıklaması ilgi çekicidir. Sarah Long, 'Retail MFNs and Online Platforms under EU Competition Law: A Practical Primer' (2019), Eylül 2019 Competition Policy International Antitrust Chronicle, September 2019, 6, <https://ssrn.com/abstract=3549847> Date of Access: 08 August 2020; Akman ve Sokol (n 14) 143 vd.

açıklamasından yaklaşık bir hafta kadar önce, *Booking*'e soruşturma raporunu ileterek, tüm EKM koşullarının kullanımının ihlal olduğu iddiasında bulunmuştur¹⁰⁵. Federal Kartel Otoritesi, dar EKM koşulunun platformlar ile otellerin kendi internet siteleri arasındaki fiyat rekabetini sona erdirdiği sonucuna ulaşmıştır. Bu karar, otellerin kendi internet sitelerindeki fiyattan daha düşük fiyata başka platformlarda satış yapmayacağı varsayımından hareketle geniş ve dar EKM'nin benzer sonuçlar doğuracağı kanaatine dayanmaktadır¹⁰⁶.

Booking'in kararı mahkemeye taşınması üzerine, Düsseldorf Yüksek Bölge Mahkemesi, Federal Kartel Otoritesi'nin kararını iptal ederek, dar EKM koşulunun (rekabete aykırı yanları olabileceği tespitiyle birlikte) rekabet hukukunu ihlal etmediği sonucuna ulaşmıştır. Mahkemenin yaklaşımı, dar EKM'nin piyasadaki rekabeti sınırlandırdığı noktada herhangi bir tereddüt bulunmadığı, fakat buradaki asıl meselenin, bu sınırlamanın muafiyet şartlarını taşıyıp taşımadığıyla ilgili olduğu yönündedir¹⁰⁷.

Federal Kartel Otoritesi, *Booking* soruşturması ile ilgili idari yargıda devam eden dava sürecinde, dar EKM hükümlerinin yasaklanmasının piyasadaki etkisine ilişkin 2015-2018 yıllarını kapsayan bir ampirik araştırma da gerçekleştirmiştir. Bu araştırma, Federal Kartel Otoritesi'nin kararını iptal eden Düsseldorf Bölge Mahkemesi'nin, yasaklama kararının platformlar arasındaki rekabet, otellerin fiyatlandırma davranışları ve tüketicilerin de rezervasyon tercihleri üzerindeki etkilerinin araştırılmasına yönelik talebine dayanmaktadır. Ayrıca araştırma, mahkemenin, bu kaydı bir “yan sınırlama”, yani aracılık hizmetlerinden sağlanan faydadan bedava yararlanmayı engellemek için gerekli olduğu yönündeki görüşünü de konu edinmektedir. Araştırma, çok genel olarak belirtmek gerekirse, dar EKM'nin yasaklanmasının piyasa açısından olumsuz bir sonucu olmadığını belirtmektedir.

¹⁰⁵ Bkz Akman (n 9) 802. Federal Kartel Otoritesi'nin *Booking* kararından sonra, bazı AB üyesi ülkeler de dar EKM'nin geniş EKM gibi rekabet karşıtı etkilerinin olabileceği görüşüne yaklaşmıştır. Hem Fransa hem İtalya, platformlar ile oteller arasındaki sözleşmelerde dar veya geniş EKM kullanılmayacağına ilişkin yasal düzenleme yapmıştır. Long, Retail MFNs, s. 6. Federal Kartel Otoritesi'ne göre, taraflar, (i) iddia edilen etkinlik kazanımları için daha az sınırlayıcı bir alternatifin bulunmadığını ve (ii) bedavacılık riskinin platformun piyasadaki çıkmasına sebep olabileceğini ve hâliyle tüketicilerin ilgili platforma erişiminden mahrum kalacağını ortaya koyamamıştır. Pike ve Carovano (n 26) 3.

¹⁰⁶ Bkz Silke Heinz, ‘Online Booking Platforms and EU Competition Law in the Wake of the German Bundeskartellamt’s Booking.com Infringement Decision’ (2016), 7 (8) Journal of European Competition Law & Practice 530, s. 535; Bostoen (n 104) 230. Federal Kartel Otoritesi'ne göre, dar EKM koşulu, (i) otellerin fiyatlama özgürlüğünü ve düşük fiyattan ürün sunma motivasyonunu sınırlandırmakta; (ii) platformun otellere daha iyi şartlar sunma motivasyonunu azaltmakta ve (iii) piyasayı kapatmaktadır. Heinz (n 106) 531. İlk zarar teorisi bakımından, Federal Kartel Otoritesi'ne göre, otellerin başka platformlarda daha düşük fiyattan ürün sunma imkânı teorik kalacak nitekim bu, otellerin kendi satış kanallarını güçlendirme amacıyla -ki bu amaç Federal Kartel Otoritesi'nin anketine göre birçok otel için geçerlidir- gelişmektedir. Platformun otellere daha iyi şartlar sunma motivasyonuna yönelik olarak, Federal Kartel Otoritesi, otellerin diğer platformlarda daha düşük fiyattan ürün sunmaması sebebiyle platformlar arası rekabetin platformların fiyatlarını düşürmeye yetmeyeceğini değerlendirmiştir. Heinz (n 106) 531-532. Federal Kartel Otoritesi ayrıca, piyasaya yeni girecek platformların, otellerin doğrudan satış kanalındaki fiyatlarından daha düşük fiyatta başka platformda satmama motivasyonu sebebiyle, gerekli ölçüde yakalayamayıp piyasada rekabetçi bir şekilde faaliyet yürütemeyebilecekleri hâliyle giriş engellerini artıracığı değerlendirilmesinde bulunmuştur. Heinz (n 106) 532. Federal Kartel Otoritesi ayrıca, *Booking.com*'un platforma (ve kalitesine) yatırım yapma ve reklam yapma motivasyonunun azalmayacağı değerlendirilmesinde bulunmuştur. Federal Kartel Otoritesi'nin dar EKM'nin tüketiciye yansıyan bir etkinlik kazanımı olmayacağına yönelik yaklaşımı ilgi çekicidir.

¹⁰⁷ Ayrıca bkz Bostoen (n 104) 230.

Araştırmada yer verilen tespitlerden ilki, EKM hükmünün yasaklanmasının, iddia edildiği gibi, önemli bir bedavacılık sorununa yol açmadığı, keza *Booking*'in piyasadaki konumu üzerinde negatif bir etki doğurmadığıdır. Söz konusu araştırmaya göre *Booking*, dar EKM hükmünün yasaklandığı dönemde de büyümeye devam etmiş, hatta daha başarılı bir piyasa performansı sergilemiştir. Buradaki önemli bulgu, müşterilerin, çok büyük çoğunlukla ilk baktığı platform üzerinden aynı zamanda işlemi gerçekleştirdiğidir¹⁰⁸. Doğal olarak bu davranış, somut piyasa özelinde, bedavacılık argümanını boşa çıkarmaktadır. Öte yandan otellerin kendi satış kanalı, daha ziyade o otelde daha önce konaklama deneyimi olan sadık müşteriler tarafından tercih edilmektedir¹⁰⁹. Araştırmada yer verilen önemli diğer bir bulgu, otellerin, kendi kanallarını da kapsayan, daha çeşitli bir fiyatlandırma stratejisi sergilemeleri ve farklı kanallarda farklı fiyatların ortaya çıkmasıdır. Federal Kartel Otoritesi bu durumu, dar EKM hükmünün, otellerden gelebilecek rekabeti sınırladığına dair görüşünün teyit edilmesi olarak görmüştür. Öte yandan yukarıdaki bulguya da paralel olarak, otelin kendi kanalından fiyatlandırma yapması ne *Booking* ne diğer platformların gelirlerinde bir azalmaya neden olmuştur. Şüphesiz bu tespit, dar EKM'nin iş modeli açısından gerekli olduğuna dair savı zayıflatmaktadır. Araştırma sonucunda elde edilen bir diğer bulgu ise, otel fiyatlarının, dar EKM nedeniyle *Booking*'i tercih etmeyen müşteriler için de artıyordur.

İlgili dosyanın temyiz edilmesi üzerine Federal Temyiz Mahkemesi dosyayı incelemiştir. Düsseldorf Yüksek Bölge Mahkemesi'nden farklı olarak Federal Temyiz Mahkemesi, dar EKM koşullarının kullanımını rekabet hukukuna aykırı bulmuştur¹¹⁰. Mahkemeye göre, ilgili hüküm anlaşma için gerekli bir yan sınırlama değildir. Bunun temel sebebi, Federal Kartel Otoritesi kararında da ifade edildiği üzere, bu koşullara sözleşmede yer verilmemesine rağmen *Booking*'in piyasa gücünü artırabilmesidir¹¹¹. Bu da özü itibarıyla bedavacılık probleminin platformlar bakımından düşük önemi haiz olduğuna işaret etmektedir¹¹². Mahkeme ayrıca, Komisyon'un dikey tüzüğünün, *Booking*'in piyasa payının Almanya'da ilgili piyasada %30'u aşması sebebiyle uygulanmayacağı değerlendirmesinde bulunmuştur. *Booking*'in bu koşulları kullanmadan da piyasa gücünü artırabilmesi bireysel muafiyet verilmesinin önünde bir engel olarak kabul edilmiştir¹¹³.

¹⁰⁸ Bu oran *Booking* açısından %99'dur. Dolayısıyla *Booking*'in hizmetlerinden yararlanan müşteri, işlemi de bu kanalda tamamlamaktadır.

¹⁰⁹ Bu da toplam müşterilerin 1/3'ünü oluşturmaktadır. Otellerin kendi kanalları, toplam müşterilerin 1/3'üne hitap etmekte ve bu kanaldan rezervasyon gerçekleştiren müşterilerin de 2/3'ü daha önceden oteli tanımaktadır. Şüphesiz böyle bir senaryoda, otellerin *Booking* veya diğer platformun sağladığı hizmetlerden bedava yararlandığını iddia etmek güçleşmektedir.

¹¹⁰ Adrian Deuschle, 'Good Night, 'Most Favoured Nation' Clauses', D'Kart Antitrust Blog, 19 Mayıs 2021, <<https://www.d-kart.de/en/blog/2021/05/19/good-night-bestpreisklauseln/>>, Date of Access 26 May 2021.

¹¹¹ Deuschle (n 110).

¹¹² Deuschle (n 110).

¹¹³ *Booking*, yürüyen dosya sebebiyle Almanya'da dar EKM kullanmaya son vermişti. Federal Temyiz Mahkemesi kararı sonrası bu hükümleri tekrar kullanamayacağı söylenebilir. Hâliyle, en temel argümanı olan bedavacılığın ekonomik maliyetini kuvvetle muhtemeldir ki fiyatlarına yansıtacaktır.

Konuya ilişkin bir diğer önemli dosya da Kurul'un *Booking* kararıdır. Kurul, *Booking*'in EKM koşullarını incelediği dosyada, *Booking*'in geniş EKM kullanmasını yasaklarken, dar EKM kullanmasına beş yıl süreyle bireysel muafiyet tanımıştır¹¹⁴. Kurul, dar EKM hükümlerinin, güvenilir bir fiyat şeffaflığı sağladığı, bedavacılık sorununu engellediği ve platformların yatırım yapma güdüsünü koruduğu gerekçesiyle etkinlik kazanımlarına yol açtığını; bu etkinlikler sebebiyle tüketicilerin güvenilir ve şeffaf fiyatlara, daha kaliteli hizmete kavuştuğu ve tüketicilerin işlem maliyetlerini düşürdüğünü değerlendirmiştir. Kurul ayrıca, dar EKM'nin ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabeti ortadan kaldırmadığı ve ilgili sınırlamanın etkinlik kazanımları için zorunlu olduğu değerlendirmesi yaparak, dar EKM koşuluna bireysel muafiyet tanımıştır.

IV. Sonuç ve Değerlendirmelerimiz

Dar EKM koşulu, geniş EKM koşuluna kıyasla rekabet hukuku bağlamında daha az problemlidir ve hâliyle ancak istisnai hâllerde müdahaleyi gerekli kılar. Nitekim dar EKM hükümleri meşru iktisadi amaçlara hizmet etmektedir. Literatüre baktığımızda, dar EKM'nin bazı senaryolarda rekabeti sınırlayarak sosyal maliyete neden olabileceği, bazı koşulların varlığı durumunda, muhtelif etkinliklerin bu sosyal maliyeti dengeleyebileceği ve dar EKM'nin refah yaratabileceği belirtilmektedir. Ancak analizin piyasa özelinde ve olay bazında yapılması gerekliliği, rekabetin hangi şartlarda sınırlandığı hususunda genel önermelerde bulunmayı güçleştirmekte, maliyetlerin ölçümü sorunu da dikkate alındığı zaman kural koymayı neredeyse imkânsız hâle getirmektedir. Bu belirsizlikler de (I. tip hata riski nedeniyle) hukuk politikası açısından dar EKM'ye (doğrudan) hukuken müdahale edilmesini baştan sorunlu kılmaktadır. Fakat her hâlükârda, yapılacak değerlendirmede, ilgili piyasanın yapısı, rakiplerin konumu, platform ile perakendeci arasındaki ilişki önem arz etmektedir. Bu konuda, temel rekabetçi endişeler ile etkinlik kazanımları arasında bir denge kurulması gerekir. Rekabetçi endişelerin piyasa üzerindeki etkisi etkinlik kazanımlarıyla dengelenemeyecek kadar fazlaysa, dar EKM'nin yasaklanması düşünülebilir. Fakat bu rekabet karşıtı etkiler, etkinlik kazanımlarından daha düşükse, bu uygulamaya izin verilmesi gerekir. Bu genel prensip ışığında şu çıkarımlar yapılabilir:

Bir kere, rekabeti sınırlayıcı görülen bir dar EKM koşulunun muafiyet şartlarını taşıma ihtimali, geniş EKM'den daha yüksektir. Bunun temel sebebi, geniş EKM'nin, lehine EKM koşulu getirilen platform ile rakip platformların fiyatları arasında bir bağlantı kurmasıdır. Bu açıdan çok daha yaygın bir fiyat bağlantısı kurulmakta ve bu da platformun fiyatlamaya davranışlarına ve motivasyonuna doğrudan etki etmektedir. Dar EKM ise yalnızca perakendecinin kendi kanalına yönelik bir sınırlama içermektedir.

¹¹⁴ Kurul, 05.01.2017 tarih ve 17-01/12-4 sayılı *Booking* kararı.

İkinci olarak, Dar EKM koşulu, geniş EKM'den farklı olarak, lehine dar EKM koşulu getirilen platformun (bu platformun ciddi bir rekabet baskısı altında olduğu piyasa koşullarında) komisyon oranlarını artırması durumunda, rekabetçi dezavantaj yaşamayacağına yönelik garanti vermez. Dolayısıyla dar EKM, prensip olarak, platforma komisyon oranını artırma imkânı tanımaz. Zira platform rakip platformların rekabetçi baskısı altındadır. Fakat, bu çıkarım platformun doğrudan kanal dışında rekabetçi baskı görmemesi durumunda geçerli olmaz.

Üçüncü olarak, birçok yargı yerinde, bünyesinde barındırdığı belirsizlik sebebiyle, dar EKM hükümlerine müdahale edilmekten imtina edilmektedir. Bunun en önemli sebebi, şüphesiz ki bu koşulun kullanımına bağlı olarak ortaya çıkması muhtemel rekabet hukuku endişeleri ve etkinlik kazanımlarının öngörülmesindeki ve ölçülmesindeki güçlüklerdir. Nitekim bu endişeler ve etkinlik kazanımları, hiçbir şekilde somut piyasanın özelliklerinden bağımsız olarak ortaya çıkmaz. Bu açıdan, çevrimiçi konaklama rezervasyon platformlarına yönelik çıkarımların, platformlarının faaliyet gösterdiği diğer piyasalar açısından doğrudan uygulanabilirliği son derece şüphelidir.

Dördüncü olarak, dar EKM, bazı şartlar altında, geniş EKM benzeri sonuçlar doğurabilir. Bu, genellikle, perakendecinin doğrudan satış kanalının rekabetçiliğine önem atfettiği kurgularda ortaya çıkar. Perakendecinin kendi kanalının maliyetinin (platforma kıyasla) düşük olması veya perakendecinin satışları içinde doğrudan satış kanalının payının yüksek olması durumunda perakendecinin kendi satış kanalının rekabetçiliğine değer atfetmesi beklenir.

Beşinci olarak, dar EKM, doğrudan satış kanalından gelen rekabetçi baskıyı azaltır. Hatta kimi durumda yok edebilir. Doğrudan satış kanalı dışında farklı bir kanaldan gelen rekabetçi baskının bulunmadığı kurgularda, dar EKM rekabet hukuku açısından problemlili görünüm arz edebilir.

Altıncı olarak, dar EKM, tüketicilerin rekabetten elde edebilecekleri muhtelif faydaları azaltabilir. Bunun iki temel görünümü vardır. *İlki*, bir nedenden ötürü platformu kullanmayan fakat perakendecinin doğrudan satış kanalını kullanan tüketicilerin, dar EKM koşulu sebebiyle perakendeciden yüksek fiyattan ürün almasıdır. *İkincisi* ise, dar EKM sebebiyle, kendi doğrudan satış kanalının rekabetçiliğine önem veren perakendecilerin platforma girmemesidir. Bu durumda tüketici seçenekleri azalır.

Yedinci olarak, dar EKM koşulunun değerlendirilmesinde somut piyasanın koşulları çok önemlidir. Platformlar arası rekabetin bulunması durumunda, dar EKM'nin piyasa üzerindeki olumsuz etkisinin göz ardı edilebilir seviyede olması beklenir. Nihayet, markalar arası rekabet olduğu durumda, platformun eylemleri perakendeci

tarafından baskılanabileceği gibi, perakendecinin birden fazla platformda bulunma ve düşük fiyatlı olma motivasyonu bulunur. Bu da dar EKM'nin geniş EKM'ye benzer etkiler doğurmasını güçleştirir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazarlar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazarlar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The authors have no conflict of interest to declare.

Grant Support: The authors declared that this study has received no financial support.

Bibliography/Bibliyografya

- Akman P, 'A Competition Law Assessment of Platform Most-Favored-Customer Clauses' (2016) 12(4) Journal of Competition Law & Economics 781-833.
- Akman P ve Sokol D D, 'Online RPM and MFN Under Antitrust Law and Economics' (2017), 50 Review of Industrial Organization 133-151.
- Avrupa Komisyonu, 'Commission Staff Working Document Accompanying the document Report from the Commission to the Council and the European Parliament Final report on the E-commerce Sector Inquiry' (2017), s. 179, para. 621, <https://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_swd_en.pdf>, Date of Access 26 August 2020 (Anılış: E-Commerce CSW).
- Avrupa Komisyonu, 'Report from the Commission to the Council and the European Parliament, Final report on the E-commerce Sector Inquiry' (2017), <https://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_final_report_en.pdf>, Date of Access 26 August 2020 (Anılış: E-Commerce Final Report).
- Avrupa Komisyonu, 'Summary of the contributions of the National Competition Authorities to the evaluation of the Vertical Block Exemption Regulation (EU) No 330/2010', <https://ec.europa.eu/competition/consultations/2018_vber/vber_ncas_summary.pdf>, Date of Access 27 August 2020 (Anılış: Contributions of NCAs).
- Avrupa Komisyonu, 'Summary of the stakeholder workshop on the evaluation of the Vertical Block Exemption Regulation (EU) No 330/2010', <https://ec.europa.eu/competition/consultations/2018_vber/workshop_summary.pdf>, Date of Access 27 August 2020 (Anılış: Stakeholder workshop).
- Avrupa Komisyonu, 'Annex II Summary of the stakeholder workshop on the evaluation of the Vertical Block Exemption Regulation (EU) No 330/2010', <https://ec.europa.eu/competition/consultations/2018_vber/workshop_annex_ii.pdf>, Date of Access 27 August 2020 (Anılış: Stakeholder workshop Annex II).
- Avrupa Komisyonu, 'Factual summary of the contributions received in the context of the open public consultation on the evaluation of the Vertical Block Exemption Regulation (EU) No 330/2010', <https://ec.europa.eu/competition/consultations/2018_vber/factual_summary.pdf>, Date of Access 27 August 2020 (Anılış: Factual summary).
- Avrupa Komisyonu, 'Support studies for the evaluation of the VBER', <<https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0420219enn.pdf>>, Date of Access 27 August 2020 (Anılış: Support studies).

- Baker J B, 'Vertical Restraints with Horizontal Consequences: Competitive Effects of 'Most-Favored-Customer' Clauses', (1996), 64(3) Antitrust Law Journal, 517-534.
- Baker J B ve Scott Morton F, 'Antitrust Enforcement Against Platform MFNs' (2018), 127 The Yale Law Journal, 2176-2202.
- Billard O ve Honore P, 'Most Favored Nation Clauses: A French Perspective on the Booking.com Case' (2015), Mayıs 2015 CPI Antitrust Chronicle.
- Bostoen F, 'Most Favoured Nation Clauses: Towards an Assessment Framework under EU Competition Law' (2017), 1(3) European Competition and Regulatory Law Review 223-236.
- Chappatte P ve O'Connell K, 'European Union - E-commerce: Most Favoured Nation Clauses', Global Competition Review, 15 Ekim 2019, <<https://www.lexology.com/libchapatrary/detail.aspx?g=a4d20f2b-4857-4609-8f8b-06879d2bda96>>, Date of Access 27 August 2020.
- CMA, 'Digital comparison tools market study: Final Paper', para. 4. 98, (26 Eylül 2017) <<https://assets.publishing.service.gov.uk/media/59c93546e5274a77468120d6/digital-comparison-tools-market-study-final-report.pdf>> Date of Access: 06 April 2020 (Anılış: Digital comparison tools Final Paper).
- CMA, 'Digital comparison tools market study, Paper E: Competitive landscape and effectiveness of competition', 26 Eylül 2017, para. 3.35, <<https://assets.publishing.service.gov.uk/media/59e093f5e5274a11ac1c4970/paper-e-competitive-landscape.pdf>>, Date of Access 20 June 2020 (Anılış: Digital comparison tools Paper E).
- CMA, 'Private Motor Insurance Market Investigation: Final Report', Eylül 2014, <https://assets.digital.cabinet-office.gov.uk/media/5421c2ade5274a1314000001/Final_report.pdf>, Date of Access 15 April 2020 (Anılış: Private Motor Insurance).
- Colangelo M, 'Competition Law and Most Favoured Nation Clauses in Online Markets' (2019), K. Mathis, A. Tor (eds.), New Developments in Competition Law and Economics, 7 Economic Analysis of Law in European Legal Scholarship 295-317 (Anılış: Online Markets).
- Colangelo M, 'Parity Clauses and Competition Law in Digital Marketplaces: The Case of Online Hotel Booking' (2017), 8(1) Journal of European Competition Law & Practice 3, 3-14 (Anılış: Online Hotel Booking).
- Crémer J, Alexandre de Montjoye Y ve Schweitzer H, 'Competition Policy For the Digital Era' (2019), Avrupa Komisyonu, <<https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>>, Date of Access 24 August 2020
- Deuschle A, 'Good Night, 'Most Favoured Nation' Clauses', D'Kart Antitrust Blog, 19 Mayıs 2021, <<https://www.d-kart.de/en/blog/2021/05/19/good-night-bestpreisklauseln/>>, Date of Access 26 May 2021.
- Digital Competition Expert Panel, 'Unlocking Digital Competition' (2019), <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf>, Date of Access 21 November 2020.
- Doğan C, *Rekabet Hukuku ve İktisadi Bağlamında Dijital Platformlar* (On İki Levha Yayınevi 2021).
- Ezrachi A, 'The competitive effects of parity clauses on online commerce' (2015), 11(2-3) European Competition Journal 488-519.
- Heinz S, 'Online Booking Platforms and EU Competition Law in the Wake of the German Bundeskartellamt's Booking.com Infringement Decision' (2016), 7 (8) Journal of European Competition Law & Practice 530-536.

- Hunold M, Kesler R, Laitenberger U ve Schlütter F, 'Evaluation of best price clauses in online hotel bookings' (2018), 61 *International Journal of Industrial Organization* 542-571.
- ICN Advocacy Working Group, 'Report on ICN Members' Recent Experiences in Conduction Competition Advocacy in Digital Markets' (2019), <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2019/06/AWG_AdvDigitalMktsReport2019.pdf>, Date of Access 25 August 2020.
- ICN Unilateral Conduct Working Group, 'Vertical Restraints Multi Year Project, 2016-2019' (2019), <<https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2019/05/UCWG-2019-Vertical-Restraints-Project.pdf>> Date of Access 25 August 2020 (Anılış: Vertical Restraints).
- ICN Unilateral Conduct Working Group, 'Report on the Results of the ICN Survey on Dominance/ SubstantialMarketPowerinDigitalMarkets'(2020)<<https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2020/07/UCWG-Report-on-dominance-in-digital-markets.pdf>>, Date of Access 10 February 2021 (Anılış: Dominance).
- Leslie W, 'Online booking platforms, MFNs and the vertical block exemption: the need for certainty' (2018), 39(7) *European Competition Law Review* 330-335.
- Long S, 'Retail MFNs and Online Platforms under EU Competition Law: A Practical Primer' (2019), Eylül 2019 *Competition Policy International Antitrust Chronicle*, September 2019, 6, <https://ssrn.com/abstract=3549847> Date of Access: 08 August 2020.
- Mantovani A, Piga C ve Reggiani C, 'On the Economic Effects of Price Parity Clauses – What Do We Know Three Years Later?' (2018), 9 (10) *Journal of European Competition Law & Practice* 650-654.
- Pike C ve Carovano G, 'Competition Law Under Fire: Responding to Competing Demands for Change in the Case of Price Parity Clauses and Loyalty Rebates' (2019), Eylül 2019 *CPI Antitrust Chronicle*, <<https://ssrn.com/abstract=3484905>>, Date of Access 10 August 2020.
- Pike, C./Carovano, G.: *Competition Law Under Fire: Responding to Competing Demands for Change in the Case of Price Parity Clauses and Loyalty Rebates*, *CPI Antitrust Chronicle*, Eylül 2019, Erişim Linki: <https://ssrn.com/abstract=3484905>, Erişim Tarihi: 10.08.2020.
- Rekabet Kurumu, *E-Pazaryeri Platformları Sektör İncelemesi Ön Raporu* (2021).
- Report on the monitoring exercise carried out in the online hotel booking sector by EU competition authorities, <https://ec.europa.eu/competition/ecn/hotel_monitoring_report_en.pdf> Date of Access 26 August 2020 (Anılış: Monitoring report).
- Solano Diaz P, 'Price Parity Clauses: Has the Commission Let Slip the Watchdogs of War' (2016), 9(1) *European Journal of Legal Studies* 38-61.
- Vandenborre I ve Frese M J, 'Most Favoured Nation Clauses Revisited' (2014), 12 *European Competition Law Review* 588-593.
- Van der Veer J P, 'Antitrust Scrutiny of Most-Favoured-Customer Clauses: An Economic Analysis' (2013), 4(6) *Journal of European Competition Law & Practice* 501-505.



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 07.01.2022
Revizyon Talebi: 07.04.2021
Son Revizyon Tarihi: 19.11.2021
Kabul: 02.10.2022

Roma Hukukunda “*Ut Exportetur*”; “*Ne Serva Prostituat*”; “*Ut Manumittatur*” ve “*Ne Manumittatur*” Kayıtları

Güzide Burcu Günveren*

Öz

Roma hukukunda kölenin konu edildiği satış sözleşmelerine eklenen kısıtlayıcı nitelikte kayıtlar vardı. “*Ut exportetur*”; “*ne serva prostituat*”; “*ut manumittatur*”; “*ne manumittatur*” kayıtları, sözleşmeye taraf olan alıcı açısından kısıtlayıcı nitelikteki kayıtlardı. Bu kayıtların satış sözleşmelerine eklenen ve bugüne kadar çeşitli çalışmalara konu olan kayıtlardan ayırt edici özelliği sadece kölenin konu edildiği satış sözleşmelerine eklenebilmesiydi. Çalışmamızda öncelikle bahsedilen bu kayıtlar ve kayıtların içeriği açıklanacaktır.

Çalışmamızın ilerleyen kısımlarında bu kayıtların ayırt edici özellikleri açıklanacaktır. Yine kayıtlara uyulmaması halinde yaptırımların ne olacağı da çalışmamızın konusunu oluşturacaktır. Hukuki metinlerden edindiğimiz bilgilere göre, kölenin konu edildiği satış sözleşmelerine “*ut manumittatur* (azat edilsin diye)” kaydı veya “*ut exportetur* (bir yere gönderilsin diye)” kaydı eklenebilirdi. Bu tür kayıtlardan alıcı için belli bir davranışta bulunmaya yönelik yapma borcu doğardı. Yapma borcu doğuran söz konusu kayıtların yanı sıra kölelerin konu edildiği satış sözleşmelerine “*ne manumittatur* (azat edilmemesi)” veya “*ne serva prostituat* (fuhuşa sevk edecek davranışlardan kaçınılması)” kaydı da eklenebilirdi. Bu kayıtlardan alıcı için doğan edim yükümlülüğü, “yapmama borcuna” örnek teşkil edecek nitelikteydi. “*Ut exportetur*” ve “*ne serva prostituat*” kaydı ile satış sözleşmesi hakkında aynı metinde bilgiler içeren D. 18.7.9; alıcının, alım-satım sözleşmesine eklenen bu kayıtlara uygun davranmaması halinde, *manus iniectio* yaptırımının uygulanacağını ve alıcının kölenin mülkiyetini kaybedeceğini ifade etmektedir. “*Ne serva prostituat*” kaydı ile satış sözleşmesine ayrıklık ise mülkiyet hakkına sahip olan malik bakımında *manus iniectio*’dan daha ağır bir yaptırımı da ihtiva edebilmektedir. Bu hususta sonraki alıcının mülkiyet hakkını ortadan kaldıran bir düzenleme yapan imparator, aslında sözleşmelerin nisbiliği ilkesine aykırı olan ve ihlali halinde *actiones in rem* ile korunan aynı haklara tamamen yabancı yeni bir hukuki durum yaratmaktadır. “*Ut manumittatur*” kaydı farklı saiklerle köleye özgürlüğünün bahşedilmesini sağlamaya yöneliktir. Dolayısıyla satıcının iradesi ile sözleşmeye eklenen bu kayıt, köle menfaatine bir beklenen hak doğururdu.

Bu çalışmanın amacı köle alım-satımlarına eklenen kayıtların birbirinden farkını, yaptırımlarını ortaya koymaktır. Ayrıca kayıtlar dolayısıyla gelişen hukuki sonuçlar da çalışmamızda açıklanmıştır.

Anahtar Kelimeler

“*Ut Exportetur*”, “*Ne Serva Prostituat*”, “*Ut Manumittatur*”, “*Ne Manumittatur*”, “*Emptio- Venditio*”, “*Manus Iniectio*”

The “*Ut Exportetur*” “*Ne Serva Prostituat*”, “*Ut Manumittatur*,” and “*Ne Manumittatur*” Clauses in Roman Law

Abstract

Roman law recognized certain restrictive clauses in contracts for the sale of slaves. The “*ut exportetur*,” “*ne serva prostituat*,” “*ut manumittatur*,” and “*ne manumittatur*” clauses were added to sales contracts to restrict the buyer, in such contracts, from taking certain actions. The said clauses were not applied to general sales contracts. These clauses

* Sorumlu Yazar: Güzide Burcu Günveren (Dr. Öğr. Üyesi), Bursa Uludağ Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Roma Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: gburcudogan@uludag.edu.tr ORCID: 0000-0001-5710-6541

Atf: Günveren GB, “Roma Hukukunda “*Ut Exportetur*”; “*Ne Serva Prostituat*”; “*Ut Manumittatur*” Ve “*Ne Manumittatur*” Kayıtları” (2022) 80(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 153. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2022.80.1.0005>



have been the subject of various studies to date. In our study, first of all, these clauses and the content of the clauses will be explained.

In the following parts of our study, the distinguishing features of these clauses will be explained. What the sanctions will be in case of non-compliance with the clauses will also be the subject of our study. According to the information obtained from the legal texts, the “*ut manumittatur*” (i.e., shall not be manumitted) or “*ut exportetur*” (i.e., shall be exported) clauses created obligations for the buyer to act in certain ways, while “*ne manumittatur*” (i.e., shall not manumit) and “*ne serva prostituatur*” clauses (i.e., shall avoid behavior that would lead to prostitution) created obligations for the buyer to take certain actions. D 18.7.9, which contains information on sales contracts with the clauses “*ut exportetur*” and “*ne serva prostituatur*,” provides that if the buyer does not comply with these clauses in a purchase-sale contract, the *manus iniectio* sanction will be applied and the buyer will lose ownership of the slave. To this end, the emperor, who arranges that abolishes the property right of the next buyer, creates a new legal situation that is contrary to the principle of proportionality of the contracts and completely alien to the real rights protected by *actiones in rem* in case of a violation.

The aim of this study is to reveal the differences and sanctions of the clauses added to in contracts for the sale of slaves. In addition, the legal consequences developed due to the clauses are also explained in our study.

Keywords

“*Ut Exportetur*”, “*Ne Serva Prostituatur*”, “*Ut Manumittatur*”, “*Ne Manumittatur*”, “*Emptio-Venditio*”, “*Manus Iniectio*”

Extended Summary

In *pactums* (i.e., purchase-sale contracts), which were considered as goodwill contracts in Roman Law, it was possible to add some clauses in favor of the buyer or the seller. Unlike other clauses added in this context (such as *in diem addictio*, *pactum displicentiae*, *pactum arrhale*, and *lex comissoria*...), “*ut manumittatur* (i.e., shall be manumitted),” “*ut exportetur*” (i.e., shall be exported), “*ne manumittatur*” (i.e., not to be emancipated), and “*ne serva prostituatur*” (i.e., shall avoid behavior that will lead to prostitution) could be added to sales contracts for the sale of slaves. The clauses “*ut manumittatur*” (shall be manumitted) and “*ne manumittatur*” (shall not be manumitted) concerned emancipating the slave. Refusing to grant them freedom was seen as a criminal act. The clause “*ut exportetur*” (shall be exported) involved the exportation of slaves from one place to another. This clause was added in the interest of the seller as it was intended to ensure his safety. Based on relevant legal texts, it was also possible to determine sanctions to ensure that if the buyer violated his commitment, the seller could take back the slave, the subject of the purchase-sale contract, with *manus iniectio* and the buyer would either be liable to penal sanctions determined by the parties, or the slave would be freed.

D 18.7.9 contains information about sales contracts with the clauses “*ut exportetur*” and “*ne serva prostituatur*.” It states that if the buyer does not comply with these clauses in the purchase-sale contract, the sanction of *manus iniectio* will be applied and the buyer will lose ownership of the slave. The violation of the sales contract with the clause “*ne serva prostituatur*” may also include a more severe sanction

than *manus iniectio* from the owner who has the property right to the slave. If the sales contract in which the slave is the subject includes the stipulation that the slave will be freed when forced into prostitution, the slave is freed (by the first buyer or the second buyer in the subsequent sale) regardless of who violates the obligation. Emperor Vespasian subsequently introduced an arrangement whereby a subsequent buyer assumes responsibility under the clause even when the buyer is not aware of the clause “*ne serva prostituatur*.” This created a new legal situation that is contrary to the principle of proportionality of contracts and completely alien to the real rights protected by *actiones in rem* in case of a violation. The new buyer, who was not a party to the first contract and was therefore unaware of the clause in the contract, was held responsible as if they were a party to that contract. An arrangement bearing the will of the empire determines the clause “*ne serva prostituatur*” as the limit of the property right. Thus, the will of the first seller to keep the slave away from prostitution was also protected by the emperor. Moreover, D 2.4.10.1 indicates that the order even protects against any attitude contrary to the will of the first seller who introduced the clause “*ne serva prostituatur*.” To this end, the clause “*ne serva prostituatur*” is remarkable in that it reveals the intervention of state policy regarding prostitutes in the private law system of the Roman State.

As we have included in our study, the clause “*ut manumittatur*” was aimed at granting freedom to the slave in different ways. Therefore, the clause added to the contract with the will of the seller would create an expected right in the slave’s interest. Within the scope of private law, if the buyer acts contrary to his obligation, the fact that the seller had the opportunity of *manus iniectio* and that the penal clause could be accepted as a sanction constituted important factors affecting the freedom of the slave. Such sanctions were the elements that left the slave’s attainment of the expected right to the initiative and mercy of the seller.

The emperor intervened in this issue and accepted that an act contrary to the obligation arising from the clause “*ut manumittatur*,” added with the will of the parties, would give the slave *ipso iure* freedom as of the 2nd century AD. In other words, the understanding was that the slave, who anticipated attaining their freedom with the purchase and sale contract to which the clause “*ut manumittatur*” was added, should be protected by *favore libertatis* (in favor of freedom) gained strength over time in Roman Law. The sanctions added to the purchase-sale contract based on the will of the parties were also invalidated by the imperial regulations. Therefore, when there was a violation of the clause “*ut manumittatur*,” the regulations based on the will of the empire created a limitation on the ownership of the slaves.

Giriş

Roma Hukukunda satıcı ile alıcı arasında gerçekleşen ve köleleri konu edinen satış sözleşmesine (*emptio-venditio*)¹ eklenen kayıtlar ile alıcının köle ile ilgili olarak belli davranışları yapmaktan kaçınma veya özellikle belli bir şekilde davranma yükümlülüğü altına girmesi mümkündür. Alıcının sözleşme esnasındaki taahhüdünden doğan ve yan edim yükümlülüğünü oluşturan bu kayıtlara uygun olmayan bir davranış sergilemesi aradaki borç ilişkisine aykırı davranması anlamına gelirdi. İlgili hukuki metinlerden² kölenin konu edildiği satış sözleşmelerine eklendiğini anladığımız söz konusu kayıtların dört çeşit olduğunu da öğrenmekteyiz. “*Ut exportetur*”, “*ne serva prostituatur*”, “*ut manumittatur*” ve “*ne manumittatur*” olarak anılan bu tür kayıtlardan doğan yükümlülüğün alıcı tarafından ihlal edilmesi sözleşmeyi geçersiz kılmaz, bu gibi durumlarda alıcı köle ile ilgili olarak taahhüt ettiği borca aykırı davrandığı için tazminat ödemeye mahkûm olurdu. Zira söz konusu yükümlülükler ayrıca dava ve talep konusu olabilirdi. Bunun yanı sıra satıcı, alıcının söz konusu taahhüdüne uygun davranmasını sağlamak üzere ona cezai şart da kabul ettirebilirdi. Böylece satıcı, alıcının yükümlülüğünü yerine getirmemesi ve bu suretle borcuna aykırı davranması ihtimaline karşı alacağını güvence altına almak yoluna başvurabilirdi.

Köleleri konu edinen satış sözleşmelerine tarafların iradesi ile eklenen kayıtlardan alıcı için doğan edimler çeşitli biçimlerde olabilirdi. İlgili hukuki metinlerden edindiğimiz bilgilere göre, kölenin konu edildiği satış sözleşmelerine “*ut manumittatur* (azat edilsin diye)” kaydı veya “*ut exportetur* (bir yere gönderilsin diye)” kayıtları gelmektedir. Bu tür kayıtlardan alıcı için belli bir davranışta bulunmaya yönelik yapma borcu doğardı. Bu kayıtların yanı sıra kölelerin konu edildiği satış sözleşmelerine “*ne manumittatur* (azat edilmemesi)” veya “*ne serva prostituatur* (fuhuşa sevk edecek davranışlardan kaçınılması)” kayıtlarının da eklendiğine rastlanır. Bu kayıtlardan alıcı için doğan edim yükümlülüğü, “yapmama borcuna” örnek teşkil edecek nitelikteydi.

Bilindiği üzere Roma hukukunda bir iyiniyet sözleşmesi olan satış sözleşmesine bağlı olarak yapılan *pactum*larla, satıcı ve alıcı lehine sözleşmeye birtakım kayıtların konulması mümkün kılınmıştı. Bu bağlamda, satıcıya daha iyi bir teklifin varlığı halinde sözleşmeden dönme imkanı sağlayan *in diem addictio*; semenin belirli bir döneme kadar ödenmemesi durumunda satıcıya sözleşmeden dönme imkanı sağlayan *lex commissoria*; alıcının malı tekrar satmak istemesi halinde satıcıya bir

¹ *Emptio venditio*, Roma Hukukunda tarafların karşılıklı rızaları ile kurulan, satıcının malın mülkiyetini devretmeyi alıcının ise karşılığında belli bir miktar para verme borcu altına girdiği borçlandırıcı hukuki muameledir. Günümüzde Türk Borçlar Kanunda “Satış Sözleşmesi” başlığı altında 207. maddede düzenlenmiştir. Francis De Zulueta, *The Roman Law of Sale*, (The Clarendon Press 1945), 6; Belgin Erdoğan, *Roma Borçlar Hukuku Dersleri*, (Der Yayıncılık 2019), 71, Bülent Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku*, (Der Yayıncılık 2020), 188; Türkan Rado, *Roma Borçlar Hukuku*, (Filiz Kitabevi 2018), 115; Halil İbrahim Yüksel, *Roma Hukukunda Satış Sözleşmesi (Emptio-Venditio)*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2015, 18.

² Çalışmada yer alan hukuki metinler bizzat yazar tarafından şu kaynaklar kullanılarak çevrilmiştir: *Digesta* metinleri için, *Digesta*, Theodor Mommsen and Paul Krueger, (Beroloni 1965); *The Digest of Justinian*, translated William M Gordon and Olivia F Robinson (Latince metin, Seckel/Krueger), *Institutiones* metinleri için Iustinianus, *Institutiones*, çev Ziya Umur, (İstanbul 1968).

önalım imkanı sağlayan *pactum protimeseas*; satıcıya belirli bir olayın gerçekleşmesi halinde malı geri alması imkanını sağlayan *pactum de retrovendendo*; alıcının malı beğenmemesi halinde sözleşmeden dönmesine olanak sağlayan *pactum displicentiae*; belirli bir olayın gerçekleşmesi halinde alıcının satıcıyı eşyayı geri almaya zorlayabildiği *pactum de retroemendo*; alıcının eşyayı tadarak satış sözleşmesini gerçekleştirmesine olanak veren *emptio ad gustum* ve her iki tarafın da sözleşmeden dönmesine olanak sağlayan *pactum arrhale* anılabilir. Ancak sayılan bu *pactum*ların eklendiği satış sözleşmesinin konusu köle dışında herhangi bir mal olabirdi. Bu zamana kadar çeşitli çalışmalara konu edilmiş ve incelenmiş³ söz konusu *pactum*lar çalışma konumuzun dışında kaldığı için sadece çeşitlerini anmakla yetineceğiz.

I. Genel Olarak

Çalışmamızın konusunu oluşturan ve satış sözleşmesine eklenecek alıcı açısından kısıtlayıcı nitelikteki kayıtların ayırt edici özelliği sadece kölenin konu edildiği satış sözleşmelerine eklenebilmesiydi. Romanın ilk dönemlerinde alıcının köle ile ilgili olarak belli davranışları yapmaktan kaçınması veya belli bir şekilde davranma yükümlülüğü altına girmesi; satıcı ile karşılıklı gerçekleştirdiği *mancipatio*⁴ muamelesi esnasında beyan edilen kayıtlar neticesinde gerçekleşirdi. Kölenin mülkiyetini devreden satıcının ve devralan alıcının, *mancipatio* muamelesinin niteliğine uygun olarak söylediği, şekle tabi beyanları içeren ve “*leges mancipio dictae*” denilen bu kayıtlar ile alıcı, satıcının iradesine uygun biçimde, satılan köle üzerindeki köle üzerindeki tasarruf yetkisini belli bir biçimde kullanmayı veya köle üzerinde sahip olduğu mülkiyet hakkının içerdiği yetkilerden bazıları kullanmaktan kaçınmayı taahhüt ederdi. Alıcının taahhüdü, (*nexum*⁵’u bir yana bırakacak olursak), özellikle Roma’nın ilk devirlerinde görülen tek borçlandırıcı işlem olan *stipulatio*⁶

³ Belgin Erdoğan, *In Diem Addictio (Daha İyi Bir Teklif Kaydı)*, (İstanbul Üniversitesi Yayınları 1972); Duygu Tahan Orhan, “Roma Hukukunda Alım-satım Akdine Bağlı Pactumlar”, (2017), 8 (1), İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 199-224; Yüksel, (n 1) 120 vd.

⁴ *Mancipatio*’nun, Roma hukukunda satış sözleşmesinin, taraflarının sözleşmenin unsurları üzerinde anlaşması ile kurulacağını bir başka deyişle rizai bir sözleşme olduğunun kabulünden önce terazi ve maden külçesi ile yapılan peşin bir alışveriş işlemi olarak görülmekteydi. Daha sonra satış sözleşmesinin *consensus* ile kurulduğunun kabul edilmesiyle, *mancipatio*; Roma hukukunda *res mancipi* malların mülkiyetini devretmek için kullanılan şekle tabi tasarruf muamelesi haline aldı. Beş ergen Roma vatandaşının şahitliğinde, malı devreden ve devralan ve teraziye tutanın yer aldığı bir usuldü. *Iustinianus* döneminde tamamen kaybolda da MS III. asra kadar uygulanmıştır. Özlem Söğütü, *Roma Özel Hukuku*, (Seçkin Yayıncılık 2020), 693; Özcan Karadeniz-Çelebican, *Roma Eşya Hukuku*, (Yetkin Yayıncılık 2015), 169; Belgin Erdoğan, *Roma Eşya Hukuku*, (Der Yayıncılık 2020), 59; Adolf Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, (Philadelphia 1953), 573.

⁵ *Nexum*; Roma Hukukunda borcunu ödemeyen borçlunun, *per eas libram* (madeni külçesi ve terazi) ile kendini borçluyla satması yoluyla kurulan ve alacaklıya, borçlu üzerinde cebri icraya geçmesi imkânı tanıyan bir hukuki işlemdir. Andreas Schwarz, *Roma Hukuku Dersleri*, çev. Türkan Rado, (7. Basım Doğan Kardeş Yayınları, 1965), 122 vd.

⁶ *Stipulatio*; belirli sözcükler kullanılarak sorulan soruya yine belirli sözcükler kullanılarak cevap verilmesi ile meydana gelen sözlü şekle tabi genel borç doğurucu hukuki işlemdir. Alacaklının borç konusunu kapsayacak şekilde sorduğu soruya, borçlunun yine aynı borç konusunu telif ederek ifayı gerçekleştireceğine dair derhal ve kayıtsız şartsız verdiği cevapla kurulurdu. Dolayısıyla ancak hazırlar ve konuşabilen kimseler arasında yapılabilirdi. Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations Roman Foundations Of The Civilian Tradition*, (Oxford 1996), 72; Salvatore Di Marzo, *Roma Hukuku*, çev. Ziya Umur, (İstanbul Üniversitesi Yayınları 1959), 422 vd; Richard Honig, *Roma Hukuku*, çev. Şemsettin Talip, (İstanbul Üniversitesi Yayınları 1938), 236.

akdetmek suretiyle gerçekleşirdi. Eğer ki alıcı, *stipulatio*'dan doğan taahhüdüne aykırı hareket edecek olursa, *stipulatio*'dan doğan dava olan *actio ex stipulatio* ile takip edilebilirdi⁷.

Roma hukukunda sosyal ve ekonomik gelişimlere paralel biçimde *res mancipi-res nec mancipi*⁸ mal ayrımının önemini yitirmesi, satış sözleşmesinin tarafların karşılıklı rızalarının satılan mal ve satış ücreti hususunda uyuşması ile kurulduğunun kabulü ve ayrıca şekilci muamelelerin terk edilmesi; *leges mancipio dictae* denilen kayıtların, satış sözleşmesine ek olarak yapılan *pactum adiecta*⁹'da yer almasına neden olmuştu. Satış sözleşmesinin bir iyi niyet sözleşmesi¹⁰ olması dolayısıyla sözleşmeye eklenen kayıtlarla alıcının bazı yan edimleri de borçlanması ve borcuna aykırı hareket etmesi halinde satış sözleşmesinin davalarının devreye girmesi mümkündü. Söz konusu kayıtlar alıcının yüklendiği yan edimi yerine getirme borcuna aykırı davranması halinde ne gibi yaptırımların doğacağını da içerirdi. Çalışmamızın ilerleyen satırlarında açıklayacağımız üzere, konu ile ilgili hukuki metinler, alıcının borcuna riayet etmediği takdirde satıcının *manus iniectio*¹¹ ile satış sözleşmesine konu edilen köleyi geri alabileceği ya da kölenin özgürlüğüne kavuşturulması imkânı hakkında bize bilgi vermektedir. Ayrıca sözleşmenin henüz kurulması sırasında, *stipulatio* yapmak suretiyle, taraflarca para cezası olarak bir miktarın cezai şart olarak belirlenmesi ve böylece alıcıyı borcunu ifaya zorlayan bir etkinin sağlanması da mümkündü.

Özellikle “*ne serva prostituatur* (fuhuşa sevk edecek davranışlardan kaçınılması)” kaydı ile satışta, alıcı borcuna riayet etmediği takdirde satıcının, satış sözleşmesine konu edilen kölenin mülkiyetini *manus iniectio* imkânı ile geri kazanacağı ya da kölenin özgürlüğüne sahip olacağına dair yaptırımlar, alıcının gerçekleştirdiği sonraki satış sözleşmesi neticesinde kölenin mülkiyet hakkına sahip olan yeni malik

⁷ Di Marzo (n 5) 427.

⁸ Roma hukukunda Klasik hukuk döneminin sonlarına kadar malların *res mancipi-res nec mancipi* şeklindeki ayrımı devam etmiştir. (*Ius civile*'ye göre; üzerindeki binalarla birlikte İtalya arazisi, bu arazi üzerindeki arzi irtifaklar, köleler, fil ve deve hariç yük ve çeki hayvanları *res mancipi* sınıfından mallardır. Bu malların dışında kalan mallar ise *res nec mancipi* türünden mallardır). Bu mal ayrımına istinaden *res mancipi* türünden malların mülkiyetini devretmeye yarayan muameleler *mancipatio* ve *in iure cessio* idi. Karadeniz-Çelebian, (n 3) 44-45; Paul Koschaker ve Kudret Ayiter, *Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1993), 75.

⁹ *Pactum adiecta*: Roma hukukunda *contractus* taraflar arasında borç doğuran belli akit tiplerini ifade eden teknik bir terimdir. *Pactum* ise genel anlamıyla anlaşmayı ifade eder ve *contractus*'lar gibi borç doğurmazdı. *Pactum adiecta* ise iyiniyet davası doğuran sözleşmelere ilave edilmiş ve sözleşmeden doğan davalar ile korunan *ius civile*'nin tanıdığı *pactum*'lardı. Seldağ Güneş-Ceylan, “Roma Hukukunda Contractus (Akit) ve Pactum (Anlaşma) İlişkisi”, (2005 Haziran-Aralık) IX (1-2), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 178; Özlem Söğütü Erişgin, *Roma Hukukunda Tarihsel Gelişimi İçinde Contractus (Sözleşme) Kavramı ve Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütleri*, (Seçkin Yayıncılık, 2016), 42-43.

¹⁰ İyi niyet davaları ile korunan iyi niyet sözleşmelerinin temeli *bona fides* dayanır. *Bona fides*, doğruluk ve dürüstlük kuralları, objektif iyi niyet anlamlarına gelir. *Bona fides*in hukuki sorunların çözümünde kullanılması *praetorlar* tarafından tanınan iyi niyet davaları ile gerçekleşmiştir. “Hâkim borçluyu iyi niyet gereklerine göre eda etmeye mecbur olduğu şeye mahkûm etsin” biçiminde formüle edilen iyi niyet davaları şekilcilikten uzaktır. Sözleşmelerde *bona fides* sadece dürüst alacaklının güvenini korumaz aynı zamanda borçlunun sorumluluğunu ve tazminat yükümlülüğünün de kapsamını belirler. Söğütü, (n 3) 453; Honig, (n 5) 223 vd; Ziya Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, (Beta Yayıncılık 2010), 262.

¹¹ El koyma anlamına gelmektedir. Ziya Umur, *Roma Hukuku Lügatı*, (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1983), 134.

bakımından da etkili olurdu. Bu bakımdan satış sözleşmesine eklenen söz konusu kaydın aynı nitelikli bir hak kazandırdığı ve “sözleşmelerin nisbiliği ilkesi”nin istisnası olduğunu ifade etmek gerekir¹². Zira söz konusu kayıt ile köleyi satın alan alıcı, daha sonra köleyi üçüncü bir kimseye devredecek olursa; yeni alıcının, kayıtta yer alan yükümlülüğe aykırı davranması halinde, yaptırımını da içeren bir kayıtla köleyi satan ilk satıcının, *manus iniectio* ile onu geri alabilmesi mümkündür¹³. Aynı şekilde kölenin ilk satıcısının sözleşmeye eklediği kayıttan doğan yükümlüğün ihlali halinde, yaptırım olarak kölenin özgürlüğüne kavuşacağı belirlenmişse, satılan kölenin mülkiyeti alıcı tarafından üçüncü bir kişiye devredilmiş olsa bile mülkiyet hakkının kime ait olduğu ve yeni malikin söz konusu kayıt hakkında bilgisinin olup olmadığı dikkate alınmaksızın köle özgürlüğüne kavuşturulurdu.

Ayrıca çalışmamızın konusunu teşkil eden dört kayıttan biri olan ve alıcının, sözleşmeye konu edilen kadın kölenin mülkiyet hakkına sahip olduktan sonra, onu “fuhuşa sevk edecek davranışlardan kaçınmak” taahhüdünü ifade eden “*ne serva prostitatur*” kaydı, Roma Devletinde fahişelerle ilgili devlet politikasının özel hukuk sistemine olan müdahalesini ortaya koyması bakımından dikkat çekicidir.

II- Satış Sözleşmesine Köle ile İlgili Olarak Eklenen Kayıtlar

A. “*Ut Exportetur*” ve “*Ne Serva Prostitatur*” Kaydı ile Satış:

Köleleri konu edinen satış sözleşmelerine eklenen kayıtlardan “*ut exportetur* (bir yere gönderilsin diye: ihraç edilmesi kaydı)” ve “*ne serva prostitatur* (fuhuş yaptırılmaması kaydı)”, içerik itibarıyla ve söz konusu kayıttan yararlanan bakımından birbirinden çok farklı iki kayıt olsa da, her iki kayıt hakkında bilgiler bazı ortak metinlerde yer almaktadır. Ayrıca metinler incelendiğinde, bu iki kayıttan doğan yükümlülüğün ihlali halinde öngörülen yaptırımların da ortak olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla biz de çalışmamızda her iki kayıt hakkındaki bilgileri aynı başlık altında yer vermeyi uygun bulduk.

Kölenin satıcının güvenliği açısından bir tehdit oluşturması söz konusu ise köle satıcı tarafından alıcıya “*ut exportetur* (bir yere gönderilsin diye: ihraç edilmesi kaydı ile)” kaydı ile satılırdı. Böylece alıcı, kölenin satıcı tarafından bulunması yasaklanan yerde olmayacağını taahhüt etmektedir. Bu kayıt, satış sözleşmesine satıcının menfaatine eklenmiştir.

D 18.7.1: “*Si fuerit distractus servus, ne aliquo loci moretur, qui vendidit in ea condicione est, ut possit legem remittere, ipse Romae retinere. Quod et Papinianus libro tertio respondit: propter domini enim, inquit, securitatem custoditur lex, ne periculum subeat*”.

¹² Thomas Mc Ginn, *Prostitution Sexuality and the Law in Ancient Rome*, (Oxford 1998), 291.

¹³ Baha Yiğit Sayın, *Roma’da Köle ve Hukuku*, (Oniki Levha Yayıncılık 2020), 583.

D 18.7.1: Bir köle belli bir yerde olmaması gerektiği kaydıyla satılırsa, satıcı anlaşmadan dönebilir ve köleyi Roma'da tutabilir. *Papinianus* üçüncü kitabında, anlaşmanın satıcının riske atamayacağı güvenliği için olduğunu belirtmektedir.

D 18.7.2: “*Exportandus si venierit ab Italia, in provincia morari potest, nisi specialiter prohibitum fuerit*”.

D 18.7.2: Bir köle İtalya'dan gönderilmesi için satıldıysa herhangi bir eyalette kalabilir meğerki özellikle yasaklanmış olsun.

Metinlerden anlaşılacağı üzere alıcı, “*ut exportetur*” kaydı ile satış sözleşmesi neticesinde köle üzerinde mülkiyet hakkına sahip olmakla birlikte, kölenin belli bölgelerde bulunmayacağını taahhüt etmiştir¹⁴. Alıcının bu taahhüdü eğer ki taraflar arasında gerçekleştirilen bir *stipulatio*'dan doğmuşsa, taahhüt altına giren alıcının taahhüdüne aykırı davranmamasını istemek *actio ex stipulatu* mümkündür. Hatta ilk metinden anladığımız üzere satıcı, alıcının taahhüdünü yerine getirmesi hususunda şüpheye düşecek olursa, yaptığı satış sözleşmesinden de dönebilme hakkına sahiptir.

“*Ut exportetur*” kaydı ile satış sözleşmesi neticesinde köle üzerinde mülkiyet hakkına sahip olan alıcı, bu köleyi satmak istediği takdirde alıcı ile aynı kapsamda bir *stipulatio* yapabiliirdi. Zira ikinci satış sözleşmesi neticesinde kölenin mülkiyet hakkını devralan üçüncü kişi (alıcı) , kölenin yasaklanan yerde bulunmasına sebep olur ya da müsaade ederse, satıcı (ilk alıcı) kölenin sahibine karşı yüklediği olumsuz edimi ifa edememiş olacaktır.

Ayrıca eklemek gerekir ki söz konusu kayıt, kölenin yasaklı olan yerde azat edilmesinin de önünde bir engeldi. Köle yasaklanan bölgenin dışında azat edilebilirdi. Ayrıca ilk imparatorluk devrinde, özgürlüğüne kavuşan azatlı, satıcının yasakladığı bölgeye gelirse devlet hazinesi lehine geçici süreyle özgürlüğü geri alınıp kamu kölesi haline getirilirdi (C 4.55.5). Bu yaptırım azatlının satıcının yasakladığı yere gitmesini engelleyecek kadar güçlü idi¹⁵.

Köle satıcı tarafından alıcıya “*ne serva prostituatur*” kaydı ile satıldığı takdirde ise, alıcı, köleye fahişelik yaptırmayacağı ya da onu fuhuşa sevk edecek davranışlardan kaçınacağı yükümlülüğünü taahhüt etmiş olurdu. Bu kayıt, satış sözleşmesine aslında ilk satıcının iradesi ile eklendiği için onun menfaatine gibi algılansa da aslında uzun bir gelişim sonucunda imparatorluğun da müdahalesi ile kölenin menfaatine de olmuştur. Zira köle hürriyetine kavuşma imkanına sahip olmuştur. Günümüze kadar ulaşan ve “*ne serva prostituatur*” kaydının içeriği hakkında bilgi sahibi olabildiğimiz hukuki metinleri aktarırken, tekrardan kaçınmak adına burada sadece “*ne serva*

¹⁴ Aynı manada D 18.7.5: “*Cui pacto venditoris pomerio cuiuslibet civitatis interdictum est, urbe etiam interdictum esse videtur...*” D 18.7.5: Satıcı ile yapılan anlaşma gereği köle *civitas*'ın sınırları belli edilmeden oradan yasaklandı ise Roma'dan da yasaklandığı anlamına gelir...

¹⁵ William Warwick Buckland, *The Roman Law of Slavery; The Condition of The Slave in Private Law From Augustus to Justinian*, (New Jersey, 2000), 69.

prostituatür” kaydı ile satışa ilişkin olanları gerektiği kadar çevirerek kullanacağız. Çalışmamızın ilerleyen paragraflarında ise metinlere tam olarak yer vereceğiz.

D 18.1.56: “*Si quis sub hoc pacto vendiderit ancillam, ne prostituatür et, si contra factum esset,...*”

D 18.1.56: Bir kimse kadın köleyi fuhuşa itilmemesi kaydıyla sattığında,...

D 37.14.7 *pr*: “*Divus vespasianus decrevit, ut, si qua hac lege venierit, ne prostitueretur et...*”

D 37.14.7 *pr*: “Yüce *Vespasianus*, kadın kölenin fuhuşa sevkedilmemesi...”

D 21.2.34. *pr*: “*Si mancipium ita emeris, ne prostituatür et, cum prostitutum fuisset...*”

D 21.2.34 *pr*: “Eğer bir köleyi fuhuşa karşı olan bir kayıtle satın alırsan...”

Söz konusu kayıtlar alıcının yüklendiği edimi yerine getirme borcuna aykırı davranması halinde ne gibi yaptırımların uygulanacağını da içerirdi. Özellikle alıcı borcuna riayet etmediği takdirde satıcının, satış sözleşmesine konu edilen kölenin mülkiyetini *manus iniectio* ile geri kazanacağı ya da kölenin özgürlüğüne sahip olacağına dair yaptırımları içeren kayıtlar, alıcının gerçekleştirdiği sonraki satış yoluyla devirler neticesinde kölenin mülkiyet hakkına sahip olan yeni malik bakımında da etkili sonuçlar doğururdu. Bir başka ifadeyle bu yaptırımlar, söz konusu kayıtlar ile satılan kölenin mülkiyetini kazanan yeni alıcılar bakımından da cari idi. Ayrıca para cezası olarak bir miktarın cezai şart olarak belirlenmesi de mümkündür¹⁶.

“*Ut exportetur*” ve “*ne serva prostituatür*” kaydı ile satış sözleşmesi hakkında aynı metinde bilgiler içeren D 18.7.9 alıcının satış sözleşmesine eklenen kayıtlara uygun davranmaması halinde uygulanacak yaptırımların neler olabileceği hususunda ifadelere yer vermektedir:

D 18.7.9: “*Titius servum vendidit ea lege, ut, si romae moratus esset, manus inicere liceret: emptor alii eadem lege vendidit: servus fugit a secundo emptore et romae moratur: quaero, an sit manus iniectio et cui. respondi: in fugitivo non est dubitandum nihil contra legem factum videri, quia nec domino auferre se potest nec qui in fuga est ibi moratur: quod si ex voluntate secundo emptoris contra legem moratus sit, potior habendus est qui auctor fuit legis, et posterior magis admonendi emptoris et liberandi se eadem legem repetierit nec poterit aliquo modo auferre legem sui venditoris cuius condicio exstitit: nam et si poenam promississet, tenetur; licet ipse quoque stipulatus esset: sed in poena promissa duae actiones sunt, manus autem iniectio in servum competit. quod si prior ita vendidit, ut prostituta libera*

¹⁶ İlk Dönemlerde cezai şartın belli bir miktar paranın ödenmesini içermesi ve *stipulatio* ile taahhüt altına alınmaması aksine *pactum*’a dahil edilmesi durumunda satış sözleşmesinin davası ile istenmesinin ancak malvarlığı zararının bulunduğu hallerde münhasıran kabul edildiğini anlıyoruz. Aslında bu durum *actio empti*’nin *actiones rei persecutoriae* (tazminat davaları) tipi davalardan olması ile alakalı idi. Bu davalar malvarlığında meydana gelen zararın giderilmesi için açılırdı. Dolayısıyla zararın alacaklı tarafından ispat edilmesi gerekirdi. Oysa cezai şart *stipulatio* ile taahhüt edilirse bir başka deyişle *stipulatio poenae* (ceza *stipulatio*’su) varsa, alacaklı malvarlığı zararının ayrıca ispatına gerek olmaksızın, doğrudan doğruya kararlaştırılan miktarı *stipulatio*’nun davası ile isteyebilirdi. Sevgi Kayak, “Roma Hukukunda Cezai Şart”, (2006) 64 (1), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 240 vd; Aynı hususta Zimmermann, (n 5) 100 ve 106.

esset, posterior, ut manus inicere liceret, potior est libertas quam manus iniectio. plane si prior lex manus habeat iniectioem, posterior libertatem, favorabilius dicitur liberam fore, quoniam utraque condicio pro mancipio additur et sicut manus iniectio, ita libertas eximit eam iniuriam”.

D 18.7.9: *Titius*, Roma’da kalırsa *manus iniectio* ile sorumlu olacağı kaydıyla köleyi sattı: alıcı, onu aynı kayıtle yeniden sattı. Köle üçüncü kişiden (ikinci alıcıdan) kaçtı ve Roma’da kaldı. Köleye *manus iniectio* uygulanıp uygulanamayacağı ve kim tarafından uygulanacağını sordum. Köle kaçtığı takdirde, efendinin mülkiyetini sona erdiremeyeceği için anlaşmanın ihlal edilmediğine dair şüphe olmadığını cevapladım. Eğer ki köle üçüncü kişi anlaşmayı ihlal etme niyetiyle ile kaldıysa, kaydı ilk ortaya koyan satıcı daha güçlü durumdadır, zira ikinci satıcı alıcısını mevcut kayıt hususunda uyarmak suretiyle kendini herhangi bir sorumluluktan kurtardı ve şartları karşılanmış kendi satıcısı ile olan anlaşmayı ihlal etmedi; lakin o cezai şart için taahhütte bulunmuş ise, yeniden satış esnasında bir *stipulatio* yapmış olması halinde, cezai şarttan sorumludur. Cezai şart taahhüt edildiği takdirde iki dava vardır, aynı zamanda köle için *manus iniectio* uygulanabilir. Eğer ki, ikinci satıcı fuhuşa itilmesi durumunda kölenin *manus iniectio* ile geri alınması kaydıyla satarken ilk satıcı, köleyi, fuhuşa itilmesi durumunda özgür olacağı kaydıyla satmışsa, özgürlük kaydı *manus iniectio*’ya yeğdir. *Manus iniectio* kaydı ilk olup da özgür olacağı kaydı ikinci olsa idi tabi ki özgürlük imtiyazı lehine yorum yapılarak köle özgür kalacaktı, çünkü özgürlük kaydı köleye ilişkin *manus iniectio* gibi her kaydı ortadan kaldırır.

Metinden anlaşılacağı üzere satış sözleşmesi, kayıttan doğan yükümlülüğü ihlal eden alıcının, kölenin mülkiyetini kaybedeceği zira kaydı ekleyen ilk satıcının *manus iniectio* ile köleyi geri alabileceğine dair bir yaptırım ihtiva etmektedir. Gerçekleşen olayda köleyi söz konusu kayıtle satış sözleşmesi neticesinde satın alan kişi, müteakip bir satış sözleşmesi ile mevcut kayıt hususunda üçüncü kişiyi (kendi alıcısını) uyararak, kölenin mülkiyetini devretmektedir. Yeni malik kölenin Roma’da kalmasına müsaade ettiği için “*ut exportetur*” kaydını ihlal etmiş olmaktadır. Kaydın, ilk satıcının menfaatine olduğunu düşündüğümüz takdirde, (kölenin Roma’da kalması muhtemelen ilk satıcının güvenliğini tehdit etmektedir), *manus iniectio* imkanını onun kullanması makuldür. Ayrıca kayıt hususunda bilgisi olan, belki de müteakip satış esnasında aynı kayıtle köleyi devralan alan yeni malikin, kayıttan doğan yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde kölenin mülkiyetini kaybetmesi hakkaniyete aykırı görünmemektedir. Üçüncü kişi kölenin mülkiyetini kaybetmenin yanı sıra eğer ki yükümlülüğü ihlal etmesi halinde cezai şart ödeyeceğini bir *stipulatio* ile taahhüt etmişse kendisine karşı *actio ex stipulatu* da açılabilir. *Manus iniectio* imkanını kullanabilecek olan ilk satıcı iken, üçüncü kişiye *actio ex stipulatu*’yu yöneltebilecek olan kişi taahhütte bulunduğu kendi satıcısıdır. Zira ilk alıcı müteakip satış esnasında söz konusu kayıtle köleyi sattığı için, muhtemelen rayicin altında bir

satış ücreti mukabilinde mülkiyeti devretmiş olmalıdır¹⁷. İlk alıcının rayicin altında bir satış ücretine kölenin mülkiyetini devretmiş olması nedeniyle malvarlığı zararı doğmaktadır. Sözkonusu malvarlığı zararını, kayıttan doğan yükümlülüğün ihlali halinde, cezai şart olarak belirlenmiş bir miktar para ile güvence altına almak istemesi olağandır. Kaldı ki ilk alıcının, kayıttan doğan yükümlülüğün ihlali halinde güvenliği tehdit altına girecek olan köle sahibi ile benzer bir cezai şart kararlaştırmış olması ihtimali de vardır. Dolayısıyla tarafları farklı olan iki ayrı *stipulatio* ile kararlaştırılan iki ayrı cezai şart için (ilk satıcının kendi alıcısına ve ilk alıcının da kendi alıcısı olan yeni malike yöneltebileceği) davalar söz konusu olacaktır.

Metinde ayrıca “*ne serva prostituatur*” kaydı ile satışa ilişkin bilgiler de yer almaktadır. Satış sözleşmesine konu edilen köleye fuhuş yaptırılmasını önlemek amacıyla, taraflar arasında “*ne serva prostituatur*” kaydını ihtiva eden bir sözleşme yapılmaktadır. Yine kayıttan doğan yükümlülüğün ihlali halinde *manus iniectio* ile kölenin geri alınabileceğine ilişkin bir yaptırım öngörülmektedir. Lakin bu defa köleye özgürlüğünü kazandıran daha başka bir yaptırımın *manus iniectio*’ya bile ağır basacağı ifade edilmektedir. Eğer ki kölenin konu edildiği satış sözleşmesi, fuhuşa itilirse kölenin özgürlüğünü kazanacağı kaydını ihtiva ediyorsa, yükümlülüğü kimin ihlal ettiği önemsenmeksizin (ilk alıcı ya da müteakip satıştaki üçüncü kişi tarafından), köle özgürlüğüne kavuşturulmaktadır. Bir başka deyişle yükümlülüğün ihlal edilmesi halinde kölenin hürriyeti lehine karar verilmektedir¹⁸.

Oysa D 18.1.56’da satış sözleşmesine eklenen kayıta, köleye özgürlüğünün bahşedebileceğine ilişkin bir ifadenin yer almadığı sadece *manus iniectio* imkanının öngörüldüğü halde; ilk satıcının, bir başka ifadeyle kölenin fuhuşa itilmemesi yönünde irade ile kaydı ortaya koyanın, bu imkândan yararlanabileceği açıklanmaktadır. Köleyi fuhuştan uzak tutmak için irade ortaya koyan ilk satıcının durumunun daha güçlü kılındığı gözden kaçmamaktadır:

D 18.1.56: “*Si quis sub hoc pacto vendiderit ancillam, ne prostituatur et, si contra factum esset, uti liceret ei abducere, etsi per plures emptores mancipium cucurrerit, ei qui primo vendit abducendi potestas fit*”.

¹⁷ Zamanla cezai şartın *factum* ile kararlaştırıldığı durumlarda, malvarlığı zararı bulunmasa da satış sözleşmesinden doğan dava ile takip edilebileceğini zira kararlaştırılan kayıt nedeniyle satış ücretinin düşük tutulması, zararın ortaya çıkması bulunduğunu kabul etmek için yeterli sayıldığına *Digesta*’da yer alan metinden anlıyoruz:

D 18.7.6.1 : “*Nobis aliquando placebat non alias ex vendito propter poenam homini irrogatam agi posse, quam si pecunia ratione venditoris interesset, veluti quod poenam promississet: ceterum viro bono non convenire credere venditoris interesse, quod animo saevientis satisfactum non fuisset. sed in contrarium me vocat sabini sententia, qui utiliter agi ideo arbitratus est, quoniam hoc minoris homo venisse videatur*”.

D 18.7.6.1: Bir zamanlar görüşümüz, köle ile ilgili cezai şart için alım-satım davasının ancak satıcının maddi bir menfaate sahip olduğu hallerde ileri sürülebileceği idi, varsayalım ki cezai şart taahhüt edildi, dürüst bir kimse için satıcının menfaatinin, zalim bir adamın arzularının doyumsuzluğu olduğuna inanmak uygun değildir. Tam tersine, satıştaki kayıt nedeniyle kölenin daha ucuza satıldığı kabul edilmesinden dolayı satımın davasının ileri sürülebildiğini savunan *Sabinus*ün görüşü dikkatimi çekti.

¹⁸ Mc Ginn, (n 10) 299.

D 18.1.56: Bir kimse kadın köleyi fuhuşa itilmemesi kaydıyla sattığında, bu anlaşmanın ihlali halinde, kölenin hangi alıcının mülkiyetine tabi olduğunun önemi olmaksızın, ilk satıcı köleyi geri almayı hak edecektir.

D 18.1.56'da yer alan metinde köleye fuhuş yaptırılmaması yönünde kayıt koyan ilk satıcının kayıttan doğan yükümlülüğünün ihlali halinde etkili bir yaptırım olarak *manus iniectio*'ya başvurabileceği belirtilmiş olmakla beraber, D 40.8.7'de aksine bir tutum izlenerek ilk satıcının korunmaması yönünde bir hüküm sevk edildiği göze çarpar:

D 40.8.7: “*Imperator noster cum patre suo constituit in eo, qui, cum possit abducere prostitutam ancillam, pecunia accepta manus iniectioem vendidit, ut libera esset: nihil enim interesse, ipse abducas et prostitutas an patiaris prostitutam esse pretio accepto, cum possis eximere*”.

D 40.8.7: Fuhuşa itilen kadın köleyi *manus iniectio* ile geri alma hakkına sahip olan satıcının hakkını para karşılığında satması durumunda, imparatorumuz ve babası, köleyi geri alıp kendisinin fuhuşa itmesi ile engel olabileceği halde fuhuşa itilmesine müsaade etmek arasında fark olmadığı esasına dayanarak, kölenin özgür olması gerektiğine karar verdi.

D 40.8.7'de yer alan metinden anlaşılabilir ki, “*ne serva prostituatur*” kaydını ihtiva eden bir satış sözleşmesindeki yükümlülüğe aykırı hareket edilmesi halinde; yaptırım olarak, satıcının *manus iniectio* ile köleyi geri alabileceği öngörülmüştür. Bir başka ifade ile kölenin fuhuşa itilmemesi için “*ne serva prostituatur*” kaydını sözleşmeye ekleyen ilk satıcı, bu yükümlülük ihlal edildiği zaman köleyi geri alma imkanına sahipti. Söz konusu kaydı ihlal eden alıcıdan köleyi geri alarak fuhuşa engel olma ihtimali varken, bu imkânı kullanmayan satıcının iradesinin bu defa korunmadığına şahit oluyoruz. Üstelik metinden imparatorun iradesi (metindeki kısıtlı bilgilerden hangi imparator olduğunu bilemesek de) ile bu konuda köleye özgürlüğünün bahsedildiğini anlıyoruz. İki metni kıyasladığımız zaman aslında ilk satıcının iradesinden ziyade “kölenin fuhuşa itilmemesi” yönünde iradeye üstünlük tanındığını hatta bunu mümkün kılmak için imparatorun özel hukuka müdahale ederek, yeni istisnalar yarattığını söylemek yanlış olmayacaktır. Bir sonraki metin olan D 37.14.7 *pr.* da savımızı haklı kılmaktadır:

D 37.14.7 *pr.*: “*Divus vespasianus decrevit, ut, si qua hac lege venierit, ne prostituatur et, si prostituta esset, ut esset libera, si postea ab emptore alii sine condicione veniit, ex lege venditionis liberam esse et libertam prioris venditoris.*”

D 37.14.7 *pr.*: “Yüce *Vespasianus*, kadın kölenin fuhuşa sevk edilmemesi ve bu amaçla kullanıldığı durumda özgür olacağı kaydıyla satılmasını müteakiben alıcı tarafından üçüncü bir kimseye kayıtsız satılırsa ilk satıştaki kayda istinaden kölenin özgür ve ilk satıcının azatlısı olacağını buyurdu.

Metinde oldukça dikkat çeken bir husus vardır: İmparator *Vespasianus*¹⁹ “*ne serva prostituatur*” kaydından haberdar bile olmayan sonraki alıcının kayıt dolayısıyla sorumluluğunu kabul etmektedir. Sonraki alıcının mülkiyet hakkını ortadan kaldıran bir düzenleme yapan imparator, aslında sözleşmelerin nisbiliği ilkesine aykırı olan

¹⁹ MS 68/69 yılının Dördüncü imparatoru olan *Titus Flavius Vespasianus* 10 yıl kadar tahtta kalmıştır. Oktay Akşit, *Roma İmparatorluk Tarihi (M.Ö. 27- M.S. 1929)*, (I. Kitap, İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Yayınları 1985), 140.

ve ihlali halinde *actiones in rem* ile korunan aynı haklara²⁰ tamamen yabancı yeni bir hukuki durum yaratmaktadır. Zira “*ne serva prostituatur*” kaydı eklenerek gerçekleştirilen ilk satış sözleşmesinden sonra, ilk alıcının “*ne serva prostituatur*” kaydı içermeyen yeni bir sözleşme yapması halinde, kölenin menfaatine olan ve imparator iradesinin ürünü olan ve köle menfaatine kaleme alınan bir düzenleme gereği, yeni alıcının köle üzerindeki mülkiyeti hakkı ortadan kaldırılarak, kölenin hürriyetine kavuşacağı ve ilk satıcının azatlısı olacağı kabul edilmiştir. İlk sözleşmenin tarafı olmayan ve dolayısıyla sözleşmede yer alan kayıttan haberdar olmayan üçüncü kişi adeta o sözleşmenin tarafıymış gibi sorumlu tutulmaktadır. Kendi satıcısını (ilk sözleşmedeki alıcıyı), yapmış oldukları satış sözleşmesine dayanarak, malvarlığı zararı için sorumlu tutabilecekse de üçüncü kişinin mülkiyet hakkının imparator iradesi ile ortadan kaldırıldığını anlıyoruz. İmparatorluk iradesi olan bir düzenleme, mülkiyet hakkının sınırı olarak “*ne serva prostituatur*” kaydını tespit etmiş olmaktadır²¹. İlk satıcının, (bir başka deyişle “*ne serva prostituatur*” kaydı; iradesinin ürünü olan malikin), köleyi fuhuştan uzak tutmaya yönelik iradesinin imparator tarafından da korunduğunu anlıyoruz.

Gerek D 40.8.7’de gerek D 37.14.7 *pr*’da yer alan metinde köleyi fahişelikten uzak tutmaya yönelik iradenin açıkça üstün tutulduğu anlaşılmaktadır. Bu başlık altında ilerleyen paragraflarda inceleneceği üzere kölenin, “*ne serva prostituatur*” kaydını ilk defa ortaya koyan satıcının, bu iradesinin aksine yönelik davranışlarına karşı bile korunduğunu ve özgürlüğüne kavuşturulduğuna ilişkin bilgilere ulaşıyoruz. Aslında MS 392 yılında Hristiyanlığın devletin resmi dini olarak kabul edilmesinden sonra imparatorlar, Hristiyan hür vatandaşları ve köleleri koruyan düzenlemeler yapmıştı. Hristiyanlığın benimsenmesi, hiç kuşkusuz özellikle ahlaki sorunlarda yeni düzenlemelerin de kaynağını oluşturmuştu. Özellikle fahişelik, İmparatorluk döneminden itibaren cinsel bir suç olarak değerlendirilmiş ve çeşitli yasal düzenlemeler ve tedbirler ile önlenmek istenmişti. Örneğin *Theodosius* ve *Valentinianus*’un emirnamelerinin biri, fuhuşa zorlanan kadın kölelerin istismarının önüne geçilmesi için, din adamlarının görevlendirildiğine ilişkin idi²²; İmparator *Tacitus* tüm randevu evlerini kapatmıştı²³; *Iustinianus* fahişeliği yasaklayarak, kadın tacirlerini şehirden kovmuştu²⁴. Ancak ifade etmek isteriz ki Roma’da ataerkil toplum

²⁰ Aynı haklar sahibine, hukuk düzeninin sağladığı sınırlar içinde mal üzerinde doğrudan doğruya tasarruf etme güç ve yetkisini sağlar ve herkese karşı ileri sürülür. Aynı haklara herkesin uymakla yükümlü olması, bunların herkes tarafından bilinen sayıda, tip, tür, çeşit ve içerikte olması gerektirir. Roma Hukukundan bu yana her hukuk düzeninde aynı hakların çeşitleri ve içerikleri kesin olarak saptanmıştır ki bu husus “*numerus clausus*” ilkesi olarak bilinmektedir. Eşya hukukunun konusunu oluşturan aynı haklar, içeriklerine, hakkın konusu olan malların türüne, sahibine ve hakkın öznesine göre belirli ayrımlara tabi tutulabilirler. En temel ayrım ise mülkiyet ve sınırlı aynı haklar ayrımıdır. Roma Hukukunda aynı haklar *actiones in rem* (aynı davalar) ile korunurdu. Karadeniz-Çelebician, (n 3) 85-86; Erdoğan, Eşya, (n 3) 2-3.

²¹ Köle üzerinde efendinin mülkiyet hakkının sınırları hususunda daha fazla bilgi için bkz Bülent Tahiroğlu, *Mülkiyet Hakkının Sınırları*, (Der Yayınları 2001), (Mülkiyet), 210 vd. Ayrıca Selahattin Eren, “*Roma Hukukunda Köle Mülkiyetinin Sınırları*”, (2017) 23 (1), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 283-322.

²² C 1.4.13.

²³ Sev Alex 24.

²⁴ Diler Tamer, *Augustus Çağında Cinsel Suçlar ve Lex Iulia De Adulteriis Coercendis*, (Homer 2007), 216-217.

anlayışı ve toplumsal cinsiyetin oynadığı rol, Hristiyanlığın benimsenmesinden önce de kadın ve onun üzerinde hakimiyetin devamı ve güçlendirilmesi bakımından etkili rol oynamıştır. Cinsiyet temeline dayanan ayırım, Roma tarihi boyunca kadın ve namusu üzerinde efendi veya *pater familias* (aile babası)'ın, söz sahibi olmasını meşrulaştırmıştı. *Lex Iulia De Adulteriis* ile aldatılan kocanın ve babanın, belli şartların varlığı halinde, zina sırasında yakaladığı kadını ve aşığını öldürme hakkı (*ius occidendi*); fiil ehliyeti açısından *sui uris* kadının cinsiyetinin bir dezavantaj olarak düşünülmesi ve bu eksikliğin (*pater familias* vasiyetname ile bir vasi belirtmemişse) en yakın erkek agnatik hısım ile tamamlanması gereğince kadının vesayet altına alınması²⁵; evli bir kadına yapılan *iniuria*'nın kocasına da yapıldığının kabul edilmesi (nişanlı erkek için de aynı hususu söz konusudur.) ancak aksinin geçerli olmaması²⁶ gibi hukuki kurallar, Roma'da erkeklerin hakimiyeti altındaki kadını ve elbette onun namusunu koruma yönünde toplumda benimsediği rolü ortaya koymaktadır. Bu açıdan bakıldığında, mülkiyet hakkını devrederken kadın kölesinin iffeti ile ilgili satıcının duyduğu sorumluluk, sözleşmeye “*ne serva prostituatur*” kaydını eklemesi açısından bir motivasyon kaynağı sayılabilir.

D 21.2.34. *pr.*: “*Si mancipium ita emeris, ne prostituatur et, cum prostitutum fuisset, ut liberum esset: si contra legem venditionis faciente te ad libertatem pervenerit, tu videris quasi manumisisse et ideo nullum adversus venditorem habebis regressum*”.

D 21.2.34 *pr.*: “Eğer bir köleyi fuhuşa karşı olan bir kayıtle satın alırsan ve ona fuhuş yaptırılırsa, köle hürriyetine kavuşacaktır, eğer ki köle, senin sözleşme kayıtlarını ihlalini sebebiyle hürriyetine kavuşursa, onu azat etmiş gibi kabul edilirsin bu yüzden satıcıya başvurma hakkın olmaz”.

D21.2.34 *pr.* ise bu defa “*ne serva prostituatur*” kaydı ile satın alan alıcıya yönelik düzenlenmiş bir metin olarak karşımıza çıkmaktadır. Kayda rağmen akdi sorumluluğuna aykırı hareket eden üçüncü kişinin kölenin mülkiyet hakkını kaybedeceği zira imparatorluk iradesi olan bir düzenleme ile kölenin hürriyetine kavuşacağı açıklanmaktadır. Kölenin mülkiyet hakkını imparatorun iradesi olan bir düzenleme ile kaybeden alıcının satış sözleşmesinden doğan davalara başvuramayacağı da açıktır²⁷.

²⁵ *Tutella mulierum* (Kadın üzerinde vesayet) hakkında bkz Güneş-Ceylan Seldağ, *Roma Hukukundan Günümüze Velayet-Vesayet Hukuku*, (Yetkin Yayıncılık 2004), 64.

²⁶ *Iustinianus*, I 4.42: “...*Buna mukabil iniuria kocaya yapılacak olursa karı dava ikame edemez: karının kocasını değil, kocanın karısını kocanın karısını müdafaa etmesi doğrudur. Kocasını hakimiyet altında bulunan bir gelinin kayınpederi de gelin namına actio iniuriarum'u ikame edebilir...*”. *Iustinianus Institutiones*, çev Ziya Umur, (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1968). Roma hukukunda *iniuria*, *Ius Civile*'nin kabul ettiği haksız fiillerdendir. Bu konuda daha geniş bilgi için bkz Tahiroğlu Bülent, *Roma Hukukunda Iniuria*, (İstanbul Üniversitesi Yayınları 1969) ve Seldağ Güneş Peschke, *Roma Hukukundan Günümüze Kişilik Haklarının Korunması (Iniuria)*, (Yetkin Yayıncılık 2014).

²⁷ Satım sözleşmesine konu edilen malda bir başka üstün hak sahibinin aynı hak iddia ederek açacağı davada, alıcı malı ona teslim etmek zorunda kalır ve bu sebeple mal elinden zapt edilirse, satıcıya karşı satış sözleşmesinden doğan davayı açabilirdi. Roma Hukukunda satıcının zapta karşı tekeffül borcu bir gelişim aşaması izlemiştir. Satış sözleşmesinden doğan dava olan *actio empti* ile satıcının sorumlu olduğu aşamaya gelmeden önce malın *mancipatio* ile devredilip devredilmemesine göre değişen farklı düzenlemeler söz konusu olmuştur. Emine Mindiz, “Roma Hukukunda Alım-Satım (Emptio- Venditio) Sözleşmesinde Satıcının Hukuki Ayıplardan (Evictio) Sorumluluğu”, (2013) 5 (46), Fasikül Hukuk Dergisi, 7-12; Zimmermann, (n 5) 293-294.

Metinlerden ve açıklamalarımızdan anlaşılacağı üzere özellikle “*ne serva prostituat*” kaydı, köle fuhuşa itilirse ona özgürlüğünün bahşedilmesi ile sonuçlanıyordu. Ancak bu şekilde özgürlüğünü elde eden kölenin hukuki durumu, *ius civile*’ye uygun *manumissio* muameleleri ile azat edilenlere göre farklı idi. *Magistranın* katılımı söz konusu olmadığı için bu kimseler *Latini Iuniani*²⁸ olarak hayatlarına devam ederdi²⁹. Bir başka deyişle, kadın kölesini satan efendinin satış sözleşmesine eklediği kayıt sayesinde özgürlüğünü elde eden kadın köle, fiilen özgür olsa da hukuken özgür sayılmazdı. İradesinin ürünü olarak sözleşmeye eklediği kayıtlı dolaylı olarak kölesine özgürlük bahşeden satıcı efendi, (*ius civile*’ye uygun olarak azat edilmeyen diğer kölelerin efendileri gibi), kadın kölenin özgürlüğünü geri alabilirdi. Bununla beraber ilk satıcının “*ne serva prostituat*” kaydını satış sözleşmesine eklerken mevcut olan iradesine sonradan aykırı hareket etmesi hakkaniyete uygun sayılmazdı. Aşağıdaki metin bu hususta bize bilgi vermektedir:

D 2.4.10.1: “*Prostituta contra legem venditionis venditorem habebit patronum, si hac lege venierat, ut si prostituta esset, fieret libera. at si venditor, qui manus iniunctionem excepit, ipse prostituit, quoniam et haec pervenit ad libertatem, sub illo quidem, qui vendidit, libertatem consequitur, sed honorem haberi ei aequum non est, ut et Marcellus libro sexto digestorum existimat*”.

D 2.4.10.1: Fuhuş yaptırılmaması aksi halde özgür olacağı kaydıyla satılan kadın köle, anlaşmadaki kaydın aksine fahişe yapılırsa, satıcısı efendisi olacaktır. Eğer ki satıcısı, kadın köleyi geri alma hakkını kazanmış ve onu kendisi bir fahişe yapmışsa, köle hala özgürlüğüne kavuşmuş sayılacağından, satıcının fiiline binaen, onu efendi olarak onurlandırmak adil değildir. *Marcellus* da kendi *Digesta*’sının 6. kitabında bunu ifade etmektedir.

B- “*Ut manumittatur*” Kaydı ile Satış:

Köle, satıcı tarafından alıcıya “*ut manumittatur* (azat edilsin diye)” kaydı ile satıldığı takdirde, alıcı köleyi azat etmeyi borçlanmaktadır. Bu kayıt anlaşılacağı üzere, satış sözleşmesine kölenin menfaatine eklenmiştir. Kölenin menfaatine satış sözleşmesine eklenen ve borçlunun kaydın getirdiği yükümlülükten kurtulma imkanının olmadığı hallerde satıcının saiki oldukça açıktır. Satıcı ilerleyen zamanlarda kölenin hürriyetine kavuşmasını arzulamaktadır. Kölenin mülkiyet hakkına sahip olan satıcının, satış sözleşmesine böylesi bir kayıt ekleyerek kölesine hürriyete kavuşması umudu bahşetmesinin nedenleri farklılık arz edebilir. Köleyi iyi hizmet etmeye ve

²⁸ *Ius civile*’nin kabul ettiği *manumissio* çeşitleri dışında efendinin azat etme iradesini hiçbir şekilde tabi olmadan açıklamasıyla gerçekleşen *manumissio* muameleleri de vardı. Efendinin bu *manumissio* çeşitlerinden biri ile azat etme iradesini açıklaması köleyi fiilen özgür kılsa da hukuki bakımdan özgür kılmazdı. Dolayısıyla, bizzat efendi veya mirasçıları tarafından kölelerin özgürlükleri geri alınabilirdi. *Praetor*, efendinin iradesiyle hür kılınan bu köleleri himaye etmek için kölesinin özgürlüğünü geri almaya çalışan efendinin davasını reddederdi. Böylece, bu köleler *praetor*’un himayesi ile fiilen özgür olsalar da *ius civile* karşısında köle idiler. *Praetor*’un himaye ettiği bu azatlılar, *Latini Iuniani* olarak anılırlardı. *Latini Iuniani*’ler azat edilmekle Roma vatandaşlığını elde edemezlerdi. Alan Watson, *The Law Of Persons In The Later Roman Republic*, (Cambridge University Press 1967), 398.

²⁹ Aynı yönde bakınız C 7.6.1.4

uysal davranmaya teşvik etme, efendi-köle arasında özel bir bağın bulunması³⁰, efendi-köle arasında kurulan dostane ilişkiler, yetenekli olan ve entelektüel birikime sahip köleleri ödüllendirme gayesi bu sebeplerin arasındadır³¹. “*Ut manumittatur*” kaydının eklendiği bir satış sözleşmesi ile kölesini satan malik, kendisi azat etme muamelesi yapmadan son kez, bir malvarlığı değeri olan kölesini satıp, satış ücretini elde etmeyi tercih etmekle birlikte, ona da beklenen bir hak bağışlamıştır³².

Alıcı, satış sözleşmesine eklenen kayıt sayesinde ve düşük ücret mukabilinde mülkiyet hakkını kazandığı köleyi, belli bir süre kullanıp kararlaştırılan sürenin ardından *manumissio* muamelelerinden biri ile azat etmeyi taahhüt etmektedir. Kayıttan doğan taahhüdünü ihlal ettiği takdirde satıcının daha önce belirlenmiş cezai şart için dava açabileceği kabul edilmiştir.

“*Ut manumittatur*” kaydı ile satış hususunda bizi aydınlatan hukuki metinler daha ziyade bu alanda zamanla rejimin nasıl değiştiği ve imparator iradesi ile özel hukuka nasıl müdahale edildiği ile ilgilidir. *Digesta*’dan edindiğimiz bilgiye göre, bu tür kayıtla ilgili en önemli gelişme M S 176 yılında *Marcus Aurelius*³³’un emirnamesine atfedilmektedir. Dönemin eyalet valisi *Aufidius Victorinus*’a yönelik emirnameden, alıcının satış sözleşmesine eklenen bu kayıtlara aykırılık teşkil edecek bir davranışının, herhangi bir azat etme muamelesine ihtiyaç duymadan, emirname gereği köleye özgürlüğünü kazandırdığını anlıyoruz. Öyle ki söz konusu emirname, satış sözleşmesine eklenen bu kayıta satıcının menfaatini önemli ölçüde ortadan kaldırmakta ve tarafların iradesini göz ardı etmektedir. Zira emirname, kayıttan doğan yükümlülüğü ihlal eden alıcı için gerçek manada yaptırım olan ve satıcının menfaatini tam olarak karşılayan “*manus iniectio*” imkânını ortadan kaldırmış; aynı zamanda tarafların anlaşmaya vardığı cezai şartı da geçersiz kılmıştır. Hukuki metinlerde imparator iradesi ile özel hukuk alanına yapılan müdahalenin nedeni açıklanmamıştır. Lakin imparator *Marcus Aurelius*’un, doğal hukuk (*ius naturale*)³⁴ anlayışına ve mantığına hem yaşam tarzı ile uyan hem de sistematik eserler ile katkıda

³⁰ Özel bağ ile kast olunan, azat edilmek istenen kölenin, efendinin biyolojik çocuğu ya da kardeşi olması, yetiştirdiği çocuk olması ya da evlenme niyetiyle kadın kölenin azat edilmek istenmesi halleri idi (Gaius, Inst. 1.19-21).

³¹ Efendilerin kölelerini azat etme nedenlerine ilişkin daha fazla bilgi için bkz Güzide Burcu Günveren, “İus Civile’nin Tanıdığı Azat Etme Muameleleri ve Özel Hukuk Bakımından Sonuçları”, (2018), 76 (2), İstanbul Hukuk Mecmuası, 531-534; Sayın, (n 11) 200.

³² Kölenin beklenen hakkı hususunda daha fazla bilgi için bkz Güzide Burcu Günveren, “Roma Hukukunda Statuliber”, (2016) 22 (2), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1241-1256.

³³ M S 121 yılında doğmuş, 161 ve 180 yılları arasında Roma imparatorluğu yapmıştır. Akşit, (n 19) 221 vd.

³⁴ Stoisyen düşünce ve onun etkisiyle ortaya çıkan Doğal hukuk (*ius naturale*) düşüncesi özel hukukta kimi zaman *ius gentium*’un bir uygulaması kimi zaman da kaynağı olarak görülmektedir. *Ius naturale*’ye göre tüm insanlar eşittir (D.50.17.32). Havva Karagöz, “Stoisyen Düşüncenin Roma Hukukuna Etkisi ve Doğal Hukuk (Ius Naturale) Anlayışı”, (2009) 50 (II), Doğu Batı Dergisi, 106 ve 110. Doğal hukukta tüm insanların özgür doğduğunun kabul edilmesi dolayısıyla *manumissio* bu hukuk tarafından tanınmaz. Sevgi Kayak, “Roma Hukukunda Ius Naturale (Doğal Hukuk) Kavramı”, iç Sercan Gürlü (edr), *Adaletle Yönelmiş Bir Toplumsal Düzen Olarak Hukuk: Prof. Dr. Yasemin Işıktaç Armağanı* (İstanbul 2020) 459 ve s. 465. Ayrıca Roma hukukunun modern hukukları etkileme sürecinde doğal hukuk nazariyesine dayanan akım için bkz Sadri Maksudi Arsal, *Umumi Hukuk Tarihi*, (Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları 1948), 7.

bulunan bir devlet adamı³⁵ olduğunu düşündüğümüz zaman, kölenin özgürlüğüne kavuşmasının önündeki engellerin hangi sebeple kaldırıldığını anlayabiliriz³⁶.

İfade etmemiz gerekir ki, kölenin herhangi bir azat etme muamelesine ihtiyaç duyulmadan emirname gereği *ipso iure* hürriyetine kavuşturulması önemli bir yeniliktir. Bu başlık altında biraz ileride çevirisine de yer verdiğimiz üzere, *Scaevola*’dan *Digesta*’ya alınan metinde (D 18.7.10) bahsettiğimiz yeniliğin bir gelişim süreci halinde ve imparatorun iradesi³⁷ olan emirname ile getirildiğini öğreniyoruz.

“*Ut manumittatur*” kaydı ile satış hususundaki metinlerin çevirisine ve açıklamasına geçmeden önce bağışlama sözleşmesine eklenen “*ut manumittatur*” kaydına, kıyas yoluyla bilgi sahibi olabilmemiz açısından yer vermekteyiz:

D 45.1.122.2: “*Flavius hermes hominem stichum manumissionis causa donavit et ita de eo stipulatus est: “ si hominem stichum, de quo agitur, quem hac die tibi donationis causa manumissionisque dedi, a te heredeque tuo manumissus vindictaque liberatus non erit, quod dolo malo meo non fiat, poenae nomine quinquaginta dari stipulatus est flavius hermes, spondit claudius”. quaero, an flavius hermes claudium de libertate stichi convenire potest. respondit nihil proponi, cur non potest. item quaero, an, si flavii hermetis heres a claudii herede poenam supra scriptam petere voluerit, claudii heres libertatem sticho praestare possit, ut poena liberetur. respondit posse. item quaero, si flavii hermetis heres cum claudii herede ex causa supra scripta nolit agere, an nihilo minus sticho libertas ex conventionem, quae fuit inter hermetem et claudium, ut stipulatione supra scripta ostenditur, ab herede claudii praestari debeat. respondit debere”*

D 45.1.122.2: *Flavius Hermes* köle *Stichus*’u azat edilmesi amacıyla bağışladı ve şu hususta *stipulatio* yaptı: “bugün sana azat edilmesi için bağışladığım köle *Stichus*, senin veya mirasçın tarafından azat edilmez ve hürriyetine kavuşturulmaz ise *Flavius Hermes stipulatio* yapar ve *Claudius* ceza olarak elli vermeyi taahhüt eder”. *Flavius Hermes Stichus*’un azat edilmesi ile ilgili olarak *Claudius*’u dava edebilir mi? *Scaevola* buna herhangi bir engel olmadığını açıkladı. Yine eğer ki *Flavius Hermes*’in mirasçısı *Claudius*’un mirasçısını ceza *stipulatio*’su için dava etmek istediğinde, *Claudius*’un mirasçısı köleyi azat ederek

³⁵ Karagöz Havva, *Hukuk Kuralı (Regula Iuris) Kavramı*, (XII Levha Yayıncılık 2010), 52. Aynı yönde *Marcus Aurelius* ‘un doğal hukuk anlayışına sahip devlet adamı olduğu yönünde bkz Havva Karagöz, “Roma Hukukunda Adalet (Iustitia) ve Hakkaniyetin (Aequitas) Anlamı ve Gerçekleşme Biçimi”, (2010) 7 (1), Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 39 dp 6.

³⁶ Doğal hukukun tüm insanların özgür doğduğu anlayışı, kölelere özgürlük tanınmasının hukuki gereğini oluşturmuş ve *favor libertatis* (özgürlük lehine tercih) bir hukuk ilkesi halini almıştır. Söğütü (n 3) 149.

³⁷ Gelişimi uzun bir zaman sürecine yayılan Roma devletinde değişen sınırlar, sosyal, ekonomik ve toplumsal olaylar gibi nedenlere dayanarak farklı rejimler hüküm sürmüştür. Değişen siyasal rejimlere bağlı olarak hukuk yaratan kaynaklar da değişkenlik göstermiştir. Son imparatorluk dönemine denk gelen Postklasik hukuk devrinde ise hukuk yaratan kaynak olarak sadece imparator iradesinin ürünü olan imparator emirnamelerinden bahsedebiliriz. Söğütü, (n 3) 89; Honig, (n 5) 89; Ziya Umur, *Roma Hukuku, Tarihi Giriş- Kaynaklar- Umumi Mefhumlar-Hakların Himayesi*, (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1982) 245. Konumuzu ilgilendiren örneklerinde doğal hukuk anlayışını benimsemiş imparatorların getirdikleri düzenlemeler kölelerin lehine olsa da imparator iradesinin ürünü olan düzenlemelerin her durumda hukuka katkı sağladığından bahsedemeyiz. Örneğin kendi iradesi yanında başka bir iradenin hukuk yaratmasının önüne geçmek isteyen imparator *Hadrianus, praetor* beyannamesinin değişmez hale gelmesini sağlamıştır. Bu durum, *praetorum* faaliyetlerinin yaratıcı kuvvetini kaybetmesine neden olmuştur. Umur, (n 35) 219.

ceza *stipulatio*'sundan kurtulabilir mi, *Scaevola* kurtulabileceğini açıkladı. Yine eğer ki *Flavius Hermes*'in mirasçısı *Claudius*'un mirasçısını dava etmek istemezse buna rağmen *Claudius*'un mirasçısı, yukarıdaki *stipulatio*da da ispatlanan *Hermes* ile *Claudius* arasındaki anlaşma gereği, köle *Stichus*'un hürriyetini bahşetmek ile yükümlü müdür? *Scaevola* onun yükümlü olduğunu açıkladı.

Metinden bağışlama sözleşmesine dâhil olan kimseler arasında geçerli olan ve onların iradesi ile anlaşmaya eklenen kayıt gereği yükümlülüğüne uygun davranmayan bağışlananın (ve hatta onun mirasçısının) dava edilebileceğini ve bu şekilde bağışlayanın saikine ve kölenin menfaatine uygun olan bir çözüm belirlendiğini anlıyoruz.

Scaevola'dan *Digesta*'ya alınan metinde tarafların yaptığı sözleşmede onların iradesini göz ardı ederek kölenin menfaatine düzenleme yapıldığı ve *ipso iure* hürriyetine kavuşacağı yönünde bizi aydınlatan metinler ise şöyledir:

D 18.7.10: “*Cum venderet pamphilam et stichum, venditioni inseruit pactum conventum, uti ne eadem mancipia pamphila et stichus, quos minorato pretio vendidit, alterius servitutum quam seii paterentur post mortemque eius in libertate morarentur: quaesitum est, an haec mancipia, de quibus inter emptorem et venditorem convenit, post mortem emptoris iure ipso liberata sint. respondit secundum constitutionem divi hadriani super hoc prolatam pamphilam et stichum, de quibus quaereretur, si manumissi non sint, liberos non esse. claudius: divus marcus ex lege dicta libertatis in vendendo quamvis non manumissos fore liberos in semenstribus constituit, licet in mortis tempus emptoris distulit venditor libertatem.*”

D 18.7.10: *Pamphila* ve *Stichus*'un satışında, satıcı düşük bir ücret mukabili satılan *Pamphila* ve *Stichus*'un, *Seius* dışında kimseye köle edilmemelerini ve *Seius*'un ölümü halinde kölelerin derhal hür olmalarını içeren bir anlaşma yaptı. Alıcı ile satıcı arasında anlaşmaya konu edilen kölelerin, alıcının ölümü halinde kanun gereği hür olup olmayacakları soruldu. Sorunun cevabı, Yüce *Hadrianus*'un bu konudaki düzenlemesi gereği, *Pamphila* ve *Stichus*'un azat edilmedikleri sürece hür olmayacakları yönündedir. Yüce *Marcus* altı aylık düzenlemesinde, satıcı tarafından alıcının ölümü halinde hür olacağı kaydıyla satılan kölelerin azat edilmiş olmasalar da hür olacağını kabul etmektedir.

Metin dikkatle incelendiğinde *Hadrianus* döneminde, “*ut manumittatur*” kaydı ile satılan kölelerin azat etme muamelesi olmadan hürriyetlerine kavuşamayacağı anlaşılmaktadır. Bir başka ifadeyle kölelerin hür olmaları bir şekilde azat etme muamelesinin gerçekleştirilmesi ile mümkün olmaktadır. Oysa *Marcus Aurelius*'un emirnamesinden itibaren köleler haklarında herhangi bir şekilde azat etme muamelesi gerçekleştirilmemiş olsa da emirname gereği hür sayılabilmişlerdir³⁸.

D 40.1.20.2: “*Puellam ea lege vendidit, ut post annum ab emptore manumitteretur: quod si non manumisisset, convenit, uti manum iniceret aut decem aureos emptor daret. non servata fide nihilo minus liberam ex sententia constitutionis fieri respondit, quoniam manus iniectio*

³⁸ Roma Hukukunda bir vasiyet edenin, *fideicommissum* yoluyla kendi kölesini azat etmesi mümkündür. *Senatus Consultum Rubrianum*, vasiyetçinin azat ettiği köleyi serbest bırakmayan kimseyi *praetor*'un buna zorlaması ve kölenin hürriyetini ilan etmesini mümkün kılan bir düzenleme idi. Söz konusu düzenleme dahi kölenin hürriyet ilanı için *praetor*'un onayını aramaktadır. Bu açıdan *Marcus Aurelius*'un emirnamesi oldukça önemli bir yeniliğe işaret etmektedir. Berger, (n 3) 699.

plerumque auxilii ferendi causa intervenit: itaque nec pecunia petetur, cum emolumentum legis voluntatem venditoris secutum sit.”

D 40.1.20.2: Bir kız, alıcının bir yıl sonra azat etmesi kaydı ile satıldı; alıcının bunu yapmadığı takdirde satıcının köleye *manus iniectio* ile el koyabileceği veya alıcının ona on *aureo* vereceği hususunda anlaşıldı. *Papinianus*, emirname uyarınca, *manumissio*'nun özgürlüğü bahsetme amacına yönelmesine istinaden, alıcının borcuna sadık kalmadığı takdirde kölenin özgür sayılacağını cevapladı; böylece satıcının niyetini mümkün kılan emirname dolayısıyla cezai şart için dava da mümkün olmayacaktır.

Konuya ilişkin oldukça az sayıdaki metinlerden olan D 40.1.20.2 ve D 18.7.10'daki açıklamalardan imparatorların emirnameleri ile getirilen düzenlemeleriyle, alıcı “*ut manumittatur*” kaydından doğan yükümlülüğünü ihlal ettiği takdirde satıcının, satılan köleye el koyabileceği yönündeki yaptırımının veya cezai şart kaydının hükümsüz kılındığı anlaşılmaktadır. Bir başka ifadeyle ne satıcının ne alıcının köle üzerindeki mülkiyetinin devamına müsaade edilmemektedir. Söz konusu emirnameler, satıcının “*ut manumittatur*” kaydını eklediği esnada kölenin özgürlüğüne kavuşması yönündeki saikini esas almakta ve aynı zamanda kölenin menfaatine uygun bir sonuca varmaktadır.

Bu husustaki bilgileri; “*ut manumittatur*” kaydının eklendiği satış sözleşmesinde, sözleşmeye konu edilen kölenin durumunun yüzyıllar içinde giderek güçlendirildiğini ve en nihayetinde özgürlüğünün önünde bir engel bırakılmadığı, köleye imparatorluk iradesi ile “*ipso iure*” özgürlük tanıdığı yönünde özetleyebiliriz. Aslında “*ut manumittatur*” kaydının eklendiği satış sözleşmesi ile özgürlüğüne kavuşma yönünde bir beklenti içinde olan kölenin hukuki durumu *statuliber*'den farklı değildir. Roma hukukunda vasiyetnamenin içeriğinde yer alan tasarruflardan azat etme muamelesi geciktirici bir şarta bağlandığı (veya bir vadenin tamamlanması öngörüldüğü) için, muamelenin hükümlerinin askıda olduğu dönemde, kölenin içinde bulunduğu hukuki durumu ifade eden “*statuliber*” kavramı ve arz ettiği özellik, hak beklentisi içinde olan kölenin, doğabilecek zararlara karşı hakkaniyet gereği korunması gerektiği anlayışının doğmasına yol açmıştır. *Digesta*'da yer alan “*Statuliberorum iura per heredem fieri non possunt duriora: Mirasçı, statuliber'in haklarını ihlal edemez*” (D 7.40.33) şeklindeki hüküm bu anlayışın bir ürünüdür³⁹. Roma hukukunda şarta bağlı olarak hak beklentisi içinde olan *statuliber* bu zaman zarfında, mirasçının şartın gerçekleşmesine etkide bulunmasına karşı himaye edilmektedir. *Statuliber*'in durumunun beklenen hak sahibi olarak görülmesi ve hukuk tarafından himaye edilmesi nasıl ki bir gelişimin ürünü ise, *ut manumittatur*” kaydının eklendiği satış sözleşmesi ile özgürlüğüne kavuşma yönünde bir beklenti içinde olan kölenin durumunun da *favore libertatis* (hürriyet lehine) himaye edilmesi gerektiği yönünde anlayış da zaman içindeki gelişimin ürünüdür. Bu bağlamda *Marcus Aurelius* ve *Hadrianus*'un emirnameleri, köle üzerindeki mülkiyet hakkının yeni sınırları olarak karşımıza çıkmaktadır.

³⁹ Bu husustaki açıklamalar için bkz Günveren, *Statuliber*, (n 31) 1250.

C- “*Ne manumittatur*” Kaydı ile Satış:

Köleyi konu edinen satış sözleşmelerine eklenen ve “*ne manumittatur*” kaydı olarak ifade edebileceğimiz bir kayıt daha mevcuttur. Hukuki metinlerden bu kayda ilişkin bilgiler oldukça azdır. Köle satıcı tarafından “*ne manumittatur* (azad edilmemesi için)” kaydı ile satıldığı takdirde, alıcı, kölenin azat edilmeyeceğini taahhüt etmektedir. Köle satışlarına getirilen diğer kayıtların aksine “*ne manumittatur*” kaydının bulunduğu satışlarda, alıcının yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde, borcuna aykırılık teşkil eden bu durumdan kaynaklanan zararın karşılanmasını öngören herhangi bir cezai şart kararlaştırıldıklarına da rastlanmamaktadır. Bu konuya ilişkin hukuki metinlerden, köle için cezai mahiyette olan ve alıcı için bir yükümlülük olarak sözleşmeye eklenen bu kayıtların ihlal edilemeyeceği anlaşılmaktadır.

D 40.1.9: “*Servus hac lege venditus, ne manumittatur, vel testamento prohibitus manumitti, vel a praefecto vel a praeside prohibitus ob aliquod delictum manumitti ad libertatem perduci non potest*”.

D 40.1.9: Azat edilmemesi gerektiğine ilişkin kayıt ile satılan bir köle veya bir suç nedeniyle vasiyetname ile ya da eyalet valisi tarafından azat edilmekten menedilen biri hürriyetine kavuşamaz.

D 40.9.9.2: “*Qui hac lege venierint, ne manumittantur, vel qui testamento prohibiti sint manumitti vel iussu praesidis provinciae, licet manumittantur, tamen ad libertatem non perveniunt*”.

D 40.9.9.2: Azat edilmemesi gerektiğine ilişkin kayıt ile satılan köleler veya bir vasiyetname veya eyalet valisinin talimatı ile azat edilmeleri yasaklanan köleler, azat edilseler bile, hürriyetlerine kavuşamazlar.

Bu konuya dikkat çeken iki hukuki metin dışında *Suetionus*'un *Divus Augustus* adlı eserinde (21'de)⁴⁰ de “*ne manumittatur*” kaydına ilişkin olarak bilgi verilmektedir. *Augustus*'un Kuzey bölgelerine yaptığı seferleri ve zaferleri konu eden parçada, sık sık isyan eden ve ihanet içinde olan tutsaklar için imparatorun ceza yöntemi olarak otuz yıl azat edilememeleri koşulu ile satılmalarına karar verdiğinden bahsetmektedir. Dolayısıyla gerek bu kaynakta gerekse oldukça kıt olan diğer bilgi kaynaklarımızdan suç işleyen tutsakları konu edinen satış sözleşmelerine, onları cezalandırmak amacıyla, “*ne manumittatur*” kaydının eklendiğini anlıyoruz.

Sonuç

Roma Hukukunda bir iyi niyet sözleşmesi olan satış sözleşmesine bağlı olarak yapılan *pactumlar* ile alıcı ya da satıcı lehine birtakım kayıtların eklenmesi mümkündür. Bu bağlamda eklenen (*in diem addictio, pactum displicentiae, pactum*

⁴⁰ *Suetionus, Augustus* 21 Metin için bkz. *Divus Augustus* (thelatinlibrary.com) ve metnin İngilizce çevirisi için bkz. *Suetonius, In Two Volumes*, (Çev. ROLFE, J.C., editörler: PAGE, T.E./ CAPPs, E./ ROUSE, W.H.D./ POST, L.A./ WARMINGTON, E.H.), Cambridge 1950, C. I, s. 220-221.

arrhale, lex commissoria... gibi) diğer kayıtlardan farklı olarak “*ut manumittatur* (azat edilsin diye)”, “*ut exportetur* (bir yere gönderilsin diye)”, “*ne manumittatur* (azat edilmemesi)”, “*ne serva prostituatur* (fuhuşa sevk edecek davranışlardan kaçınılması)” şeklinde ifade edebileceğimiz kayıtlar ise sadece kölenin konu edildiği satış sözleşmelerine eklenebilirdi. “*Ut manumittatur* (azat edilsin diye)” ve “*ne manumittatur* (azat edilmemesi)” denilen kayıtlar kölenin azat edilmesine ya da cezai mahiyette bir kayıt olarak özgürlüğünün bahşedilmemesine ilişkindi. “*Ut exportetur* (bir yere gönderilsin diye)” kaydı, kölenin bulunduğu yerden başka bir yere ihraç edilmesini ihtiva ederdi ve satıcının iradesi ile sözleşmeye eklenen bu kayıt, güvenliğini sağlamaya yönelik olduğu için satıcının menfaatine idi. “*Ne serva prostituatur* (fuhuşa sevk edecek davranışlardan kaçınılması)” şeklindeki kayıt ise hem satıcının hem de kölenin menfaatine idi. Bu kayıtlar alıcının satıcı ile yaptığı *mancipatio* muamelesi esnasındaki *stipulatio*dan doğan taahhüdünden ya da *pactum*dan kaynaklanırdı. Hukuki metinlerden edindiğimiz bilgilere göre, alıcı taahhüdüne aykırı davrandığı takdirde satıcının *manus iniectio* ile satış sözleşmesine konu edilen köleyi geri alabileceği, taraflarca belirlenen cezai şartı talep edebileceği ya da kölenin özgürlüğüne kavuşacağı yönünde yaptırımların da belirlenmesi mümkündür.

“*Ut exportetur*” ve “*ne serva prostituatur*” kaydı ile satış sözleşmesi hakkında aynı metinde bilgiler içeren D 18.7.9; alıcının, satış sözleşmesine eklenen bu kayıtlara uygun davranmaması halinde, *manus iniectio* yaptırımının uygulanacağını ve alıcının kölenin mülkiyetini kaybedeceğini ifade etmektedir. “*Ne serva prostituatur*” kaydı ile satış sözleşmesine aykırılık ise mülkiyet hakkına sahip olan malik bakımında *manus iniectio*’dan daha ağır bir yaptırımı da ihtiva edebilmektedir. Eğer ki kölenin konu edildiği satış sözleşmesi, kölenin fuhuşa itilmesi halinde özgürlüğünü kazanacağı kaydını ihtiva ediyorsa, yükümlülüğü kimin ihlal ettiği önemsenmeksizin (ilk alıcı ya da müteakip satışıdaki üçüncü kişi tarafından) köle özgürlüğüne kavuşturulmaktadır. Bir başka deyişle yükümlülüğün ihlal edilmesi halinde kölenin hürriyeti lehine karar verilmektedir. Bu alanda daha sonra İmparator *Vespasianus* tarafından bir düzenleme yapılmıştır. Söz konusu düzenleme, “*ne serva prostituatur*” kaydından haberdar bile olmayan sonraki alıcının kayıt dolayısıyla sorumluluğunu kabul etmektedir. Sonraki alıcının mülkiyet hakkını ortadan kaldıran bir düzenleme yapan imparator, aslında sözleşmelerin nisbiligi ilkesine aykırı olan ve ihlali halinde *actiones in rem* ile korunan aynı haklara tamamen yabancı yeni bir istisna yaratmaktadır. Zira “*ne serva prostituatur*” kaydı eklenerek gerçekleştirilen ilk satış sözleşmesinden sonra, ilk alıcının “*ne serva prostituatur*” kaydı içermeyen yeni bir sözleşme yapması halinde, üçüncü kişinin (yeni alıcının) köle üzerindeki mülkiyeti hakkı ortadan kaldırılarak, kölenin hürriyetine kavuşarak ilk satıcının azatlısı olacağı kabul edilmiştir. Bu düzenleme imparator iradesini yansıtmaktadır ve kölenin menfaatinidir. İlk sözleşmenin tarafı olmayan ve dolayısıyla sözleşmede yer alan kayıttan haberdar olmayan üçüncü kişi

(yeni alıcı) adeta o sözleşmenin tarafı gibi sorumlu tutulmaktadır. İmparatorluk iradesi olan bir düzenleme, mülkiyet hakkının sınırı olarak “*ne serva prostituatur*” kaydını tespit etmiş olmaktadır. Çalışmamızda açıklanan nedenlerle ilk satıcının, (bir başka deyişle “*ne serva prostituatur*” kaydı; iradesinin ürünü olan malikin), köleyi fuhuştan uzak tutmaya yönelik iradesinin imparator tarafından da korunduğunu anlıyoruz. Hatta D 2.4.10.1’e göre emirname, “*ne serva prostituatur*” kaydını ortaya atan ilk satıcının, bu iradesine aykırı bir tutumuna karşı bile korumaktadır. Bu bakımdan “*ne serva prostituatur*” kaydı, Roma Devletinde fahişelerle ilgili devlet politikasının özel hukuk sistemine olan müdahalesini ortaya koyması bakımından dikkat çekicidir.

Çalışmamızda yer verdiğimiz üzere “*ut manumittatur*” kaydı ise farklı saiklerle köleye özgürlüğünün bahşedilmesini sağlamaya yönelikti. Dolayısıyla satıcının iradesi ile sözleşmeye eklenen bu kayıt, köle menfaatine bir beklenen hak doğururdu. Bununla beraber özel hukuk kapsamında, alıcının yükümlülüğüne aykırı davranması halinde; satıcının *manus iniectio* imkanına sahip olabilmesi ve ceza şartın bir yaptırım olarak kabul edilebilmesi, kölenin özgürlüğünü etkileyen önemli etkenlerdi. Bu yaptırımlar kölenin beklenen hakkına kavuşmasını satıcının insiyatif ve merhametine terkeden unsurlardı. Oysa İmparatorlar bu konuya müdahale etmiş ve MS II. yüzyıldan itibaren tarafların iradesi ile eklenen “*ut manumittatur*” kaydından doğan yükümlülüğe aykırı bir davranışın köleye *ipso iure* özgürlüğünü kazandıracakını kabul etmişlerdir. Bir başka deyişle Roma Hukukunda, “*ut manumittatur*” kaydının eklendiği satış sözleşmesi ile özgürlüğüne kavuşma yönünde bir beklenti içinde olan kölenin durumunun *favore libertatis* (hürriyet lehine) himaye edilmesi gerektiği yönünde anlayış zaman içinde güçlenmiştir. Taraf iradeleri ile satış sözleşmesine eklenen yaptırımlar da imparatorluk düzenlemeleri ile geçersiz kılınmıştır. Dolayısıyla anlaşılacağı üzere “*ut manumittatur*” kaydının ihlali halinde imparatorluk iradesi ile getirilen düzenlemeler, köle mülkiyeti üzerinde bir sınırlama yaratmıştır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliography/Bibliyografya

Arsal S M, Umumi Hukuk Tarihi, (Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları 1948).

Akşit O, *Roma İmparatorluk Tarihi (M.Ö. 27- M.S. 1929)*, (I. Kitap, İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Yayınları 1985).

Berger A, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, (Phililadelphia 1953).

- Buckland W W, *The Roman Law of Slavery, The Condition of The Slave in Private Law From Augustus to Justinian*, (New Jersey, 2000).
- Di Marzo S, *Roma Hukuku*, Çev Ziya Umur, (İstanbul Üniversitesi Yayınları 1959).
- Erdoğan B, *Roma Borçlar Hukuku Dersleri*, (Der Yayınları 2019).
- Erdoğan B, *Roma Eşya Hukuku*, (Der Yayınları 2020).
- Erdoğan B, *In Diem Addictio (Daha İyi Bir Teklif Kaydı)*, (İstanbul Üniversitesi Yayınları 1972).
- Erişgin Ö S, *Roma Hukukunda Tarihsel Gelişimi İçinde Contractus (Sözleşme) Kavramı ve Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütleri*, (Seçkin Yayıncılık, 2016).
- Güneş-Ceylan S, “Roma Hukukunda Contractus (Akit) ve Pactum (Anlaşma) İlişkisi”, (2005 Haziran-Aralık) IX (1-2), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 171-183.
- Güneş-Ceylan S, *Roma Hukukundan Günümüze Velayet-Vesayet Hukuku*, (Yetkin Yayıncılık 2004).
- Güneş Peschke S, *Roma Hukukundan Günümüze Kişilik Haklarının Korunması (Iniuria)*, (Yetkin Yayıncılık 2014).
- Günveren G, “Ius Civile’nin Tanıdığı Azat Etme Muameleleri ve Özel Hukuk Bakımından Sonuçları”, (2018), 76 (2), İstanbul Hukuk Mecmuası, 529-557.
- Günveren G, “Roma Hukukunda Statuliber”, (2016) 22 (2), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1241-1256.
- Honig R, *Roma Hukuku*, çev Şemsettin Talip, (İstanbul Üniversitesi Yayınları 1938).
- Iustinianus *Institutiones*, çev Ziya Umur, (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1968).
- Karadeniz-Çelebican Ö, *Roma Eşya Hukuku*, (Yetkin Yayıncılık 2015).
- Karagöz H, *Hukuk Kuralı (Regula Iuris) Kavramı*, (XII Levha Yayıncılık 2010).
- Karagöz H, “Roma Hukukunda Adalet (Iustitia) ve Hakkaniyetin (Aequitas) Anlamı ve Gerçekleşme Biçimi”, (2010) 7 (1), Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 35-56.
- Karagöz H, “Stoisyen Düşüncenin Roma Hukukuna Etkisi ve Doğal Hukuk (Ius Naturale) Anlayışı”, (2009) 50 (II), Doğu Batı Dergisi, 101-114.
- Kayak S, “Roma Hukukunda Cezai Şart”, (2006) 64 (1), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 237-258.
- Kayak S, “Adaletle Yönelmiş Bir Toplumsal Düzen Olarak Hukuk: Prof. Dr. Yasemin Işıktaç Armağanı, (Editör: Gürler S.) Aralık 2020, 435-490.
- Koschaker P ve Ayiter K, *Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1993).
- Mc Ginn T.A.J., *Prostitution Sexuality and the Law in Ancient Rome*, (Oxford 1998).
- Mındız E, “Roma Hukukunda Alım-Satım (Emptio- Venditio) Sözleşmesinde Satıcının Hukuki Ayıplardan (Evictio) Sorumluluğu”, (2013) 5 (46), Fasikül Hukuk Dergisi, 7-12.
- Rado T, *Roma Borçlar Hukuku*, (Filiz Kitabevi 2018).
- Sayın B, *Roma’da Köle ve Hukuku*, (Oniki Levha Yayıncılık 2020).
- Schwarz A, *Roma Hukuku Dersleri*, çev Türkan Rado, (7. Basım Doğan Kardeş Yayınları 1965).
- Söğütlü Ö., *Roma Özel Hukuku*, (Seçkin Yayıncılık 2020).
- Tahan Orhan D, “Roma Hukukunda Alım-satım Akdine Bağlı Pactumlar”, (2017) 8 (1), İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 199-224.
- Tahiroğlu B, *Roma Borçlar Hukuku*, (Der Yayınları 2020).
- Tahiroğlu B, *Mülkiyet Hakkının Sınırları*, (Der Yayınları 2001).

- Tahiroğlu B, *Roma Hukukunda Iniuria*, (İstanbul Üniversitesi Yayınları 1969).
- Eren S, “Roma Hukukunda Köle Mülkiyetinin Sınırları”, (2017) 23 (1), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 283-322.
- Tamer D., *Augustus Çağında Cinsel Suçlar ve Lex Iulia De Adulteriis Coercendis*, (Homer 2007).
- Thomas J.A.C, *Textbook of Roman Law*, (Oxford 1976).
- Umur Z, *Roma Hukuku Ders Notları*, (Beta Yayıncılık 2010).
- Umur Z, *Roma Hukuku Lügatı*, (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1983).
- Umur Z, *Roma Hukuku, Tarihi Giriş- Kaynaklar- Umumi Meşhumlar-Hakların Himayesi*, (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1982).
- Yüksel H, *Roma Hukukunda Satış Sözleşmesi (Emptio-Venditio)*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2015.
- Watson A, *The Law Of Persons In The Later Roman Republic*, (Cambridge University Press 1967).
- Zimmermann R, *The Law of Obligations Roman Foundations Of The Civilian Tradition*, (Oxford 1996).
- De Zulueta F, *The Roman Law of Sale*, (The Clarendon Press 1945).

Yararlanılan Diğer Kaynaklar

Corpus Iuris Civilis:

- Digesta: Mommsen, T/ Krüger, P, (Beroloni 1965).
- Codex: Krüger, P, (Beroloni 1965).
- Institutiones: Iustinianus Institutiones, çev Umur, Z, (İstanbul 1968).



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 08.04.2021
Revizyon Talebi: 08.09.2021
Son Revizyon Tarihi: 19.10.2021
Kabul: 19.03.2021

Roma Hukukunda *Nexum* İşlemi

Mehmet Mert Özyıldırım*

Öz

Antik kaynaklardan, Roma Hukuku'nun Eski Hukuk Dönemi'nde *nexum* adı verilen bir işlemin çok yaygın bir şekilde kullanıldığı anlaşılmaktadır. Fakat bu isimdeki bir işlemin her ne kadar uzun yüzyıllar boyunca yoğun olarak kullanıldığı bilirse de elimizde *nexum*'un tam olarak ne olduğu ve nasıl yapıldığı ile ilgili birincil bir kaynak bulunmamaktadır. İşlemin ortadan kaybolmasından yüzyıllar sonra yaşamış Romalı yazarlar arasında da bu konuda bir görüş birliği yoktur. Bu noktada *nexum* hakkında bilebildiğimiz tek kesin husus bu işlem ile borç altına girmiş kişilerin birçok acı ve istismarlara maruz kalmış olduğudur. Nitekim uzun yıllar boyunca devam eden istismarlar, M.Ö. 4. yüzyılda büyük bir pleb isyanının çıkmasına sebep olmuş ve bu isyan neticesinde çıkarılan *Lex Poetelia Papiria* ile *nexum*, uygulamadaki bütün önemini kaybetmiştir. Tarihi kaynaklar arasında bulunan görüş farklılıkları ve çelişkiler, modern Roma Hukuku doktrininde de *nexum* hakkında çeşitli teorilerin ileri sürülmesine neden olmuştur. Doktrininde, *nexum* işlemine yönelik Huschke ve Mitteis tarafından ortaya atılmış iki farklı önemli teori bulunmaktadır. Bu kapsamda çalışmamızın en temel amacı, yaklaşık 150 yıl boyunca Roma Hukuku doktrininde uzun tartışmaların konusu olan *nexum* işlemine yönelik ileri sürülen bu görüşlerin öne çıkan yönlerine odaklanarak olası bir senteze ulaşmaktır. Bu amaçla; çalışmada hem tarihi kaynaklar hem de doktrinindeki temel modern görüşler detaylı bir şekilde incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler

Nexum, *Per aes et libram*, *Lex Poetelia Papiria*, Doğrudan Doğruya İcra, Borç Esareti, Şekli Ödünç Sözleşmesi

Nexum Transaction in Roman Law

Abstract

From ancient sources, the *nexum* transaction was commonly used in the archaic period of Roman law. This *nexum* transaction has been used extensively for centuries; however, we do not have any primary sources on what *nexum* was and how it was made. There was also no consensus on this issue among Roman writers who lived centuries after the transaction had taken place. The only certain thing that we know about *nexum* is that people who entered debt because of this transaction were subjected to pain and abuse. These exploits that continued for many years caused a great plebeian revolt in the 4th century BC and *nexum* lost all its importance in practice after the law called *Lex Poetelia Papiria* that was enacted as a result of this debt bondage. Disagreements and contradictions among historical sources have caused various theories to be put forward on *nexum* in the modern Roman law doctrine. Two important theories were propounded by Huschke and Mitteis about *nexum* transactions. Therefore, the primary purpose of this study is to reach a possible synthesis by focusing on the significant aspects of the different views propounded about *nexum*, which has been discussed in Roman law doctrine for nearly 150 years. Thus, both the historical sources and the principal contemporary views were examined in detail in this study.

Keywords

Nexum, *Per aes et libram*, *Lex Poetelia Papiria*, Execution without Judgment, Debt Bondage, Formal Loan Contract

* **Sorumlu Yazar:** Mehmet Mert Özyıldırım (Arş. Gör.), Hacettepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Roma Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye E-posta: mertozyildirim@hacettepe.edu.tr ORCID: 0000-0001-7663-6599

Atf: Özyıldırım MM, "Roma Hukukunda *Nexum* İşlemi" (2022) 80(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 177.

<https://doi.org/10.26650/mecmua.2022.80.1.0006>



Extended Summary

There is no consensus in historical sources on what the *nexum* exactly was and the specific procedure that was used to make the transaction valid. The main reason for the lack of information is that we do not have any primary sources from the times when *nexum* was commonly used. Furthermore, it is seen that the meaning of the word has changed over time. After the enactment of *Lex Poetelia Papiria*, *nexum* had gained a different meaning from its former usage, and the word was used to describe the legal bond, *obligatio* in a general sense. This change of meaning also confused ancient Roman writers who lived centuries after the technical meaning of *nexum* had faded. In consequence, a diversity of opinions emerged concerning what the *nexum* transaction was originally in the archaic Roman law. Although several theories have been put forward by Romanists in the modern Roman law doctrine, two principal theories have come into prominence over the last few decades.

Huschke, a German Romanist, propounded the first view of *nexum* in 1846. He claimed in his book that *nexum* was a formal loan contract made with copper and scale (*per aes et libram*). To make this *per aes et libram* transaction valid, the involvement of *libripens* and five witnesses was necessary. The *nexum* gained public nature by weighing metals with *libripens*, which is usually done before five witnesses, representing five classes of Roman society. If the debtor fails to repay, the creditor declares him “*damnas*” by saying some mystical words (*dare damnas esto*) before the witnesses. Hence, because of the public and mystical nature of the transaction, it allowed the creditor to seize the debtor by *manus iniectio* without judgment. However, one of Huschke’s assertions that the *nexum* debtors could also be subjected to the punishments stated in the XII Tables such as death, being sold as a slave, or being cut into pieces, has been criticized by many writers.

In 1901, another German Romanist, Mitteis rejected Huschke’s theory by claiming that the association of the right of seizure with the mystical words “*dare damnas esto*” is a misconception. Mitteis propounded that there were two *nexum* transactions and none of them allowed the creditor to apply execution directly. The first *nexum* transaction was a normal loan contract that can be enforceable by *legis actio sacramento in personam*. However, the second *nexum* was a self *mancipatio* and was made by the insolvent debtors voluntarily to avoid harsh penalties provided by the XII Tables. This theory of Mitteis has also been criticized on the basis that the first *nexum* loan enforceable by *legis actio* and the hypothetical second *nexum* with self *mancipatio* that led to debt bondage is highly objectionable. Nevertheless, there are some logical aspects to the theory. Especially the argument that *nexum* was preferred by the debtors voluntarily to avoid the harsh penalties provided in the XII Tables appears plausible to explain why this old transaction was commonly used.

Consequently, to reach a logical conclusion, the provision related to the execution of debts in XII Tables is of great importance. We believe that the expression of “acknowledged money debts” (*aeris confessi*) in XII Tables should be considered to include *nexum* debtors who were declared as *damnas* by the creditor. So, the debtor could not claim that the *nexum* transaction had not been conducted. Therefore, we can conclude that; creditors who sought to seize their *nexum* debtors had to bring them to the court and follow *manus iniectio* procedure just because *nexum* loans were acknowledged as money debts. However, for the ongoing provisions of the relevant text (starting with *ni iudicatum facit*) the law only refers to judgment debtors who were convicted by *iudex*. Thus, it should be admitted that after the expression of *ni iudicatum facit*, the provisions about *nexum* ended, and punishments stated in the ongoing provisions of XII Tables could not be applicable for *nexus*.

As a result, we came to the same conclusion as Huschke that *nexum* is a formal type of loan contract made with copper and scale, and if the debtor could not repay the loan on the agreed date, the creditor could apply *manus iniectio* directly. The public nature of *nexum* created this right of execution against the debtor without judgment. It is possible to confirm this view by interpreting some texts in the *Institutiones of Gaius*. But after *manus iniectio*, the debtor had to submit to personal restraint and was obliged to work for the creditor and not be killed, sold as a slave, or cut into pieces as *Mitteis* propounded. Nevertheless, what prevented borrowers from being subjected to these penalties was not self *mancipatio* transactions, it was because *nexum* loans were considered acknowledged money debts, and people who made *nexum* were exempted from the penalties prescribed in the XII Tables.

Roma Hukukunda *Nexum* İşlemi

Giriş

Roma Hukuku'nun en eski devirlerinden beri uygulanmış fakat çok muhtemelen M.Ö. 4. yüzyıl itibariyle kullanımı büyük ölçüde terk edilmiş olan *nexum*, izlerinin tespit edilmesi birçok güçlük içerdiğinden dolayı Roma Hukuku'nun anlaşılması en zor işlemlerinden biridir. Bu durum *nexum*'un, hakkında en çok bilgi sahibi olduğumuz Klasik Hukuk Dönemi veya *Iustinianus* Dönemi'nde değil fakat M.Ö. 7. ve M.Ö. 4. yüzyıllar arasında yaygın olarak kullanılmış olmasından kaynaklanmaktadır. Ayrıca işlemin yoğun olarak kullanıldığı son yüzyıl olan M.Ö. 4. yüzyıl içerisinde Roma'nın Keltler tarafından yağmalanması ve o döneme kadar gelen yazılı belgelerin büyük çoğunluğunun yağma sonucunda çıkan yangınlarda tahrip edilmesi de bu konudaki bilgi eksikliğinin önemli sebeplerinden biridir.

Tanımı, şekli, niteliği ve meydana getirdiği hukuki sonuçlar başta olmak üzere *nexum*, tüm bu bilgi eksikliklerinden dolayı Roma Hukuku doktrininde şiddetli bir şekilde tartışma konusu olmuştur. Elimizde işlemin yoğun olarak kullanıldığı zamanlardan kalma birincil bir kaynağın olmaması ve hakkındaki bilgilere işlem ortadan kalktıktan yüzyıllar sonra yaşamış olan tarihçi ve hukukçu yazarların eserleri aracılığıyla ulaşılmamasından dolayı *nexum*'un tam olarak ne olduğu konusu hâlâ tam olarak aydınlatılabilmemiş değildir. Dolayısıyla ileri sürülen görüşler ve ulaşılan sonuçların güvenilirliği her zaman şüphe etmeyi gerektirmektedir. Ancak bu konuda, her ne kadar kesinlik belirten bir fikir beyan etmek ya da belirli bir yargıya ulaşmak mümkün olmasa da çalışmamızdaki temel amaç, *nexum* hakkında olası ve tutarlı bir açıklamaya ulaşabilmektir.

Bu çerçevede, çalışma kapsamında önce *nexum* işleminin olası tanımı ve kuruluş şekli üzerinde durulmuş, ardından *nexum*'un muhtemel hukuki sonuçları ve işlemin tercih edilme sebepleri detaylı bir şekilde ele alınmıştır. Son olarak, değerlendirme ve sonuç kısmında ise *nexum*'dan bahseden tarihsel kaynaklar ve işlem hakkında ortaya atılmış doktrindeki modern görüşler incelenerek tutarlı bir *nexum* teorisine varılmaya çalışılmıştır.

I. *Nexum* İşleminin Tanımı

Roma Hukuku'nda *nexum*'un kesin ve net bir tanımını yapmak, işlemin henüz tam olarak aydınlatılamamış olması sebebiyle mümkün değildir¹. Bu konuda günümüzdeki tartışmaların yanı sıra Roma'nın Klasik Hukuk Dönemi hukukçularında dahi

¹ Morris Silver, 'The Nexum Contract as a Strange Artifice' (2012) 59 RIDA 217, 218; Ali Selkor Atak, 'Roma Hukukunda Tüketim Ödincü Sözleşmesi (Karz Akdi-Mutuum)' (Yayınlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi 2015) 28.

nexum'un tanımı, şekli veya kapsamı konusunda bir görüş birliği yoktur². Nitekim elimizde *nexum* hakkında, işlemin uygulandığı dönemden kalma birinci dereceden bir kaynak mevcut değildir³. Fakat işleme dair yüzyıllar sonra yaşamış Romalı hukukçu ve tarihçilerin anlatılarından *nexum*'un, *patrici* ve *pleb*'ler arasındaki sınıf mücadelesinde kritik bir yer yutan Eski Hukuk Dönemi'nin en önemli hukuki işlemlerinden biri olduğu anlaşılmaktadır⁴.

Nexum'u, günümüz doktrininde hâkim olan görüşe göre şu şekilde tanımlamak mümkündür. *Nexum*; borçlunun, alacaklısına, *per aes et libram* şeklinde yapılan bir işlem ile tanıklar önünde ödünç miktarı olarak belirlenen maden külçesini kararlaştırılan günde geri ödemeyi vadettiği şekli bir ödünç sözleşmesidir⁵. Ancak bu sözleşmeyi özel yapan husus ise borçlunun, ödemenin belirlenen zamanda yapılmaması halinde bir nevi borç kölesi olarak alacaklısı için geçici süreliğine hizmet etmek zorunda kalmasıdır⁶. Doktrindeki bu görüşe, işlemin ortadan kaybolmasından yüzyıllar sonra yaşamış olan Romalı yazarların eserlerinin, modern

² Francis de Zulueta, 'Recent Controversy about Nexum' (1913) 29 (2) LQR 137, 138; Jean Macqueron, *Histoire des obligations: Le droit romain*, (1. Bası, Publications du Centre d'histoire institutionnelle et économique de l'antiquité romaine 1971) 10.

³ Macqueron (n 2) 10.

⁴ Atak (n 1) 29. *Nexum* işleminden bahseden tüm Romalı yazarların listesi için bkz De Zulueta (n 2) 138.

⁵ Eduard Huschke, *Ueber das Recht des Nexum und das alte römische Schuldrecht: Eine rechtshistorische Untersuchung* (Gebauer 1846) 15, 16; Paul Frédéric Girard, *Manuel élémentaire de droit romain* (6. Bası, Arthur-Rousseau 1918) 487; Macqueron (n 2) 12; Silver (n 1) 218; William Hepburn Buckler, *The Origin and History of Contract in Roman Law: Down to the End of the Republican Period* (1. Bası, C.J. Clay and Sons 1895) 22; Herbert Felix Jolowicz ve Barry Nicholas, *A Historical Introduction to the Study of Roman Law* (3. Bası, Cambridge University Press 1972) 166; Charles Giraud, *Des "nexi", ou De la condition des débiteurs chez les romains* (1. Bası, Firmin-Didot Frères 1847) 32; James Muirhead, *Historical Introduction to the Private Law of Rome* (2. Bası, Adam and Charles Black 1899) 145; Geoffrey MacCormack, 'Nexi, Iudicati and Addicti in Livy' (1967) 84 (1) ZSS 350, 351; Eugène Petit, *Traité élémentaire de droit romain, contenant le développement historique et l'exposé général des principes de la législation romaine, depuis l'origine de Rome jusqu'à l'empereur Justinien* (Librairie Arthur Rousseau 1903) 497.

⁶ Silver (n 1) 217; Muirhead (n 5) 151.

Romanistler tarafından dikkatli şekilde analiz edilmesi sonucunda ulaşılmıştır⁷. Bu noktada, yukarıdaki tanıma ulaşmamızı sağlayan ve *nexum*'un ne olduğu konusunda değerli ipuçları veren elimizdeki en önemli tarihi metin, *Varro*'nun *De Lingua Latina* eserinde şu şekilde geçmektedir.

Varro, DLL 7.105

“*Nexum, Manilius scribit omne quod per libram et aes geritur, in quo sint mancipia; Mucius, quae per aes et libram fiant ut obligentur, praeter quom mancipio detur...*”

“*Manilius*’a⁸ göre *nexum*, maden külçesi ve teraziyle yapılan *mancipatio*’nun da dâhil olduğu tüm işlemlerdir. Fakat *Mucius*⁹, *nexum*’u *mancipatio* dışında maden külçesi ve terazi ile borç altına girmek için yapılan işlemler olarak tanımlamaktadır...¹⁰”

⁷ Doktrinde, özellikle haksız fiilden doğan bir borç sonucunda diyet verilmesi konusunda anlaşılması; fakat diyet bedelinin ileri bir tarihte ödenmesinin kararlaştırılması halinde alacaklıya güvence olması amacıyla verilen rehinelere, *nexum* işleminin kökenini oluşturduğu da ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre, günümüzde olağan bir borç ilişkisinin birbirini tamamlayan ve birbirine bağlı olan borç (*Schuld*) ve sorumluluk (*Haftung*) unsurları Roma Hukuku’nun en eski devirlerinde ayrı ayrı işlemlerle kurulmuştur. Nitekim hukukun yeterince gelişmediği bir dönemde tek başına bir haksız fiilin işlenmesi veya bir anlaşmanın yapılması alacaklıya, borcun ödenmesi konusunda bir zorlama yetkisi vermemektedir. Dolayısıyla geçerli bir şekilde borç kurulsada hâhîki bu işlemler dolaylı ifanın yapılmaması halinde borçlunun şahsı veya malvarlığı üzerinde hâkimiyet kurulmasına imkân yoktur. Bu noktada bedelin ödenmemesi riskini almak istemeyen alacaklı, borçlu tarafından ifa yapılana kadar kendisine rehine veya rehinerler verilmesini isteyecektir. Bu görüşü savunan yazarlara göre, rehinenin alacaklıya teslimini içeren sorumluluk işleminin adı *nexum*’dur. Üçüncü bir kişinin kendi özgürlüğüyle ifayı garanti etmesi alelade bir işlem ile değil fakat *nexum* adı verilen şekli bir işlemle yapılmaktadır. Ulrich von Lübtow, ‘Das altrömische nexum als Geiselschaft’ (1936) 56 (1) ZSS 239, 246 vd; Otto Lenel, ‘Das Nexum’ (1902) 23 ZSS 84, 96-97; Georges Cornil, *Ancien droit romain, le problème des origines* (Recueil Sirey 1930) 82-87; Jolowicz ve Nicholas (n 5) 162-163; Ludwig Mitteis, ‘Ueber das Nexum’ (1901) 22 (1) ZSS 96, 102; Andreas Schwarz, *Borçlar Hukuku Dersleri, Cilt 1* (Bülent Davran çev, Kardeşler Basımevi 1948) 79-80. *Nexum* sonucunda rehine, borcu güvence altına almak için doğrudan alacaklının hâkimiyetine girmekte ve borç ödendiği zaman serbest bırakılmaktadır. Borçlunun bedeli alacaklıya ödememesi durumunda ise alacaklı intikamını rehineden almak konusunda serbesttir. Dolayısıyla rehinenin kendisi borca bizzat sebep olan kişi olmasa da borçtan sorumlu olan kişi olacaktır. Zira bu en eski devirlerde sorumluluk, ifanın yapılmaması halinde borçlunun şahsında doğan ve borcu takip eden bir olgu değil alacaklıya fiziksel bir bağlanma (*nectere*) olarak düşünülmelidir. von Lübtow (n 7) 247; Cornil (n 7) 85; Jolowicz ve Nicholas (n 5) 162. Hukuki gelişimin ilerlemesiyle birlikte bir borçtan dolaylı sorumlu olan rehinelere yerini kefiller almıştır. Kefilin, rehinelere farklı olarak kefaletin verilmesinden sonra doğrudan alacaklının hâkimiyetine girmeyeceği ilkesi kabul edilmekle birlikte borcun ödenmemesi halinde alacaklının kefile el koyma hakkı dolayısıyla bizzat borçlu olmayan kişinin fiziken sorumlu olması durumu bir süre daha devam etmiştir. Ancak zamanla borçlunun kendi borcundan dolaylı yine bizzat kendisinin sorumlu olması gerektiği düşüncesi, kişinin borcu için kendisine kefil olabilmesi fikrini doğurmuş ve bu sebepten dolayı Roma Hukuku’nda *nexum*’dan farklı olarak *sponsio* adı verilen bir işlem daha ortaya çıkmıştır. Dolayısıyla *sponsio*’nun ilk zamanlardaki hukuki fonksiyonu da borçlunun, kefaleti kendi üzerine alarak borcundan dolaylı kendi başına sorumlu olmasını sağlamaktır. Zaman içerisinde *sponsio* ve *nexum* işlemlerinde birtakım değişiklikler meydana gelse de *sponsio* bir borca kefil olmanın *nexum* da bir borçtan dolaylı özgürlüğün rehin verilmesinin izlerini her zaman taşımıştır. Ludwig Mitteis, *Über die Herkunft der Stipulation: Eine Hypothese* (Nabu 1921) 9-11; Paul Koschaker ve Kudret Ayiter, *Modern Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları* (2. Bası, Sevinç Matbaası 1977) 210; Schwarz (n 7) 82. Bu varsayımı destekleyen yazarlar görüşlerine, eski Germen Hukuku’nda borç ve sorumluluk unsurlarının birbirinden ayrı olabileceğini ortaya koyan Gierke ve von Amira’nın eserlerini dayanak almıştır. Söz konusu yazarlardan Gierke, eski Germen Hukuku’nda bir kişinin kendi veya başkasının borcuna karşılık el ve sözlerin kullanıldığı şekli bir işlemle (*Formalakt mit Hand und Mund*) özgürlüğünü rehnettiği *Treugelübde* (sadakat vaadi) adı verilen bağımsız bir sorumluluk işleminin olduğunu ileri sürmüştür. Otto von Gierke, *Schuld und Haftung im älteren Deutschen Recht* (Verlag von M. & H. Marcus 1910) 132. Ancak Roma Hukuku’nun Eski Hukuk Dönemi’nde, Germen Hukuku’nda olduğu gibi bilinçli olarak borç ve sorumluluk işlemlerinin ayrı şekillerde kurulduğuna dair bir iz bulunmadığı gibi *nexum* işleminin ilk halinin bir kişinin alacaklıya rehine verilmesi olduğu iddiası da sadece varsayımlara dayanmaktadır. Macqueron (n 2) 9-20 vd.

⁸ M.Ö. 149 yılında *consul*’lük yaptığı kabul edilen *Manilius, Digesta*’da, 3 farklı hukuki eseri bulunan değerli bir kişilik olarak tanıtılmaktadır. Bkz *Dig. 1.2.2.39*; von Lübtow (n 7) 240; Atak (n 1) 38 dn 180.

⁹ *Mucius*’un kişiliği konusunda birtakım tartışmalar mevcuttur. Bazı yazarlar metinde geçen *Mucius*’un M.Ö. 133’de *consul* olan *Publius Mucius Scaevola* olduğunu ileri sürerken hâkim görüş ise metinde kast edilen *Mucius*’un M.Ö. 95 yılında *consul*’lük yapan *Quintus Mucius Scaevola* olduğu yönündedir. Félix Senn, ‘Le nexum contrat de prêt du très ancien droit romain’ (1905) 29 (1) NRH 49, 60; Atak (n 1) 38 dn 180; Giraud, *Nexi* (n 5) 40. M.Ö. 133’de *consul* olan *Mucius*’u doğru kabul eden görüş için bkz von Lübtow (n 7) 240.

¹⁰ Çalışmada geçen *Varro*’ya ait Latince metinler ve İngilizce tercüme için bkz Marcus Terentius Varro, *On the Latin Language, vol I: Books 5-7* (Roland G. Kent çev, Harvard University Press 1938).

Varro'nun aktarımıyla *Manilius*, *nexum*'u *per aes et libram* kavramıyla eşit tutarak *mancipatio*'yu da *nexum*'un bir çeşidi sayarken, *Mucius* ise *mancipatio* ve *nexum*'u *per aes et libram* ile yapılan iki ayrı kavram olarak değerlendirmiş ve *nexum*'u bu usul içerisinde borç altına girmek için yapılan bir işlem olarak tanımlamıştır. *Varro*'nun görüşlerini aktardığı metinde bahsi geçen bu kişilerin *nexum* işleminin ortadan kalkmasından yaklaşık 300 yıl sonra yaşadığı düşünülürse kendi dönemlerinden çok daha eski bir dönemde kaybolmuş bir işleme dair görüş ayrılıkları yaşamış olmaları normal karşılanmalıdır. Bu noktada *nexum* hakkında modern Romanistlerin büyük çoğunluğu *Mucius*'un yorumunun doğru olduğunu kabul etmektedir¹¹. *Mucius*'un yorumuyla birlikte *nexum*'un *mancipatio*'ya benzer hatta onu da kapsayacak şekilde bir mülkiyet devri olmadığı, aksine daha dar kapsamda yalnızca borçlandırıcı bir işlem olduğu görüşü ön plana çıkmaktadır.

Varro'nun *nexum* hakkındaki açıklamalarına devam ettiği ve *nexum* borçlusunu olan *nexus*'ları tanımladığı aşağıdaki kısım ise işlemin daha iyi anlaşılabilmesi açısından büyük önem arz etmektedir.

Varro, DLL 7.105

“*Liber qui suas operas in servitute pro pecunia quam debet dat, dum solveret, nexus vocatur, ut ab aere obaeratus. Hoc verius esse ipsum verbum ostendit, de quo quaeritur: nam id aes quod obligatur per libram neque suum fit, inde nexum dictum.*”

“Borçlandığı paraya karşılık olarak borç ödeninceye kadar alacaklısına köle gibi hizmetlerini sunması gereken özgür kişiye *nexus* denir. Tıpkı maden külçesi borçlanan kişiye *obaeratus*¹² denilmesinde olduğu gibi. Kelimenin kendisi incelendiğinde ikinci olan yorum daha doğrudur. Çünkü burada *per libram* (terazi) ile borçlanılan maden külçesi (*aes*) karşı tarafın olmaz (*neque suum*)¹³.”

Bu metinden görüldüğü üzere *Varro*, *nexum* işleminden doğan borcun para ödünç olduğunu; ancak bu borcun zamanında ödenmemesi halinde *nexus*'un, alacaklısına köle gibi hizmet etmek zorunda kaldığını belirtmektedir. Nitekim *nexum*'un, konusunun alınan maden külçelerinin iadesi olan bir tür ödünç sözleşmesi olduğunu *Festus* da dolaylı olarak doğrulamaktadır.

¹¹ Henri Lévy-Bruhl, ‘The Act per aes et libram’ (1944) 60 (1) LQR 50, 61; Buckler (n 5) 22 dn 3. *Varro*'nun kendisi dahi *Mucius*'un görüşünü desteklemektedir. *Varro*, DLL 7.105 “... *Hoc verius esse...*” [“...Bu (ikinci yorum) daha doğrudur...”]

¹² *Oba+ aes+atus* şeklinde bir köke sahip olan ve maden külçesi borçlanan kişi anlamına gelen *obaeratus*'u örnek gösteren *Varro*, bu cümlede borçlunun durumuna verilen adın (*nexus*) işlemin kendi isminden (*nexum*) geldiğini belirtmek istemiştir. *Varro*'nun bu örneği vermesinde, çok daha önceki bir dönemde ortadan kalkmış olan *nexum* işlemi yerine okuyucusuna daha tanıdık gelebilecek bir kelimeyle durumu açıklayabilme isteğinin olabileceği de göz ardı edilmemelidir. Marc Kleijwegt, ‘Debt Bondage and Chattel Slavery in Early Rome’ iç Alessandro Stanziani ve Gwyn Campbell (ed), *Debt and Slavery in the Mediterranean and Atlantic Worlds* (Pickering & Chatto 2013) 29, 30.

¹³ *Varro*'nun bu noktada *nexum*'un kelime kökeninin *neque suum*'dan geldiğini ileri sürerek *Gaius*'un *mutuum* kelimesinin *ex meo tuum*'dan geldiğini ileri sürmesi gibi yanlış bir sonuca vardığı görülmektedir. Doktrin de hâkim olan görüşe göre *nexum* kelimesi, onun olmaz/karşı tarafın olmaz gibi anlamlara gelen *neque suum*'dan değil; fakat bağlamak veya zincirlemek gibi anlamlara gelen *nectere* kelimesinden türemiştir. Henry John Roby, *Roman Private Law in the Times of Cicero and of the Antonines, vol II* (Cambridge University Press 1902) 305; Lenel (n 7) 95; von Lübtow (n 7) 241; Atak (n 1) 40 dn 190; Koschaker ve Ayiter (n 7) 207. Ayrıca bkz *Festus, Verb. Sig. 12. 31.*

Festus, Verb. Sig. 162.1

“*Nexum aes apud antiquos dicebatur pecunia.*”

“*Nexum* yoluyla borçlanılan paraya *nexum aes* denilir.”¹⁴

Nexum'dan doğan bu para borcunun zamanında ifa edilmemesi durumunda ise borçlu kişi doğrudan doğruya alacaklısına hizmet etmek zorunda kalmaktadır. Dolayısıyla borçlu kişi *nexum* işleminde alacaklısına ödünç aldığı parayı zamanında ödemeyi; ancak eğer borcunu ödeyemezse ona köle gibi çalışmayı bir diğer deyişle bizzat şahsıyla sorumlu olmayı kabul etmektedir¹⁵. Bu kişiler, borçlarını ödeyememeleri halinde geçici bir süre alacaklılarının yanında kalarak çiftçilik işleri, ev işleri veya muhasebe işleri gibi alanlarda çalıştırılmaktadır¹⁶. Ancak bu noktada, borcunu ödeyemeyen ve alacaklısına hizmet etmek durumunda kalan *nexus*'ların hukuken 'borç kölesi' olduğunu ifade etmek mümkün değildir¹⁷. Nitekim antik kaynaklardan, aldığı bir ödünçü ödeyemeyip alacaklısına hizmet etmek zorunda kalan *nexum* borçlularının Roma Hukuku'ndaki köle statüsüne düşmedikleri anlaşılmaktadır. Bu kişiler kölelerin durumunda olduğu gibi *capitis deminutio*'ya uğramamaktadır¹⁸. Aksine *nexus*'ların özgür ve *sui iuris* bir Roma vatandaşı olarak kendi aile üyeleriyle malvarlıkları üzerindeki egemenlikleri devam etmektedir¹⁹. Nitekim *nexus*'ların orduda hizmet etmek veya oy vermek gibi vatandaşlık hakları, alacaklısına hizmet etmekle birlikte sona ermez²⁰. Benzer şekilde *nexum* borcunu sona erdiren *nexi liberatio* işlemini de borçlu, kölelerden farklı bir biçimde bizzat kendisi taraf olarak gerçekleştirmektedir²¹. Dolayısıyla elimize ulaşan kaynaklardan, borcunu ödeyemeyip alacaklısına hizmet etmek zorunda kalan *nexum* borçlularının hizmet ettikleri süre boyunca bazı istismlara maruz kaldığı anlaşılrsa da yine de bu kişilerin hukuki olarak (*de iure*) değil; fakat yalnızca fiili olarak (*de facto*) kölelik benzeri bir durum (*servorum loco*) içerisinde bulunduğu kabul edilmesi gerekmektedir²².

¹⁴ Çalışmada geçen *Festus*'a ait Latince metinler ve Fransızca tercümeleri için bkz Pompeius Festus, *De la signification des mots* (A. Savagner çev/ C.L.F. Panckoucke ed, Bibliothéque Latine-Française Collection des Classiques Latins 1846).

¹⁵ Silver (n 1) 217.

¹⁶ Giraud, *Nexi* (n 5) 75. Kelime itibariyle başın eksilmesi anlamına gelen bu tabir, Roma Hukuku'nda kişinin hak ehliyetini azaltan, kısıtlayan sebepler anlamında kullanılmaktadır. Ziya Umur, *Roma Hukuku Lüğatı* (1. Bası, Fakülteler Matbaası 1975) 32.

¹⁷ Atak (n 1) 29 dn 129.

¹⁸ Giraud, *Nexi* (n 5) 75;

¹⁹ Frederick Walton, *Historical Introduction to the Roman Law* (4. Bası, W. Green and Son Limited 1920) 201; Atak (n 1) 29 dn 129.

²⁰ Kleijwegt (n 12) 30. Tek başına bu durum dahi işlemin *mancipatio*'dan farklı olduğunu ve kişinin kendi kendisini alacaklısına devredip *mancipium* haline gelmediğini ortaya koymaktadır. Walton (n 19) 201.

²¹ Roland Obenchain, 'Roman Law of Bankruptcy' (1928) 3(4) Notre Dame Law Review 169, 173.

²² C. W. Westrup, 'Notes sur la "sponsio" et le "nexum" dans l'ancien droit romain. Le nouveau fragment des Institutes de Gaius' (1947) 31 (2) KDVS HTM 20; Obenchain (n 21) 170.

Sonuç olarak Roma Hukuku açısından *nexum*, konusu alınan maden külçesinin geri ödenmesi olan; fakat ifanın zamanında yapılmaması durumunda borçlunun köle gibi hizmet etmekle yükümlü olduğu dolayısıyla kişinin bir nevi kendi borcuna karşılık emeği ile şahsi teminat verdiği özel bir ödünç sözleşmesidir.

II. *Nexum* İşleminin Kuruluşu

Nexum; her şeyden önce terazi ve maden külçesinin kullanıldığı, işlem sırasında tarafların fiziken bir araya geldiği ve 5 ergin Roma vatandaşı tanık ile terazi tutucu (*libripens*) bir kişinin de hazır bulunmasının zorunlu olduğu şekli bir ödünç sözleşmesidir²³. Dolayısıyla *nexum*, *mancipatio*'da olduğu gibi yazıyla veya sözlü olarak değil; fakat terazi ve maden külçesi (*per aes et libram*) adı verilen bir usul içerisinde gerçekleştirilmektedir²⁴. Bu kapsamda *nexum* ödünçünün kurulabilmesi için zaruri olan aşamaları aşağıdaki şekilde gruplandırmak mümkündür.

İlk olarak taraflar arasında, belirli bir miktar paranın ödünç verileceği konusunda anlaşılması ve bu ödünçün *nexum* yoluyla verilmesinin kararlaştırılması gerekmektedir. Taraflar arasında bu uzlaşma sağlandıktan sonra tanıkların çağırılması aşamasına geçilir. Bu noktada *nexum*'a aleniyet unsuru sağlayacak 5 ergin Romalı tanık, işlemin yapılabilmesi adına usulüne uygun bir biçimde *Forum*'a çağırılmalıdır (*testes rogati*)²⁵. İşlem sırasında hazır bulunması zorunlu olan bir diğer kişi olan terazi tutucusu *libripens*'in de tanıklar gibi çağrılıp çağrılmadığı konusu ise net değildir. Nitekim doktrinde *libripens*'in kişiliğine ilişkin birtakım tartışmalar bulunmaktadır. Bazı yazarlar *libripens*'in sıradan bir tanık olduğunu ileri sürmekteyken²⁶ bazı yazarlara göre ise *libripens* sıradan bir tanık değil; fakat bir kamu görevlisi veya

²³ Lévy-Bruhl, 'Per aes et libram' (n 11) 50-61; Girard (n 5) 487-488.

²⁴ Kelime itibarıyla 'maden külçesi ve terazi' anlamına gelen *per aes et libram* usulü, henüz devlet tarafından belirli bir standarda bağlanmamış bronz parçalarının ticari işlemlerde yoğun olarak kullanılması sonucu Roma hukuk hayatına dâhil olmuştur. İtalya'da en yaygın olarak bulunan metalin bronz olmasından dolayı Roma'daki ticari işlemlerde ilk kullanılan değerli metal de bronz olmuştur. Ancak ticaret hayatında kullanımları gittikçe yaygınlaşan ilkel bronz külçelerinin tamamen tesadüfi şekil ve ağırlıklara sahip olması ve madenlerin ağırlıkları konusunda sıklıkla çeşitli hilelere başvurulması gibi sebeplerle bronzla yapılan bazı önemli işlemlerin geçerli olabilmesi için tartımların, işlem sırasında *libripens* adı verilen bir kişi tarafından tanıklar önünde yapılması zorunlu tutulmuştur. Bu şekilde işlemin tarafları dışında 5 Roma vatandaşı tanık ve tartım işlemlerini gerçekleştiren *libripens* adı verilen bir kişinin hazır bulunmasının zorunlu tutulduğu usüle *per aes et libram* adı verilmiştir. Lévy-Bruhl, 'Per aes et libram' (n 11) 59; Girard (n 5) 478-488; Rudolf Jhering, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, vol III (De Meulenaere çev, 3. Bası, A. Marescq Aîné 1877) 222; Selahattin Eren, 'Satış Sözleşmesinin Tarihsel Kökleri' (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi 2018) 55-56. *Nexum* işleminin yanı sıra *mancipatio*, *testamentum per aes et libram*, *coemptio*, *imaginaria solutio* ve *emancipatio* işlemlerinin de geçerli bir biçimde kurulabilmesi için *per aes et libram* usulünün kullanılması zorunludur. Eren (n 24) 61; Koschaker ve Ayiter (n 7) 315-366; Umut, *Lügat* (n 16) 153.

²⁵ *Nexum* ile aynı usulde yapılan *testamentum per aes et libram* ve *mancipatio*'da işlem sırasında hazır bulunması gereken tanıkların orada bulunan alelade kişiler olmaması ve bu kişilerin tanıklık edecekleri konu hakkında bilgilendirilip usulüne uygun şekilde çağırılması zorunlu tutulmuştur. Eren (n 24) 63; Koschaker ve Ayiter (n 7) 136. *Dig. 28.1.21.2 (Ulpianus libro secundo ad Sabinum)* "...Si tamen ante testimonium certiorerentur ad testamentum se adhibitos, posse eos testimonium suum recte perhibere." ("...Eğer bu kişiler, işlemden önce bir vasiyet yapılması konusunda tanık olarak çağrıldıklarına dair bilgilendirildilerse ancak o zaman geçerli bir şekilde tanıklık etmeleri mümkündür.") Kanaatimizce benzer bir durumun *nexum* için de geçerli olma ihtimali oldukça yüksektir. Çalışmada geçen Latince *Digesta* metinleri için bkz Theodor Mommsen ve Paul Krueger (edr), *Digesta Iustiniani Augusti*, vol I-II (Weidmann 1870). İngilizce tercüme için bkz Alan Watson (ed), *Digesta Iustiniani*, vol I-4 (Alan Watson çev, University of Pennsylvania Press 1998).

²⁶ Mitteis, 'Nexum' (n 7) 100 dn 1; Buckler (n 5) 529; Walton (n 19) 136.

rahip olmak zorundadır²⁷. Dolayısıyla *libripens*'in bir kamu görevlisi veya rahip olma ihtimali de göz önüne alındığında tarafların, *praetor* örneğinde olduğu gibi doğrudan doğruya *libripens*'in huzuruna çıkması ve tanıkların onun bulunduğu bölgeye çağırılması ihtimali de mevcuttur.

İşlem sırasında hazır bulunması gereken tüm kişilerin bir araya gelmesinden sonra, *nexum* ödücünün geçerli bir şekilde kurulabilmesi amacıyla ödünç verecek kişinin mistik etkisi bulunan belirli bazı sözleri (*certa verba*) ödünç alacak kişiye karşı tanıklar önünde beyan etmesi gerekmektedir²⁸. Bu konuda *nexum* işleminde tam olarak hangi sözlerin kullanıldığına dair elimizde herhangi bir somut metin yoktur²⁹. Ancak *Festus*'un *De Verborum Significatione* eserinden anlaşıldığı üzere *nexum* borçlarının ortadan kaldırılabilmesi amacıyla kullanılan *nexi liberatio* adında yine *per aes et libram* şeklinde yapılması zorunlu olan bir *contrarius actus* işlemi bulunmaktadır³⁰. *Solutio per aes et libram* adı da verilen bu işlem sırasında hangi sözlerin kullanıldığı ise *Gaius*'un *Institutiones* eserinde belirtilmiştir³¹. Bu noktadan hareket eden Alman Romanistlerinden Huschke, *Gaius* tarafından detayları verilen *contrarius actus* işleminde, borcu ortadan kaldırmak için tek konuşanın ödünç alan olmasından yola çıkarak işlemin kurulmasında da tam tersi şekilde sadece ödünç veren alacaklının konuştuğunu ve borçlunun yalnızca bu beyanı dinlediğini ileri sürmüştür³². Huschke'ye göre 1 sene sonra geri ödemenin yapılması konusunda anlaşılan bir *nexum* işleminde ödünç veren kişi tanıklar huzurunda şu sözleri söylemektedir.

“*Quod ego tibi mille libras hoc acre aeneaque libra nexas dedi, eas tu mihi post annum iure nexi dare damnas esto.*”

“Bu bakır külçesi ve teraziyile birlikte 1000 *as*'ı ödünç olarak veriyorum, bu yüzden *nexus* olarak bana bunu 1 yıl içerisinde geri vermeye mecbur olsun (*dare damnas esto*).”³³

²⁷ Charles Giraud, *Recherches sur le droit de propriété chez les Romains, sous la république et sous l'empire, vol I* (1. Bası, Aix chez Aubin 1838) 226; Muirhead (n 5) 146 vd; Lévy-Bruhl, ‘Per aes et libram’ (n 11) 58.

²⁸ Girard (n 5) 489.

²⁹ Muirhead (n 5) 146.

³⁰ De Zulueta (n 2) 148. Bkz *Festus, Verb. Sig. 162.1*. Eski Hukuk Dönemi'nde geçerli olan *contrarius actus* prensibi; yapılmış bir işlemin hüküm ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için, o işlemin kurulmasında kullanılan usul ile karşıt bir işlemin daha yapılması zorunluluğunu ifade etmektedir. Mehmet Mert Özyıldırım, ‘Roma Hukukunda İbra İşlemi (*Acceptilatio*) ve Alacağı Talep Etmeme Taahhüdü (*Pactum De Non Petendo*)’ (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi 2021) 11. Bu prensibin bir yansıması olarak, *nexum* ödücünün ortadan kaldırılabilmesi için de işlemin kuruluş şekli olan *per aes et libram* usulüne uyularak karşıt bir işlemin daha yapılması gerekmektedir. *Nexum* ödücünün sona erdirmek için kullanılan bu işleme *nexi liberatio* adı verilmele birlikte işlem, *per aes et libram* usulü kullanılarak yapıldığı için *solutio per aes et libram* olarak da adlandırılmıştır. *Solutio per aes et libram* işlemi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Özyıldırım (n 30) 48-49.

³¹ ibid 148. Bkz *Gai. Ins. 3.174* “...*Quod ego tibi tot milibus sestertiorum indicatus uel damnatus sum eo nomine me a te solvo liberoque hoc acre aeneaque libra.*” [“...Sana karşı şu kadar bin *sestertiz* ödemek konusunda *iudicatus* veya *damnatus* durumunda olduğum için (*iudicatus vel damnatus*) bu bakır külçesi ve terazi ile bağı çözüyor ve kendimi kurtarıyorum.”] *Gaius*'a ait Latince metinler ve İngilizce-Fransızca tercüme için bkz *Gaius, Institutes* (Julien Reinach çev, 2. Bası, Les Belles Lettres 1965); *Gaius, Institutes of Roman Law* (Edward Poste çev, 4. Bası, Clarendon Press 1904).

³² Huschke (n 5) 50.

³³ ibid 50. Girard ve Muirhead de Huschke'nin ileri sürdüğü bu *formula*'nın doğru olduğunu kabul etmiştir. Girard, *Nexi* (n 5) 67; Muirhead (n 5) 146. *Nexum* ödücünün bir diğer ödünç işlemi olan *mutuum*'dan farklı olarak faizli şekilde yapılabilmesi de mümkündür. Eğer işlem sırasında faiz şartı da kararlaştırılırsa muhtemelen *cum impendio unciario* veya buna benzer bir kalıp da ödünç veren tarafından beyanın içine dâhil edilirdi. Girard (n 5) 489.

Ödünç veren kişinin belirli bazı şekli sözleri beyan etmesinden sonra işlem sırasında hazır bulunan tanıkların da herhangi bir faaliyette bulunup bulunmadığı hususu doktrinde tartışma konusu olmuştur. Bu noktada tanıkların yalnızca birer gözlemci, asistan veya olası uyuşmazlıklarda başvurulabilecek bir ispat vasıtası olduğu iddia edildiği gibi söz konusu kişilerin açık veya örtülü onaylarının, işlemin geçerlilik koşulu olduğu da ileri sürülmüştür³⁴. Kanaatimizce de Roma toplumunu temsil ettiği düşünülen tanıkların ana işlevinin, işlemin tümüyle doğru şekilde yapıldığını onaylamak olduğunu ileri süren görüş daha isabetli gözükmektedir. Bu konuda *nexum* ödünçü ile aynı usulde yani terazi ve maden külçesiyle yapılan *per aes et libram* vasiyetnamesinde kullanılmış aşağıdaki beyanlardan yola çıkarak *nexum* işlemi de tanıkların onayının verilmesinin, işlemin geçerlilik koşulu olduğunu ileri sürmek mümkündür³⁵.

Gai. Ins. 2.104

“...HAEC ITA VT IN HIS TABVLIS CERISQVE SCRIPTA SVNT, ITA DO ITA LEGO ITA TESTOR, ITAQVE VOS, QVIRITES, TESTIMONIVM MIHI PERHIBETOTE...”

“Bu malı levhalarda ve balmumunun üzerinde yazanlar uyarınca sana veriyor, vasiyet ediyor ve sizi tanıklığa çağırıyorum. Siz, Ey Romalılar (*Quirites*) bana tanıklık ediniz...”

Ödünç veren kişi ve tanıklar tarafından beyanların gerçekleştirilmesinden sonra maden parçalarının tamamının *libripens* tarafından fiili olarak tartımına geçilmekte ve tartılan ödünç miktarının alenen tespit edilmesiyle birlikte külçeler, ödünç alan kişiye teslim edilmektedir³⁶. Tüm bu aşamaların eksiksiz bir biçimde yerine getirilmesi halinde işlem tamamlanmakta ve *nexum* ödünçünün geçerli bir şekilde kurulduğu kabul edilmektedir.

M.Ö. 5. yüzyıla gelindiğinde ise Roma ticaret hayatında ve *per aes et libram* usulü ile kurulan tüm işlemlerde bazı yeni değişimler meydana gelmiştir³⁷. Devletin, maden külçelerinin basımına daha çok müdahil olması ve belirli standartlarda külçe kalıplarının oluşturulmasıyla birlikte madenlerin değerine duyulan güven zamanla artmış ve ödünç verilecek tüm miktarın teraziyle tartılması gereksiz görülmeye başlanmıştır³⁸. Bu şekilde zaman içerisinde tanıklar ve *libripens* önünde gerekli şekli sözlerin söylenmesinden sonra tek bir maden külçesinin (*nummo uno*) terazinin kefesine vurulması ve vurulan bu külçenin bedel yerine sembolik olarak borçluya

³⁴ Buckler (n 5) 27; Jhering (n 24) 228; Eren (n 24) 64-65. Tanıkların yalnızca gözlemci ya da ispat vasıtası olabileceği ile ilgili görüşler için bkz Jolowicz ve Nicholas (n 5) 147; Cornill (n 7) 64.

³⁵ *Per aes et libram* işlemlerindeki bu onayın açık mı yoksa örtülü mü şekilde olması gerektiği konusundaki tartışmalar hakkında detaylı bilgi için bkz Eren (n 24) 64 dn 238.

³⁶ Buckler (n 5) 40-41; Macqueron (n 2) 11; Huschke (n 5) 19.

³⁷ Eren (n 24) 58.

³⁸ Buckler (n 5) 41-42.

teslimiyle de işlemin tamamlanabileceği kabul edilmiştir³⁹. Dolayısıyla *per aes et libram* usulüyle yapılan işlemlerin dönüştüğü bu yeni aşamada ödünç verilecek maden külçelerinin tamamının tartılması zorunluluğu ortadan kalkmıştır⁴⁰. XII Levha Kanunu'nda geçtiği ileri sürülen aşağıdaki metin, *nexum* ve *mancipatio* işlemlerinde tüm maden külçelerinin tartımından vazgeçilmesinin hukuki dayanağı olarak yorumlanmıştır⁴¹.

Lex XII Tabularum Tabula VI.1

“*Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto*”⁴²

“Bir *nexum* veya *mancipatio* işlemi yapılırken söylenen sözler hukuk olsun.”⁴³

Girard, bu hükmün amacının, *mancipatio* veya *nexum* işlemleri yapılırken sadece belirli sözlerin söylenmesi üzerine söz konusu işlemlerin geçerli bir şekilde kurulabileceğini belirtmek olduğunu vurgulamıştır. Dolayısıyla bu hükmün getirdiği yenilikle birlikte *mancipatio* ve *nexum* işlemlerinde tüm maden külçelerinin teraziyle fiilen tartılması, işlemin kurucu unsuru olmaktan çıkmıştır⁴⁴. Fakat bu hükümden sonra maden külçesiyle yapılan tüm işlemlerin, külçelerin fiili bir tartımı olmaksızın yapıldığını ileri sürmek de mümkün değildir. Nitekim M.Ö. 3. yüzyıla kadar Roma ticaret hayatında kullanılmış olan bronz külçeleri, devletin sahip olduğu tüm topraklarda tam olarak belirli bir düzen ve standarda sokulmadığı için bu hükümden sonra da bazı durumlarda gerçek ödünç bedeli olan maden külçelerinin fiilen terazi ile tartılmasına devam edilmiş olmalıdır⁴⁵. Ancak M.Ö. 3. yüzyılda tamamen madenin şekil, ağırlık ve değerinin standartlaştırılıp kontrol edildiği gerçek anlamda ilk sikke olan *aes grave*'nin ve gümüş *denarius*'ların tedavüle girmesiyle birlikte külçenin değeri nominal olarak sikkelerin üzerine yazılmış ve farklı ağırlıklarda farklı para

³⁹ Salvatore Di Marzo, *Roma Hukuku* (Ziya Umur çev, 2. Bası, Sulfi Garan Matbaası 1959) 277; Eren (n 24) 58; Koschaker ve Ayiter (n 7) 139-366. Jhering, külçenin teraziye vurulmasındaki amacın, çıkan sestene madenin gerçekliğini anlamak olduğunu ileri sürmüştür. Jhering (n 24) 222. Lévy-Bruhl ise bu teoriyi reddederek yapılan sembolik hareketin dini bir ritüelden kaynaklandığını belirtmiştir. Lévy-Bruhl, ‘Per aes et libram’ (n 11) 58 dn 33. Christiansen ise eserinde, tek bir maden külçesinin teraziye vurulmasının, tarafların her konuda anlaşmasının sembolik bir göstergesi olduğunu savunmuştur. Johannes Christiansen, *Die Wissenschaft der römischen Rechtsgeschichte im Grundrisse, vol I* (1. Bası, Verlag Johann Friedrich Hammerich 1838) 144-146.

⁴⁰ Rudolf Sohm, *The Institutes of Roman Law* (James Crawford çev, 1. Bası, Clarendon Press 1892) 26; Macqueron (n 2) 12; Jhering (n 24) 223.

⁴¹ Girard (n 5) 488; Walton (n 19) 137.

⁴² XII Levha Kanunu'na ait olduğu iddia edilen bu metin, içerdiği muğlak ifadelerden dolayı birçok yazar tarafından farklı çevirilere ve yorumlara konu olmuştur. Lévy-Bruhl bu hükmü, tartımın yanı sıra tanıkların onayının da işlemin kurucu unsuru olmaktan çıktığının ifadesi şeklinde yorumlamıştır. Henry Lévy-Bruhl, ‘Roma Hukukunda Hukuki Muameleye Dair’ (Türkan Basman çev, 1940) 6 (2-3) İÜHF 589, 595. Buckler’a göre ise bu düzenlemenin yapılmasının temel sebebi, alacaklının tanıkların bir nevi şahitliğinde yapılan ve daha ağır dini ritüeller içeren *sponsio* ve *iusturandum*’a göre *nexum* işleminde beyan ettiği sözleri ihlal etmekten çekinmemesidir. Dolayısıyla XII Levha Kanunu’na bu hüküm, *nexum* işleminde söylenen sözlerin de adeta bir kanun niteliğinde olduğunu belirtmek amacıyla konulmuştur. Buckler (n 5) 40-41. Farklı çeviri örnekleri ve yorumlar için bkz Atak (n 1) 35.

⁴³ Çalışmada geçen XII Levha Kanunu’na dair Latince ve İngilizce metinler için bkz Lucilius, *Remains of Old Latin, vol III: The Twelve Tables* (E. H. Warmington çev, Harvard University Press 1938).

⁴⁴ Girard (n 5) 488 dn 2.

⁴⁵ Eren (n 24) 58 dn 217.

birimleri oluşturulmuştur⁴⁶. Bu sebeple kanaatimizce ancak M.Ö. 3. yüzyıldan itibaren terazi ile tartım yapılması uygulaması tamamen terk edilmeye başlanmıştır.

III. *Nexum*'un Hukuki Sonuçları

A. Doğrudan İcraîlik Görüşü

Nexum'un hukuki sonuçlarıyla ilgili günümüzde de doktrinde hâlâ hâkim olan görüş 1846 yılında Alman Romanisti Huschke tarafından ileri sürülmüştür. Bu kapsamda Huschke, *nexum* işleminin, toplumun 5 farklı sınıfını temsil eden 5 tanık ve terazi tutucusu (*libripens*) önünde yapılmasının işleme kamusal bir fonksiyon verdiğini ve işlem sırasında belirli mistik kalıptaki sözlerin söylenmesiyle birlikte borçlunun edimini ifa etmemesi halinde bir mahkûmiyet kararına gerek olmaksızın alacaklının doğrudan icra aşamasına geçebileceğini ileri sürmüştür⁴⁷. Huschke ve onun görüşünü kabul eden yazarlara göre *nexum* işlemine kamusal bir fonksiyon sağlayan 5 tanık, Roma'nın 6. kralı olan *Servius Tullius* döneminde yapılan bir ayırım sonucu oluşturulan 5 farklı sınıfı⁴⁸ dolayısıyla da tüm Roma toplumunu temsil etmektedir⁴⁹.

Nexum'un kuruluş aşamasında, toplumu temsil eden tanıklar önünde beyanda bulunan ödünç veren, konuşmasının sonunda *dare damnas esto* (vermeye mecbur olsun) şeklindeki kalıp sözleri beyan etmektedir.⁵⁰ Huschke, tanıklar önünde beyan edilen bu *dare damnas esto* kalıbının Eski Hukuk Dönemi'nde mistik bir etkisi olduğundan dolayı eğer ifa belirlenen zamanda yapılmazsa borçlunun *damnatus* adındaki bir statüye gireceğini ve *damnatus* durumuna düşen kişiler hakkında mahkûmiyet kararına gerek olmaksızın doğrudan icraya (*manus iniectio*) geçilebileceğini savunmuştur⁵¹. Dolayısıyla ödünç veren kişinin, karşı tarafı *nexum* borcu altına sokabilmesi için mutlaka dini temellere dayanan *dare damnas esto* kalıbının işlem sırasında beyan edilmesi gerekmektedir⁵².

⁴⁶ Oğuz Tekin, *Eskiçağda Para-Antik Nüsmatiğe Giriş* (4. Bası, Eskiçağ Bilimleri Enstitüsü Yayınları 2000) 12-13.

⁴⁷ Huschke (n 5) 19-20.

⁴⁸ Roma'nın 6. kralı olan *Servius Tullius* Roma toplumunu, 100.000 *as* ve 25.000 *as*'lık zenginlik değerlerinin üst ve alt sınırlı oluşturduğu ve kişilerin bu değerler arasında zenginliklerine göre gruplandığı 5 farklı sınıfa ayırmıştır. Buckler (n 5) 27; Eren (n 24) 65 dn 244. Ayrıca bkz *Livius*, *AUC* I.43

⁴⁹ Buckler (n 5) 27; De Zulueta (n 2) 142; Giraud, *Nexi* (n 5) 35; Senn (n 9) 90.

⁵⁰ Huschke (n 5) 49-50.

⁵¹ Huschke'nin bu görüşleri doktrinindeki birçok yazar tarafından kabul görmüştür. Lévy-Bruhl, 'Per aes et libram' (n 11) 58; Giraud, *Nexi* (n 5) 57 dn 67; Girard (n 5) 488; Muirhead (n 5) 146; Senn (n 9) 90; Sohm (n 40) 289; Buckler (n 5) 53; De Zulueta (n 2) 153.

⁵² Huschke (n 5) 49-50 vd. *Dare damnas esto* kalıbının kullanıldığı bir diğer işlem *legatum per damnationem*'dir. Bkz *Gai. Ins. 2.201* "Heres meus *Stichum servum meum dare damnas esto*." ("Mirasçım, kölem *Stichus*'u vermeye mecbur olsun.") Bu tür muayyen mal vasiyetinde, lehine mal vasiyet edilen kişi, mirasçılara karşı ileri sürebileceği bir alacak hakkı elde etmektedir. *Dare damnas esto* kalıbının eski zamanlarda *legatum per damnationem* şeklinde yapılan muayyen mal vasiyetlerinde de doğrudan *manus iniectio*'ya geçilmesine sebep olduğu; fakat daha sonraki dönemlerde borcunu yerine getirmeyen mirasçıya karşı *actio ex testamento* davasının tanınmasıyla birlikte mirasçıya karşı öncelikle bir mahkûmiyet kararının alınmasının zorunlu hale geldiği düşünülmektedir. Max Kaser, *Roman Private Law* (Rolf Dannenbring çev. 4. Bası, Gutenberg Book Printers 1984) 169-170.

Huschke'ye göre *dare damnas esto* kalıbı kullanıldıktan sonra ödemenin belirlenen günde yapılmaması ile birlikte *nexum* borçlusu *nexus*, hakkında mahkûmiyet kararı bulunan borçlu *iudicatus* ile aynı duruma düşmektedir. Dolayısıyla tanıklar önünde, dini temellere dayanan bu kalıbın kullanılması, ödünç veren kişiye karşı dava açılıp bir mahkûmiyet kararı alınmasına gerek olmaksızın kişinin şahsı üzerinde doğrudan doğruya icraya geçilmesine sebebiyet vermektedir⁵³.

Huschke ve *nexum*'un doğrudan icrailik fonksiyonuna sahip olduğunu savunan yazarlar bu fikirlerine *Gaius*'un aşağıdaki metnini dayanak olarak göstermiştir.

Gai. Ins. 4.21

“*Per manus iniiectionem aequae de his rebus agebatur, de quibus ut ita ageretur, lege aliqua cautum est, uelut iudicati lege XII tabularum. quae actio talis erat: qui agebat, sic dicebat: QVOD TV MIHI IVDICATVS siue DAMNATVS ES SESTERTIVM X MILIA, QVANDOC NON SOLVISTI, OB EAM REM EGO TIBI SESTERTIVM X MILIVM IVDICATI MANVM INICIO...*”

“*Manus iniectio*, örneğin XII Levha Kanunu'nca mahkûm edilmiş borçluların durumunda olduğu gibi özel olarak kanun tarafından belirlenmiş durumlarda kullanılan bir usuldür. Usul, davacının şu sözleri söylemesiyle başlar. Bana 1000 *sesterz* verme konusunda *iudicatus* veya *damnatus* (*iudicatus sive damnatus*) durumuna düştüğün ve bu miktarı yine de ödemediğin için sana el koyuyorum...”

Doğrudan icrailik görüşünü savunan yazarlara göre *Gaius*'un burada *iudicatus* ve *damnatus*'u özellikle birbirinden ayırmasının tek bir mantıklı açıklaması olabilir. Bu da her iki durumda da borcun icrasına geçilmesinin mümkün olmasıdır⁵⁴. *Dare damnas esto* kalıbının, tanıklar önünde ödünç alana karşı beyan edilmesinin de kişinin *damnatus* statüsüne girmesi için yeterli olmasından dolayı *nexum*'un doğrudan icra aşamasına geçilmesini sağlayan bir hukuki sonucu bulunmalıdır⁵⁵.

Bu görüşe bir diğer dayanak noktası olarak *Gaius*'un *Institutiones* eserinde geçen borçların ortadan kaldırılması ile ilgili metinler ileri sürülmüştür⁵⁶. Aşağıda görüleceği üzere hem *legatum per damnationem* ile kurulmuş borçlar hem bir mahkûmiyet kararına dayanan borçlar hem de *per aes et libram* usulüyle meydana getirilen borçların tamamının ortadan kaldırılabilmesi için *per aes et libram* usulünün kullanılması zorunlu tutulmuştur.

⁵³ *Mancipatio* ve *in iure cessio*'nun farklı işlemler olmasına rağmen *res mancipi* malın mülkiyetinin devri şeklinde aynı sonuca yol açmalarında olduğu gibi *damnatio* ilan edilen *nexus* ile hakkında mahkûmiyet kararı alınmış *iudicatus* da aynı sonuca çıkan farklı kavramlardır. Huschke (n 5) 9.

⁵⁴ Huschke (n 5) 13-81; Muirhead (n 5) 149-150; Walton (n 19) 200.

⁵⁵ Macqueron (n 2) 11; Sohm (n 40) 289; Lévy-Bruhl, ‘Per aes et libram’ (n 11) 58-61.

⁵⁶ Girard (n 5) 489; Huschke (n 5) 224-231 vd.

Gai. Ins. 3.173

“*Est et alia species imaginariae solutionis, per aes et libram; quod et ipsum genus certis ex causis receptum est, ueluti si quid eo nomine debeatur, quod per aes et libram gestum sit, siue quid ex iudicati causa debeatur.*”

“Diğer bir hayali ifa şekli ise *per aes et libram* ile yapılan ifadır. Bu şekil, örneğin *per aes et libram* şeklinde yapılan bir işlemin ifası veya bir mahkûmiyet kararı üzerine ödenmesi gereken borcun mevcut olduğu durumlarda olduğu gibi yalnız belirli bazı hallerde kabul edilmiştir.”

Gai. Ins. 3.174

“*Adhibentur non minus quam quinque testes et libripens...*”

“Bu şekilde yapılacak olan ifade en az beş şahidin ve *libripens*’in hazır bulunması gerekir...”

Gai. Ins. 3.175

“*Similiter legatarius heredem eodem modo liberat de legato, quod per damnationem relictum est...*”

“Aynı şekilde *per damnationem* şeklinde yapılan bir mal vasiyeti varsa muayyen mal vasiyet edilen kimse de (*legatarius*) mirasçıyı bu usul ile borcundan kurtarır...”

Bu noktada metinlerin daha iyi anlaşılabilmesi açısından Eski Hukuk Dönemi’nde sözleşmeden doğan borçların sona erdirilmesinde kullanılan *contrarius actus* prensibine değinmekte fayda vardır. Eski Hukuk Dönemi’nde yalnızca ifanın gerçekleştirilmesi veya tarafların borçlunun ibra edilmesi konusunda anlaşması, tek başına borcun sona erdirilmesi için yeterli görülmemiştir⁵⁷. Bu döneme hâkim olan sıkı şekilcilikten ötürü borç nasıl bir işlemle doğmuş ise ortadan kaldırılması için de aynı cinsten karşıt bir işlemin (*contrarius actus*) daha yapılması zorunlu tutulmuştur.⁵⁸ Örneğin sözlü bir şekilde kurulmuş olan borcun sözlü, yazılı şekilde kurulmuş olan bir borcun yazılı ve *per aes et libram* usulü ile kurulmuş olan bir borcun da yine *per aes et libram* kullanılarak sona erdirilmesi gerekmektedir⁵⁹. Dolayısıyla bu dönemde bir borcun geçerli bir biçimde ortadan kaldırılabilmesi için ifanın gerçekleştirilmesi veya ibra konusunda anlaşılmasının yanı sıra o işlem ile aynı şekil ve usullere uyularak karşıt bir işlemin daha gerçekleştirilmesi zorunludur. Ancak yukarıdaki metinlerde belirtilen üç borç doğurucu işlem göz önüne alındığında bu borçların aynı usullerde kurulmadığı; fakat *contrarius actus* prensibinden bir sapma gösterilerek sona erdirilebilmeleri için *per aes et libram* usulünün tercih edildiği anlaşılmaktadır.

⁵⁷ Türkan Rado, *Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku* (16. Bası, Filiz 2021) 175; Özyıldırım (n 30) 11; Di Marzo (n 39) 339; Sohm (n 40) 341.

⁵⁸ Belgin Erdoğmuş, *Roma Borçlar Hukuku Dersleri* (2. Bası, Der Yayınları 2021) 155 dn 267.

⁵⁹ *Quod litigatur, eo dissolvitur* (Nasıl bağlandıysa öyle çözülür.) Bülent Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku* (Der Yayınları 2021) 89 dn 159.

Huschke ve onun görüşlerini büyük ölçüde benimsemiş yazarlar bu noktada *solutio per aes et libram*'ın hem maden külçesi ve terazi kullanılarak oluşturulan borçların (*obligatio per aes et libram*) hem mahkûmiyet kararından doğan borçların (*iudicatum*) hem de *legatum per damnationem* temelli borçların ifasında kullanılmasının tesadüf olmadığını ileri sürmüştür⁶⁰. Buna göre Eski Hukuk Dönemi'nde bu 3 farklı işlemin sadece tek bir ortak noktası bulunmaktadır. Bu ortak nokta ise hepsinin sonucunda alacaklının doğrudan doğruya icra aşamasına geçmesinin mümkün olmasıdır. Dolayısıyla bu 3 borç doğurucu işlem her ne kadar farklı şekillerde kurulsun da sona erdirilmeleri konusunda aynı kurallara tâbi tutulmuştur⁶¹. Sonuç olarak, doğrudan icrailik görüşüne göre bir *obligatio per aes et libram* işlemi olan *nexum* ödünçünün, alacaklının borçlusuna karşı dava açıp mahkûmiyet kararı almasına gerek olmaksızın doğrudan doğruya icra aşamasına geçebilmesine imkân tanıyan bir hukuki sonucu bulunmaktadır⁶².

B. Mancipatio ile Devir Görüşü

Nexum'un hukuki sonuçları hakkında doktrinde ileri sürülen bir diğer önemli görüş ise, *nexum* ödünçünün aynı zamanda bir *mancipatio* olduğu ve ödünçün alınmasından sonra borçlunun kendisini adeta bir *res mancipi* mal gibi alacaklısının hâkimiyetine bıraktığı varsayımlarına dayanan *mancipatio* ile devir görüşüdür. Bu görüşü antik Alman ve Yunan hukuklarındaki düzenlemelerden yola çıkarak ilk ortaya atan Niebuhr, *nexum* işlemini, borçlunun kendisini alacaklısına bir malmış gibi devrettiği şartlı bir *mancipatio* olarak yorumlamıştır. Yazara göre *nexum*, hür bir kişinin aynı işlem içerisinde hem ödünç aldığı hem de *mancipatio* yoluyla kendisini geçici süreliğine ve gönüllü olarak alacaklısının hâkimiyetine soktuğu bir devir işlemidir⁶³. Fakat bu işlem iki ayrı şarta bağlı olarak yapılmaktadır. İlk olarak *mancipatio* işlemi ifa için kararlaştırılan günde ödeme yapılmıyınca kadar hüküm ve sonuç doğurmamaktadır. Dolayısıyla *mancipatio* işleminin hüküm ve sonuç doğurması, ödemenin yapılmamasından doğacak olumsuz bir geciktirici şarta bağlanmıştır⁶⁴ (*conditio suspensiva*). Ancak ödemenin yapılmaması halinde işlemin hüküm ve sonuç doğurması bir diğer deyişle alacaklının borçlusuna el koyması mümkündür. Niebuhr ayrıca bu şarta ek olarak *mancipatio*'nun, borcun çalışarak ödenmesiyle birlikte (*dum solveret*) ortadan kalkacağını belirterek işlemin aynı zamanda bozucu

⁶⁰ Huschke (n 5) 212-231; De Zulueta (n 2) 153; Lévy-Bruhl, 'Per aes et libram' (n 11) 54; Westrup (n 22) 15; Girard (n 5) 489; Jolowicz ve Nicholas (n 5) 169-170.

⁶¹ ibid 212; De Zulueta (n 2) 153.

⁶² Huschke (n 5) 212-231; Lévy-Bruhl, 'Per aes et libram' (n 11) 54; Westrup (n 22) 15; Girard (n 5) 489; Jolowicz ve Nicholas (n 5) 169-170; De Zulueta (n 2) 153.

⁶³ Barthold Georg Niebuhr, *The History of Rome, vol I* (Julius Charles Hare ve Connop Thirlwall çev, 1. Bası, Thomas Wardle 1828) 508-509 vd. Niebuhr'un görüşleri hakkında detaylı incelemeler için bkz Travers Twiss, *An Epitome of Niebuhr's History of Rome* (1. Bası, D.A Talboys 1836); De Zulueta (n 2) 141; Senn (n 9) 51.

⁶⁴ Niebuhr (n 63) 511-513 vd.

şarta da tâbi olduğunu belirtmiştir⁶⁵. Bu şekilde Niebuhr, *nexum*'u adeta hür insanlar üzerinde yapılan bir tür *fiducia* işlemi olarak tanımlamaktadır. Alacaklının, *fiducia* ile aldığı malın mülkiyetini borç ödenince geri devretmek zorunda olması gibi *nexum* işleminde de özgürlüğünü rehin olarak vermiş borçlunun, borcunu ödemesinden sonra serbest bırakılması zorunludur⁶⁶.

Niebuhr'un *nexum* hakkındaki fikirleri, ilerleyen yıllarda olaylara bir hukukçu gözüyle değil tarihçi gözüyle bakması sebebiyle büyük eleştiriler almıştır⁶⁷. Nitekim gerçekten Niebuhr'un *nexum* hakkında ileri sürdüğü teorisinde, özgür bir Roma vatandaşının *mancipatio* yoluyla kendi bedeni üzerinde alacaklısı lehine bir hak doğurması veya *mancipatio* işleminin çeşitli şartlara bağlanması gibi Roma Hukuku'nun hiçbir döneminde örneğine rastlanılmayan durumlar bulunması sebebiyle birçok çelişki bulunmaktadır⁶⁸.

Bir diğer Alman Romanisti Mitteis ise 1901 yılında yayınladığı makalesinde, Niebuhr'un *nexum* işlemini bir *mancipatio* olarak tanımlamasına katılmakla birlikte farklı bir çözüm önererek doktrinde büyük etki yaratmıştır⁶⁹. Mitteis, ilk olarak Niebuhr'un teorisine yöneltilen Roma Hukuku'nda şartlı *mancipatio* olamayacağı eleştirisini kabul ederek yapılan *nexum* işlemindeki *mancipatio*'nun şartsız olduğunu ve derhal etki doğurduğunu ileri sürmüştür. Dolayısıyla alacaklının, borçlusuna *mancipatio* işleminin yapılmasıyla birlikte dilediği zaman el koyması mümkündür⁷⁰. Ayrıca yazara göre *nexum*'un, Huschke'nin önerdiği gibi 5 tanık ve *libripens*'in huzurunda gerçekleştiği için kamusal bir fonksiyonu olmasının ve işlemin kuruluş aşamasında mistik bir *damnatio* kalıbının beyan edilmesiyle birlikte doğrudan icraya geçilebilmesinin kabul edilebilmesi de mümkün değildir⁷¹.

Mitteis, ödünç sözleşmesi ve borçlunun hâkimiyet altına girdiği sorumluluk işleminin birbirinden ayrı olduğunu; fakat her iki işleme de *nexum* adının verildiğini iddia etmiştir. Bu noktada ilk olarak *nexum* ödünçü adı altında ve sıradan bir borç gibi *legis actio sacramento in personam* davasıyla takibi yapılabilecek bir ödünç sözleşmesi bulunmaktadır. Mitteis, *nexum* adı altında bir ödünç sözleşmesinin varlığını kabul etmekle birlikte bu ödünç sözleşmesinden *ipso iure* şekilde doğrudan bir icrailik unsuru çıkarılamayacağını ve bu sözleşmenin davayla takibi gereken sıradan bir sözleşme olduğunu belirtmiştir⁷². Fakat *legis actio sacramentum in personam* davası

⁶⁵ ibid 511; Twiss (n 63) 79; De Zulueta (n 2) 141.

⁶⁶ William Warwick Buckland, *A Manual of Roman Private Law* (2. Bası, Cambridge University Press 1939) 260; Twiss (n 63) 79.

⁶⁷ De Zulueta (n 2) 141.

⁶⁸ Buckland, *Roman Private Law* (n 66) 260.

⁶⁹ Mitteis, 'Nexum' (n 7) 97-100.

⁷⁰ ibid 120.

⁷¹ Mitteis, kamusallık unsurunun ancak devletin sonuca bağladığı işlemlerde olduğunu, *libripens*'in ise kamu görevlisi olmadığını ve işlemin tanıkların önünde yapılmasında böyle bir etki doğurmayacağını savunmuştur. ibid 100.

⁷² ibid 124.

sonucunda borçlunun, *iudicatus* durumuna düşmesi ve borcu yine ödeyememesi halinde XII Levha Kanunu'nun acımasız usulleriyle karşı karşıya kalma ihtimali söz konusu olacaktır. Borcun vadesi yaklaşırken bunu ödeyemeceğini anlayan ve XII Levha Kanunu'nun sert hükümlerinden kaçınmak isteyen çaresiz borçlular ise yazara göre alacaklısıyla uzlaşarak ikinci bir *nexum* işlemini yapmaya yönelmektedir⁷³. Bu ikinci işlemde, borçlu, işlemin yapıldığı andan itibaren geçerli olacak bir *mancipatio* işlemiyle (*Selbstmancipation*) emeği ile hizmet etmek üzere kendisini alacaklısının hâkimiyetine sokmaktadır. Borçlunun alacaklısına hizmet görmeyi taahhüt ettiği ve *mancipatio* yoluyla alacaklının hâkimiyetine girip *iudicatus* durumuna düşmekten kurtulabildiği bu ikinci işleme de *nexum* adı verilmektedir⁷⁴. Dolayısıyla yazara göre birbirinden tamamen farklı iki *nexus* ve iki *nexum* işlemi bulunmaktadır⁷⁵. Mitteis, bu noktada doğrudan icrailik görüşünü kabul eden yazarlara yönelttiği eleştirilerine *Livius*'un, bir *nexum* borçlusunun çocuğunun durumunu aktardığı aşağıdaki metnini dayanak göstermiştir.

Livius, AUC 8.28

“Eo anno plebi Romanae velut aliud initium libertatis factum est quod necti desierunt; mutatum autem ius ob unius feneratoris simul libidinem, simul crudelitatem insignem. Lucius Papirius is fuit, cui cum se Gaius Publilius ob aes alienum paternum nexum dedisset.”

“O yıl Roma'daki *pleb*'lerin özgürlüğü adeta yeniden başlıyordu. Çünkü insanların borçları yüzünden esir edilmelerine bir son verilmişti. Bu hukuki değişiklik, faizle borç vermiş bir alacaklının yaptığı zalimlikler sonucunda lüzumlu görülmüştü. *Gaius Publius* adında bir genç, babasının borcu yüzünden *Lucius Papirius*'a kendisini teslim etmişti.”⁷⁶

Öncelikle Huschke, bu metin için *nexum* öduncünden doğan doğrudan icrailik unsurunun borçlunun kendisinin yanında *potestas*'ı altında bulunan kişileri de kapsadığını dolayısıyla alacaklıların bu kişilere de el koymasının mümkün olduğunu belirtmiştir⁷⁷. Mitteis ise *nexum* öduncü ile sorumluluk doğuran *nexum* işleminin birbirinden farklı olduğunu yineleyerek borç doğuran ödünç işlemi bizzat yapmayan bir kişinin, somut olayda genç *Gaius Publius*'un *mancipatio* yoluyla yapılan ikinci işlem olan sorumluluk işlemi yapabileceğini ve bu şekilde üçüncü bir kişinin,

⁷³ ibid 110.

⁷⁴ ibid 110.

⁷⁵ Yazar bu sonuca, antik kaynaklarda geçen *nexum se dare* ve *nexum iniere* kelimelerinin iki farklı anlamda kullanıldığı iddiasından yola çıkarak ulaşmıştır. ibid 110-111. Bkz *Livius, AUC 7.19.5; 8.28*.

⁷⁶ *Livius*'a ait metinlerde yararlanılan kaynaklar için bkz Titus Livius, *History of Rome, vol I: Books 1-2* (B. O. Foster çev, Harvard University Press 1919); Titus Livius, *History of Rome, vol III: Books 5-7* (B. O. Foster çev, Harvard University Press 1924); Titus Livius, *History of Rome, vol IV: Books 8-10* (B. O. Foster çev, Harvard University Press 1926); Titus Livius, *Roma Tarihi, Kitap VII-IX-X* (Sabahat Şenbark çev, Arkeoloji ve Sanat Yayınları 1999).

⁷⁷ Huschke (n 5) 61-67.

başkasının borcunun sorumluluğunu üzerine alabileceğini belirtmiştir⁷⁸. Ancak bu metin *Livius*'un aşağıdaki metniyle birlikte incelendiğinde *Huschke*'nin daha doğru bir çözüm önerdiği sonucuna varılmaktadır.

Livius, AUC 2.24

“*Contioni deinde edicto addidit fidem quo minus ei nominis edendi apud consules potestas fieret, neu quis militis, donec in castris esset, bona possideret aut venderet, liberos nepotes eius moraretur.*”

“*Consul*; bir asker [borçlu] ordugâhta bulunduğu sürece, arazisinin veya mallarının ele geçirilemeyeceğini ya da satılmayacağını, çocuklarına ve torunlarına dokunulamayacağını ilan etti.”

Livius'un bu metnindeki *consul*'ler tarafından düzenlemeye sebep olan, borçluların askerliğe gittiğinde çocuk ve torunlarının hâkimiyet altına alınması sorunu çok muhtemelen *Huschke*'nin önerdiği gibi *nexum* işleminin *potestas* altında olan kişileri de bağlamasından kaynaklanmaktadır.

Mitteis'in yukarıda kısaca bahsedilen tüm bu görüşleri farklı açılardan birçok eleştiriye uğramıştır⁷⁹. Öncelikle Niebuhr'un teorisine karşı ileri sürülen eleştirilerde olduğu gibi Roma Hukuku'nda özgür bir Roma vatandaşının kendisini *mancipatio* yoluyla alacaklısına devredebileceğine dair (*Selbstmancipation*) hiçbir kanıt bulunmamaktadır⁸⁰. Böyle bir işlemin varlığının kabulü, kendisini devreden kişinin *capitis deminutio*'ya uğraması anlamına gelmektedir. Fakat *nexus*'ların özgür kişiler olarak kaldığı ve *capitis deminutio minima*'ya dahi maruz kalmadan haklarını aynen muhafaza ettikleri birçok antik metinde açıkça ortaya konulmuştur⁸¹.

İkinci olarak *nexum*'un *mancipatio* ile kişinin kendisini alacaklısının hakimiyetine sokmasına yarayan bir işlem olması görüşü *contrarius actus* prensibi gereğince borcun ifasının da *fiducia* örneğinde olduğu gibi *remancipatio* şeklinde yapılmasını gerektirmektedir. Fakat *Festus* açıkça *nexi liberatio* adında ve *remancipatio*'dan farklı özel bir işlemde bahsetmektedir⁸².

⁷⁸ Mitteis, *Livius*'un metnindeki *nexum dedisset* kalıbını *nexum se dare* yani kendi hizmetlerini vermek, teslim etmek olarak tercüme ederek cümleyi ikinci bir *nexum* işleminin varlığına kanıt olarak yorumlamıştır. Mitteis, 'Nexum' (n 7) 109-110. *Huschke* ise metinde geçen *nexum dedisset* ifadesinin, alacaklının muhtemelen yaşlı babanın kendisi için çalışması yerine oğlunu tercih etmesinden dolayı kullanıldığını ileri sürmüştür. Dolayısıyla yazara göre bu ifadeyle, *Gaius Publicus*'un hizmetlerini alacaklıya sunması diğer bir deyişle *potestas* altında bulunan aile evladının *de facto* olarak hizmet etme yükümlülüğünün başladığı anın belirtilmesi söz konusudur. *Huschke* (n 5) 67 vd. Birçok muğlak ifadeler içeren bu metin diğer Romanistler arasında da tartışma konusu olmuştur. Bu noktada Muirhead, *Huschke*'nin görüşüne daha yakın bir çözüm önererek babanın ölmüş olabileceğini savunmuştur. Buna göre borcun ödenmemesi halinde babasının varisi olan *Gaius Publicus* için hizmet etme yükümlülüğü başlamış olmalıdır. Muirhead (n 5) 149.

⁷⁹ Macqueron (n 2) 14.

⁸⁰ De Zulueta (n 2) 153 vd.

⁸¹ Bkz *Varro, DLL 7.105; Livius, AUC 2.24; 2.27*. Tüm bu metinlerden *nexus*'ların da tıpkı özgür Romalılar gibi orduya alınabildikleri, oy verebildikleri ve hukuki işlemlere bizzat taraf olabildikleri anlaşılmaktadır.

⁸² Bernhard Kübler 'Kritische Bemerkungen zum Nexum' (1904) 24 (1) ZSS 254, 273; De Zulueta (n 2) 141; Walton (n 19) 200; Sohm (n 40) 34; *Festus, Verb. Sig. 162.1*.

Son olarak Mommsen'in haklı bir şekilde belirttiği üzere Mitteis tarafından iddia edilen ikinci işlem olan ve *mancipatio* niteliği bulunan *nexum*'da, ilk işlem olan *nexum* öduncünde zaten maden külçeleri teslim edildiği için teslim edilecek bir maden külçesi de bulunmayacaktır. Dolayısıyla işlemin asli unsurlarından olan terazi ve terazi tutucuya da gerek olmayacaktır ki bu şekilde bir *mancipatio*'nun kabulü mümkün değildir⁸³.

Tüm bu sebeplerden dolayı kanaatimizce Huschke'nin *nexum*'un hukuki sonuçları hakkındaki doğrudan icrailik teorisi her ne kadar çeşitli yazarlar tarafından çürütülmeye çalışıldıysa da bunların hiçbiri güçlü varsayımlara dayanmamaktadır⁸⁴.

IV. *Nexum* Öduncününün Tercih Edilme Sebepleri

Nexum ile ilgili elimize ulaşan neredeyse tüm antik metinlerde yazarların, borçluların yaşadığı zorlu koşullardan, çektiği acı ve ızdıraplardan bahsettikleri görülmektedir⁸⁵. Fakat yine de *sponsio/stipulatio* veya sonraları *mutuum* gibi işlemlerle de ödünç alınması mümkünken *pleb*'lerin büyük bir çoğunluğunun *nexum* borçlusu olduğu anlaşılmaktadır. Bu noktada doğal olarak şu soru akla gelmektedir. Tüm bu sıkıntıların toplum içerisinde bilinmesine rağmen neden insanlar çeşitli acı ve istismarlar yaşamayı göze alarak bile *nexum* işlemini tercih etmiştir? Bu sorunun cevabı, dolayısıyla *nexum* borçlularının uğrayacağı hukuki akıbet konusu ayrıca bir incelemeyi gerektirmektedir. Bu kapsamda ilk olarak *iudicatus* ve *addictus* kavramları üzerinde durulmasında fayda vardır.

Iudicatus kelimesi kaynaklarda özel yargıç (*iudex*) tarafından hakkında mahkûmiyet kararı verilen kişileri tanımlamak için kullanılmıştır⁸⁶. Bu kişiler XII Levha Kanunu'na göre mahkûmiyet kararından itibaren 30 gün içerisinde borcunu ifa etmek zorundadır. Borçlu 30 günlük süre içinde borcunu ödemezse alacaklının, borçlusunu nerede bulursa yakalayıp *magistra* önüne getirmesi mümkündür. Bu

⁸³ Theodor Mommsen, 'Nexum' (1902) 23 ZSS 348, 350. Lenel de Mitteis'e benzer bir şekilde Eski Hukuk Dönemi'nde borç ve sorumluluk işlemlerinin ayrı şekillerde kurulmuş olabileceğini kabul etmekle birlikte Mitteis'in *nexum* hakkındaki görüşlerini revize ederek daha farklı bir sonuca ulaşmıştır. Nitekim yazara göre, Roma Hukuku'nda Mitteis ve birçok farklı Romanist tarafından ileri sürüldüğü gibi *per aes et libram* şeklinde yapılan bir *nexum* işlemi bulunmamaktadır. *Nexum*'un yalnızca borç köleliğine yol açan bir sorumluluk işlemi olduğunu belirten Lenel, *Selbstmancipation* teorisine gelen eleştirilerden etkilenerek bu *nexum* işleminin *mancipatio* veya *per aes et libram* ile ilgisinin olmadığını belirtmiş ve işlemin aslında kişinin özgürlüğünü rehinettiği bir tür *vadimonium* olduğunu iddia etmiştir. Lenel (n 7) 84-99 vd. Lenel'in bu görüşü de *vadimonium*'un yalnızca yargılama sırasında kullanılan bir işlem olduğu ve yazarn belirttiği şekilde bir kullanımın Roma Hukuku'nda mevcut olmadığı belirtilerek çeşitli eleştirilere uğramıştır. Bkz De Zulueta (n 2) 146-147; Jolowicz ve Nicholas (n 5) 170 dn 1.

⁸⁴ *Huschke*'nin görüşlerini kabul eden yazarların listesi için bkz Senn (n 9) 52 dn 4. Ayrıca doğrudan icrailiğin karşılaştırmalı hukuk sahasında da birtakım örneklerinin olduğu *Kübler* 'in çeşitli eski papirüsleri incelemesi sonucunda ispatlanmış ve bu durum *Huschke*'nin teorisini daha da güçlendirmiştir. Nitekim *Kübler*, Eski Yunan Hukuku'nda da bazı sözleşmelerde, mahkeme kararına gerek olmaksızın doğrudan icraya geçilebileceğini öngören klot'lar bulunduğunu açık bir şekilde ortaya koymuştur. *Kübler* (n 82) 277.

⁸⁵ Rado, *Borçlar Hukuku* (n 57) 50. Bu konuda en önemli metinler için bkz *Livius*, *AUC* 2.23; *Dionysius*, *Ant. Rom.* 6.83.4.

⁸⁶ Özcan Karadeniz Çelebican, *Roma Hukuku: Tarihi Kaynaklar – Genel Kavramlar – Kişiler Hukuku – Hakların Korunması* (18. Bası, Turhan 2020) 326; Türkan Rado 'Roma Hukukunda Cebri İcra Usullerinin İnkişafı' (1944) 10 (1-2) İÜHF2M 229, 233; Umur, *Ligat* (n 16) 95.

şekilde borcun şahıs ile icra edilmesi aşaması olan *manus iniectio*'ya geçilmektedir⁸⁷. Borçlu *magistra* önüne getirildikten sonra da mahkûm olduğu borcunu ödemezse veya bir başka kişi onu savunmayı üstlenmezse *magistra* bu durumda alacaklının, borçlusunu egemenliği altına almasına izin vermektedir (*addictio*). *Magistra*'nın bu *addictio*'su ile birlikte, borçlunun *iudicatus* sıfatı sona ermekte ve bu aşamadan itibaren kişi *addictus* sıfatını almaktadır. *Addictus* durumuna düşen borçluların ise nihai olarak ölüm, köle olarak satılma veya alacaklıların birden çok olması halinde vücudunun parçalara bölünmesi şeklinde çok ağır sonuçlarla karşı karşıya kalabildikleri anlaşılmaktadır⁸⁸.

Mahkûmiyet borçlusu olan ve borcu ödememesi üzerine alacaklının egemenliğine bırakılan *addictus*'ların Eski Hukuk Dönemi'nde nihai olarak uğrayacakları hukuki akıbet, her ne kadar uygulamada ne sıklıkta kullanıldığı tam olarak bilinmese de XII Levha Kanunu'nun borçların icrası ile ilgili levhasında şu şekilde belirtilmiştir.

*Lex XII Tabularum Tabula III*⁸⁹

“İkrar etmiş maden külçesi borçluları (*aeris confessi*) ve kanunen mahkûm olanların (*iure iudicatus*) 30 gün süreleri olsun. Bundan sonra *manus iniectio* yapılsın. *Magistra* önüne getirilsin⁹⁰. Hükümü ifa etmezse veya bir kimse onun borcunu *vindex* olarak taahhüt etmezse, beraberinde götürsün. Zincire vursun. En fazla 15 libre ağırlığında isterse daha az bir zincirle bağlasın. İsterse yiyeceğini borçlu kendisi getirsin. Kendisi getirmemezse onu zincirleyen, günde 1 libre buğday versin. İsterse daha fazla versin. Bu süre içerisinde anlaşma imkânı vardır. Fakat anlaşma olmazsa borçlu 60 gün boyunca zincirli şekilde kalsın. Bu 60 gün içerisinde alacaklı borçlusunu birbirini takip eden üç pazar kurulduğu gün *Comitium* meydanına *magistra* önüne götürsün ve orada borçlunun mahkûm olduğu para miktarını yüksek sesle söylesin. Üçüncü pazar gününden sonra da hâlâ borç ödenmediyse ölüm cezası ya da *Tiber* nehri ötesinde köle olarak satılması mümkündür. Üçüncü pazardan sonra borçlunun alacaklılar tarafından parçalara ayrılması da mümkündür. Az veya fazla parça koparılsa hukuka aykırılık olmasın.”

Kanaatimizce çoğu durumda faizle birlikte yapılan *nexum* ödücünün Eski Hukuk Dönemi'nde bu kadar yaygın olarak kullanılmasını, XII Levha Kanunu'nun yukarıdaki hükmünü inceledikten sonra açıklayabilmek mümkündür. *Pleb*'ler çok muhtemelen *nexum* dışında farklı bir yöntem ile ödünç almış borçluların, ölüm,

⁸⁷ Karadeniz Çelebian (n 86) 326. Roma'nın en eski devirlerinde malvarlığı ile icra değil yalnızca şahıs ile icra prensibi uygulama alanı bulmuştur. Şahıs üzerinde icra; borçlunun öldürülmesi veya parçalanması şeklinde ortaya çıkabileceği gibi kişinin Tiber nehri ötesinde köle olarak satılması veya alacaklının özel hapishanesinde kalarak borcunu ödeyene kadar hizmet etmesi şeklinde de ortaya çıkabilmektedir. Rado, 'Cebri İcra' (n 86) 229.

⁸⁸ Umur, *Lügat* (n 16) 17; Kleijwegt (n 12) 30; Giraud, *Nexi* (n 5) 93; Walton (n 19) 197.

⁸⁹ “*Aeris confessi rebusrue iure iudicatis XXX dies sunt. Post deinde manus iniectio esto. In ius ducito. Ni iudicatum facit aut quis endo eo in iure vindieit, secum ducito, vincito aut nervo aut compedibus XV pondo, ne maiore, aut si volet minor e vincito. Si volet suo vivito. Ni suo vivit qui eum vincitum habebit, libras farris endo dies dato. Si volet, plus dato. Erat autem ius interea paciscendi ac nisi pacti forent habebantur in vinculis dies LX. Inter eos dies trinis nundinis continuis ad praetorem in comitium producebantur, quantaque pecuniae iudicati essent, praedicabatur. Tertius autem nundinis capite poenas dabant, aut trans Tiberim peregre venum ibant. Tertius nundinis partis secanto. Si plus minusve secuerunt, se fraude esto.*” Türkçe metin için bkz Rado, 'Cebri İcra' (n 86) 232-233.

⁹⁰ XII Levha Kanunu'nda genel olarak fiilin öznesinden bahsedilmemektedir. Rado, 'Cebri İcra' (n 86) 232.

köle olarak satılma veya parçalara ayrılma gibi cezalara maruz kalma ihtimallerini göz önüne alarak *nexum* işlemini tercih etmeye yönelmiştir⁹¹. Dolayısıyla *nexum* ödücünün XII Levha Kanunu'nda *addictus*'lar için öngörülen acımasız hükümlerden kaçmak bir diğer deyişle *addictus*'ların nihai olarak uğrayacakları akıbeta düşmemek için gönüllü yapılan bir işlem olduğu görüşü ortaya çıkmaktadır⁹². Fakat XII Levha Kanunu'nun günümüze ulaşan parçalarından bu görüşü doğrulayacak şekilde *nexum* borçlularının nasıl bir icra usulü ile karşı karşıya kaldıkları konusunda açık bir hüküm tespit edilebilmiş değildir. Bu noktada Muirhead'e göre *nexum* borçlarının icrasında nasıl hareket edileceği konusu, kanunda *nexum* adı altında değil; fakat *aes confessum* adı altında düzenlenmiştir. Dolayısıyla borcun icrası ile ilgili olan hükümlerdeki şu kısım *nexum* borçluları için de geçerlidir. ⁹³.

“...*Aeris confessi rebusque iure iudicatis triginta dies iusti sunt. Post deinde manus iniectio esto: in ius ducito...*”

“...İkrar etmiş maden külçesi borçluları (*aeris confessi*) ve kanunen mahkûm olanların (*iudicatus*) 30 gün süreleri olsun. Bundan sonra el koyma işlemi (*manus iniectio*) yapılsın. *Magistra* önüne getirsin...”

Muirhead'e göre metinde geçen *aes confessum* kavramıyla *confessio in iure* kavramı birbiriyle karıştırılmamalıdır. Eski Hukuk Dönemi'nden sonraki dönemlerde yaşamış yazarlar tarafından kullanılan *confessio in iure* (*magistra* önünde ikrar) terimi ile *aes confessum* (maden külçesi borcunu ikrar) terimi birbirinden farklı kavramlardır⁹⁴. *Confessio in iure* ifadesi, XII Levha Kanunu'nda veya Eski Hukuk Dönemi'ni anlatan herhangi bir metinde geçmemektedir. Bu dönemde, *magistra* önünde borcunu ikrar etmiş kişileri tanımlamak amacıyla yalnızca *confessus* kavramı kullanılmıştır⁹⁵. *Confessus* olan bir diğer deyişle *magistra* önünde borcunu ikrar eden kişilerin, hakkında mahkûmiyet kararı verilmiş kişilerle aynı akıbeti paylaşacağı kaynaklarda açıkça ifade edilmiştir⁹⁶. Dolayısıyla bu kişilerin *aeris confessi* kapsamında değil; fakat *iudicatus* kapsamı içerisinde ele alınmış olması gerekir. Bu noktada Muirhead'e göre XII Levha Kanunu'nda borçların icrası ile ilgili metinde geçen *aeris confessi/ aes confessum* ifadesi, *magistra* önünde borcunu ikrar eden kişileri değil; *nexum*'un da dâhil olduğu *damnatio* ilanı sonucu maden külçesi (*aes*) borcu altında olan kişileri ifade etmek üzere özellikle tercih edilmiştir. Nitekim *nexum* borcu, aleni bir şekilde toplumu temsil eden tanıklar ve terazi tutucusu önünde yapıldığı için zaten ikrar edilmiş sayılmaktadır. *Nexum* işleminin yapılmadığını iddia etmek, işlem sırasında alacaklı ve borçlu dışında aralarında kamu görevlisi olması

⁹¹ Rado, *Borçlar Hukuku* (n 57) 50; Kleijwegt (n 12) 30; Muirhead (n 5) 148.

⁹² Walton (n 19) 197; Mitteis, 'Nexum' (n 7) 110-122; Twiss (n 63) 74.

⁹³ Muirhead (n 5) 150. Benzer görüşte olan yazarlar için bkz Buckler (n 5) 43; Westrup (n 22) 17.

⁹⁴ ibid 193.

⁹⁵ ibid 193.

⁹⁶ Rado, 'Cebri İcra' (n 86) 233. “*Confessus pro iudicato habetur.*” (“İkrar etmiş kişi mahkûm edilmiş sayılır.”) Bkz *Dig.* 42.2.3; 42.2.6.

muhtemel terazi tutucusunun da bulunduğu 6 farklı kişi daha olduğundan dolayı mümkün değildir⁹⁷.

XII Levha Kanunu'nda geçen *aeris confessi*'nin bir diğer deyişle *nexum* borçlusunun, borcun ifası için kararlaştırılan günde ifayı yapmaması halinde diğer mahkûmiyet borçluları gibi 30 günlük süresi bulunmaktadır. Bu süre sonunda borç hâlâ ödenmezse alacaklının *nexus*'u kendi evine götürmeden önce yakalayıp *magistra* önüne getirmesi gerekmektedir. Bu şekilde, bir mahkûmiyet kararı olmadan icraya geçilmiş olsa dahi ilgili hüküm sayesinde *nexum* borçlusuna, borcun ödendiğini veya herhangi bir şekilde sona erdiğini tanıklar aracılığıyla *magistra* önünde ispatlayabilme imkânı tanınmıştır⁹⁸. Daha sonrasında ise *magistra*'nın onayıyla birlikte alacaklının, borçlusunu çalıştırmak üzere evine götürmesi mümkündür. Ancak Kanunda bulunan 30 günlük süre tanınması ve *manus iniectio*'ya geçilmesini öngören hükümlerden sonra gelen parçalar ise *ni iudicatum facit* ile başlayan cümleden itibaren olmak üzere *nexum* borçluları için bağlayıcı değildir⁹⁹. Bu cümleden itibaren devam eden tüm hükümler sadece mahkûmiyet kararı verilmiş borçlular (*iudicatus*) için öngörülmüştür¹⁰⁰. Dolayısıyla *magistra*'nın *manus iniectio* sonundaki onayı borçluyu, *addictus* durumuna getiren bir beyan değil yalnızca kişinin, geçici süreliğine alacaklının evinde çeşitli işlerde çalıştırılmak üzere götürülmesine dair verilen bir izin niteliğindedir. Bu sebeple *nexus*'ların *addictus*'lar gibi 60 günlük süre sonunda öldürülmesi, köle olarak satılması veya parçalara ayrılması mümkün değildir¹⁰¹.

Muirhead'in ileri sürdüğü bu teori dışında doktrinde, XII Levha Kanunu'nda borcunu ödeyemeyen *nexus*'ların, *manus iniectio damnati* adı verilen bir usul altında *addictus*'lardan farklı düzenlemelere tâbi tutulduğu; fakat bu konu hakkındaki hükümlerin bulunduğu parçaların günümüze ulaşmadığı şeklinde görüşler de ileri sürülmüştür¹⁰². Ancak kanaatimizce de hangi teori esas alınırsa alınsın *nexum* borcunun ödenmemesi sonucunda bir mahkûmiyet kararına gerek olmaksızın doğrudan doğruya icra aşamasına geçildiği için *nexus*'ların durumunun, hakkında mahkûmiyet kararı bulunan *addictus*'lardan farklı şekilde değerlendirilmiş olma ihtimali oldukça yüksektir. Bu durum, *pleb*'lerin büyük çoğunluğunun, *nexus* borçlusuyken çeşitli

⁹⁷ Muirhead (n 5) 150; Buckler (n 5) 43; Westrup (n 22) 17.

⁹⁸ ibid 150.

⁹⁹ *Lex XII Tabularum Tabula III "Aeris confessi rebusruue iure iudicatis XXX dies sunt. Post deinde manus iniectio esto. In ius ducito. Ni iudicatum facit aut quis endo eo in iure vindiet."* [İkrar etmiş maden külçesi borçluları (*aeris confessi*) ve kanunen mahkûm olanların (*iure iudicatus*) 30 gün süreleri olsun. Bundan sonra *manus iniectio* yapılınsın. Alacaklı, *magistra* önüne getirsin./ Hükümü ifa etmezse (*ni iudicatum facit*) veya bir kimse onun borcunu *vindex* olarak taahhüt etmezse, beraberinde götürsün.]

¹⁰⁰ Muirhead (n 5) 150.

¹⁰¹ ibid 151.

¹⁰² Senn (n 9) 84-85; William Warwick Buckland, *Elementary Principles of the Roman Private Law* (1. Bası, Cambridge University Press 1912) 342. Aksi bir görüş olarak; Huschke ve Buckler, *nexus*'ların da *addictus*'lar'ın durumunda olduğu gibi doğrudan el konulduktan sonra ölüm, köle olarak satılma veya parçalara ayrılma gibi cezalara maruz kalabileceklerini öne sürmüştür. Huschke (n 5) 95; Buckler (n 5) 53.

sıkıntılar yaşayacaklarını bilmelerine rağmen yine de *nexum* ödünçüyle borç altına girmelerinin sebebini açıklamaktadır¹⁰³.

Eski Hukuk Dönemi'nde ödünç vermek amacıyla kullanılan bir diğer işlem olan *sponsio/stipulatio* işlemi ile *nexum* ödünçünün kıyaslanması, konunun daha iyi anlaşılabilmesi açısından önem arz etmektedir. *Stipulatio*, tarafların soru ve cevap şeklinde belirli kelimeleri kullanarak geçerli bir borç ilişkisi meydana getirdiği Roma Hukuku'nun en eski sözleşmelerinden biridir¹⁰⁴. Bu sözleşmenin, Roma'nın artan yabancı nüfusunun da ihtiyaçlarını karşılayabilmek amacıyla bir *Ius Gentium* işlemine dönüşmeden önce yalnızca Romalılar arasında geçerli bir şekilde yapıldığı ve alacaklı tarafından yöneltilen *spondesne?* (taahhüt ediyor musun?) sorusuna karşılık borçlunun *spondeo* (ediyorum) cevabını vermesiyle birlikte geçerli bir biçimde kurulduğu kabul edilmektedir¹⁰⁵. XII Levha Kanunu'nda bu sözleşmeden kaynaklanan davaların *legis actio per iudicis postulationem* adlı dava şekli içerisinde görüleceği belirtilmiştir¹⁰⁶. XII Levha Kanunu'nda belirtilen söz konusu dava şekline göre *stipulatio*'dan kaynaklanan bir uyuşmazlıkta öncelikle *magistra*'ya başvurulacak ve *magistra*'dan uyuşmazlığı çözmesi amacıyla bir hâkim tayin etmesi talep edilecektir¹⁰⁷. Tayin edilen hâkim, tarafları dinledikten sonra borçlunun *stipulatio*'dan kaynaklanan borcunu zamanında alacaklıya ifa etmediği kararına varırsa borçluyu borcunu ödemeye mahkûm edecek ve bu karardan itibaren borçlu, *iudicatus* durumuna düşecektir. Borçlunun *iudicatus* sıfatını kazanmasından itibaren borcunu ödemesi için 30 günü bulunmaktadır. 30 günün sonunda borcun hala ödenmemesi durumunda, alacaklının borçlusunu yakalayıp *magistra* önüne getirecek borcun icrası için öngörülen *legis actio per manus iniunctionem* dava şekline

¹⁰³ Kaser (n 52) 203; Kleijwegt (n 12) 31-32.

¹⁰⁴ Petit (n 5) 278; Umur, *Lügat* (n 16) 197; Koschaker ve Ayiter (n 7) 209; Di Marzo (n 39) 422.

¹⁰⁵ Koschaker ve Ayiter (n 7) 209. Sözle kurulan sözleşmelere *sponsio* dışında yabancılar tarafından da kullanılabilir yeni kalıpların dâhil edilmesiyle birlikte *sponsio* sadece sözlü bir sözleşmenin yapılmasında kullanılan bir kalıp olarak kalmış fakat genel anlamda sözleşmenin kendisine *stipulatio* adı verilmiştir. Nitekim yalnızca Roma vatandaşları tarafından kullanılabilen *spondesne?* *sponsio* soru-cevap kalıbı yabancıların da geçerli bir şekilde işlemi yapabilmesi amacıyla kabul edilen *dabis?* *dabo*, *promittis?* *promitto*, *fidepromittis?* *fidepromitto*, *fideiubes?* *fideiubeo*, *facies?* *faciam* soru-cevap kalıpları arasında sadece bir seçenek haline gelmiştir. Ancak diğer tüm *stipulatio* kalıplarından farklı olarak *spondesne?* *spondeo* kalıbı yalnızca Roma vatandaşları arasında yapılabilmek üzere niteliğini her dönemde muhafaza etmiştir. Koschaker ve Ayiter (n 7) 209; Buckler (n 5) 96; Rado, *Borçlar Hukuku* (n 57) 68-69.

¹⁰⁶ XII Levha Kanunu'na göre, *stipulatio*'dan kaynaklanan uyuşmazlıklarda bu usûlün kullanılması gerektiği bilgisine, 1933 yılında *Gaius*'un *Institutiones* eserinin Mısır'da bulunan yeni parçalarından ulaşılmıştır. Westrup (n 22) 7-8; Macqueron (n 2) 19; Muirhead (n 1) 187. Söz konusu metin şu şekildedir. *Gai Ins. 4.17.a* “*Per iudicis postulationem agebatur, si qua de re ut ita ageretur lex iussisset sicuti lex XII tabularum de eo quod ex stipulatione petitur. eaque res talis fere erat. qui agebat sic dicebat: EX SPONSIONE TE MIII X MILLIA SESTERTIORVM DARE OPORTERE AIO: ID POSTVLO AIAS AN NEGES. aduersarius dicebat non oportere. actor dicebat: QVANDO TV NEGAS, TE PRAETOR IVDICEM SIVE ARBITRVM POSTVLO VTI DES.*” (“Eğer XII Levha Kanunu bir konu hakkında bu şekilde hareket edilmesini emretmişse *legis actio per iudicis postulationem* şeklinde dava açılırdı. Örneğin *stipulatio*'dan doğan borçlar bu şekilde takip edilirdi. İddia tahminen davacının şu sözleri söylemesiyle yapılırdı: “*Sponsio* gereğince bana on bin *sesterz* vermeye mükellef olduğunuzu iddia ediyor ve senin ya kabul ya da reddetmeni istiyorum.” Davalı kendisinin mükellef olmadığını söylese davacı da “inkâr ettiğin için, ey *praetor* senin bir hâkim tayin etmeni talep ediyorum.” şeklinde cevap verirdi.”) Çeviri için bkz. Türkan Basman, ‘Gaius ve Institutiones’lerden Bazı Parçalar’ (1938) 4 (16) İÜHF 661, 669.

¹⁰⁷ Hâkim tayinini gerçekleştirecek ilgili *magistra* ilk dönemlerde *consul* daha sonra ise *praetor* olarak karşımıza çıkmaktadır. Westrup (n 22) 11.

başvurması mümkündür¹⁰⁸. Borçlu *magistra* önüne getirildikten sonra da mahkûm olduğu borcunu ödemezse veya bir başka kişi (*vindex*) onu savunmayı üstlenmezse *magistra* bu durumda “*addico*” kelimesini söyleyerek alacaklının, borçlusunu egemenliği altına almasına izin vermektedir¹⁰⁹. Bu sözler ile birlikte *addictus* sıfatını alan borçlunun nihai olarak ölüm, köle olarak satılma veya parçalara ayrılma cezalarından biriyle karşı karşıya kalması oldukça olası bir hale gelmektedir. Fakat söz konusu sözleşmenin *nexum* ödünçü şeklinde yapılması durumunda ise borçlunun yukarıda bahsedilen cezalardan biriyle karşılaşma ihtimali olmayacak ve borcun ifa edilmemesi halinde *nexus*’un yalnızca alacaklıya geçici bir süreliğine hizmet etmesi söz konusu olacaktır¹¹⁰. Ayrıca bu ödünçün doğrudan doğruya icraya izin vermesi, alacaklıların *legis actio*’nun uzun prosedürlerinden ve borcu ispatlayabilmek için vereceği uğraşlardan da kurtulmaları anlamına geleceği için *nexum* aynı zamanda birçok ödünç veren açısından da ilk tercih sebebi olarak değerlendirilmiş olmalıdır¹¹¹.

Sonuç olarak *nexus* ve *addictus*’ların durumları, zincire vurulabilme veya kötü davranışlara maruz kalabilme ihtimallerinde olduğu gibi bazı hallerde *de facto* olarak benzerlik gösterse de, bu iki statünün *de iure* olarak birbirinden farklı olduğu ve *nexus*’ların, ölüm, köle olarak satılma veya parçalara ayrılma gibi cezalara maruz kalmadığı kabul edilmelidir.

V. *Nexum* İşleminin Ortadan Kalkması

M.Ö. 5. ve M.Ö. 4. yüzyıllar arasında, *nexus* ve *addictus*’ların yaşadıkları acı ve sıkıntıların, alacaklılar tarafından yapılan kötü muameleler sonucu giderek yaygınlaşmasından dolayı *pleb*’ler birçok defa çeşitli isyanlara teşebbüs etmiştir¹¹². Bu noktada kaynaklardan, *nexum* borçlularının alacaklılarına hizmet ederken her ne kadar yasal olmasa da birçok istismar ve şiddete maruz kaldığı anlaşılmaktadır¹¹³. *Nexum*, bu sebepten dolayı zamanla *pleb*’ler açısından, *patrici*’lerin kendilerini kontrol altında tutmak için kullandığı bir vasıta ve bütün kötülüklerin sebebi olan

¹⁰⁸ Ziya Umut, *Roma Hukuku: Tarihi Giriş – Kaynaklar – Umumi Mefhumlar – Hakların Himayesi* (Fakülteler Matbaası 1974) 552. Örneğin *stipulatio* ile 10 bin *sesterz* borçlanıldığı bir durumda alacaklı, borçlusunu *magistra* önüne götürerek şu sözleri beyan eder. “*Quod tu mihi iudicatus es sestertium X milia quando non solvisti, ob eam rem ego tibi sestertium decem mila iudicati manum incio.*” (“Bana 10 bin *sesterz* borçlu olduğuna dair *iudicatus* durumuna düştüğün ve henüz bunu ödemediğin için kararı alınmış bu 10 bin *sesterz*’den dolayı sana el koyuyorum.”) İlgili metin için bkz Umut, *Roma Hukuku* (n 108) 552.

¹⁰⁹ ibid 553.

¹¹⁰ Ümit Vefa Özbay, *Roma Hukukunda ve Türk Hukukunda Tüketim Ödünçü (Karz) Sözleşmesi* (1. Bası, Yetkin 2018) 26; Rado, *Borçlar Hukuku* (n 57) 50; MacCormack (n 5) 352-354; Muirhead (n 5) 151; Obenchain (n 21) 172. *Nexus* ve *addictus*’ların birbirinden farklı kavramlar olup aynı hukuki akıbeti paylaşmadıkları antik kaynaklarda da ifade edilmiştir. Nitekim *Dionysius* kendilerine karşı açılan davayı kaybedip yine de borcunu ödemeyen ve alacaklısı tarafından el konulan borçlular ile (*addictus*) ödünç aldığı parayı ödeyemeyip doğrudan *manus inieccio*’ya maruz kalan borçlularını (*nexus*) açıkça birbirinden ayırıştır. Bkz *Dionysius, Ant. Rom. 6.83.4.*

¹¹¹ MacCormack (n 5) 354.

¹¹² Roby (n 13) 297-298 vd.

¹¹³ Kleijwegt (n 12) 33.

bir istismar aracı olarak görülmeye başlanmıştır¹¹⁴. *Nexum* borçlusunu olan *pleb*'lerin uğradığı bir istismar örneği *Livius* tarafından şu şekilde aktarılmıştır.

Livius, AUC 2.23 ¹¹⁵

“*Volsci* kabilesi ile yapılacak muhtemel bir savaşın eşliğindeyken ülke içinde *patricius* ve *pleb*'ler arasında da problemler baş göstermişti. Bu problemlerin temelinde *nexum* borçlularının çaresiz durumları yatmaktaydı. Özgürlükleri ve ülkeleri için savaşırken, kendi vatandaşları tarafından baskı altına alındıkları ve bir nevi köleleştirildiklerinden dolayı *pleb*'ler artık şikâyetlerini daha yüksek sesle dile getirmeye başladı. Kendi vatandaşlarındansa düşmanın elinde olmayı ve barış zamanındansa savaş zamanında olmayı tercih ettiklerini belirttiler. Bu artan huzursuzluk durumu, *nexum* borçlularından birinin acıklı durumunun ortaya çıkmasıyla birlikte en üst seviyeye ulaştı. Vücudunda çektiği birçok acının izlerini taşıyan yaşlı bir adam aniden *Forum*'a geldi. Elbiseleri pislik içindeydi, kendisi ise çok daha kötü bir halde bembeyaz ve aşırı derecede zayıftı. Ayrıca uzun saç ve sakalı yüzünden vahşiler gibi gözüküyordu. Tüm bu kötü görüntüsüne rağmen orada bulunan insanlar bu kişiyi hatırladı ve onun eskiden ünlü bir asker olduğundan ve sahip olduğu askeri özelliklerden bahsetmeye başladılar... İnsanlar ısrarla adamdaki bu yaraların ve bu görünüşün nasıl oluştuğunu sorgulamaya başladı. Adam, *Sabin* savaşında görevdeyken tüm ürünlerini düşmana kaybettiğini, evinin yandığını, tüm mallarının yağmalandığını ve sığırlarının götürüldüğünü söyledi. Bu zorlu zamanlarda vergileri ödeyebilmek için borçlandığını, bu borcun faizlerle birlikte katlanarak arttığını, önce büyük babasından babasına ve daha sonra kendisine kalan araziyi, sonrasında ise kalan diğer tüm mallarını kaybettiğini ve sonuç olarak kendi vücudundan başka bir şeyinin kalmadığını söyledi. Ancak [*nexum* sonrası] alacaklısı tarafından hizmet etmek üzere çalıştırılmadığı; fakat bunun yerine ağır koşullarda hapsedildiğini anlattı. Daha sonra ise sırtını açıp hâlâ seçilebilen kamçı darbelerinin izlerini gösterdi. Tüm bunların görülmesi ve duyulması üzerine orada bulunan kalabalık arasında büyük bir huzursuzluk meydana geldi. Bu huzursuzluk *Forum* ile sınırlı kalmayarak hızla tüm şehir içerisinde yayıldı. Bunun üzerine şehirdeki tüm *nexum* borçluları (*nexi*) ve bu durumdan kurtulmuş olanlar (*vincti solutique*) caddelere fırladı ve halkın (*Quiritium*) korunması gerektiği konusunda haykırdı.”

Livius tarafından aktarılan bu metinden, borç için alacaklıya hizmet etmenin *nexus*'lar için beklenen bir durum olduğu; fakat somut olayda görüldüğü üzere kişinin, *addictus* gibi sürekli istismar edilerek hapsedilmesine alacaklının hakkının olmadığı anlaşılmaktadır ¹¹⁶.

¹¹⁴ Seth Bernard, 'Debt, Land, and Labor in the Early Republican Economy' (2016) 70 (3/4) *Phoenix* 317, 322; Petit (n 5) 278.

¹¹⁵ “*Sed et bellum Volscum imminabat et civitas secum ipsa discors intestino inter patres plebemque flagrabat odio, maxime propter nexos ob aes alienum. Fremebant se, foris pro libertate et imperio dimicantes, domi a civibus captos et oppressos esse, tutioremque in bello quam in pace et inter hostes quam inter cives libertatem plebis esse; invidiamque eam sua sponte gliscentem insignis unius calamitas accendit. Magno natu quidam cum omnium malorum suorum insignibus se in forum proiecit. Obsita erat squalore vestis, foedior corporis habitus pallore ac macie perempti; ad hoc promissa barba et capilli efferaverant speciem oris. Nosciabatur tamen in tanta deformitate, et ordines duxisse aiebant, aliaque militiae decora volgo miserantes eum iactabant; ipse testes honestarum aliquot locis pugnarum cicatrices adverso pectore ostentabat. Sciscitantibus unde ille habitus, unde deformitas, cum circumfusa turba esset prope in contionis modum, Sabino bello ait se militantem, quia propter populationes agri non fructu modo caruerit, sed villa incensa fuerit, direpta omnia, pecora abacta, tributum iniquo suo tempore imperatum, aes alienum fecisse. Id cumulatam usuris primo se agro paterno avitoque exuisse, deinde fortunis aliis; postremo velut tabem pervenisse ad corpus; ductum se ab creditore non in servitium, sed in ergastulum et carnificinam esse. Inde ostentare tergum foedum recentibus vestigiis verberum. Ad haec visa auditaque clamor ingens oritur. Non iam foro se tumultus tenet, sed passim totam urbem pervadit. Nexi, vincti solutique, se undique in publicum proripiunt, implorant Quiritium fidem.”*

¹¹⁶ Silver (n 1) 219.

M.Ö. 494 yılında ise ödünç verilen miktarın kendisini değil faizlerini bile ödeyemeyip *nexum* borçları altında ezilen birçok *pleb*, *Mons Sacer*'e (Kutsal Dağ) çıkararak isyan başlatmıştır¹¹⁷. İsyanın büyümesi üzerine *patrici*'ler, *pleb*'lerin haklarını korumak üzere *tribunus plebis* makamının kurulmasını kabul etmek zorunda kalmıştır¹¹⁸. Bu imkânın kabul edilmesinin ardından yaklaşık 100 yıl boyunca *pleb*'lerin huzursuzluğunun bir nebze de olsa yatıştığı görülmektedir. Ancak M.Ö. 326 yılına gelindiğinde bu kişilerin, *nexus* veya *addictus* statüsünde olmaları fark etmeksizin alacaklıları tarafından uğradıkları kötü muamelelerden duydukları huzursuzluk, *nexum* borçlusu bir gencin, alacaklısının ağır istismarına uğraması ve yaşadıklarını *Forum*'da bağırarak anlatması üzerine son noktaya ulaşmıştır. Yaşanılan bu olayı takiben çıkarılan *Lex Poetelia Papiria*¹¹⁹ adındaki kanun ile özellikle *nexus*'ların hukuki durumları hakkında birçok iyileştirme yapılmış ve *Livius*'un belirttiği üzere *pleb*'ler açısından özgürlüklerinin yeniden başladığı bir döneme geçilmiştir.

Lex Poetelia Papiria hakkında en çok bilgi edinebildiğimiz temel metin ve bu kanunun çıkmasına sebep olan olaylar silsilesi *Livius* tarafından şu şekilde aktarılmaktadır.

*Livius, AUC 8.28*¹²⁰

“O yıl Roma'daki *pleb*'lerin özgürlüğü adeta yeniden başlıyordu. Çünkü insanların borçları yüzünden esir edilmelerine bir son verilmişti. Bu hukuki değişiklik faizle borç vermiş bir alacaklının yaptığı zalimlikler sonucunda lüzumlu görüldü. *Gaius Publius* adında bir genç babasının borcu yüzünden *Lucius Papirius*'a kendisini teslim etmişti. Borçlusunun gençliği

¹¹⁷ Lisa Marie Mignone, *The Republican Aventine and Rome's Social Order* (1. Bastı, University of Michigan Press 2016) 20.

¹¹⁸ Eşref Küçük, “Roma Halkının İki Özgürlük Kalesi: “Provocatio ad populum” ve “Tribunus plebis”” (2015) 5 (1) HÜHF 127, 129; Roby (n 13) 297.

¹¹⁹ Bu kanunun ne zaman düzenlendiği konusunda hem tarihi kaynaklarda hem de modern Romanistler arasında bir görüş birliği yoktur. *Livius*'a göre kanun, M.Ö. 346, M.Ö. 333 ve M.Ö. 326'da 3 kez *consul* seçilen *Gaius Poetelius Libo Visulus*'un 3. *consul*'lüğü döneminde yani M.Ö. 326 yılında düzenlenmiştir. Dönemin bir diğer *consul*'ü de *Lucius Papirius Cursor* olduğu için bu düzenleme, *Livius*'a göre *Lex Poetelia Papiria* olarak adlandırılmaktadır. *Livius, AUC 7.27.5; 8.23.17; 8.28.2; 9.28.2*. Fakat *Varro*'ya göre *Lex Poetelia, Gaius Poetelius*'un aynı isimdeki oğlunun M.Ö. 313'de *dictator* ilan edildiği sene hazırlanmıştır. *Varro DLL 7.105*. Dolayısıyla *Varro*'ya göre kanunun adı sadece *Lex Poetelia* iken *Livius*'a göre kanun, o senenin diğer bir *consul*'ü olan *Lucius Papirius Cursor*'un da ismini taşıdığından dolayı *Lex Poetelia Papiria* adını taşımaktadır. Doktrindeki hâkim görüş de kanunun adının *Lex Poetelia Papiria* olduğu ve M.Ö. 326 yılında yürürlüğe girdiği yönündedir. André Magdelain, “La loi Poetelia Papiria et la loi Iulia de pecuniis mutuis” iç Ecole française de Rome (ed), *Ius Imperium Auctoritas* (Publications de l'École française de Rome 1990) 707; Girard (n 5) 493; Westrup (n 22) 4; Giraud, *Nexi* (n 5) 122. Ayrıca bkz Özyıldırım (n 30) 48 dn 181; Atak (n 1) 32 dn 139.

¹²⁰ “*Et anno plebi Romanae velut aliud initium libertatis factum est quod necti desierunt; mutatum autem ius ob unius feneratoris simul libidinem, simul crudelitate insignem. L. Papirius is fuit, cui cum se C. Publius ob aes alienum paternum nexum dedisset, quae aetas formaque misericordiam elicere poterant, ad libidinem et contumeliam animum accenderunt. [ut] florem aetatis eius fructum adventicium crediti ratus, primo pericere adulescentem sermone incesto est conatus; dein, postquam aspernabantur flagitium aures, minis territare atque identidem admonere fortunae; postremo, cum ingenuitatis magis quam praesentis condicionis memorem videret, nudari iubet verberaque adferri. Quibus laceratus iuvenis cum se in publicum proripisset, libidinem crudelitateque conquerens feneratoris, ingens vis hominum cum aetatis miseratione atque indignitate iniuriae accensa, tum suae condicionis liberumque suorum respectu, in forum atque inde agmine facto ad curiam concurret; et cum consules tumultu repentino coacti senatum vocarent, introeuntibus in curiam patribus laceratum iuvenis tergum procumbentes ad singulorum pedes ostentabant. Victum eo die ob impotentem iniuriam unius ingens vinculum fidei iussique consules ferre ad populum ne quis, nisi qui noxam meruisset, donec poenam lueret in compedibus aut in nervo teneretur; pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esset. Ita nexi soluti, cautumque in posterum ne necerentur.”*

ve güzelliği alacaklının merhamet ve şefkat duygularını harekete geçirebilirdi. Ancak bunun yerine ruhu, küçük düşürme ve şehvetle doldu. İlk olarak borçlusunu, sözleriyle ikna etmeye çalıştı. Fakat bunun işe yaramayacağını anladıktan sonra tehditlere ve ona durumunu ısrarla hatırlatmalara başladı. Son noktadaysa gencin şerefli bir aileden gelmesine büyük önem verdiğini fark etmesinin ardından elbiselerini çıkartarak onu kamçıladi. Sopa ve kamçılardan dolayı her tarafı yara bere içinde kalan oğlan, alacaklısının şehvet düşkünlüğü ve zalimliğini haykırarak kendisini ağlayarak caddeye attı. Yaşı çok genç olan bu çocuğun yaşadığı utanç verici tacizlerden dolayı acıma ve nefret duygularıyla yanıp tutuşan kalabalık, bu durumun kendi veya çocuklarının başına gelebileceğini de göz önüne alarak *Forum*'a yürüdü. Daha sonra burada bulunan insanları da arkasına katan kalabalık muazzam bir grup halinde *Curia*'ya doluştu. Böylece *consul*'lerden bir kanun tasarısı hazırlamaları ve bunun derhal yürürlüğe konulması talep edildi. Bu kanun tasarısına göre bazı suçları işleyen kişiler haricinde, bundan sonra hiç kimse zincire vurulmayacak veya hapsedilemeyecekti. Alacaklılar, para ödöncü almış borçlunun şahsına değil mallarına el koyacaktı. Ayrıca mevcut *nexum* borçluları hapis durumundan kurtuldular ve bundan sonra da *nexum*'dan kimsenin hapsedilmemesi emredildi.”

Kaynaklarda *Lex Poetelia Papiria* ile ilgili tüm metinler¹²¹ birlikte değerlendirildiğinde bu kanunla birlikte borçlular lehine 5 farklı düzenlemenin getirildiği görülmektedir.

- 1) İlk olarak *Lex Poetelia Papiria* ile kişilerin borçlarından dolayı mutlaka şahıs ile sorumlu olacaklarına dair uygulamaya, malvarlığı ile de sorumlu olunabileceği şeklinde bir alternatif getirilmiştir¹²². Her ne kadar *Livius* tarafından bu kanunla birlikte borçluların şahsına el konulmasının ortadan kaldırıldığı sonucu aktarılsa da *Livius*'un bir hukukçu olmayıp tarihçi olmasından dolayı getirilen düzenlemeyi yanlış bir biçimde yorumladığı anlaşılmaktadır¹²³. Nitekim *Lex Poetelia Papiria*, *Livius*'un aktardığının aksine tamamen şahıs ile sorumluluğu kaldırıp yerine malvarlığı ile sorumluluğu getirmemiş, sadece borçlunun aynı zamanda malvarlığı ile de sorumlu olabilmesinin önünü açmıştır¹²⁴. Dolayısıyla kanunun bu konu hakkında getirdiği düzenleme ancak şahıs ile sorumluluğun giderek azalmasının ve malvarlığı ile sorumlu olmaya geçişte önemli bir aşamanın başlangıcı olarak yorumlanabilir¹²⁵.
- 2) İkinci olarak bu kanunla birlikte, yaşanan istismarlar da göz önüne alınarak bazı suçları işleyen kişiler hariç olmak üzere tüm borçluların *addictus* veya *nexus* olması fark etmeksizin boyunlarına, ayaklarına veya ellerine zincir vurulması yasaklanmıştır¹²⁶.

¹²¹ *Dionysius, Ant. Rom. 16.9; Valerius, Fact. Mem. 6.1.9; Varro, DLL 7.105; Cicero, Rep. 2.34; Livius, AUC 8.28.*

¹²² Muirhead (n 5) 153.

¹²³ Magdelain (n 119) 708.

¹²⁴ Karadeniz Çelebican (n 86) 78; Muirhead (n 5) 153. Rado, ‘Cebri İcra’ (n 86) 237-238. Çok daha sonraki dönemlere ait kaynaklarda dahi borçluların bazı durumlarda borçları dolayısıyla hapsedildiklerine rastlanmaktadır. Bkz *Dig. 42.1.34.*

¹²⁵ Nitekim ancak M.Ö. 17’de yürürlüğe giren *Lex Iulia* adlı kanun ile *bonorum cessio* şeklinde malvarlığı ile sorumluluğun hukuken kural haline dönüştüğü bilinmektedir. Magdelain (n 119) 710; Rado, ‘Cebri İcra’ (n 86) 238.

¹²⁶ Roby (n 13) 310; Silver (n 1) 236; Atak (n 1) 32 dn 139; Petit (n 5) 278; Obenchain (n 21) 177.

- 3) Bu kanunun getirdiği bir diğer düzenleme ise hâlihazırda *nexum* borçlusu olan kişilerin serbest bırakılmasıdır¹²⁷. Fakat *Varro*'nun aktardığına göre *Lex Poetelia Papiria* ile sadece dini niteliği çok ağır basan bir yemini edebilen *nexus*'ların serbest bırakılması söz konusu olmuştur¹²⁸.
- 4) *Lex Poetelia Papiria*'nın getirdiği bir diğer yenilik ise *addictus* durumundaki borçlularla alakalıdır. Öncelikle bu kanunun sadece *nexum* borçlularına yönelik bir düzenleme olmadığını belirtmek gerekmektedir. Nitekim *pleb*'ler arasında *nexus*'lar kadar *addictus* statüsünde olan kişiler de yaygındır. *Lex Poetelia Papiria*, *pleb*'lerin bu döneme kadar olan tüm mücadelelerinin bir sonucu olarak hem *nexus* hem de *addictus* statüsündeki borçluların durumlarına iyileştirmeler getirmiştir¹²⁹. Dolayısıyla kanun ayrıca, *addictus* durumundaki kişilerin 60 gün içerisinde borç ödenmezse öldürülmesi, *Tiber* nehri ötesinde köle olarak satılması veya alacaklıların birden çok olması halinde borçlunun parçalanması ihtimallerini de ortadan kaldırmıştır¹³⁰. Bu tarihten sonra hakkında mahkûmiyet kararı bulunup alacaklısına teslim edilen *addictus*'lar 60 günlük süre kısıtlaması olmaksızın borcunu çalışarak ödeme imkânına sahip olmuştur¹³¹. Dolayısıyla *Lex Poetelia Papiria*'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte borçlarını ödeyemeyen *addictus*'lar ve *nexus*'ların maruz kaldıkları hukuki sonuçlar arasında herhangi bir fark kalmamıştır.
- 5) *Lex Poetelia Papiria*'nın en önemli sonucu ise *nexum* öduncünden doğan doğrudan icrailik unsurunun ortadan kaldırılmasıdır. Ancak *Livius*'un belirttiğinin aksine *nexum* bu kanunla birlikte tamamen ortadan kalkmamıştır¹³². Getirilen bu düzenleme ile birlikte yalnızca alacaklının mahkûmiyet kararına

¹²⁷ Giraud, *Nexi* (n 5) 120.

¹²⁸ Bkz *Varro*, *DLL* 7.105 "Omnes qui Bonam Copiam iuravit, ne essent nexi dissoluti." ("Güzel *Opis* üzerine yemin eden tüm *nexus*'lar serbest bırakıldı.") *Varro*'nun aktardığı bu metinden, *nexus*'ların serbest kalabilmeleri için bereket tanrıçası olarak kabul edilen *Opis*'i sahib göstererek bir yemin etmeleri gerektiği anlaşılmaktadır. Silver (n 1) 236. Fakat yeminin içeriği tam olarak belirli olmadığından dolayı bu konuda 3 farklı görüş ileri sürülmüştür. Bazı yazarlara göre sadece ödeme gücü olduğuna ve serbest kaldıktan sonra borcunu ödeyeceğine dair yemin eden *nexus*'ların kurtulması mümkündür. Huschke (n 5) 149. Başka bir görüşe göre ise borcunu hiçbir şekilde ödeyemeyecek durumda olduğuna dair yemin eden *nexus*'ların serbest bırakılması söz konusu olmuştur. Dolayısıyla *nexus*'un, serbest kalabilmesi için alacaklısına hizmet ettiği süre boyunca elinden geleni yaptığına, daha iyisini yapamayacağına ve borcunu başka hiçbir şekilde ödeyemeyeceğine dair yemin etmesi gerekmektedir. Muirhead (n 5) 154; Macqueron (n 2) 16-17. Son görüşe göre ise de sadece tüm mallarını, değerine bakılmaksızın alacaklısına derhal devredebileceğine dair yemin eden *nexus*'lar serbest bırakılmıştır. Girard (n 5) 1063 dn 2; Giraud, *Nexi* (n 5) 120. *Bonam Copiam*'ın kökeni ve kelimenin geçtiği benzer tarihi metinlerle ilgili değerlendirmeler ve ayrıntılı bilgi için bkz Magdelain (n 119) 708.

¹²⁹ Muirhead (n 5) 154.

¹³⁰ Girard (n 5) 1000.

¹³¹ Westrup (n 22) 4; Girard (n 5) 1000; Walton (n 19) 199; Karadeniz Çelebican (n 86) 328; Macqueron (n 2) 17-18; Rado, 'Cebri İera' (n 86) 237. Aslında *Lex Poetelia Papiria* ile ilgili elimize ulaşan tarihi metinlerde kanunun açıkça ölüm, köle olarak satılma veya parçalara ayrılma cezalarını kaldırdığına dair bir hüküm yoktur. Ancak doktrinadaki hâkim görüş bu sonuçları ortadan kaldıran kanunun *Lex Poetelia Papiria* olduğu yönündedir. Macqueron (n 2) 17; Muirhead (n 5) 154. Nitekim *Quintilianus*, *Declamationes Minores* adlı eserinde birçok defa tarihini tam olarak bilemediği eski bir kanunun *addictus*'ların durumunu düzelttiğini ve bu kişilerin borçlarını ödeyememeleri halinde artık yalnızca alacaklılarına hizmet etmek zorunda olduğunu belirtmiştir. Bkz *Quintilianus*, *Decl. 311* "Quid enim lex dicit? Addictus, donec solverit, serviat." ("Kanun ne söylüyor? *Addictus*, ödeyene kadar hizmet eder.") Latince metin ve İngilizce tercüme için bkz *Quintilianus*, *The Lesser Declamations*, vol I (D. R. Shackleton Bailey çev, Harvard University Press, 2006).

¹³² Girard (n 5) 493-1000; Macqueron (n 2) 16; von Lübtow (n 7) 255; Kaser (n 52) 203.

gerek olmaksızın doğrudan *manus iniectio* yöntemiyle icra aşamasına geçebilmesi imkânı ortadan kaldırılmıştır¹³³. Dolayısıyla *nexum* bu kanunla birlikte en önemli özelliği olan doğrudan icrailik unsurunu kaybetmiştir.

Sonuç olarak bu kanunla birlikte hem *addictus*'ların hem de *nexus*'ların durumlarında birçok iyileştirmeler öngörülmüştür. Bu noktada *Lex Poetelia Papiria*, *nexum* işleminin kendisini değil; fakat alacaklıların bu işlemi tercih etmesindeki yegâne sebep olan doğrudan icrailik niteliğini ortadan kaldırmıştır. Ayrıca *addictus*'ların da XII Levha Kanunu'nun öngördüğü acımasız sonuçlardan kurtarılması ve kişinin sadece alacaklısının hizmetinde geçici bir süre çalışmakla borcunu ifa etmiş sayılacağı kuralının getirilmesi *nexum*'un borçlular açısından tercih edilme sebebini de sona erdirmiştir. Bu şekilde hem ödünç vermek hem de almak isteyen tarafın, işlemi tercih etmesine yol açan sebeplerin ortadan kalkmasıyla birlikte *nexum* tüm avantajlarını yitirmiş ve uygulamada yerini *stipulatio* ve *mutuum*'a bırakarak zaman içerisinde tamamen ortadan kaybolmuştur¹³⁴.

Değerlendirme ve Sonuç

Çalışmamızın çeşitli yerlerinde detaylı bir biçimde ele alındığı üzere doktrinde, *nexum* işleminin tanımı, şekli veya hukuki sonuçları hakkında herhangi bir görüş birliği bulunmamaktadır. *Nexum*'un içeriği ile ilgili olan tüm bu başlıklar hakkında birçok Romanist tarafından farklı görüşler ortaya atılmıştır. Ancak ileri sürülen tüm farklı görüşlerin içerisinde 1846 yılında Huschke'nin ve 1901 yılında Mitteis'in ortaya koyduğu *nexum* teorileri zaman içerisinde farklı yazarlar tarafından desteklenmiş, geliştirilmiş ve işlem hakkında bu iki yazarın görüşleri çerçevesinde doktrinde iki ayrı zıt teori büyük önem kazanmıştır.

Huschke'nin teorisine göre *nexum, per aes et libram* usulü içerisinde gerçekleştirilen ve kararlaştırılan tarihte geri ödemenin yapılmaması durumunda borçluya karşı doğrudan doğruya icra aşamasına geçilmesine yol açan özel bir ödünç sözleşmesidir. İşlemin *per aes et libram* usulü içerisinde, toplumun bizzat kendisini temsil eden 5 farklı tanık ve ödünç verilecek miktarı tartmakla görevli *libripens*'in huzurunda çeşitli dini kalıpların beyan edilmesiyle birlikte yapılması, *nexum*'a doğrudan icra edilebilme kudreti kazandırmaktadır. Bu sebeple alacaklının, borçlusu hakkında herhangi bir mahkûmiyet kararı almasına gerek olmaksızın doğrudan icra aşamasına geçmesi mümkündür. Ancak Huschke'nin, *nexus*'ların da, hakkında mahkûmiyet kararı bulunan; fakat borcunu yine de ödeyemeyen *addictus*'ların durumunda olduğu gibi XII Levha Kanunu'nda öngörülen ölüm, köle olarak satılma veya parçalara ayrılma gibi cezalara maruz kalabileceğini ileri sürmesi kanaatimizce teorisinin en eksik kısmını oluşturmaktadır.

¹³³ MacCormack (n 5) 354; Obenchain (n 21) 177.

¹³⁴ Macqueron (n 2) 18; Kaser (n 52) 203; Walton (n 19) 198; Silver (n 1) 236-238 vd; von Lübtow (n 7) 255.

Mitteis'in teorisine göre ise *pleb*'lerin birçok istismar yaşamasına sebep olan *nexum* işlemi aslında kişinin kendisi üzerindeki hâkimiyetini geçici süreliğine alacaklısına devrettiği bir *mancipatio* işlemidir. Ancak yazara göre bu *mancipatio* işlemi, borçlunun, adı yine *nexum* olan bir ödünç sözleşmesiyle borç altına girmesi ve borcunu ödeyemeyecek durumda olduğunu anlaması üzerine gerçekleştirilmektedir. Borç ve sorumluluk doğuran işlemlerin Eski Hukuk Dönemi'nde birbirinden tamamen farklı olabileceği varsayımından etkilenen Mitteis bu şekilde Roma Hukuku'nda iki farklı *nexum* işleminin mevcut olduğunu ileri sürmüştür. Buna göre; ilk olarak taraflar arasında olağan bir borç gibi *legis actio sacramentum in personam* davası ile takip edilebilen *nexum* ödünç işlemi yapılmaktadır. Fakat bu dava sonucunda XII Levha Kanunu'nun acımasız hükümleriyle karşı karşıya kalma ihtimali bulunan çaresiz borçlular, ilk *nexum* işleminde alınan ödünç kararlaştırılan günde ödeyemeyeceklerini düşündüklerinde gönüllü olarak farklı nitelikte ikinci bir *nexum* işlemini yapmayı tercih etmiştir. Bu ikinci *nexum* ise *pleb*'lerin asıl acı ve istismar sebebi olarak gördüğü, borçlunun borcuna karşılık alacaklının hâkimiyetine girmeyi ve ona geçici bir süre köle gibi hizmet etmeyi vadettiği *mancipatio* işlemidir. Dolayısıyla buna göre *mancipatio* niteliği bulunan ikinci *nexum* işlemini yapmayı tercih eden borçlular XII Levha Kanunu'nda öngörülen acımasız cezalardan kurtulmakta ve alacaklıya yalnızca hizmetlerini sunarak borcunu ödeyebilmektedir. Bu teori de her ne kadar birbirinden farklı iki *nexum* işlemi ve özgür bir Roma vatandaşının kendisini *mancipatio* yoluyla alacaklısına devretmesi gibi çelişkili ve eleştiriye açık fikirler içerse de işlemin borçlular tarafından XII Levha Kanunu'ndaki acımasız hükümlerden kurtulabilmek amacıyla tercih edildiğini ileri sürmesi bakımından olası bir noktaya işaret etmektedir. Kanaatimizce bu aşamada doktrinde *nexum* hakkında ileri sürülmüş bu iki temel teorinin bazı yazarların denediği şekilde birbiriyle harmanlanması ve bu şekilde bir sonuca ulaşılması gerekmektedir.

Teknik anlamıyla *nexum*, Huschke'nin ileri sürdüğü gibi terazi ve maden külçesi kullanılarak *mancipatio*'dan farklı tek bir işlem içerisinde yapılan ve ödemenin zamanında yapılmaması üzerine borçluya karşı doğrudan doğruya icra aşamasına geçilmesine izin veren bir ödünç sözleşmesidir. Ancak bu ödünçün borçlular açısından tercih edilmesinin temel sebebi de Mitteis'in ileri sürdüğü gibi XII Levha Kanunu'nun hükümlerinden kaçınabilme amacıdır. Bu aşamada XII Levha Kanunu'ndaki borçların icrasıyla ilgili hükümlerde yer alan *aes confessum* (maden külçesi borcunu ikrar) ifadesi önem arz etmektedir. Metinde geçen 'maden külçesi borcunu ikrar edenler' (*aeris confessi*) ifadesiyle kamu görevlisi olma ihtimali yüksek terazi tutucusu (*libripens*) ve 5 tanık önünde, alacaklı tarafından *damnatus* ilan edilen *nexum* borçlularının da kast edilmiş olması oldukça muhtemeldir. Dolayısıyla *nexum* borçlularının da hakkında mahkûmiyet kararı alınmış *iudicatus* borçlularının durumunda olduğu gibi belirlenen tarihte ifayı gerçekleştirmemesi halinde borcunu ödemek için 30 günlük süresi bulunmaktadır. Bu süre içerisinde de borç ödenmezse

alacaklının, *manus iniectio* aşamasına geçerek *nexus*'un kendisine teslim edilmesini istemesi mümkündür. XII Levha Kanunu'ndaki buraya kadar olan kısımlar hem *nexus* hem de *iudicatus*'lar için ortaktır. Ancak kanunun ilgili metninin devam eden hükümlerinde (*ni iudicatum facit* ifadesinden itibaren) *nexum* ile ilgili hükümler de sona ermekte ve dolayısıyla *nexus*'ların *addictus*'larda olduğu gibi ölüm, köle olarak satılma veya parçalara ayrılma gibi cezalara maruz kalmadıkları sonucu ortaya çıkmaktadır.

Sonuç olarak *nexum*'u, Huschke ve Mitteis'in teorilerindeki olası yönleri ele alarak şu şekilde tanımlamak mümkündür. *Nexum*, tarafların ve çeşitli tanıkların işlem sırasında hazır bulunduğu, işlemin aleni ve mistik yapısından dolayı doğrudan doğruya icraya geçilmesine imkân sağlayan özel bir ödünç sözleşmesidir. İşlemin nev'i şahsına münhasır yapısından dolayı *nexum* borçlularının hakkında mahkûmiyet kararı bulunan *addictus*'lardan farklı olarak XII Levha Kanunu'ndaki acımasız hükümlere maruz kalmadığı ve borçluların belirlenen tarihte borcunu ödeyememesi halinde alacaklıya sadece geçici bir süre hizmet etmekle yükümlü olduğu kabul edilmelidir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

- Atak AS, 'Roma Hukukunda Tüketim Ödücü Sözleşmesi (Karz Akdi-Mutuum)' (Yayınlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi 2015).
- Basman T, 'Gaius ve Institutiones'lerden Bazı Parçalar' (1938) 4 (16) İÜHF 661-672.
- Bernard S, 'Debt, Land, and Labor in the Early Republican Economy' (2016) 70 (3/4) Phoenix 317-338.
- Buckland WW, *A Manual of Roman Private Law* (2. Bası, Cambridge University Press 1953). [*Roman Private Law*]
- Buckland WW, *Elementary Principles of Roman Law* (1. Bası, Cambridge University Press 1912).
- Buckler HW, *The Origin and History of Contract in Roman Law: Down to the End of the Republican Period* (1. Bası, C.J. Clay and Sons 1895).
- Christiansen, *Die Wissenschaft der römischen Rechtsgeschichte im Grundrisse, Cilt I* (1. Bası, Verlag Johann Friedrich Hammerich 1838).
- Cornil G, *Ancien droit romain: le problème des origines* (Recueil Sirey 1930).
- De Zulueta F, 'Recent Controversy About Nexum' (1913) 29 (2) LQR 137-153.

- Di Marzo S, *Roma Hukuku* (Ziya Umur çev, 2. Bası, Sulfi Garan Matbaası 1959).
- Du Plessis PJ, *Borkowski's Textbook on Roman Law* (5. Bası, Oxford University Press 2015).
- Erdoğan B, *Roma Borçlar Hukuku Dersleri* (2. Bası, Der Yayınları 2021).
- Eren S, 'Satış Sözleşmesinin Tarihsel Kökleri' (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi 2018).
- Girard PF, *Manuel élémentaire de droit romain* (6. Bası, Arthur-Rousseau 1918).
- Giraud C, *Des "nexi", ou De la condition des débiteurs chez les romains* (1. Bası, Firmin-Didot Frères 1847). [Nexi]
- Giraud C, *Recherches sur le droit de propriété chez les Romains, sous la république et sous l'empire, Cilt I* (1. Bası A Aix chez Aubin 1838).
- Huschke E, *Ueber das Recht des Nexum und das alte römische Schuldrecht. Eine rechtshistorische Untersuchung* (1. Bası, Gebauer 1846).
- Jhering R, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement, vol III* (3. Bası, A. Marescq Aîné 1877).
- Jolowicz HF ve Nicholas B, *A Historical Introduction to the Study of Roman Law* (3. Bası, Cambridge University Press 1972).
- Karadeniz Çelebican Ö, *Roma Hukuku: Tarihi Kaynaklar – Genel Kavramlar – Kişiler Hukuku – Hakların Korunması* (18. Bası, Turhan 2020).
- Kaser M, *Roman Private Law* (Rolf Dannenbring çev, 4. Bası, Gutenberg Book Printers 1984).
- Kleijwegt M, 'Debt Bondage and Chattel Slavery in Early Rome' iç Alessandro Stanziani ve Gwyn Campbell (edr), *Debt and Slavery in the Mediterranean and Atlantic Worlds* (Pickering & Chatto 2013) 29-37.
- Koschaker P ve Ayiter K, *Modern Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları* (2. Bası, Sevinç Matbaası 1977).
- Kübler B, 'Kritische Bemerkungen zum Nexum' (1904) 24 (1) ZSS 254-283.
- Küçük E, 'Roma Halkının İki Özgürlük Kalesi: "Provocatio ad populum" ve "Tribunus plebis"' (2015) 5 (1) HÜHFD 127-144.
- Lenel O, 'Das Nexum' (1902) 23 ZSS 84-100.
- Lévy-Bruhl H, 'Roma Hukukunda Hukuki Muameleye Dair' (Türkan Basman çev, 1940) 6 (2-3) İÜHFM 589-597.
- Lévy-Bruhl H, 'The Act per aes et Libram' (1944) 60 (1) LQR 51-62. ['Per aes et libram']
- MacCormack G, 'Nexi, Iudicati and Addicti in Livy' 2013 (1967) 84 (1) ZSS 350-355.
- Macqueron J, *Histoire des obligations: Le droit romain, Cilt I* (1. Bası, Publications du Centre d'histoire institutionnelle et économique de l'antiquité romaine 1971).
- Magdelain A, 'La loi Poetelia Papiria et la loi Iulia de pecuniis mutuis' iç Ecole française de Rome (ed), *Ius Imperium Auctoritas* (Publications de l'École française de Rome 1990) 707-711.
- Mignone LM, *The Republican Aventine and Rome's Social Order* (1. Bası, University of Michigan Press 2016).
- Mitteis L, 'Ueber das Nexum' (1901) 22 (1) ZSS 96-125. ['Nexum']
- Mitteis L, *Über die Herkunft der Stipulation: Eine Hypothese* (Nabu 1921).
- Mommsen T, 'Nexum' (1902) 23 (1) ZSS 348-355.
- Muirhead J, *Historical Introduction to the Private Law of Rome* (2. Bası, Adam and Charles Black 1899).

- Niebuhr BG, *The History of Rome, vol I* (Julius Charles Hare ve Connop Thirlwall çev, 1. Bası, Thomas Wardle 1828).
- Obenchain R, 'Roman Law of Bankruptcy' (1928) 3(4) *Notre Dame Law Review* 169-180.
- Özbay ÜV, *Roma Hukukunda ve Türk Hukukunda Tüketim Ödücüsü (Karz) Sözleşmesi* (1. Bası, Yetkin 2018).
- Özyıldırım MM, 'Roma Hukukunda İbra İşlemi (*Acceptilatio*) ve Alacağı Talep Etmeme Taahhüdü (*Pactum De Non Petendo*)' (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi 2021).
- Petit E, *Traité élémentaire de droit romain, contenant le développement historique et l'exposé général des principes de la législation romaine, depuis l'origine de Rome jusqu'à l'empereur Justinien* (Librairie Arthur Rousseau 1903).
- Rado T, 'Roma Hukukunda Cebri İcra Usullerinin İnkişafı' (1944) 10 (1-2) *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 229-240. ['Cebri İcra']
- Rado T, *Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku* (16. Bası, Filiz 2021). [*Borçlar Hukuku*]
- Roby HJ, *Roman Private Law in the Times of Cicero and of the Antonines, Cilt II* (1. Bası, Cambridge University Press 1902).
- Schwarz A, *Borçlar Hukuku Dersleri, Cilt I* (Bülent Davran çev, Kardeşler Basımevi 1948).
- Senn F, 'Le Nexum contrat de prêt du très ancien droit romain' (1905) 29 (1) *NRH* 49-95.
- Silver M, 'The Nexum Contract as a Strange Artifice' (2012) 59 *RIDA* 217-238.
- Sohm R, *The Institutes of Roman Law* (James Crawford çev, 1. Bası, Clarendon Press 1892).
- Tahiroğlu B, *Roma Borçlar Hukuku* (Der Yayınları 2021).
- Tekin O, Eskiçağda Para-Antik Nümismatiğe Giriş (4. Bası, Eskiçağ Bilimleri Enstitüsü Yayınları 2000).
- Twiss T, *An epitome of Niebuhr's history of Rome* (1. Bası, D.A Talboys 1836).
- Umur Z, *Roma Hukuku Lüğatı* (1. Bası, Fakülteler Matbaası 1975). [*Lügat*]
- Umur Z, *Roma Hukuku: Tarihi Giriş – Kaynaklar – Umumi Mefhumlar – Hakların Himayesi* (Fakülteler Matbaası 1974). [*Roma Hukuku*]
- von Gierke O, *Schuld und Haftung im älteren Deutschen Recht* (Verlag von M. & H. Marcus 1910).
- von Lübtow U, 'Das altrömische nexum als Geiselschaft' (1936) 56 (1) *ZSS* 239-255.
- Walton FP, *Historical Introduction to the Roman Law* (4. Bası, W. Green and Son Limited 1920).
- Westrup CW, 'Notes sur la "sponsio" et le "nexum" dans l'ancien droit romain. Le nouveau fragment des Institutes de Gaius.' (1947) 31 (2) *KDVS HTM* 1-28.

ANTİK KAYNAKLAR

- Cicero MT, *On the Republic, On the Laws* (Clinton W. Keyes çev, Harvard University Press 1928). [Rep.]
- Dionysius, *Roman Antiquities, vol IV: Books 6.49-7* (Earnest Cary çev, Harvard University Press 1943). [Ant. Rom.]
- Dionysius, *Roman Antiquities, vol VII: Books 11-20* (Earnest Cary çev, Harvard University Press 1950). [Ant. Rom.]

- Festus SP, *De la signification des mots* (A. Savagner çev/ C.L.F. Panckoucke ed, Bibliothéque Latine-Francaise Collection des Classiques Latins 1846). [Verb. Sig.]
- Gaius, *Institutes* (Julien Reinach çev, 2. Bası, Les Belles Lettres 1965). [Ins.]
- Gaius, *Institutes of Roman Law* (Edward Poste çev, 4. Bası, Clarendon Press 1904). [Ins.]
- Livius T, *History of Rome, vol III: Books 5-7* (B. O. Foster çev, Harvard University Press 1924). [AUC]
- Livius T, *History of Rome, vol IV: Books 8-10* (B. O. Foster çev, Harvard University Press 1926). [AUC]
- Livius T, *History of Rome, vol I: Books 1-2* (B. O. Foster çev, Harvard University Press 1919). [AUC]
- Livius T, *Roma Tarihi, Kitap VII-IX-X* (Sabahat Şenbark çev, Arkeoloji ve Sanat Yayınları 1999). [AUC]
- Lucilius, *Remains of Old Latin, vol III: The Twelve Tables* (E. H. Warmington çev, Harvard University Press 1938).
- Maximus V, *Memorable Doings and Sayings, vol II: Books 6-9*. (D. R. Shackleton Bailey çev, Harvard University Press 2000). [Fact. Mem.]
- Mommsen T ve Krueger P (edr), *Digesta Iustiniani Augusti, vol I-II* (Weidmann 1870). [Dig.]
- Quintilianus, *The Lesser Declamations, vol I* (D. R. Shackleton Bailey çev, Harvard University Press, 2006. [Decl.]
- Varro MT, *On the Latin Language, vol I: Books 5-7* (Roland G. Kent çev, Harvard University Press 1938). [DLL]
- Watson A (ed), *Digesta Iustiniani, vol 1-4* (Alan Watson çev, University of Pennsylvania Press 1998). [Dig.]



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 26.04.2021
Revizyon Talebi: 10.05.2021
Son Revizyon Tarihi: 08.09.2021
Kabul: 19.03.2022

Şirketler Topluluğunda Satın Alma Hakkı, Ayrılma Akçesi ve Anonim Şirketten Çıkarma Üzerine Düşünceler

Muhammed Sulu*

Öz

Hukukumuzda ilk kez 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen şirketler topluluğu, tüzel kişiliği olmayan, mali ve idari açıdan birleşmiş bir organizasyonu ifade etmektedir. Hem şirket içindeki kişiler hem de topluluk içindeki şirketler arasında menfaat çatışmalarının yaşanması olağandır. Bu bağlamda TTK m 208 hükmünde, şirketin çalışmasını engelleyen, dürüstlük kuralına aykırı davranan, fark edilir sıkıntı yaratan veya pervasızca hareket eden bağlı şirketteki azınlık pay sahibinin paylarının zorla satın alınıp şirketten çıkarılabileceği düzenleme altına alınmıştır. Hükümün amacı dürüstlük kuralına aykırı olarak şirketin işleyişine engel olan azınlığı şirketten çıkartıp şirket içi barışı sağlamak ve topluluktaki menfaat ihtilaflarını topluluk menfaati doğrultusunda çözümlenektir. Meselenin tabiatı icabı, çıkarma (satın alma) hakkının karşısında ayrılma hakkının bulunması gerekmektedir. Böylece çoğunluk tahakkümü altında bulunan azınlığa, paylarını şirkete satıp şirketten ayrılmasına imkân sağlanmış olacaktır. Ticaret Kanunumuzun çeşitli yerlerinde düzenlenen ayrılma akçesinin belirlenmesine ve ödenmesine ilişkin sorunlar TTK m 208 bakımından da geçerlidir. Ayrılma akçesi, en temelde şirket ortağının sermaye payına tekabül eden talep hakkının karşılığını oluşturan bir değerdir. Çalışmada bu değer belirlenmesi ve ödenmesine ilişkin alternatif çözümler üzerinde durulmuştur. Nihai olarak, TTK m 208 hükmünün, Kanunun kabulünden bu yana hiç bir yüksek yargı kararına yansımadağı, buna mukabil uygulamacıların bu hükmü kapalı tip anonim şirketlere teşmil ettirmeye çalıştıkları müşahede edilmiştir. Bu itibarla, çalışmanın sonunda ticaret hayatının ihtiyaçları doğrultusunda anonim şirketler için de satın alma hakkının kabulüne ilişkin çeşitli öneriler sunulmuştur.

Anahtar Kelimeler

Şirketler Topluluğu, Satın Alma Hakkı, Ayrılma Akçesi, Ayrılma Hakkı, Dürüstlük Kuralı

Thoughts on the Squeeze-out Right: Appraisal Payment in a Group of Companies and Exclusion of a Partner in a Joint-Stock Company

Abstract

For the first time in our law, the group of companies regulated in the Turkish Commercial Code (TCC) numbered 6102 refers to an organization that does not have a legal personality and is financially and administratively united. Conflicts of interest are common, both between persons within a company and between companies within a group. In the TCC Art 208, it is regulated that when the minority shareholder in a subsidiary company hinders the operation of the company, acts against good faith, causes noticeable distress, or acts recklessly, its shares can be forcibly purchased and removed from the company. The purpose of the provision is to remove a minority shareholder that hinders the operation of the company against good faith and ensure peace within the company. Inherently, there should be a right to leave as opposed to the right to extract (purchase). Thus, the minority, who is oppressed by the majority, will be able to sell their shares to the company and leave the company. Problems regarding the determination and the appraisal payment regulated in various parts of our Commercial Code are also valid in the TCC Art 208. Appraisal payment is basically a value that is equivalent to the demand right corresponding to a capital share. Various and alternative solutions for determining and paying this value are emphasized in this study. Finally, it is observed that the provision of the TCC Art 208 has not been

* **Sorumlu Yazar:** Muhammed Sulu (Dr. Öğr. Üyesi), İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: msulu@29mayis.edu.tr ORCID: 0000-0001-9634-2272

Atrf: Sulu M, "Şirketler Topluluğunda Satın Alma Hakkı, Ayrılma Akçesi ve Anonim Şirketten Çıkarma Üzerine Düşünceler" (2022) 80(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 213. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2022.80.1.0007>



implemented since the adoption of the law, whereas the practitioners are trying to extend this provision to closed-type joint-stock companies. Various suggestions about the acceptance of the right to purchase for joint-stock companies have been presented at the end of this study in line with the needs of trade life.

Keywords

Group of Companies, Squeeze-Out Right, Appraisal Payment, Appraisal Right, Good Faith

Extended Summary

For the first time in our law, the group of companies regulated in the Turkish Commercial Code (TCC) numbered 6102 refers to an organization that does not have a legal personality and is financially and administratively united. The legislator aimed to resolve conflicts of interest between persons within a company as well as companies within the community in favor of the community interest. In TCC Art 208, when the minority shareholder in a subsidiary company hinders the operation of the company, acts against good faith, causes noticeable distress, or acts recklessly, its shares can be forcibly purchased and removed from the company. The regulation on the appraisal right of the controlling company has led to an important paradigm change in joint-stock companies because, in practice, companies that make up a group of companies are largely joint-stock companies. As a rule, it is not possible for a shareholder of a joint-stock company to be squeezed out from the company against its will. It is no doubt that it is not a coincidence that this regulation, which may be against the structure of joint-stock companies, is allowed for a group of companies. This is because the emergence of conflicts of interest in a group of companies is higher than that of individual companies.

The appraisal payment is basically a value that is equivalent to the demand right corresponding to the capital share of the company partner. In accordance with the principle of protecting the capital of stock companies, while the company continues its existence, the partners cannot reclaim what they have given to the company as capital. However, although the shareholder who leaves the company will no longer benefit from being a partner, the capital share s/he has brought to the company still belongs to the company. To prevent this situation that will cause unjust enrichment, the legislator has established the appraisal payment system. Three valuation methods are used in determining the value of company shares in our country. Among these, the asset-based valuation method is the most frequently used in judgments because of its easy auditing and applicability. In the classical sense, the equity value is determined by subtracting the liabilities from the company's assets, and this value is proportioned with the relevant share. In today's world, it is obvious that it is unfair for companies to be valued only with elements such as tables, chairs, and computers. The second frequently used method is the market-based valuation method. In this method, the value of a company is determined by comparing it with companies that are in a similar market situation with it. This method does not include the expectation

determinations about the future of a company, but in this method, the annual cash flow in the company is largely determinant. The least used generally accepted valuation method is the income-based valuation method. In this method, in addition to the procedures of the first two methods, a company's future expectations are also added to the calculations.

In both TCC Art 208 and other relevant cases in the TCC, determining the cash equivalent of the appraisal payment corresponding to the capital share in the company of the leaving partner is important in preventing disputes. After the determination of the payment amount, in our opinion, there is no objection to the appraisal payment with benefits. According to TCC Art 4, disputes about appraisal payment are absolute commercial cases. In this respect, according to TCC Art 5/A, it is required to apply to a mediator to file a lawsuit for the appraisal payment. The emergence of various and versatile solutions in the mediation practice of our country, which aims to create a "win-win" situation, is promising in terms of our consensus culture. Alternative solutions, such as hiring the applicant or a relative under certain conditions and selling the company's property to the applicant at a discount instead of cashing out the appraisal payment, are some of the examples that are in the interest of both parties. After it has been agreed that the appraisal payment is to be settled with a non-cash benefit, in the event of default on this debt, the debtor company may be requested to pay the initial cash provision.

The current legal regulation does not allow the squeezing out of a partner of a joint-stock company who violates the obligation of loyalty, prevents the company from working, and disturbs the peace within the company by violating good faith, except when it is a partner of a subsidiary company in a group of companies. However, in practice, to establish peace within the company and to sustain the existence of the company, the provisions about the squeezing out of a partner of a joint-stock company for a just cause should be regulated in the law.

Şirketler Topluluğunda Satın Alma Hakkı ve Ayrılma Akçesi Üzerine Düşünceler

Giriş

Türk Ticaret Kanunu'nun 195 ila 209. maddeleri arasında düzenlenen şirketler topluluğu, tüzel kişiliğe sahip olmayan, fakat mali ve idari açıdan birleşmiş bir organizasyonu ifade etmektedir. Uygulamada şirketler toplulukları genellikle limited ve anonim şirketlerden müteşekkil olsa da bütün ticaret şirketleri TTK m 195'teki şartlar doğrultusunda topluluk oluşturabilir. Hakim şirket, bağlı şirketin oy haklarının çoğunluğuna ya da sözleşme veya başka bir yolla bağlı şirketi yönetme hakkına sahip olduğu anda şirketler topluluğu kendiliğinden ortaya çıkar. Başka bir deyişle, şirketler topluluğu tescil ile kurulan bir organizma değil, kanun koyucunun çeşitli sonuçlar bağladığı fiili ve hukuki bir durumdur. Şirketler topluluğunda menfaat ilişkileri, bir topluluğa dahil olmayan şirketlerdeki menfaat ilişkilerinden çoğu zaman daha girift bir görünüm arz eder. Bunu gözetken kanun koyucu şirketler topluluğu bünyesinde çatışan menfaatlerin ne şekilde telif edileceğine ilişkin çeşitli hükümler ihdas etmiştir. Bu bağlamda, bir kısım azlık pay sahibinin isteği hilafına bağlı şirketten çıkarılmaları mümkündür. Çalışmada, azlık pay sahibinin paylarının hangi şartlar altında zorla satın alınabileceği topluluk menfaati amacı ekseninde irdelenirken satın alma hakkının hukuki niteliği, şartları, işlevi ve benzer kurumlardan farkları göz önünde bulundurulacaktır. Ayrıca şirketler topluluğunda satın alma hakkının yanında, uygulamada bir ihtiyaç olarak tespit edilen ayrılma hakkının kanunda kabul edilmesine ilişkin önerimiz çalışmanın ilk bölümünde sunulacaktır.

Şirketler topluluğunda topluluk menfaati aleyhine davranan azınlığın paylarını satın alma hakkının ("squeeze out") mukayeseli hukukta nasıl doğup geliştiğini ve halihazırdaki uygulamasının ne şekilde olduğunun tespiti, konunun çok yönlü anlaşılmasında faydalı olacaktır. Mukayeseli hukuktan da faydalanılarak satın alma hakkının çerçevesi çizildikten sonra ayrılma akçesi irdelenecek, uygulamada genel anlamda ayrılma akçesi ile ilgili karşılaşılan sorunlar ve çözüm önerileri sunulmaya çalışılacaktır. Hemen hiç uygulamasına tesadüf edilmeyen TTK m 208 hükmünün uygulamadaki bazı sorunlara çözüm olup olamayacağını irdelenmesi de çalışmanın amaçlarından bir diğerini oluşturmaktadır. Nihai olarak da, satın alma hakkı ve ayrılma akçesinin yargısal denetimi ile ilgili hukuki problemler tartışmaya açılacaktır.

I. Hakim Şirketin Satın Alma Hakkı (Squeeze Out)

A. Hukuki Niteliği

Ticari faaliyetler itibariyle birbirine bağlı birden fazla şirketten biri diğerini doğrudan veya dolaylı olarak sürekli bir şekilde hakimiyeti altında tutuyorsa ortada

hakim ve bağlı şirket(ler)den müteşekkil bir şirketler topluluğundan söz etmek gerekir. Bir şirket, diğer bir şirketin politikalarını ve kararlarını doğrudan belirleme gücüne sahip ise hakimiyet olgusu mevcut demektir¹. TTK m 195'e göre, şirketler topluluğundan bahsedebilmek için biri hakim, diğeri bağlı şirket olmak üzere iki şirketin bulunması gerekir. Bununla birlikte, Ticaret Sicili Yönetmeliği'nin 105. maddesine göre şirketler topluluğu; bir ticaret şirketi ile buna doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunan en az iki ticaret şirketinden meydana gelmektedir. Doktrinde ise, bir şirketler topluluğunda, biri hakim ikisi bağlı şirket olmak üzere en az üç şirketin mevcudiyetinin gerektiğini ifade edenler² olduğu gibi, bir hakim ve bir bağlı şirketin bulunması ile birlikte şirketler topluluğunun ortaya çıkacağını belirten yazarlar da³ mevcuttur. Kanun ile yönetmelik hükmü arasındaki çatışma karşısında normlar hiyerarşisindeki üst normun, daha alttaki normun geçerliliğini ortadan kaldırdığını hatırlamak gerekir⁴. Dolayısıyla şirketler topluluğundan söz edebilmek için -Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu ("AktG") § 18/1'deki gibi- TTK m 195'in aradığı biri hakim ve biri bağlı iki ticaret şirketinin somut olayda bulunması gerekli ve yeterlidir.

Şirketler topluluğundaki "bütünün birliği" ile "bütünü oluşturanların çokluğu" arasındaki menfaat çatışmaları, şirketler topluluğunun temel problemi olarak nitelendirilmektedir⁵. Hakikaten, topluluk organizasyonunu düzenleyip topluluk menfaatini gerçekleştirme amacı ile bağlı şirketlerin ve dahi bu şirketlerdeki bir kısım pay sahibinin menfaatleri arasındaki dengenin sağlanması her somut olayda kolay olmayabilir. Bu bağlamda topluluk menfaati kavramı, üst kavram olarak bu dengenin sağlanmasında işlevsel olabilir. İlk kez 1974 yılındaki bir Fransız mahkeme kararında⁶ değinilen topluluk menfaati kavramı; belirlenmiş, somut ve meşru topluluk politikasına yönelik olarak, şirketler topluluğunu meydana getiren tüm şirketler ile birlikte, topluluğun hukuki ve ekonomik varlığının devamı için korunması gereken meşru faydaların bütünü olarak tanımlanabilir⁷. Şirketler topluluğunun somut ve meşru politikası, bağlı şirketlerin de tavsiyeleri alınarak hakim şirket tarafından belirlenir. Şüphesiz bu politika belirlenirken hakim şirket ile bağlı şirket(ler) veya onların pay

¹ Peter Böckli, Paul L Davies, Eilis Ferran, Guido Ferrarini, Jose' M Garrido Garcia, Klaus J Hopt, Adam Opalski, Alain Pietrancosta, Markus Roth, Rolf Skog, Stanislaw Soltysinski, Jaap W Winter, Martin Winner ve Eddy Wymeersch, 'A Proposal for the Reform of Group Law in Europe' (2017) 18 (1) European Business Organization Law Review 1, 10. (1-49). Türk hukukunda hakimiyet kavramı hakkındaki detaylı açıklamalar için bkz. Murat Can Atakan, *Şirketler Topluluğunda Hakimiyet* (1. Baskı, Aristo 2021) 43 vd.

² Reha Poroy, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II* (14. Baskı, Vedat 2019) 705-706.

³ Gül Okutan Nilsson, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku* (1. Baskı, On İki Levha 2009) 67; Abuzer Kendigelen, *Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler* (3. Baskı, On İki Levha 2016) 175; Gökmen Gündoğdu, 'Bir Şirketler Topluluğu En Az Kaç Bağlı Şirketten Oluşur Ticaret Sicil Yönetmeliği m 105 Hükmünün Türk Ticaret Kanunu m 195 Hükmü ile Uyumsuzluğu Sorunu' (2014)12(133) Legal Hukuk Dergisi 107, 109 vd.

⁴ Normlar hiyerarşisindeki üst normun önceliğine ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. O. Gökhan Antalya, *Hukuk Metodolojisi II* (1. Baskı, Seçkin 2021) 184 vd.

⁵ Heinz-Uwe Dettling, *Die Entstehungsgeschichte des Konzernrechts im Aktiengesetz von 1965* (1st, Mohr Siebeck 1997) 8.

⁶ Müge Tekil, 'Fransız Temyiz Mahkemesi'nin "Rozenblum Kararı" ve "Grup Çıkartma" Kavramı' (2005) 1 (3) Hukuki Perspektifler Dergisi 213, 213 vd.

⁷ Muhammed Sulu, *Anonim Ortaklıklarda Şirket Menfaati Kavramı* (1. Baskı, On İki Levha 2019) 181.

sahipleri arasında çatışmalar doğabilir. Bu minvaldeki bazı menfaat çatışmalarının telif edilmesi ve hakların kötüye kullanılmasının engellenmesi adına kanun koyucunun kabul ettiği çözüm mekanizmalarından biri TTK m 208’de kabul edilmiş olan satın alma hakkıdır. İlgili hükme göre, hakim şirket, bağlı şirketin paylarının en az yüzde doksanına sahip ise ve azınlık da *şirketin çalışmasını engelliyor, dürüstlük kuralına aykırı davranıyor, fark edilir sıkıntı yaratıyor veya pervasızca hareket ediyorsa* hakim şirket, azınlığın paylarını onların rızası hilafına da olsa, payların gerçek veya genel kabul gören bir yöntemle göre belirlenecek değeriyle satın alarak azınlığı şirketten çıkartabilir. Görüldüğü üzere kanuni bir hak mahiyetindeki satın alma hakkı, mutlak bir hak olmayıp bağlı şirketin faaliyetlerinin azınlık tarafından dürüstlük kuralına aykırı olarak zorlaştırılması halinde söz konusu olur⁸.

Kanunumuzda şirketler topluluğunu oluşturabilecek şirket türleri bakımından bir sınırlandırmaya gidilmemiş olmasına rağmen, TTK m 208’de satın alma hakkı bakımından paylarının satın alınacağı bağlı şirketin sermaye şirketi olması gerektiği belirtilmiştir. Ticaret şirketlerine ilişkin genel hükümler başlığının altında düzenlenen şirketler topluluğunda satın alma hakkı, yabancı hukuk sistemlerinin çoğunda halka açık anonim şirketler hakkında düzenlenmişken, bizim hukukumuzda şirketler topluluğu bünyesinde bulunan limited şirketler ve halka açık ortaklıklar hariç olmak üzere (SerPK m 27/3) tüm anonim şirketlerde uygulanabilme kabiliyetine sahiptir.

Kanuni bir hak olarak kabul edilen satın alma hakkının sözleşme ile kaldırılıp kaldırılamayacağı sorusu hakkında öncelikle belirtmekte fayda vardır ki; anonim şirketler için TTK m 340, limited şirketler için ise TTK m 579 hükümleri şirket sözleşmelerinin içeriğini Kanunun belirleyeceğini, Kanunun açıkça izin vermediği durumlarda sözleşmelerin Kanun hükümlerinden sapamayacağını düzenlemektedir. Hal böyle olunca, Kanunda belirtilmemesinden dolayı satın alma hakkının şirket sözleşmesi ile kaldırılması mümkün değildir. Hakim şirket ile azınlık pay sahipleri arasında akdedilecek pay sahipleri sözleşmesinde hakim şirketin satın alma hakkından feragat edebilmesine de kanaatimizce temkinle yaklaşmak gerekir. Zira özellikle dürüstlük kuralına aykırı hareketlerde bulunan azınlık pay sahiplerini şirketten çıkarma hakkından önceden feragat edilmesini öngören bir sözleşme hükmü, hakim tarafından re’sen nazara alınacak TMK m 2’ye aykırı olacaktır.

B. Şartları

Daha önce de belirtildiği üzere, satın alma hakkı (“squeeze out”) hakim şirketin her durumda kullanabileceği mutlak bir hak değildir. Bu hakkın kullanılabilmesi için her şeyden önce hakim şirketin, bağlı şirketin paylarının ve oy haklarının en az yüzde doksanına sahip olması gerekmektedir. Böyle bir pay dağılımının olduğu

⁸ Kendigelen (n 4) 191.

bağlı şirketteki payların yüzde on veya daha azına sahip pay sahipleri şayet *şirketin çalışmasını engelliyor, dürüstlük kuralına aykırı davranıyor, fark edilmiş sıkıntı yaratıyor veya pervasızca hareket ediyorsa* hakim şirket satın alma hakkını kullanabilecektir. Oyda imtiyazın öngörüldüğü şirketler bakımından payların ve oy haklarının en az yüzde doksanına sahip olması şartı üzerinde ayrıca durulması gerekir. Kanaatimizce kanun koyucu, bağlı şirket üzerinde önemli oranda hakimiyet tesis etmiş olan şirketin tam hakimiyete ulaşabilmesi için bir araç olarak TTK m 208'i öngörmüştür. Bu itibarla kanun metninde hakim şirketin bağlı şirketin hem paylarının hem de oy haklarının en az yüzde doksanına sahip olması aranmıştır. Hal böyle olunca, sermayenin yüzde onundan daha az paya sahip olmasına rağmen, söz gelimi oyda iki kat imtiyaz tanınan paylara sahip olması sebebi ile yüzde ondan daha fazla oy hakkı bulunan azınlığın şirketten çıkarılması mümkün değildir. Aynı durum, oydan yoksun paylara sahip olan hakim şirket için de geçerlidir⁹.

TTK m 208'in metninde geçen "pervasızca hareket etme" ifadesi dikkatsizlik ve özensizliğin ötesinde kast ile zarar verme tutumunu ifade etmektedir¹⁰. Tekinalp'e göre "pervasız" kelimesi; şirkete verilen zararı, bu zararın sonuçlarını, özellikle şirketin piyasada, bankalarda yaratması olası olumsuz algıyı düşünmeden hareket etmeyi ifade etmektedir¹¹.

Hakim şirketin satın alma hakkını kullanabilmesi için kanun koyucunun aradığı şartlardan biri olan dürüstlük kuralına aykırı davranış, teorik temellerini Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinde bulur. Genel bir ifade ile; kişilerin haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken ortalama zeka seviyesine sahip, namuslu, iyiniyetli, güvenilir ve makul bir kişiden beklenen doğru davranışı yapma yükümlülüğü¹² olarak tanımlanan dürüstlük kuralının önemsenmediği ticari ilişkilerin ciddi hukuki problemler doğuracağı açıktır. Dürüstlük kuralı, bir taraftan hayata dair bütün alanların hukuk kuralları ile düzenlenmesi zahmetini önler iken, diğer taraftan kanunlarda düzenlenen hakların "haksızlığa" sebebiyet verecek şekilde sınırsız olarak kullanılmasına engel olur¹³. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre, dürüstlük kuralı "hukukun uygulanmasının sınırı"ni teşkil eder¹⁴. Hukuk düzeni tarafından korunan ve sahibine bu korunmadan yararlanma yetkisi verilmiş olan menfaatin sahibi, şayet bu menfaati açıkça kötüye kullanıyorsa hukuk düzeni tarafından kendisine

⁹ Bkz. Muharrem Tütüncü, *Hakim Şirketin Azınlığın Paylarını Satın Alma Hakkı* (1. Baskı, On İki Levha 2017) 171.

¹⁰ Bu kavrama TTK'da satın alma hakkının dışında TTK m 855'te taşıma işleri komisyoncusunun sorumluluğunun zamanlaşımı ile ilgili madde ile TTK m 930 ve TTK m 1187 hükümlerinde taşıma işleri ile ilgili olarak rastlanılmaktadır. Kanunun yalnızca Taşıma İşleri kitabında üç yerde geçen "pervasızca hareket etme" kavramına TTK m 208'de de yer verilmesi kavram yeknesaklığı bağlamında eleştirilebilir.

¹¹ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 3) 810.

¹² Serap Helvacı ve Fulya Ertüle, *Medeni Hukuk* (6. Baskı, Legal 2020) 42; O Gökhan Antalya ve Murat Topuz, *Medeni Hukuk I* (3. Baskı, Seçkin 2019) 494; Aytekin Ataay, *Medeni Hukukun Genel Teorisi* (3. Baskı, İÜHF 1980) 416-417; Ahmet M Kılıçoğlu, *Medeni Hukuk* (3. Baskı, Turhan 2019) 98.

¹³ Benzer yönde Kılıçoğlu (n 16) 100.

¹⁴ BGE 45 II 398.

verilmiş olan korunmadan yararlanma yetkisi elinden alınır. Zira TMK m 2'ye göre; *“Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır./Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.”* Ancak hemen belirtmek gerekir ki, bir hakkın hangi şartlar altında dürüstlük kuralına aykırı olarak kullanılacağına dair genel kıstaslar belirlemek mümkün değildir. Yargıtay da konu ile ilgili bir İçtihadı Birleştirme Kararında, *“Objektif iyiniyet kuralının uygulanmasında kesin sınırlar koymaya imkan olmadığından ve her olayın özelliği nazara alınıp durumun değerlendirilmesi gerektiğinden uygulamaya ilişkin bu çelişkinin içtihadı birleştirme yolu ile giderilmesine yer olmadığı...”* yönünde görüş belirtmiştir¹⁵. Dolayısıyla her somut olayda dürüstlük kuralının (mülga Medeni Kanunun ifadesi ile “objektif iyiniyet kuralı”nın) ayrı ayrı irdelenmesi gerekmektedir¹⁶. Doktrinde bu gibi hallerde; haklı olmadığı halde her genel kuruldan sonra şirket işleyişini kilitlemek adına iptal davası açmak, özel denetim ve olağan genel kurulu erteleme talepleri örnek olarak gösterilmektedir¹⁷. Kanaatimizce, TTK m 208’de açıkça zikredilmese de şirketin ticari sırlarının ifşa edilmesi, şirket yöneticilerine haksız bir şekilde rahatsızlık verilmesi, şirketin itibarına zarar verecek açıklamalarda bulunulması, genel kurulların işleyişinin bozulması gibi haller de satın alma hakkını doğuran sebepler olarak sayılabilir¹⁸. Yine şahıs şirketleri ve limited şirketlerden çıkarılma için haklı sebepler olarak kabul edilen; yönetici ortakların şirket hesaplarında usulsüzlükler yapması, ortaklar arası güven temelini sarsılması, ortağın temel borç ve edimlerini yerine getirmemesi, sadakat borcunu ihlal etmesi gibi haller ¹⁹ ortaklar arası işbirliği ve güven ilişkilerinin daha fazla önem arz ettiği çoğu kapalı tip anonim şirketten çıkarılmak için haklı sebepler olarak kabul edilebilir.

TTK m 208’de sayılan; şirketin çalışmasını engelleme, dürüstlük kuralına aykırı davranma, fark edilir sıkıntı yaratma veya pervasızca hareket etme hallerini genel olarak “haklı sebep” başlığı altında mütalaa etmek mümkün değildir. Başka bir deyişle, azınlık pay sahibinin şahsından kaynaklanmayan, fakat sürekli hastalık, yurt dışında yaşama sebebiyle genel kurullara katılmama gibi haller hakim şirketin satın alma hakkını kullanabilmesine imkan sağlamaz. Zira haklı sebep kavramı²⁰,

¹⁵ Yargıtay İBK 3/2, 03.11.1980. <www.lexpera.com.tr>(Erişim Tarihi 17.08.2021)

¹⁶ *“...Dürüstlük kuralı bir kimseden dürüst bir insan olarak beklenen davranışı ifade eder. Bir davranışın bu nitelikte olup olmadığı, toplumdaki geçerli ahlak ölçülerine gelenek ve göreneklere, karşılıklı uygulanagelen teamüllere ve hakları sağlayan ilişkilerin amacına göre tayin edilir...”* Yargıtay HGK 9-1792/584, 07.05.2014. <www.legalbank.net>(Erişim Tarihi: 06.11.2020)

¹⁷ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 3) 810.

¹⁸ Okutan Nilsson (n 4) 439; Sulu (n 4) 190.

¹⁹ Ersin Çamoğlu, ‘Limited Ortaklıktan Çıkarılma’ (2014)30(3) Batider 5, 11.

²⁰ “Haklı sebep kavramı ortaklıklar hukukunda ve özel hukukun diğer alanlarında, çoğunlukla bir hukuki ilişkinin sona erdirilmesinin maddi hukuka ilişkin koşulu olarak öngörülmüştür.” Ayşe Şahin, *Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi* (1. Baskı, Vedat 2013) 105. “...haklı sebep kavramı; ortaklık ilişkisini çekilmez hale getiren ve dürüstlük kurallarına göre ortaklık ilişkisini sürdürmesinin ortaktan beklenemeyeceği haller olarak kabul edilmiştir...” Yargıtay 11 HD, 4188/6392, 21.11.2017. <www.lexpera.com.tr>(Erişim Tarihi 17.03.2021)

kusur şartını içinde barındırmaz²¹. Kanun koyucu genel anlamda haklı sebebe bağlı hakların doğumunu kusur şartına bağlamamışsa²² dahi, TTK m 208'deki şartların gerçekleşmesi için kusur gerekir²³. Hükümde düzenlenen satın alma hakkının amacı göz önünde bulundurulduğunda da bu sonuca varmak mümkündür. Açıktır ki, TTK m 208 hükmü ile amaçlanan sonuç, topluluk ve bağlı şirket içindeki menfaat ihtilaflarını sona erdirip şirket içi barışı ve tam hakimiyeti sağlayarak yönetim serbestisi elde etmektir²⁴. Kusurlu fiiller ile şirket içi barışın bozulmadığı durumlarda satın alma hakkı işlerlik kazanamaz.

C. Hakkın Kullanılması

Satın alma hakkının hangi organ vasıtası ile kullanılacağı hususunda kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. Her şeyden önce, satın alma hakkının kullanılmasına yönelik iradenin hakim şirket bünyesinde ortaya konulması gerekir. Kanaatimizce hakim şirket genel kurulunun bu hususta bir karar almasına gerek yoktur. Satın alma hakkının kullanılması için TTK m 374 bağlamında hakim şirket yönetim kurulunun alacağı karar yeterlidir. Yönetim kurulu kararına dayanarak hakim şirket, bağlı şirketin genel kurulunda alınacak kararlar satın alma hakkını kullanabilir. TTK m 208 hükmünün lafzı, bu hakkı kullanmak için mahkemeye başvurmanın zorunlu olduğuna dair yorum yapmaya elverişli görünmemektedir²⁵. Ayrılma akçesinin belirlenmesine ilişkin mahkemeye başvuruyu düzenleyen TTK m 202/2'ye yapılan atfın da satın alma hakkının kullanılması ile ilgili olmadığı anlaşılmaktadır. Bunun yanında, TTK m 208'in gerekçesinde de görülebileceği üzere hükmün amacı dürüstlük kuralına aykırı olarak şirketin işleyişine engel olan azınlığı şirketten çıkartıp şirket içi barışı sağlamaktır. Ne var ki, yine gerekçede belirtildiği üzere bazı hallerde bu hakkın kötüye kullanılması söz konusu olabilir. Bu itibarla, kanundan doğan satın alma hakkının – taraflar anlaşamıyorlarsa- mahkeme aracılığı ile kullanılması gerekir²⁶. Zira tarafların, TTK m 208'deki haklı sebeplerin somut olayda vuku bulduğuna dair mutabık olmaları çoğu zaman mümkün olmaz. Çalışmanın devamında detaylandırılacağı üzere, TTK m 208'deki düzenleme, mukayeseli hukuktaki benzer düzenlemelere veya SerPK m 27'ye göre daha sübjektif kriterlere tâbi tutulmuştur. Başka bir ifade ile, hakim şirketin belirli bir pay oranına sahip olması, satın alma hakkının kullanılması için

²¹ Halit Aker, 'Anonim ve Limited Şirketlerde Ortaklık Sifatının Sona Ermesi ve Özellikle Haklı Sebeple Fesih Davasına İlişkin Bazı Değerlendirmeler'(2016)32(1) Batider 63, 119.

²² Ersin Çamoğlu, *Kollektif Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi ve Ortağın Haklı Sebeple Çıkarılması* (1. Baskı, Vedat 2008) 79. (Haklı Sebep)

²³ Ayrıca bkz Mustafa İsmail Kaya, 'Büyük Pay Sahiplerinin Azınlığı Ortaklıktan Çıkarma Hakkı (Squeeze-Out Right)'(2007)11(1-2) EÜHFD 307, 308.

²⁴ Rıza Ayhan, Hayrettin Çağlar ve Mehmet Özdamar, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar* (3. Baskı, Yetkin 2021) 569; Okutan Nilsson (n 4) 438.

²⁵ Kendigelen (n 4) 192. Aksi yönde Gül Okutan Nilsson (n 4) 442.

²⁶ Bkz Gül Okutan Nilsson, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Şirketler Topluğuna Hukuku* (1. Baskı, On İki Levha 2009) 442-443; Leyla Orak Çelikboya, *Türk Ticaret Kanunu Madde 208 Uyarınca Anonim Şirketlerde Satın Alma Hakkı* (1. Baskı, On İki Levha 2017) 146.

yeterli değildir. Bunun için kanun metninde belirtilen haklı sebeplerin de varlığı gereklidir. Satın alma davası, hakim şirket tarafından, haklı sebebin doğmasına sebebiyet veren bağlı şirketteki azlık pay sahiplerine karşı açılır. Satın alma hakkının şartlarının doğduğuna dair verilecek mahkeme kararı, şirket paylarının mülkiyetini davacı hakim şirkete geçiren inşai nitelikteki bir karar mahiyetindedir²⁷. Satın alma hakkının ileri sürülüp dava açılabilmesi için kanun herhangi bir hak düşürücü süre öngörmemiştir. Fakat hakim şirketin bu hakkını dürüstlük kuralına uygun bir şekilde haklı sebep var olduğu sürece ve haklı sebebin sona ermesinden itibaren uzun bir süre geçmediği müddetçe kullanması gerekir²⁸.

D. İşlevi

Hukumumuzda ilk kez 6102 sayılı TTK ile kabul edilen şirketler topluluğunda hakim şirketin satın alma hakkına ilişkin düzenleme, -uygulamada şirketler topluluğunu oluşturan şirketlerin büyük ölçüde anonim şirket olduğu düşünüldüğünde- anonim şirketler bakımından önemli bir paradigma değişikliğine sebep olmuştur. Şöyle ki, anonim şirket pay sahibinin şirketten iradesi dışında çıkarılması kural olarak mümkün değildir. Pay sahibi kural olarak kendi iradesi ile payını bir başkasına devredip şirketten ayrılabilir. Kanunumuzda bunun dört istisnası bulunmaktadır. Bunlardan ilki TTK m 141 hükmünde düzenlenen şirketin yeniden yapılandırılması hallerinde pay sahiplerinin ayrılma akçesi olarak şirketten ayrılmalarına müsaade eden hükümdür. Anonim şirket pay sahibinin şirketten iradesi dışında çıkarılabileceği bir diğer hal TTK m 531'deki haklı sebeple fesih davasında mahkemenin fesih yerine davacı pay sahibinin şirketten çıkarılması gibi alternatif bir çözüme karar verebilmesidir²⁹. Yine TTK m 482/2 hükmü uyarınca taahhüt etmiş olduğu pay bedelini ödemeyen pay sahibi, iradesi dışında şirketten çıkarılabilir. Nihayet son olarak çalışmamızın konusunu da oluşturan TTK m 208'de hakim şirketin belirli şartlarla azınlığın paylarını satın alıp ilgili pay sahiplerini şirketten çıkarmasına olanak sağlayan düzenleme de bu hususun istisnasıdır. Anonim ortaklıkların yapısına aykırı olabilecek bu düzenlemeye şirketler topluluğu bakımından izin verilmesi şüphesiz tesadüf değildir. Zira şirketler topluluğunda menfaat çatışmalarının ortaya çıkışı, münferit şirketler ile mukayese

²⁷ Okutan Nilsson (n 4) 443.

²⁸ Bkz ibid 444.

²⁹ "...Şirketler hukuku bakımından şirketin devamlılığının sağlanması esas olup; düzenleme uyarınca, ekonomik değer taşıyan şirketin feshi yerine şirketi ayakta tutacak diğer çözüm yollarının hakimde değerlendirilmesi zorunlu kılınmıştır. Davaya konusu şirketin ana sözleşmesinde yer alan faaliyet amaçlarını gerçekleştirmeye yarar bir kısım taşınmazlarını elinden çıkardığı, 2006 yılından beri gayri faal durumda olduğu, ortaklar arasında yaşanan ihtilaflar nedeniyle davaların süregeldiği ve bu itibarla davada haklı nedenlerle fesih koşullarının gerçekleştiği sabit ise de; dosya içerisinde yer alan bilirkişi raporları ve belgelerden aile şirketi vasfındaki davalı şirketin halen elinde bulundurduğu malvarlıklarıyla şirket anasözleşmesinde yer alan amaçları rahatlıkla gerçekleştirebilecek durumda olduğu, davacı ortakların ortaklıktan ayrılması halinde şirket anasözleşmesinde yapılacak değişikliklerle şirketin amaçlarının değiştirilebileceği, esasen davacı ortakların da ortaklıktan çıkmayı isteyip sadece ödenecek pay bedeli hususunda diğer ortaklarla anlaşamadıkları hususu gözetildiğinde şirketin, haklı nedenle feshi yerine davacı ortakların pay bedellerinin taraflarına ödenmesi suretiyle ortaklıktan çıkarılmalarına karar verilmesinin somut olaya uygun olacağı gözetilmeksizin yazılı gerekçeyle bu yöndeki talebin reddi doğru görülmemiş bozmayı gerektirmiştir..." (Yargıtay 11 HD 2015-9088/2352, 03.03.2016.) <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>>(Erişim Tarihi 20.08.2021)

edildiğinde daha fazladır. Ayrıca şirket içindeki menfaat ihtilaflarına ilaveten şirketler arasında da çeşitli menfaat ihtilafları meydana gelebilir³⁰. Çalışmanın başında da belirtildiği gibi, Kanundaki şirketler topluluğu düzenlemelerinin temelinde, hakim şirket ile diğer menfaat grupları arasındaki çatışmanın düzenlenmesi yer almaktadır³¹. Kanun koyucunun TTK m 208 hükmünü vazetmesindeki amacı TTK m 202’de öngörülen tam hakimiyeti sağlayarak şirket içi barışı sağlamak ve hakim şirkete yönetim serbestisi sağlamaktır. Dürüstlük kuralına aykırı davranarak bağlı şirketin çalışmalarına engel olmak, hiç şüphesiz topluluk menfaatine zarar verir. Bu menfaati gözetken kanun koyucu kusurlu azınlığın şirketten çıkarılıp kendisine ayrılma akçesi ödenmesini düzenleme altına almıştır³².

E. Bazı Benzer Hukuki Kurumlarla Mukayesesi ve Şirketler Hukukunda Düzenlendiği Diğer Haller

1. Limited Şirketlerdeki Çıkma ve Çıkarılma Halleri

Limited şirketlerin, şahıs şirketlerine benzeyen özelliklerinden biri olan şirketten çıkma ve çıkarılma imkanları TTK m 638 ila 642. maddeleri arasında düzenlenmiştir. TTK m 638’de hüküm altına alınan çıkma, bir ortağın limited şirketten kendi rızası ve iradesiyle tek taraflı olarak ayrılmasını ifade etmektedir. İlgili hükme göre, şirket sözleşmesinde çıkma hakkına imkan sağlayan bir düzenleme var ise, limited şirket ortağı o şartlara uyararak şirketten çıkabilir³³. Şirket sözleşmesinde çıkma sebepleri düzenlenmiş, fakat sebebin somut olayda gerçekleştiğine dair bir uyumsuzluk var ise şirket veya ortak tarafından açılacak bir tespit davası ile çıkma sebebinin gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespit edilmesi mahkemeden istenebilir. Ayrıca *haklı sebeplerin* somut olayda bulunması halinde şirket sözleşmesinde çıkma hakkının düzenlenip düzenlenmediğine bakılmaksızın limited şirket ortağı çıkma davası ikame edebilir. Haklı sebep, TMK m 2 ekseninde davacının ortak olarak şirkette kalmasını çekilmez kılan olgulardır ve her somut olayda hakim tarafından tespit ve takdir edilir. Limited şirketten çıkarma ise TTK m 640’da düzenlenen, ortağın iradesi dışında ortak sıfatına son verilerek şirket ile ilişkisinin kesilmesi durumunu ifade etmektedir. Buna göre, şirket sözleşmesinde ortağın genel kurul tarafından hangi şartlar altında şirketten çıkarılabileceği düzenlenebilir. Şirket sözleşmesinde belirlenen şartların

³⁰ Bkz. F. Beril Özcanlı, ‘Şirketler Topluluğu Hukukuna İlişkin Avrupa’da Ortaya Çıkan Yeni Yaklaşımlar’ (2017)(2) GSÜHFD 355, 356.

³¹ Ayrıca bkz Kürşat Göktürk, *Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Esasları* (1. Baskı, Adalet 2015) 43.

³² Dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde şirket içinde ciddi huzursuzluklar meydana getiren azınlıklara Karayalçın “taciz azınlığı” nitelendirmesinde bulunmaktadır. Bkz. Yaşar Karayalçın, ‘Anonim Şirkette Çoğunluk-Azınlık İlişkisi Bakımından Kontrol (Blok) Satışı ve Genel Alım Önerisi’ iç Turhan Esener (ed), *Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan* (BTHAE 1990) 361.

³³ “...Şirket sözleşmesi ile ortaklara tanınan çıkma hakkı, hukuki açıdan onlara tanınmış bozucu yenilik doğuran bir haktır. Ortak bu hakkını kullanarak çıkma iradesini ortaklığa ulaştırdığında çıkma gerçekleşir, ayrıca bu beyanın şirket tarafından kabulüne gerek yoktur...” (Yargıtay HGK 658/101, 06.02.2020.) <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>>(Erişim Tarihi 22.03.2021)

haklı sebepler olmaları mühim değildir. TTK m 640'ın gerekçesine göre şirketten çıkarma sebeplerinin şirket sözleşmesinde yazması ile “...bir taraftan şirkete, kendisi yönünden önemli olan sebeplerin varlığında şahsında bu sebepler gerçekleşen ortağı şirketten çıkarma ve istediği ortamı yaratma hakkı tanınmış diğer taraftan da ortaklar açısından hukuk güvenliği sağlanmıştır. Ortaklar hangi hallerde şirketten çıkarılacaklarını bilerek hareketlerini ona göre ayarlayacaklardır.”. Bunun yanında yine haklı sebeplerin varlığı halinde şirket, ilgili ortağa karşı çıkarma davası açabilir. Madde gerekçesine göre limited şirketten çıkarma davasının amacı; şirketin devamını ve huzur içinde çalışmasını sağlamaktır. Görüldüğü üzere limited şirketten çıkarma davasının amacı ile şirketler topluluğundaki satın alma hakkının amacı arasında önemli ölçüde benzerlik mevcuttur. Bununla birlikte limited şirketten çıkarma davası için TTK m 208'deki gibi bir pay miktarı belirlenmemiştir. Genel kurulun TTK m 621/1-h uyarınca, temsil edilen oyların en az üçte ikisinin ve oy hakkı bulunan esas sermayenin tamamının salt çoğunluğu ile alacağı kararın akabinde şirket müdürlerinin açacağı dava ile ortak şirketten çıkarılabilir³⁴.

Limited şirketten çıkma veya çıkarılma durumunda ortak haksız dahi olsa sermaye payına tekabül eden ayrılma akçesini almaya hak kazanır. Ayrılma akçesinin miktarı hususunda taraflar anlaşamıyorlarsa bu değer TTK m 597 uyarınca şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesince belirlenir. Kanun koyucu, ayrılma akçesinin ödenmesi ile şirketin menfaatlerine zarar verilmesine engel olmak istemiş ve TTK m 642 hükmünde ayrılma akçesinin muacceliyet anını şirkette kullanılabilir bir özkaynak bulunmasına bağlamıştır. Ayrılma akçesi ile ilgili diğer önem arz eden hususlara çalışmanın devamında satın alma hakkında ayrılma akçesi irdelenirken değinilecektir.

2. Yeniden Yapılandırmada Ayrılma Akçesi Öngörerek Çıkarma

Uygulamada önemli bir yeniden yapılandırma modeli olarak karşılaşılan birleşme işleminin azınlık pay sahibinin şirketten çıkarılarak gerçekleştirilen türüne ortağı çıkararak birleşme (“squeeze-out merger”) denmektedir. Böylece birleşme, çoğunluk pay sahipleri tarafından şirket içinde istenmeyen pay sahibinin şirketten çıkarılması için imkanı vermektedir. TTK m 141/2 hükmüne göre, “Birleşmeye katılan şirketler birleşme sözleşmesinde, sadece ayrılma akçesinin verilmesini öngörebilirler.” Şayet birleşme sözleşmesinde böyle bir düzenleme mevcut ise, birleşme kararının TTK m 151/5'e göre, devreden şirket şahıs şirketiye oy hakkını haiz ortaklarının, sermaye şirketiye şirkette mevcut oy haklarının yüzde doksanının olumlu oylarıyla onaylanması gerekmektedir. TTK'nın 151. maddesinin gerekçesine göre, birleşmede azınlık pay sahipleri için ayrılma akçesi öngörülerek şirketten çıkarılmalarına karşılık

³⁴ İki kişilik limited şirkette haklı sebeple çıkarma davasının genel kurul kararı olmaksızın doğrudan açılabileceği yönünde bkz Ayhan, Çağlar ve Özdamar (n 29) 456; Mehmet Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku (13. Baskı, Beta 2019) 463.

azınlık pay sahiplerinin çıkarılmaya herhangi bir itiraz hakkı mevcut değildir. Fakat madde gerekçesinin aksine, birleşme kararının bir genel kurul kararı olduğu nazara alındığında, ilgili kararın iptal davasına konu edilmesi ve şayet şartları mevcut ise mahkemece iptal edilmesi pekala mümkün olmalıdır. Somut olayda birleşme kararı, TTK m 192 ve 445'teki şartlara dayanılarak mahkemece iptal edilmese dahi, birleşme sözleşmesinde yalnızca ayrılma akçesi öngörülerek şirketten çıkarılan azınlık pay sahibinin şirketteki sermaye payına tekabül eden ayrılma akçesinin miktarına itiraz etme hakkı şüphesiz mevcuttur (TTK m 191). Çalışmanın devamında ayrılma akçesinin belirlenmesi hususu için yapacağımız açıklamalar bu başlık bakımından da geçerlidir. Şimdilik, birleşme sözleşmesinde öngörülmesi ve mevcut oyların en az yüzde doksanının birleşme kararını kabulü ile şirketteki azınlığın şirketten çıkarılabileceğine işaret etmekle yetiniyoruz. Bununla birlikte, her ne kadar gerekçede TTK m 141/2 hükmünün *“arzu edilmeyen, devamlı sorun çıkararak azınlığı ve/veya ortağı”* şirketten çıkartmak amacı ile ihdas edildiği belirtilmişse de madde metninde böyle bir ifade bulunmamaktadır. Başka bir deyişle, TTK m 208 bağlamında hakim şirketin satın alma hakkını kullanabilmesi için azınlığın *şirketin çalışmasını engellemesi, dürüstlük kuralına aykırı davranması, fark edilir sıkıntı yaratması veya pervasızca hareket etmesi* gerekirken, TTK m 141/2 uyarınca birleşmede azınlık pay sahiplerine ayrılma akçesi verilerek şirketten çıkarmak için herhangi bir gerektirici nedene ihtiyaç yoktur. Birleşme işleminde hakim pay sahipleri -dürüstlük kuralını gözetmek kaydı ile- gerekçe göstermeksizin azınlığı şirketten çıkarabilir.

Uygulamada sıklıkla müşahade edilen, taraflarından en az birinin halka açık anonim ortaklık olduğu birleşme işlemlerinde uygulanan II-23.2 no.lu Birleşme ve Bölünme Tebliği'nin 12. maddesinin 3. fıkrasına göre, ayrılma akçesinin Türk Lirası cinsinden nakit, menkul kıymet veya kısmen nakit kısmen menkul kıymet olarak belirlenmesi mümkündür. Yine tebliğin ilgili hükmüne göre, pay sahibinin talebi halinde ayrılma akçesi mutlaka nakit olarak ödenmelidir. Şayet ayrılma akçesi olarak bir menkul kıymet belirlenecekse bu menkul kıymetin borsada işlem görmesi şarttır. Yine bu menkul kıymet için esas alınan birim fiyat veya değişim oranının tespitinde uzman kuruluş görüşünün³⁵ dikkate alınması gerekmektedir. Sermaye Piyasası Kurulu, menfaat gruplarının sayısının çok arttığı ve kamusal menfaatlerin de daha ağır bastığı halka açık anonim ortaklıklarda ayrılma akçesinin belirlenmesindeki kriterleri mümkün olduğunca objektifleştirmeye çalışmıştır. Halka açık anonim ortaklıkların payları borsada kote edilmiş ise, ayrılma akçesinin bedeli, TTK m 208'deki gibi borsa değeri olarak belirlenmelidir.

³⁵ Bkz II-23.2 nolu Birleşme ve Bölünme Tebliği m 7. Tekin Memiş ve Gökçen Turan, Sermaye Piyasası Hukuku, (5. Baskı, Seçkin 2020) 150-151.

3. Kollektif ve Komandit Şirketten Ayrılma

Ayrılma akçesinin Kanunda düzenlendiği ikinci hal; TTK m 255/3 hükmündeki kollektif şirket ortağının haklı sebeple şirketten çıkarılmasına ilişkin hükümdür. Buna göre her ortak, haklı sebeplerin varlığı halinde³⁶ şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesine başvurarak, söz konusu ortağın şirketten çıkarılmasını ve ayrılma payının belirlenmesini isteyebilir. Kollektif şirketin sona erdirilmesine veyahut ortağın şirketten çıkarılmasına yetecek haklı sebepler TTK m 245'te *şirketin kuruluşuna yol açan fiili veya kişisel sebeplerin şirketin işletme konusunun elde edilmesini imkânsız kılacak veya güçleştirecek şekilde ortadan kaldıracak sebepler* olarak tanımlanmıştır. Kanun, bu hükümde ayrılma akçesi yerine ayrılma payı ifadesini kullanmıştır. Bu tercihin bilinçli olmadığı kanaatindeyiz. Şirketten çıkan veya çıkarılan ortağa ödenecek ayrılma payı/akçesi hesaplanırken, kollektif şirketin kağıt üstündeki tasfiyesi gerçekleştirilip ilgili ortağa düşecek hesabi tasfiye payı/artığı kendisine ödenir. Fiktif tasfiye hesabı yapılırken şirketin aktiflerinin yaşayan işletme içindeki satış değerine göre kıymetlendirilmesi gerekmektedir³⁷. Şirketin pasiflerinin ise, ayrılma payının hesaplandığı anda şirket sona erseydi ne miktarda ve ne şekilde ödenecektiye hesaplanıp aktiflerden mahsup edilmesi gerekmektedir. Kanun koyucu TTK m 260'ta ayrılma payının hesaplanacağı zaman dilimini, şirket sözleşmesinde aksine hüküm yoksa, *çıkmanın istendiği veya ortağın çıkarıldığı, uyumsuzluk hâlinde karar tarihine en yakın tarihteki an* olarak belirlemiştir. Bir sonraki maddede ise şirketten ayrılan ortağın ayrılma payını şirketten *ancak* nakit olarak alabileceği belirtilmektedir. Bu hüküm, ayrılma akçesinin mutlak surette nakit olması gerektiği yönündeki yaygın kanının oluşmasında etkili olmuştur. Oysaki, kanun koyucunun TTK m 141 hükmünün gerekçesinde de açıkça belirttiği gibi ayrılma akçesinin nakit olması şart değildir. Ayrılma payının ancak nakit olarak alınacağına ilişkin hüküm, ortakların sermaye olarak getirdiği ayınların geri alınmasını engelleyerek işletmenin bütünlüğünün korunmasını amaçlamış olsa dahi, tarafların anlaşması halinde ortağa sermayesinin aynen iadesi³⁸ veyahut başka bir menfaat ile ayrılma payının ödenmesi mümkün olmalıdır. Zira tarafların veya mahkemenin her iki tarafın menfaatine olacak bir sonuca ulaşmasının işletme bütünlüğüne faydası daha fazla olacaktır. Yine, şüphesiz ayrılma payı/ayrılma akçesi tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri bir hususa ilişkin olduğundan dolayı kanun koyucunun ilgili kanuni düzenlemeyi emredici bir hükümmüş gibi kaleme almaması daha isabetli olurdu.

Kollektif şirket ortağının şirketten çıkarılmasına ilişkin hükümler TTK m 328 uyarınca adi komandit şirket, TTK m 565 uyarınca ise sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket hakkında da uygulanacaktır.

³⁶ Kollektif şirket ortağının şirketten çıkarılmasını gerektirecek haklı sebepler için bkz Çamoğlu, *Haklı Sebep* (n 27) 146 vd.

³⁷ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 3) 261.

³⁸ ibid 261.

4. Adi Ortaklıktan Çıkarılma

Hukumumuzdaki temel ortaklık yapısı olarak kabul edilen adi ortaklık bakımından ise Türk Borçlar Kanunu'nun 633. maddesinde; ortağın fesih bildiriminde bulunması, kısıtlanması, iflası, tasfiyedeki payının cebrî icra yoluyla paraya çevrilmesi veya ölmesi hâlinde, sözleşmede ortaklığın diğer ortaklarla devam edeceğine ilişkin bir hüküm varsa ilgili ortağın diğer ortaklar tarafından adi ortaklıktan çıkarılabileceği düzenlenmiştir. Kanun, ortağın adi ortaklıktan çıkarılması için genel anlamda haklı sebeplerin değil, ilgili maddede saydığı beş belirli sebepten en az birinin somut olayda bulunmasını aramıştır. TBK, ortaklıktan ayrılan ortağa ödenecek bedeli, daha doğru bir ifade ile ayrılma akçesini “tasfiye payı” olarak nitelendirmiştir. Burada hakiki anlamda bir tasfiye yapılmadığından dolayı tasfiye payı ifadesi kanaatimizce hatalıdır. Söz konusu düzenleme tipik bir ayrılma akçesini ifade etmektedir³⁹. TBK m 634/3 hükmü, adi ortaklıktan çıkan veya çıkarılan ortağın “tasfiye payı”nın, ortaklık sıfatının sona erdiği tarih itibarıyla, mali işlerde uzman bir kişiye hesaplatılacağını, şayet uzman kişi üzerinde anlaşılabilirse bu kişinin, hakim tarafından atanacağını düzenlemektedir. TTK m. 126 uyarınca bu yöntem, ayrılma akçesinin şirketler hukukunda düzenlendiği bütün haller için geçerlidir. TBK m 634/2'de ise ortağa ödenecek tasfiye payı bakımından diğer ortaklar; ayrılan ortağın *kullanımını ortaklığa bıraktığı eşyayı geri vermekle yükümlü oldukları gibi, kendisini ortaklığın muaccel borçlarından doğan müteselsil sorumluluktan kurtararak, ortak sıfatının sona erdiği tarihte ortaklık tasfiye edilmiş olsaydı ödenmesi gereken tasfiye payını ödemekle yükümlü tutulmuşlardır*. Kanun koyucu, ayrılan ortak tarafından adi ortaklığa kullanım hakkı bırakılan ayınların, ayrılan ortağa geri verileceğini belirlemiştir. Bunun dışında, ayrılma akçesinin belirlenmesinde tüm şirket türleri bakımından dikkat edilmesi gereken, ortağın şirketten çıkış anındaki kağıt üstündeki tasfiyesi TBK m 634/2'de açıkça vurgulanmıştır.

5. Kooperatiften Çıkarılma

Kooperatifler, TTK m 124'e göre ticaret şirketi olarak kabul edilen tüzel kişilerdir. 1969 tarihli ve 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 16. maddesine göre, Kooperatif ortaklığından çıkarılmayı gerektiren sebeplerin anasözleşmede açıkça gösterilmesi gerekmektedir. Bunun dışında haklı sebeple mahkemeye başvurarak kooperatif ortağının kooperatiften çıkarılmasına dair Kanunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Ayrılma akçesi bağlamında konumuz bakımından önem arz eden husus ise Kanunun 17. maddesinde düzenlenmiştir. İlgili hükme göre, *“Kooperatiften çıkan veya çıkarılan ortakların kendilerinin yahut mirasçılarının kooperatif varlığı üzerinde hakları olup olmadığı ve bu hakların nelerden ibaret bulunduğu anasözleşmede gösterilir. Bu haklar, yedek akçeler hariç olmak üzere,*

³⁹ Nitekim Alman hukukunda bu bedele ayrılma akçesi (“Abfindungsanspruch”) denmektedir. Peter Ulmer and Carsten Schäfer, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (7th edn, C H Beck 2017) § 738, N 2.

ortağın ayrıldığı yıl bilançosuna göre hesaplanır.” Görüldüğü üzere kanun koyucu, kooperatiften ayrılan ortağa doğrudan ayrılma payı ödenmesini uygun görmemiş, bu hususun kooperatif anasözleşmesinde düzenlenmesi gerektiğini ve şayet ortağa bir ayrılma payı ödenecekse yedek akçelerin hariç tutulması kaydıyla ayrılma payının ortağın ayrıldığı yıl bilançosuna göre hesaplanacağını belirtmiştir. 3476 sayılı Kanun ile getirilen, kooperatiften çıkarılmanın anasözleşmede gösterilen sebepler ile sınırlı olma zorunluğunun sebebi olarak kooperatiflerden çıkarılmaların kötüye kullanılmış olması ve ortakların keyfi sebeplerle çıkarılarak mağdur edilmiş olmaları gösterilmektedir⁴⁰. Kanaatimizce haklı sebeplerle kooperatiften çıkarılmaya ilişkin dava açabilme imkanının Kanunda açıkça tanınması bu keyfilikleri engelleyecek ve uygulamada dürüstlük kuralına aykırı olarak kooperatif içi huzursuzluklar çıkaran ortağın haklı sebeple çıkarılmasını sağlayacaktır.

KoopK m 17/2’de, kooperatifin mevcudiyetini tehlikeye düşürecek nitelikteki iade ve ödemelerin, anasözleşmede daha kısa bir süre tespit edilmiş olsa bile genel kurulca üç yılı aşmamak üzere geciktirilebileceğine ilişkin düzenlenmiş olan hüküm kooperatifin bütünlüğünü korumak amacı ile vazedilmiştir. KoopK m 17/3’te düzenlenen “Çıkan veya çıkarılan ortağın sermaye veya mevduatından kısmen veya tamamen yoksun kalacağı hakkındaki şartlar hükümsüzdür.” şeklindeki hüküm de, kooperatiften ayrılan ortağa ödenecek ayrılma akçesini ortak bakımından güvence altına alan önemli bir düzenlemedir.

6. TTK 482/2 Bağlamında Anonim Şirketten Iskat

Bilindiği üzere anonim şirketlerde pay sahibinin asli ve tek edim borcu⁴¹, taahhüt etmiş olduğu pay bedelini ifa etmektir. Nitekim TTK m 480/1’e göre, “*Kanunda öngörülen istisnalar dışında, esas sözleşmeyle pay sahibine, pay bedelini veya payın itibarî değerini aşan primi ifa dışında borç yükletilemez.*” Sermaye koyma borcunu TTK m 344’te belirtilen süre içinde yerine getirmeyen pay sahibi, ihtara gerek olmaksızın temerrüde düşmüş olur. Bu durumun önemli bir sonucu olarak TTK m 482/2 hükmü uyarınca yönetim kurulunun temerrüde düşmüş olan pay sahibini pay sahipliği haklarından yoksun bırakma ve söz konusu payı satıp yerine başkasını alma yetkisi doğar. Kanun koyucu, bunun için yönetim kurulunun, mütemerrit pay sahibine, Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi ile esas sözleşmenin öngördüğü şekilde ilan yoluyla şirketin internet sitesinde de yayımlanacak bir mesajla, temerrüde konu olan tutarı bir ay içinde ödemesi, aksi hâlde, ilgili paylara ilişkin haklarından yoksun bırakılacağı ve sözleşme cezasının isteneceği hususunda ihtarda bulunmasını şart koşmuştur (TTK m 483/1). Iskat olarak nitelendirilen paylardan yoksun bırakılma

⁴⁰ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 3) 646.

⁴¹ Anonim şirketlerdeki “tek borç ilkesi”nin başta pay sahiplerinin özen yükümlülüğü bağlamındaki sadakat borcu olmak üzere pek çok hususta eleştiriyeye açık olduğu kanaatindeyiz.

hali, borçlu temerrüdünün anonim şirketler hukukundaki bir yaptırımıdır⁴². İskat da, satın alma hakkı gibi pay sahibinin iradesine bakılmaksızın payların zorla alınmasına imkan veren bir yetkidir. TTK m 483 bağlamında ıskat kurumunda şirketten çıkarma işlemi, anonim şirketin yönetim kurulu tarafından yerine getirilirken TTK m 208 bağlamındaki satın alma hakkında ise azınlığın şirketten çıkarılmasına hakim şirket karar vermektedir. Ayrıca satın alma hakkının kullanılması ile şirketten çıkarılan ortağa sermaye payına tekabül eden ayrılma akçesi ödenirken, ıskatta ise mütemerrit pay sahibine hiçbir ödeme yapılmamakta, TTK m 519/2 uyarınca pay sahibinin ödemiş olduğu kısmi pay bedellerinin, ilgili pay senetlerinin yerine verilecek senetlerin çıkarılma giderlerinin düşülmesinden sonra kalan kısmı şirketin genel yedek akçelerine eklenmektedir. Hatta pay bedelinin ödenmemesi sebebiyle şirketin aşkın zararı mevcutsa, örneğin payın üçüncü kişiye satışı sonucunda şirket zarar etmiş ise, TTK m. 482/4'e göre mütemerrit pay sahibi bundan dahi sorumlu tutulabilecektir⁴³. Bu noktada ıskat kurumunun klasik anlamda bir şirketten çıkarma hali olmadığını belirtmekte fayda vardır. Zira örneğin çalışmamızın konusu olan satın alma hakkının kullanılması ile ilgili pay sahibi kişi olarak şirketten çıkarılırken, ıskat kurumu sadece karşılığı ödenmeyen paylar bakımından uygulama alanı bulur. Yani mütemerrit pay sahibinin şirkette pay bedelini ödediği başka payları mevcut ise pay sahibi şirkette kalmaya devam eder⁴⁴. Bu bakımdan ıskat için doktrinde “çıkarma benzeri hal” denmektedir⁴⁵.

Doktrindeki hakim görüşe göre, pay bedelini ifa etme borcunda temerrüde düşen pay sahibi bakımından ya ıskat usulüne uyulmalı ya da icra yolu ile pay bedelinin ödetilmesi sağlanmalıdır⁴⁶. Başka bir deyişle bu görüşe göre, ıskat ve icra yolu ile ifa talebi birbirinin alternatifini olup aynı anda uygulanmamaktadır⁴⁷. Kanaatimizce TTK m 483'teki ıskat usulü izlenirken, anonim şirket yönetim kurulunun, mütemerrit pay sahibinin pay bedelini ifa borcunu ilamsız icra takibine konu etmesi önünde herhangi bir kanuni engel bulunmamaktadır. Hatta bu yöntem, şirketin muaccel olmuş alacağına daha hızlı bir şekilde kavuşması bakımından faydalı da olabilir.

⁴² Bkz Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 3) 96.

⁴³ Buna mukabil Tekinalp ve Göle, ıskat yolunun tercih edilmesi halinde tazminat istenmeyeceği görüşündedir. Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 3) 93; Celal Göle, *Anonim Ortaklıklarda Nakdi Sermaye Koyma Borcu ve Bu Borcu İfada Temerrüt* (BTHAE 1976) 119. Böckli de, ıskat ile mütemerrit pay sahibinin borçtan kurtulduğunu belirtmektedir. Bkz Peter Böckli, *Schweizer Aktienrecht* (4th edn, Schulthess 2009) 116. Aksi yönde Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi II* (3. Baskı, Adalet 2018) 1986.

⁴⁴ Aytekin Çelik, ‘Anonim Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarılma’ (2009)17(2) SÜHFD 171, 174-175.

⁴⁵ Birçokları yerine bkz Tuğba Smerci Vuraloğlu, *Sermaye Piyasası Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıkta Ayrılma Hakkı* (1. Baskı, On İki Levha 2018) 58.

⁴⁶ Bu yöndeki bir Yargıtay kararı olarak, “...sermaye borcundan dolayı temerrüt hali tahakkuk etmişse yönetim kurulu isterse, bu borcun ifası ile birlikte tahakkuk eden faizini, tazminat veya cezai şartın birlikte ödenmesini talep eder, isterse ortağı ıskat etme yolunu tercih eder...” (Yargıtay 11 HD, 12223/1906, 20.02.2009. <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>>(Erişim Tarihi 22.08.2021)

⁴⁷ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 3) 93; Cenker Değirmenci, *Anonim Ortaklıkta İskat* (1. Baskı, Vedat 2006) 7; Ahmet Battal, ‘Anonim Şirketlerde Ortaklıktan İskat Prosedürü (TTK m 408) ile İlgili Yargıtay Uygulaması’, *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XVII, 9-10 Haziran 2000*, (BTHAE 2000) 58; Güvenç Şahin, *Anonim Şirketlerde İskat Müessesesi* (1. Baskı, Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2020) 48.

TTK m 483'te belirtilen bir aylık süre içinde icra marifeti ile pay bedelinin tahsil edilmesi halinde ıskat prosedürü durdurulur. Şayet bir ay içinde pay bedeli herhangi bir yoldan tahsil edilemediyse ve şirket ilgili pay sahibini şirketten çıkardıysa artık icra takibinin de konusuz kalması gerekir⁴⁸.

Mütemerrit pay sahibi şirketten ıskat edildikten sonra, paya bağlı haklar donar. Yönetim kurulu bu payları belirli bir kişiye elden, veyahut açık artırma ile satabilir⁴⁹. Buna mukabil satın alma hakkında şirketten çıkarılan azınlığın payları, çalışmanın devamında detaylandırılacağı üzere adil ve gerçek değer üzerinden hakim şirket tarafından satın alınmaktadır.

TTK m 482/2 hükmünden başka anonim şirket pay sahibinin –haklı sebeplerle fesih davası haricinde, müstakil olarak- şirketten haklı sebep ile çıkarılabileceğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Özellikle az ortaklı, kapalı tip aile anonim şirketleri bakımından azınlık haklarını sürekli surette kötüye kullanan kişiler bakımından haklı sebeple çıkarma/satın alma hakkının Kanunda bulunmayışı, çoğu zaman uygulamada ciddi sorunlara sebebiyet vermektedir. Payların atomize olduğu çok ortaklı anonim şirketleri bir tarafa ayırırsak, şahıs ortaklığı görünümü arz eden bir anonim şirket ile Kanunda açıkça haklı sebeple çıkarmanın düzenlendiği limited şirket arasında fark bulunmamalıdır⁵⁰. Bu itibarla, TTK m 531 hükmünden bağımsız olarak doğrudan doğruya anonim ortaklıkta çıkarma kurumu bağlamında örtülü bir kanun boşluğu olduğu ve bu husustaki tereddütleri gidermek adına *de lege ferenda* kanunda açıkça düzenleme yapılması gerektiği düşüncesindeyiz⁵¹.

F. Azınlığa Çıkma Hakkı Tanınmasına İlişkin Öneri

Şirketler topluluğundaki satın alma hakkının en temel amacı, topluluktaki menfaat ihtilaflarını topluluk menfaati doğrultusunda çözümlenektir. Böylece şirketler arasındaki bütünleşme sağlanacak ve TTK m 205'te belirtilen tam hakimiyet hali tesis edilmiş olacaktır. Meselenin öbür tarafında ise bağlı şirketteki azınlık pay sahipleri, alıcı arama zahmetine girmeden paylarını adil bir değer karşılığında satmış olacaklardır. TTK m 208 ile hakim şirkete tanınan imkânın benzeri şayet azınlığa da tanınırsa topluluk içi menfaat dengesinin daha sağlıklı bir şekilde gerçekleşeceğini düşünmekteyiz. Ayrıca meselenin tabiatı icabı da çıkarma hakkının karşısında çıkma hakkının bulunması önem arz eder. Hatta bir adım daha ileri giderek limited şirketler ve şahıs şirketleri bakımından düzenlenmiş olan şirketten çıkma imkânının anonim şirketler için de sağlanmasının uygulamadaki pek çok sorunun çözümüne

⁴⁸ İcra takibi ile ıskat prosedürünün aynı anda sürdürülmesinin bazen adaletsiz sonuçlara sebebiyet verebileceği hususundaki örnek için bkz. Battal (n 41) 58-59.

⁴⁹ Serdar Karababa, *Anonim Ortaklıkta Satın Alma (Squeeze-Out) ve Çıkarma Hakları* (1. Baskı, Seçkin 2016) 156; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 3) 98.

⁵⁰ Çamoğlu, *Haklı Sebep* (n 27) 57-58.

⁵¹ Ayrıca bkz. ibid 58'deki 11 nolu dn.

hizmet edeceğini düşünmekteyiz. Şirketler topluluğunda azınlık pay sahiplerinin haklarını korumayı amaç edinen kanuni düzenlemelerin yetersiz kaldığı somut olaylarda, azınlık pay sahiplerine gerek hakim şirketten gerek bağlı şirketten ayrılma hakkının sağlanması önem arz eder. İlk bakışta anonim şirketin temel yapısına yabancı olarak değerlendirilebilecek bu imkân, paylarını piyasada satarak şirketten çıkış fırsatı bulamayan ya da diledikleri fiyattan paylarını satamayan pay sahibine anonim ortaklık sisteminin özünde olan kolaylıkla çıkış imkânını dolaylı yoldan da olsa sağlayacaktır⁵². Böylece TTK m 208'in amaçladığı tam hakimiyet ile yönetim serbestisi sağlanacak, öte yandan çoğunluk tahakkümü ile karşılaşan azınlık da ayrılma hakkını kullanıp şirketten ayrılacaktır.

Şirketler topluluğunda bağlı şirket bakımından açıkça anlaşılabilir haklı bir sebebi bulunmayan, birleşme, bölünme, tür değiştirme, fesih, menkul kıymet çıkarılması ve önemli esas sözleşme değişikliği gibi işlemler bakımından kabul edilen ayrılma talep ve davasının neden TTK m 202/2'de sayılan hususlarla sınırlandırıldığını izah etmek kolay görünmemektedir. Nitekim ilgili hükmün gerekçesinde hükmün amacının, hakimiyetin kullanılmasının yol açabileceği sakıncalara karşı çözüm getirmek olduğu, hakimiyetin kullanılması karşısında azınlıkta kalan ve hakimiyetin kullanış biçimine karşı çıkan pay sahiplerine şirketten çıkış imkanı verdiği belirtilmektedir. TTK m 208'deki somut olay örnekleri tersine çevrildiğinde hakimiyetin kötüye kullanıldığı durumlar bakımından azınlığın da şirketten ayrılmasına Kanunun izin vermesi faydalı olacaktır. Bu noktada, anonim şirket dışındaki tüm ticaret şirketlerinde şirketten çıkma imkânının düzenlendiği, anonim şirketlerde ise TTK m 531'deki haklı sebeple fesih davası açılırsa davacının hakim tarafından şirketten çıkarılmasına karar verebileceğine ilişkin düzenleme akla gelebilir. Ne var ki, şirketten çıkarılma, haklı sebeple fesih davasında alternatif bir çözümdür ve davayı açan pay sahibinin çoğu zaman asıl amaçladığı sonuç değildir. Medeni usul hukukundaki taleple bağlılık ilkesinin önemli bir istisnası olan TTK m 531 hükmü ile anonim şirketten çıkma veya çıkarılma hakkının amaçlanmadığı aşikardır.

II. Satın Alma Hakkı Bağlamında Ayrılma Akçesi Kavramı

A. Ayrılma Akçesinin Hukuki Niteliği

Ticaret kanunumuzun farklı yerlerinde öngörülmüş olan ayrılma akçesi/payı⁵³, temelde şirket ortağının sermaye payına tekabül eden talep hakkının karşılığını

⁵² Bkz Ali Paşlı ve Hasan Onur Akay, 'Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Ayrılma Hakkını Kullanan Pay Sahibinin, Şirketler Topluluğu Düzenlemelerinden Yararlanma Olanağı (TTK m 202/2 ve SerPK m 24 Hükümlerinin Karşılıklı Uygulama Alanı)' (2019) 77(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 49, 55.

⁵³ "Akçe" kelimesi "Her tür madeni para", "nakit" gibi anlamlara gelmektedir. [Bkz TDK Güncel Türkçe Sözlük <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 01.03.2021), Kubbealtı Lugatı <http://lugatim.com/s/akce> (Erişim Tarihi: 01.03.2021). Ticaret kanunumuzda şirketten ayrılan ortağa verilen değer her ne kadar "akçe" olarak düzenlenmişse de, şirketten ayrılan ortağa verilecek menfaatin mutlak surette nakit olması gerekmediğini düşündüğümüzden ilgili kavramın "pay" olarak anlaşılması ve ayrılma akçesi yerine ayrılma payı kavramının daha uygun olduğu kanaatindeyiz.

oluşturan bir değerdir. Ayrılma akçesi ve buna ilişkin hukuki sonuçlar TTK'da düzenlendiğinden ticari bir iş mahiyetindedir⁵⁴. Bu kurum, Ticaret Kanununda bazen açıkça ayrılma akçesi olarak, bazen de *payın gerçek değeri* ifadesinin kullanılması ile düzenlenmiştir. Sermaye şirketlerinde sermayenin korunması ilkesi icabı, şirket varlığını sürdürürken, ortaklar şirkete sermaye olarak verdiklerini geri isteyemezler (TTK m 480/3). Buna mukabil şirketten çıkan veya çıkarılan ortak, ortak olmanın menfaatlerinden artık yararlanamayacak olmasına karşın, şirkete getirmiş olduğu sermaye payı halen şirket bünyesindedir. Sebebin sona ermesinden kaynaklanan bir sebepsiz zenginleşme oluşturacak bu durumun engellenmesi için kanun koyucu ayrılma akçesi/payı kurumunu ihdas etmiştir. Ayrılma akçesi, şirketten çıkan veya çıkarılan ortağın sahip olduğu alacak hakkının konusunu oluşturan bir değerdir. Kişi, Kanunda düzenlenen hallerde şirketten ayrıldıktan sonra ayrılma akçesine hak kazandığında, şirkete karşı üçüncü kişi konumundaki bir alacaklı durumuna geçmektedir.

Ayrılma akçesi, nakit veya ayın olarak kararlaştırıldığı durumlarda, iki kişi arasındaki bir alacak olması hasebi ile, bir başkasına devredilebilir, miras olarak geçebilir, hacze konu olabilir⁵⁵. Buna mukabil, tarafların anlaşması ile ayrılma payının şahsa özgü bir menfaat olarak belirlenmiş olması halinde bu alacağın devri mümkün olmayacaktır.

B. Belirlenmesi

TTK m 141'in gerekçesinde kanun koyucu, ayrılma akçesinin nakit olmasının şart olmadığını; karşılık olarak başka bir şirketin payı/pay senedi veya bir diğer menkul kıymeti, mesela değiştirilebilir tahvil verilebileceğini belirtmiş olsa dahi, uygulamadaki anlayışa göre ayrılma akçesi, adından da anlaşılacağı üzere nakit olarak belirlenip ödenmesi gereken bir değerdir. Kanaatimizce buna katılabilmek mümkün değildir. Gerçi ayrılma akçesinin belirlenmesi ve ödenmesi hususları iki ayrı mesele olarak mütalaa edilirse konuya daha verimli bir şekilde yaklaşımış olur. TTK m 208 uyarınca –ve diğer benzeri durumlarda- şirketten çıkarılıp payları hakim şirket tarafından satın alınacak ortağın sermaye payına tekabül eden ayrılma akçesinin öncelikle nakit olarak karşılığı belirlenmelidir.

TTK m 208 uyarınca hakim şirketin satın alma hakkını –tarafların anlaşamamaları halinde- mahkeme aracılığı ile kullanması durumunda ayrılma akçesinin de mahkemece belirlenmesi daha uygun olur. Ayrılma akçesinin değerinin belirlenip ödenmesi, özel hukuka ilişkin ve tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri bir mesele olduğundan, hakim tarafından arabuluculuğa teşvik etmesi faydalı olabilir.

⁵⁴ Ayrılma akçesinin borçlar hukuku yönünün de olduğuna dair açıklamalar için bkz Esra Cenkeci, 'Çıkan ya da Çıkarılan Limited Ortağın Ayrılma Akçesinin Ödenmesi (TTK m 642)' (2018)76(4) Ankara Barosu Dergisi 1, 12.

⁵⁵ Bkz Hanife Öztürk Dirikkan, *Limited Şirket Ortağının Ayrılması ve Ayrılma Payı* (1. Baskı, Yetkin 2005) 145.

Ayrılma akçesinin değerinin belirlenmesi, TTK m 5/A bağlamında *konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri* ile ilgili olmadığından dava şartı arbuluculuk kapsamında değil, ihtiyari arbuluculuk kapsamında görülebilir. Yargıtay’a göre, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m 110 bağlamındaki dava yığılması hallerinde davacının talepleri arasında arbuluculuğa tâbi olmayan bir husus varsa tüm talepler bakımından doğrudan mahkemede dava açılabilir⁵⁶. Taraflarca mutabık kalındığı veya mahkemece belirlendiği halde ödenmeyen ayrılma akçesinin talep edilmesi hususunda ise öncelikle arbulucuya başvurmak dava şartıdır.

Hakim şirketin satın alma hakkını kullanması mukabilinde azınlığa ödemesi gereken ayrılma akçesinin değerinin nasıl belirleneceği TTK m 202/2 hükmüne yapılan atıfla TTK m 208’de açıklanmıştır. Buna göre, satın alınacak payların değeri; *varsa en az borsa değeriyle, böyle bir değer bulunmuyorsa veya borsa değeri hakkaniyete uygun düşmüyorsa, gerçek değerle veya genel kabul gören bir yönteme göre belirlenecek bir değerle* belirlenir. Her ne kadar TTK m 202/2 değer belirleme kriterlerinin ilkinde payların borsa değerine göndermede bulunmuşsa da Sermaye Piyasası Kanunu’nun 27. maddesinin 3. fıkrası TTK m 208’in halka açık anonim ortaklıklarda uygulanmayacağını belirtmiştir. Dolayısıyla halka açık anonim ortaklıklarda konumuz bağlamında bir satın alma hakkından söz edilemez. Halka açık ortaklıklarda “Ortaklıktan çıkarma hakkı ve satma hakkı” başlıklı SerPK m 27’de belirtilen oy oranlarına ulaşılması ile birlikte doğrudan ortaklıktan çıkarma ve payları satma hakkı doğar. TTK m. 208’deki *şirketin çalışmasını engelleme, dürüstlük kuralına aykırı davranma, fark edilir sıkıntı yaratma* gibi şartların aranmadığı bu çıkarma veya satma hakkının kullanılmasından sonra, ortaklıktan çıkarılan ortağa *paylarının adil bir karşılığı* ödenir. Bu *adil karşılığın* ne şekilde belirlenip⁵⁷ ödeneceği II-27.2 sayılı Ortaklıktan Çıkarma ve Satma Hakları Tebliği’nin 6. maddesinde detaylı bir şekilde düzenlenmiştir Halka açık olmayan bir şirkette ise payların borsa değeri olmayacağından dolayı TTK m 202/2’deki kriterlerden ilki hukuki imkansızlık sebebi ile ayrılma akçesinin değerinin belirlenmesinde esas alınamayacaktır⁵⁸.

Ayrılma akçesinin değerinin belirlenmesinde TTK m 202/2’nin belirlemiş olduğu kıstaslardan ikincisi olan “gerçek değer”⁵⁹, ilgili dönemdeki şirket bilançosunun

⁵⁶ “...Somut olayda, 6100 sayılı HMK’nın 110. maddesiyle düzenleme altına alınan “davaların yığılması” durumu söz konusu olup, uyumsuzluk, verilen paranın tahsili ve ortak olmadığı tespitini olmak üzere iki ayrı dava içermektedir. Konusu bir miktar paranın ödenmesi olan tahsil davası arbuluculuğa tabi ise de, geçerli bir ortaklık ilişkisinin kurulmadığına tespitine ilişkin dava, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan bir alacak ya da tazminat davası olmadığından arbuluculuğa tabi değildir. Bu durumda, arbuluculuğa tabi olmayan bir dava ile birlikte açılan tahsil davası da arbuluculuk dava şartına tabi olmayacağından aksi yöndeki mahkeme gerekçesi isabetli görülmemiştir...” Yargıtay 11 HD, 197/1578, 17.02.2020. <www.lexpera.com.tr>(Erişim Tarihi 25.08.2021) Ayrıca bkz. Yargıtay 11 HD, 2019-3048/1093, 10.02.2020. <www.lexpera.com.tr>(Erişim Tarihi 25.08.2021)

⁵⁷ Halka açık anonim ortaklıklarda ayrılma akçesinin belirlenmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Çağlar Manavgat, *Hukuki Bakımdan Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Halka Arz* (1. Baskı, BTHAE 2016) 73 vd.

⁵⁸ Bu hususun kodifikasyon çalışmalarının koordinasyonundan uzak gerçekleştirilmesinin bir sonucu olduğu yönündeki haklı eleştirisi için bkz Karababa (n 54) 169.

⁵⁹ İsviçre Birleşmeler Kanunu m 8/1’de birleşme işlemlerindeki ayrılma akçesi için “tazminat” (“abfindung”) ifadesi kullanılmaktadır.

verileri esas alınarak tespit edilir. Bu bağlamda *yaşayan* şirketin işletme değerinin aktifi ve pasifi ile birlikte değerlendirilmesi önem arz eder. Nitekim uygulamada da payın gerçek değerinin tespiti noktasında şirket aktiflerinden, başta vergi borçları olmak üzere mevcut pasiflerin çıkartıldığı müşahede edilmektedir. Yine bakiye sermaye bedeli bulunuyorsa, bu bedelin ödenecek ayrılma akçesinden düşülerek ayrılan ortağa ödenmesi ve payın sermaye borcunun tamamı ödenmiş pay haline getirilmesi de önem arz eder⁶⁰. Ancak payın “gerçek değeri”ni tespit etmek için bunlar yeterli değildir. Hal böyle olunca, şirketin kârlılık durumunun ve dağıtılan kâr payları gibi, şirketin finansal yapısı ile bağlantılı birtakım unsurların da dikkate alınması gerekmektedir⁶¹. Yine bahsi geçen payın imtiyazlı bir pay olup olmadığının incelenmesi de önem arz eder. Hiç kuşkusuz imtiyazlı pay için ödenecek ayrılma akçesi, adi paylara ödenecekler nazaran daha yüksek olacaktır⁶². Uygulamada uzman mali müşavirlerin şirket değerlendirme ve pay bedeli tespitine ilişkin raporları bu hususta ayrılma akçesinin değerinin belirlenmesine dayanak olmaktadır. “Gerçek değer”in nasıl tespit edileceğinin kanunda hususen belirlenmediği TTK m 141’ in gerekçesinde vurgulanmaktadır. TTK m 208 bağlamında satın alma hakkı kullanıldığında ayrılma akçesi olarak ödenecek sermaye payı karşılığı, her somut olay özelinde ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

TTK m 202/2 hükmünde belirtilen pay bedellerinin belirlenmesine dair bir diğer kriter ise *genel kabul gören bir yöntemdir*. Zira şirket aktifi ve pasifi temel alınarak belirlenecek payın *gerçek değeri* her zaman adil sonuçlar vermeyebilir. Şirketin yatırımları, muhtemel yakın kazanç ve zararları, kârlılığı, ticari itibarı gibi unsurların da değerlendirilmesi ile payların *adil değerine* ulaşılabilir⁶³. Nitekim dönemsel ekonomik krizler, şirket mevcudunun kötü niyetle azaltılması ve manipülasyon gibi sebeplerle de şirket paylarının gerçek değeri hakkaniyete uygun düşmeyebilir⁶⁴. Satın alma hakkının (“squeeze out”) neşet edip geliştiği Anglosakson hukukunda da ayrılma akçesinin değerinin tüm etkileyenleri içeren *adil değere* (“fair value”) sahip olması gerektiği belirtilmektedir⁶⁵. Amerikan hukukunun en önemli kanunlarından olan Delaware Eyalet Kanununun § 262 hükmünde de şirketten ayrılan ortağa ödenecek olan ayrılma akçesinin tüm faktörlerin göz önünde bulundurularak belirlenen *adil bir değer* olması gerektiğine yer verilmiştir.

⁶⁰ Halil Arslanlı ve Hayri Domanıç, *Limited Şirketler Hukuku ve Uygulaması (TTK Şerhi III)*, (Temel 1989) 774.

⁶¹ Tütüncü (n 13) 258.

⁶² Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi I* (3. Baskı, Adalet 2018) 222.

⁶³ Bkz Barış Kaya, *Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Pay Sahiplerinin Ortaklıktan Ayrılma Hakkı* (1. Baskı, Beta 2018) 257 vd; Karababa (n 54) 170; Ümit Araman ve Halil Kibar, *Hisse Senetlerinin Gerçek Değerinin Hesaplanması* (1. Baskı, Türkmen 1999) 62 vd; Murat Yusuf Akın, *Anonim Ortaklıkta Bağlı Nama Yazılı Hisseler*, (2. Baskı, Vedat 2014) 95 vd. Ayrıca bkz Tamer Bozkurt, *Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Sınırlanması*, (1. Baskı, On İki Levha 2016) 176 vd.

⁶⁴ Orhan Sekmen, ‘Şirketler Hukukunda, TTK m 208 Hükmü ile Hâkim Şirkete Tanınan Satın Alma Hakkı (Squeeze-Out Right)’ (2021)16(197-198) BUHFD 29, 81.

⁶⁵ Marc I Steinberg and Evalyn N Lindahl, ‘The New Law of Squeeze-Out Mergers’ (1984)62(3) Washington University Law Quarterly 351, 376; Paul G Mahoney and Mark Weinstein, ‘The Appraisal Remedy and Merger Premiums’ (1999)1(1-2) American Law and Economics Review 239, 256.

Yerleşik uygulamaya göre, tarafların anlaşamaması ve uyuşmazlığın mahkemeye intikal etmesi halinde bu “adil” değerın hesaplanması için mahkeme kararına en yakın tarihteki ilgili tüm verilerin esas alınması gerektiği kabul edilmektedir⁶⁶. Hakimiyetin uygulanması ile gerçekleştirilen bazı önemli esas sözleşme değişikliklerinden dolayı şirketten ayrılan azınlığa ödenecek ayrılma akçesini düzenleyen TTK m 202/2, kollektif şirketten ayrılan ortağa ödenecek ayrılma akçesini düzenleyen TTK m 260, esas sözleşmesel bağlamın söz konusu olduğu bir şirkette kaçış klozunun kullanılması ile ortağa ödenmesi gereken gerçek değerın tespiti hakkındaki TTK m 493/5 ve haklı sebeple fesih davasında şirketten çıkarılmasına karar verilen davacı pay sahibine ödenecek gerçek pay değerininin tespitine ilişkin TTK m 531’de açıkça düzenlenen “mahkeme kararına en yakın tarih” kıstası, uzun süren yargılamaların olumsuz etkilerini bertaraf etmek amacı ile kanun koyucu tarafından kabul edilmiş ve bu üç kuruma benzer kurumlarda da mahkemeler tarafından uygulanagelmıştır. Bu durum doktrinde eleştirilmektedir⁶⁷. İlgili yazarlara göre, payların gerçek değerinin tespitinin talep edilmesinden sonra pay değerlerindeki değişiklikten taraflar olumlu veya olumsuz bir şekilde etkilenmemelidir.⁶⁸ Ayrıca davanın açıldığı tarihe göre hükmün kurulmasına ilişkin usul ilkesi⁶⁹ icabı payların gerçek değeri, davanın açıldığı güne göre hesaplanmalıdır⁷⁰. Hakikaten, payların değerinin yargılama boyunca artacağı varsayımı üzerine inşa edilmiş bu kanuni düzenlemeler ve yargı uygulamaları tüm taraflar bakımından adil olmayan sonuçlara yol açabilir. Bu itibarla, gerçek pay değerinin mahkemeye tespit edileceği durumlarda davanın açıldığı tarih hükme esas alınmalı ve bu bedel üzerine dava tarihinden itibaren faiz yürütülmelidir⁷¹.

Ülkemizde şirket paylarının değerinin tespitinde başlıca üç değerlendirme yöntemi kullanılmaktadır. Bunlardan aktif bazlı değerlendirme yöntemi, denetlenmesi ve uygulanması kolay olduğundan, yargılamalarda en sık kullanılan yöntemdir. Klasik anlamda şirket aktiflerinden pasifler çıkartılarak öz sermaye değeri tespit edilir ve bu değer ilgili pay ile oranlanır. Günümüzde şirketlerin yalnızca masa, sandalye,

⁶⁶ “...Dairemizin yerleşmiş kararları ve TTK’nın 641/1 maddesi gereğince davacının çıkma payının karar tarihine en yakın tarihteki veriler esas alınarak hükmedilmesi gerekir. Somut davada mahkemece 2015 yılında bilirkişi raporu alınıp 2016 yılında karar verildiği ve bilirkişi raporunda ise 31/12/2010 tarihli bilançonun esas alınarak hesaplama yapıldığı görülmektedir. Her ne kadar davalı şirketin defterlerine ulaşılabilmesi ise de mahkemece davalı şirketin bağlı bulunduğu vergi dairesine müzekkere yazılarak buradan davalı şirketin karar tarihine en yakın tarihteki tüm finansal kayıtları ve eklerinin elbî ile bu kayıtlara göre hesaplamamın yapılması gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir...” Yargıtay 11 HD, 2500/424, 15.1.2020. ((2020)36(1) Batider 153-154).

⁶⁷ Tartışmalara genel bakış için Necdet Uzel, ‘Nama Yazılı Payların Satın Alma Teklifinde Bulunma Hakkına Konu Olması Halinde Gerçek Değer Ve Faizinin Tespiti İle Kâr Payının Mahsup Edilmesine Dair İlkeler’ (2013)71(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 555, 559.

⁶⁸ Kendigelen (n 4) 404.

⁶⁹ Bkz. Pekcanitez Usul, *Medeni Usul Hukuku* (Dinamik Kitap, On İki Levha 2018) 1187-1188.

⁷⁰ Akın (n 68) 101. Aksi yönde Sıtkı Anlam Altay, ‘Türk ve İsviçre Anonim Ortaklıklar Hukuku’nda Esas Sözleşmesel Bağlam’, *İsviçre Borçlar Kanunu’nun İktibasının 80.Yılında İsviçre Borçlar Hukuku’nun Türk Ticaret Hukuku’na Etkileri* (Vedat 2009) 613-614. Gerçek değerın, ayrılma tarihine en yakın zamanda, şirketin piyasadaki objektif değerini ifade ettiği yönünde bkz. Ayhan, Çağlar ve Özdamar (n 29) 456.

⁷¹ Bu yönde ayrıntılı değerlendirmeler için Akın (n 68) 101-102.

bilgisayar gibi unsurlarla değerlendirilmesinin hakkaniyete aykırı olduğu aşikardır⁷². Bu bağlamda ikinci kabul gören yöntem ise piyasa bazlı değerlendirme yöntemidir. Bu yöntemde şirketin değeri, piyasada kendisi ile benzer durumda olan şirketler ile mukayese edilerek tespit edilir. Şirketin geleceğine ilişkin beklenti tespitlerini içermeyen bu yöntemde şirketteki yıllık nakit akışı büyük ölçüde belirleyici olur⁷³. Nihayet *genel kabul gören* hesaplama yöntemlerinden sonuncusu gelir bazlı değerlendirme yöntemidir. Bu yöntemde, ilk iki yöntemdeki hesaplamaların yanına şirketin gelecek beklentileri de eklenir⁷⁴. Başka bir deyişle, şirketin proje ve yatırımları da göz önünde bulundurularak gelecekteki muhtemel kazançları, değerlendirme gününe indirgenerek hesaplama yapılır⁷⁵. Kanaatimizce bu son yöntemin uygulandığı, yani şirketin hem geçmiş dönem performanslarının hem mevcut durumunun hem de gelecek beklentilerinin birlikte irdelenmesi sonucunda yapılacak şirket değerlemesi, şirketten ayrılacak olan ortağa ödenecek ayrılma akçesi bakımından en adil sonucu verecektir. Bu bağlamda şirket değerlemesi ile birlikte payın imtiyazlı olup olmadığının hesaba katılmasının da önem arz ettiğini yeniden vurgulamak gerekir.

TBK m 634/3 hükmü, adi ortaklıktan çıkan veya çıkarılan ortağın “tasfiye payı”nın, ortaklık sıfatının sona erdiği tarih itibarıyla, mali işlerde uzman bir kişiye hesaplattırılacağı, şayet uzman kişi üzerinde anlaşılamazsa bu kişinin, hakim tarafından atanacağını düzenlemektedir. Bu düzenleme, TTK m 208’deki satın alma hakkı mukabili ödenen de dahil olmak üzere tüm ayrılma akçelerine kıyasen uygulanabilir. Bilirkişinin hesapladığı, yaşayan şirket içindeki gerçek pay bedeli şayet eksi değerde ise, ayrılma akçesine ilişkin bir hak doğmaz⁷⁶. Bununla birlikte, tabidir ki, sermaye şirketlerinde sınırlı sorumluluk ilkesi uyarınca şirketten ayrılan ortağa bir sorumluluk da yüklenemez. Uygulamada borca batık bir şirketin paylarının TTK m 208 bağlamında satın alınmasının efektif olmayacağı bir anlığına düşünülse dahi, şirketin hedefleri doğrultusunda –diğer şartların da varlığı halinde- muhtemel kazançları, payların satın alınmasını makul gösterebilir ve bu durumda da “gerçek değer” kriterinden ziyade “adil değer” kriterinin işlerlik kazanması ile şirketten çıkarılan ortağa bir bedel ödenir.

⁷² İrfan Akın, ‘Şirket Değerleme Yöntemlerinin Sermaye Şirketlerinde Çıkma, Çıkarılma ve Fesih Davalarına Etkisi’, iç Tekin Memiş, Bahar Şimşek ve Özge Selin Şener (edr), *Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Başkanı Merhum Mehmet Kılıç’a Armağan* (On İki Levha 2020) 102.

⁷³ Piyasa bazlı değerlendirme yöntemleri için ayrıntılı bilgi için bkz. Reha Çırak, *Şirket Değerleme Yöntemleri* (1. Baskı, Seçkin 2018) 181 vd.

⁷⁴ Akın (n 68) 100.

⁷⁵ İndirgenmiş nakit akımları yöntemi için bkz Çırak (n 56) 37.

⁷⁶ Yargıtay 11 HD, 17007/2123, 18.02.2015. “...öz sermayenin -111.235,26 TL olduğu ve gerçek değerlere göre davalının ayrılma akçesi talebinin yerinde bulunmadığı gerekçesiyle...talebinin reddine...” <www.kazanci.com> (Erişim Tarihi 21.04.2021). Borca batıklık gibi sebeplerle şirketin gerçek değeri sıfırlansa dahi, ortaklara zorunlu ayrılma akçesi ödenmeden şirketten çıkartmanın mümkün olmadığı yönünde bkz. Ali Murat Sevi, ‘Sermaye Şirketlerinin Birleşmesinde Zorunlu Ayrılma Akçesi ve Bu Yolla Çıkarılacak Ortakların Menfaatlerinin Korunması’ iç Tekin Memiş, Bahar Şimşek ve Özge Selin Şener (edr), *Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Başkanı Merhum Mehmet Kılıç’a Armağan* (On İki Levha 2020) 59’ daki 56 nolu dn.

Şirketten ayrılacak ortağın paylarının gerçek değerinin hesaplanması, borsaya kote edilmemiş pay devrinin sınırlandırıldığı hallerde TTK m 493/4’te “kaçış klozu” olarak adlandırılan durumda da önem arz eder. Şöyle ki, devri sınırlandırılmış bir payı miras, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya cebri icra gereği iktisap eden kişiye şirket, payların gerçek değerini ödemeyi kabul ederse pay geçişine engel olabilir. Bu durumda da payların gerçek değeri yukarıda belirtilen *adil değer* incelemesi sonucunda belirlenecektir. Kendisine pay geçişine izin verilmeyen kişiye ödenecek ayrılma akçesinin, kişi şayet şirkette kalmış olsaydı sahip olacağı ekonomik menfaatler ile aynı ölçüde olması gerekmektedir⁷⁷.

C. Ödenmesi

Gerek TTK m 208 bağlamında gerek TTK’daki diğer ilgili durumlarda şirketten ayrılacak ortağa şirketteki sermaye payına tekabül eden karşılık mahiyetindeki ayrılma akçesinin nakit karşılığının belirlenmesi uyumsuzlukların engellenmesi açısından önem arz eder. Nakit belirlemeden sonra ise kanaatimizce ayrılma akçesinin bir başka *menfaat* ile ödenmesinde hiçbir mahzur bulunmamaktadır. Hatta bu durum çoğu somut olayda her iki tarafın menfaatine daha uygun düşebilir. Nasıl ki bir ticaret şirketine para niteliğinde olmayan değerler de getirilebiliyor ve uyumsuzlukların engellenmesi adına bunlara bir değer biçiliyorsa⁷⁸ aynı yöntem ayrılma akçelerinin ödeme şekilleri için de pekala uygulanabilir. TTK m 141 hükmünün gerekçesinde, ayrılma akçesinin nakit olmasının şart olmadığı, *karşılık* olarak başka bir şirketin payı/pay senedinin veya bir diğer menkul kıymetinin verilebileceğinden bahsedilmektedir. Gerekçede belirtilenlerin örnek kabilinden sayıldığı ve bunların yanında pek farklı alternatif menfaatlerin de ayrılma akçesi olarak verilebileceğinin kabulü hem şirket sermayesinin korunmasına⁷⁹ hem de çoğu somut olayda diğer tarafların menfaatine hizmet edecektir. Özellikle şirket birleşmeleri bakımından, birden fazla ortağa ödenmesi gereken ayrılma akçesinin toplam tutarı, şirkete ciddi finansal yük oluşturmaktadır⁸⁰. Her ne kadar TTK m 208’in uygulanmasına dair bir somut uyumsuzluk tespit edilemese dahi, ayrılma akçesinin düzenlendiği diğer haller bakımından ihtiyari veya dava şartı araboluculuk süreçlerinde tarafların menfaat temelli alternatif çözümler ürettiğine şahit olunabilmektedir. İlk başta nakit bir para cinsinden belirlenen ayrılma akçesinin emredici hükümlere aykırı olmadan ve karşı tarafı irade sakatlığına uğratmadan nakit dışı herhangi bir menfaat ile ödenmesinin önünde bir engel

⁷⁷ Gerçek değer tespitine ilişkin bkz. Akın (n 68) 94 vd; Bozkurt (n 68) 127 vd; Hanspeter Kläy, *Die Vinkulierung: Theorie und Praxis im neuen Aktienrecht* (1st, Helbing & Lichtenhahn 1997) 190.

⁷⁸ Bkz TTK m 339/1-e.

⁷⁹ Sermayenin korunması ilkesinin TTK’daki bazı önemli yansımalarının tespiti için bkz Harun Eryiğit, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Ortaklıklarda Sermayenin Korunması İlkesi* (1. Baskı, On İki Levha 2020) 152 vd.

⁸⁰ Ünal Tekinalp, ‘Birleşmede Ayrılma Akçesi’, (2012)2(1) Regesta Ticaret Hukuku Dergisi 21, 22. (21-27)

bulunmamaktadır⁸¹. Burada dikkat edilmesi gereken husus; *keyfi, adalete tamamen ters ve müsadereye yakın* bir belirleme yapmaktan kaçınmaktır⁸².

Daha önce, ayrılma akçesinin ödenmesine ilişkin uyuşmazlıkların *konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri* cümlesinden olduğundan dolayı ticari dava şartı arabuluculuk kapsamında olduğunu belirtmiştik. TTK'dan kaynaklanan hallerde ayrılma akçesine ilişkin uyuşmazlıklar, TTK m 4 uyarınca mutlak ticari davadır. Bu itibarla TTK m 5/A uyarınca ayrılma akçesinin ödenmesi amacıyla dava açabilmek için arabulucuya başvurmak bir dava şartıdır. “Kazan-kazan” ilkesini amaçlayan arabuluculuk uygulamasında son zamanlarda uyuşmazlıkların zengin ve çok yönlü biçimde çözümleniyor olması, uzlaşi kültürümüz bakımından umut vericidir. Ayrılma akçesinin nakit olarak verilmesi yerine, belirlenmiş nakit karşılığının üstünde bir menfaat sağlanmaması kaydı ile, başvurunun veya bir yakınının belirli şartlarla işe alınması, başvurucuya şirket mallarının indirimli olarak satılması gibi alternatif çözümler arabuluculuk uygulamasında karşılaşılan her iki tarafın menfaatine olacak örneklerden bazılarıdır. Ayrılma akçesinin nakit dışı başka bir menfaat ile yerine getirilmesi hususunda anlaşılmasından sonra edimin yerine getirilmemesi durumunda borçlu şirketin aynen ifaya zorlanamayacağı hallerde, ilk olarak belirlenen nakit karşılığın ödenmesi talep edilebilecektir.

Şirketten ayrılma anının hukuken geçerlilik kazanması ile birlikte ayrılma akçesi bir alacak hakkı olarak ortaya çıkar. Bununla birlikte TTK m 642 gibi bazı hükümlerde Kanun, ayrılma akçesinin muacceliyet anını şirketin serbestçe tasarruf edebileceği özvarlığın bulunmasına tâbi tutmuştur. Kuşkusuz buradaki amaç, uygun olmayan bir zamanda nakden ödenecek ayrılma akçesi ile şirketi krize sokmaktan korumaktır.

TTK m 208'deki satın alma hakkı bağlamında ayrılma akçesinin borçlusu hakim şirket tüzel kişiliğidir. Başka bir deyişle hakim şirketin ortakları bu borcun ödenmesi hususunda herhangi bir kişisel sorumluluk taşımazlar⁸³.

III. TTK m 208 Hakkında Genel Değerlendirme ve Bir Öneri

Hukukumuzda ilk kez 2011 tarihli TTK'nın 208. maddesi ile düzenleme altına alınan şirketler topluluğunda satın alma hakkının madde gerekçesinde kanun koyucu, hükmün amacının *şirketin sermayesinin ve oy haklarının yüzde doksanbeşinin*84 uygun gördüğü bir kararın alınıp uygulanmasına çoğu kişisel çeşitli sebeplerle karşı çıkan ortakların/paysahiplerinin şirketi bunaltan ve engelleyen davranışlarına son verip şirket içi barışı sağlamak olduğunu belirtmektedir. Çoğu somut olayda

⁸¹ Krş. AktG § 327b.

⁸² Bkz TTK m 641'in Gerekçesi

⁸³ Bkz Cenkei (n 59) 13.

⁸⁴ Kanun metninde yüzde doksan olarak belirtilen bu oran gerekçede yüzde doksan beş olarak unutulmuştur.

azınlık pay sahiplerinin iradesi hilafına gerçekleşecek bu durum, kuşkusuz TC Anayasası'nın 35. maddesinde güvence altına alınmış mülkiyet hakkına karşı kanun ile yapılmış bir müdahale olarak nitelendirilebilir⁸⁵. Bu halde her ne kadar payların karşılığı verilse de, şirket ortağının iradesi gözetilmeksizin payları satın alınmaktadır. Şirketten çıkarılan ortağa paylarının adil bir karşılığı olarak ayrılma akçesinin nakit veya mutabık kalınacak bir menfaat ile ödenmesi ve şirket bünyesinde çatışan menfaatlerden meşru şirket menfaatlerinin üstün tutulması gereği, bu mülkiyet hakkı sınırlandırmasını haklı kılmaktadır. Bununla birlikte TTK m 208 hükmünün, Kanunun kabul edildiği 2011 yılından bu yana tespit edebildiğimiz kadarıyla hiç uygulanmamış olması, hiçbir yüksek yargı kararına yansımamış olması bu düzenlemenin bir ihtiyaca cevap vermediğini göstermektedir. Bununla birlikte, mahkemelere de yansıyan uyuşmazlıklarda⁸⁶ bu hükmün, uygulamacılar tarafından, şirketler topluluğuna bağlı olmayan kapalı tip anonim şirketlerden ortağı çıkarmak için hukuki gerekçe olarak kullanılmaya çalışıldığına sıklıkla şahit olunmaktadır⁸⁷. Ne var ki, uygulamanın bu çabasına karşılık hüküm geniş yorumlanmaya müsait değildir. Bu itibarla kanun koyucuya düşen vazife, uygulamanın bu ihtiyacına karşılık TTK m 208'deki düzenlemenin bir benzerini anonim şirketler bakımından da ihdas etmektir. Bu noktada, anonim ortaklıklarda haklı sebeple ortağı çıkarma için neden TTK m 208 hükmünden hareket ettiğimize ilişkin haklı bir soru akla gelebilir. Öncelikle şirketler topluluğunu oluşturan ortakların önemli bir kısmının anonim ortaklık olmasından dolayı, kanun koyucunun pay sahibinin anonim ortaklıktan haklı sebeple çıkarılması kurumuna olumsuz bakmadığı anlaşılmaktadır. Öte yandan, inceleme konusu edilen hükümde yer alan oranlar ve haklı sebep olarak sayılan şirketin çalışmasını engelleme, dürüstlük kuralına aykırı davranma, fark edilir sıklığı

⁸⁵ Rıza dışı ortaklıktan çıkarılmaların Anayasa'ya uygunluğu yönündeki değerlendirmeler için bkz. Ali İhsan Karacan, *Ortaklıktan Çıkarma-Sermaye Piyasası Hukuku Açısından Bir İnceleme* (1. Baskı, Legal 2015) 215 vd.

⁸⁶ Örnek kabilinden bkz İstanbul Anadolu 6 ATM 1077/30, 22.1.2019; İstanbul Anadolu 1 ATM 566/27, 21.1.2020. <www.lexpera.com.tr> (Erişim Tarihi 17.04.2021) Ayrıca bkz. Yargıtay 11 HD, 14158/1072, 11.02.2005. <www.lexpera.com.tr> (Erişim Tarihi 17.04.2021) "...dava, anonim şirkette ortaklardan birinin diğer bir ortağı öldürme eylemine iştirak etmiş olması nedeniyle ortaklık payının ıskatı istemine ilişkin bulunmaktadır.... Davanın konusunun teşkil eden anonim şirketlerde ise, haklı sebeplere ortaklıktan ihraç imkanı tanınmamış, şirketin bir sermaye şirketi olması niteliği dikkate alınarak, TTK'nun 407 nci maddesinde sadece sermaye koyma borcunu belli bir prosedür içerisinde ve süresinde yerine getirmeyen paydaşın sahip olduğu hisse senetlerinin iptaline imkan tanınmış bulunmaktadır. Yukarıda değinilen ihraçla ilgili olarak diğer şirketler bakımından ayrıntılı düzenlemeler dikkate alındığında, kanun koyucunun anonim şirketler bakımından yapılan kişisel ilişkilerden kaynaklanan haklı sebebe dayalı ihraç imkanı tanınmamasının bilinçli bir düzenleme olduğu ve bir yasa boşluğunun bulunmadığının kabulü gerekir. Kaldı ki, dava konusu olayda anonim şirketin anasözleşmesinde dahi bu konuda özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durum karşısında uyuşmazlığın MK'nun 2 nci maddesi çerçevesinde çözümlenmesi de mümkün görülmemiştir. Böyle bir durumda haklı sebeple de olsa diğer ortaklarla çalışma mümkün hale gelmeyen ortağın yapabileceği şey, payını başkasına devretmek veya TTK'nun 434/2 nci maddesi hükümlü koşulları gerçekleştirdiği takdirde şirketin fesih ve tasfiyesini istemekten ibarettir..."

⁸⁷ "...TTK'nın 208. maddesi, şirketler topluluğuna ilişkin bir düzenleme olup, hakim şirketin, bazı yasal koşulların mevcudiyeti halinde azınlık paylarını satın alma hakkını düzenlemektedir. Bu hükmün somut olayda uygulanma yeri yoktur. Kanun koyucu, limited şirket ortağının, şirket tarafından alınacak kararlar ve haklı sebeplerle mahkeme kararıyla şirket ortaklığından çıkarılmasını düzenlediği halde (TTK m640), anonim şirketlere ilişkin düzenlemelerde böyle bir yasal imkan şirkete tanınmamıştır.

Sonuç olarak, ileri sürülen haklı sebep ne olursa olsun, anonim şirketin, ortağının ortaklıktan çıkarılmasını talep hakkı bulunmamaktadır. Sadece, fesih ve tasfiye davalarına ilişkin 531.maddede, fesih yerine çıkarma kararı verme imkanı tanınmıştır. Bu maddenin de somut olayda uygulanma yeri yoktur..." İstanbul BAM 14 HD, 482/1418, 29.11.2018. <www.lexpera.com.tr> (Erişim Tarihi 17.04.2021)

yaratma gibi durumlar, anonim ortaklıklara da uygulanabilir niteliktedir. Çalışmada benzer kurumlarla birlikte incelenmeye gayret edilen TTK m 208'deki satın alma hakkı, kuşkusuz kendine özgü koşulları bulunan istisnai bir hükümdür. Bununla birlikte lafızdan da anlaşılacağı üzere, hükmün sermaye şirketleri için öngörüldüğü ve limited şirketlerde haklı sebeple şirketten çıkarmanın halihazırda kanunda var olduğu dikkate alındığında hükmün yalnızca anonim şirketler bakımından işlevsel ve anlamlı olduğu anlaşılmaktadır. Zira limited şirketlerde TTK m 640/3 uyarınca herhangi bir pay oranı ile bağlı olmaksızın haklı sebeple şirketten çıkarma imkânı söz konusudur. Anonim ortaklıklar bakımından kanunda kabul edilmesini önerdiğimiz “haklı sebeple çıkarma” kurumu, şirketler topluluğuna dahil olan ve olmayan tüm kapalı tip anonim ortaklıklar hakkında uygulanabilir olacağından, TTK m 208'in öngördüğü amacı gerçekleştirmenin yanı sıra, diğer anonim ortaklıklardaki ihtiyaca da cevap olacaktır. Teorik anlamda saf bir sermaye şirketi olmasından dolayı anonim ortaklıklardaki pay sahiplerinin kişiliklerinin önemsiz olduğu düşünülse de, ülkemiz pratiğinin bu teorik kabul ile pek örtüşmediği görülmektedir. Bilakis –kapalı tip-anonim ortaklıklardaki pay sahiplerinin kişilikleri çoğu zaman büyük önem arz eder. Çoğu durumda birbirini yakinen tanıyan bu kişiler arasındaki çekişmeler, anonim şirketlere önemli zararlar verebilecek boyutlara ulaşabilmektedir. Anonim şirket azınlığının şirketten haklı sebeple çıkarılmasına kanunda izin verilmemesi karşısında, çoğunluk pay sahipleri kâr payı dağıtımına engel olmakta, uygun olmayan zamanda sermaye artırımı yapılmasına neden olmakta ve böylece azınlığı tahakküm altına alarak paylarını kendilerine satmaya mecbur bırakmaktadır. Buna mukabil, azınlık pay sahiplerinin de genel kurul kararlarının iptali, haklı sebeplerle fesih gibi davaları açma yetkilerini kötüye kullanmaları ile zarara uğrayan bizatihi anonim şirket olmaktadır. Halbuki kanaatimizce olması gereken, haklı sebeplerin varlığı halinde mahkeme kararı ile azınlığın şirketten çıkmasına ve çıkarılmasına izin verilmesidir.

Anonim şirketteki azınlık paylarının belirli şartların gerçekleşmesi ile cebren satın alınmasına (“squeeze-out”) İsviçre hukukunda temkinli yaklaşılmaya rağmen İngiltere, Hollanda, Belçika ve Almanya’da satın alma hakkına ilişkin kanuni düzenlemeler mevcuttur⁸⁸. Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu § 327 a-f hükümlerinde anonim ve paylı komandit şirketlerin % 95 payına sahip hakim ortağına, azınlığı şirketten çıkarabilmesi imkânı tanınmıştır. İlgili hükme göre anonim şirket pay sahibinin satın alma hakkını kullanabilmesi için; sermaye paylarının %95’ine sahip olması⁸⁹, azınlık paylarının uygun bir ayrılma akçesi karşılığında kendisine devri yönünde yaptığı talebin genel kurulda en az % 95 çoğunlukla kabul edilmesi gerekli ve yeterlidir. Genel kurulda alınacak kararın zaten şirket paylarının % 95’ine sahip olan ortağın oyu ile alınacak olması, ilgili genel kurul kararının, denetimin sağlanmasına

⁸⁸ Christoph Van Der Elst and Lientje Van Den Steen, ‘Balancing the Interests of Minority and Majority Shareholders: A Comparative Analysis of Squeeze-out and Sell-out Rights’, (2009)4(6) European Company and Financial Law Review 391, 401-404.

⁸⁹ 2006 tarihli İngiliz Şirketler Kanunu Sec 979’da bu oran % 90’dır.

hizmet edecek bir prosedür olduğunu düşündürmektedir. Nitekim detaylı bir şekilde kaleme alınan “Genel Kurula Hazırlık” başlıklı AktG § 327c hükmünde belirtilen bilgi ve belgelerin hazırlanması yükümlülüğü bu düşüncüyü desteklemektedir. AktG § 327a-f hükümlerinde “haklı sebep” kavramına doğrudan veya dolaylı bir biçimde gönderme mevcut değildir. Alman kanun koyucusunun amacı, tek ortaklı haline gelecek hakim ortağın yönetimindeki işletmenin ve hakim ortağın menfaatine hizmet edilmesi, uzun süren davalardan kaçınılması, genel kurulların daha masrafsız bir şekilde yapılması ve esnek yönetim anlayışının güçlendirilmesidir⁹⁰. Ayrıca anonim şirketlerdeki karar mekanizmaları bağlamında ciddi bir etkisi olmayan azınlığın, haklı sebeple fesih ve genel kurul kararlarının iptali davaları başta olmak üzere kanunda kendilerine tanınan hakları kötüye kullanarak şirkete zarar vermelerini engellemek de Alman doktrininde satın alma hakkının amaçları arasında sayılmaktadır⁹¹. Fakat tekrar pahasına belirtmek gerekir ki, bu amaçlardan hiçbiri kanun metninde şart olarak sayılmamıştır. Ne TTK m 208 ne de diğer benzer çıkarma kurumlarının öngörüldüğü sair TTK hükümlerinde işaret edilen haklı sebep olgusuna AktG § 327a-f düzenlemelerinde yer verilmemiştir. Bununla birlikte, Alman anonim şirketler hukukunda satın alma hakkı genel kurul kararı ile kullanıldığından dolayı, kararın kanuna veya esas sözleşmeye aykırı olduğu gerekçesiyle hakkında AktG § 243’e göre iptal davası açılabilmesi mümkündür.

Ticaret şirketlerinde şirket içi barışı bozan, şirketin amacı ve menfaatleri doğrultusunda varlığını sürdürmesine engel olan ve böylece dürüstlük kuralına aykırı davranan ortaklar haklı sebep ile şirketten çıkarılabilir. Bu durumun tek istisnası anonim şirketlerde vuku bulmaktadır. Ne var ki, şirketler hukukumuzun yerleşik uygulamasında limited şirketler ile kapalı tip anonim şirketler arasındaki pratik farklılıklar çok azalmıştır. Şüphesiz limited ve anonim şirketler birbirinden farklı iki şirket türü olmaları hasebi ile ayrı nitelik ve özelliklere sahiptir. Ancak özellikle TTK’nın kabulü ile birlikte, iki şirket türü arasındaki fark, büyük oranda ortadan kalkmıştır⁹². Bu itibarla limited şirketlerde çıkma ve çıkarılmaya ilişkin düzenlemelerden özellikle kapalı tip anonim şirketleri mahrum bırakmanın haklı bir gerekçesi olmadığı kanaatindeyiz. İlk derece mahkemelerine ve arabuluculuk süreçlerine de yansıyan pek çok örnekte görüldüğü gibi TTK m 208 gibi bir hükmün şirketler topluluğu dışındaki anonim şirketler için de ihtiyaç olduğu aşikardır. Hatta öyle ki, Kanunun kabulünden bu yana geçen sürede konu ile ilgili şirketler topluluğu için duyulmayan ihtiyaçlar ve tespit edebildiğimiz kadarıyla hiçbir yüksek yargı kararına yansımayan talepler, kapalı tip anonim şirketler bakımından söz konusudur. Dürüstlük kuralı ve şirket menfaati doğrultusunda anonim şirketten çıkarılmanın

⁹⁰ Uwe Hüffer und Jens Koch, *Aktiengesetz*, (15. Auflage, Verlag München 2021) AktG § 327a Rn. 1; BeckOGK/Singhof AktG § 327a Rn. 2, 3.

⁹¹ Philipp A. Baums: ‘Der Ausschluss von Minderheitsaktionären nach §§ 327 a ff. AktG n. F.’ WM 2001, 1843 vd.

⁹² Eryiğit (n 84) 283; Fatih Bilgili ve Ertan Demirkapı, *Şirketler Hukuku* (9. Baskı, Dora 2013) 616; Pulaşlı (n 48) 1992.

makul olduğunun yargı marifetiyle saptandığı ve ayrılma akçesinin adil bir değer olarak belirlendiği bir perspektif, olması gereken hukuk bakımından önerimizdir. Böylece, anonim ortaklıktan çıkarma hakkının/yetkisinin kötüye kullanılması önlenmiş olacaktır. Limited şirketler ile anonim şirketler arasında hiç kuşkusuz teorik ve pratik farklılıklar vardır ve olmalıdır. Fakat anonim şirketler hukuku teorisini muhafazakar sert kalıplara hapsetmek, ticaret hayatının gereklerine ters düşecektir.

Haklı sebeple şirketten çıkarma meselesine pay sahibinin sadakat yükümlülüğü ekseninde yaklaşan yazarlar arasında görüş farklılıkları bulunmaktadır. Bilindiği üzere; sözleşme, kişi, sermaye, müşterek ticari amaç ve müşterek ticari amaç uğrunda çalışma/bu amaca aykırı fiillerden kaçınma (*affectio societatis*) unsurlarının biraraya gelmesi ile oluşan bir şahıs şirketinde *affectio societatis* bağlamında ortağın mutlak anlamda sadakat yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilse de, sermaye şirketlerinde ortakların sadakat yükümlülüğünün olup olmadığı tartışmalı bir konudur. Kanaatimizce *affectio societatis* unsurunun yoğunluğu şahıs şirketlerinden sermaye şirketlerine doğru azalsa da, kurucu unsur olarak tüm ticaret şirketlerinde mevcuttur⁹³. Bu bakımdan ortakların şirkete karşı sadakat yükümlülüğü de –kuşkusuz yoğunluğu değişmekle birlikte- her şirkette mevcuttur. Anonim şirket ortağının dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde şirket içi huzuru bozması da sadakat yükümlülüğünü ihlal ettiğini gösterir. Gereksiz ve taciz edici biçimde sürekli iptal ve sorumluluk davaları açmak, şirket için alınması elzem görülebilecek bazı kararları bir şekilde bloke etmek gibi davranışlar bu yükümlülüğün ihlaline örnek olarak gösterilebilir⁹⁴. Örneklerdeki gibi kasıtlı veya ağır ihmal ile sadakat yükümlülüğünün ihlali halinde, başka bir deyişle haklı sebeplerin varlığı halinde ortağın şirketten çıkarılması mümkün olmalıdır. Zira haklı sebeple şirketten çıkarma, anonim şirketlerde sadakat borcunun varlığının kabul edilmesinin doğal ve mantıksal bir sonucudur⁹⁵. Ortak haklı sebeple şirketten çıkarıldıktan sonra da usulüne uygun bir şekilde sermayenin azaltılması⁹⁶ veya geçici bir süreliğine şirketin kendi paylarını iktisap edebilmesi için kanuna hüküm eklenmesi⁹⁷ doktrinde önerilmektedir. Buna mukabil, anonim şirketin hukuki yapısı nedeniyle ve şirket hisselerinin tedavül imkanının engellenmemesi amacıyla anonim şirket ortaklarının şirketten çıkarılmasının söz konusu olduğu tek halin pay bedelini ifa borcunun ihlali olduğu, esas sözleşmede öngörülse bile, sadakat yükümlülüğünün ihlali de dahil olmak üzere ortakların hiçbir sebeple

⁹³ Domaniç'e göre *affectio societatis* unsuru, anonim ortaklık sözleşmesinin zorunlu bir unsuru olup ortaklık sözleşmesini kâra iştirakli hizmet sözleşmesi, iştirak halindeki mülkiyet gibi durumlardan ayırmakta ve pay sahiplerinin yönetime katılma, yönetimi denetleme, ortaklığa zarar verici hareketlerden kaçınma ve ortaklığın meşru menfaatleri doğrultusunda sermaye katkısı dışındaki hak ve borçlarını ifade etmektedir. Bkz. Hayri Domaniç, *Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulamaları* (TTK, Şerhi II), (Temel 1988) 29.

⁹⁴ Murat Yusuf Akın, *Şirketler Hukukunda ve Özellikle A.Ş.lerde Pay Sahibinin Sadakat Borcu* (1. Baskı, İstanbul Menkul Kıymetler Borsası 2002) 244.

⁹⁵ ibid 243-244.

⁹⁶ ibid 244.

⁹⁷ Çamoğlu, *Haklı Sebep* (n 27) 72; Rauf Karasu, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi* (1. Baskı, Yetkin 2009) 169-170.

şirketten çıkarılmasının mümkün olmadığını savunan bir görüş de mevcuttur⁹⁸. Daha önceki açıklamalarımız doğrultusunda, halihazırdaki hukukumuzu gösteren ikinci görüş yerine, olması gereken hukuk bakımından ilk görüşe katıldığımızı belirtiyoruz. Anonim şirketlerde ortakların şahsi özelliklerinin önemli olmadığına, sermaye unsurunun ön planda olduğuna ilişkin görüşler ve mehz İsviçre hukukunda da anonim şirketten çıkarılmaya -pay bedelini ifa borcunda temerrüt hali dışında- izin verilmediği gerçeğinin bulunması da bu görüşümüzü değiştirmemektedir. Zira ticaret hukuku, teorik olarak kurgulandıktan sonra ticaret hayatının ihtiyaçları doğrultusunda kendine yeni yollar, yeni imkanlar çizebilen dinamik bir yapıya sahiptir. Hirsch'in son derece özlü bir şekilde ifade ettiği üzere, ticaret hukuku, “bizzat hayatın ve insanların ihtiyaçlarının tetkik ve müşahedesi” ile kaim olan bir ilimdir⁹⁹. Ülkemizdeki kapalı tip anonim şirketlerin ihtiyacı doğrultusunda yeni bir paradigma değişikliğine gidilmesi ideal Türk anonim şirketler hukuku bakımından faydalı olacaktır.

Anonim şirket ortağının şirketten çıkarılmasına ilişkin yapılacak kanuni düzenlemede limited şirketlerde şirketten çıkarmaya yönelik TTK m 640 hükmü yol gösterici olabilir. Bu bağlamda esas sözleşmede şirketten çıkarılma sebeplerine yer verilmesine Kanunda imkan sağlanması hem hukuk güvenliği hem de şirket menfaati bakımından faydalı olacaktır. Kuşkusuz esas sözleşmedeki sebeplerin gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitinin mahkemece yapılması çoğunluk tahakkümü ile azınlığın istismar edilmesini engeller. Ayrıca yine TTK m 640'daki gibi şirketin ortak aleyhine haklı sebeple çıkarma davası açabilme imkanının anonim şirketler bakımından da kabul edilmesi uygulamadaki önemli bir eksikliği giderecektir. Nitekim Domaniç birkaç adım öteye giderek, hem kişi ortaklıklarında hem de haklı sebebe yer veren diğer kurumlarda geliştirilen temel ilkelerden anonim ortaklıklarda örnekseme yoluyla yararlanılması gerektiğini, özellikle kapalı anonim ortaklıklardaki ortaklar arası ilişkilerin limited ve kişi ortaklıklarından çok farklı olmadığını zikretmektedir¹⁰⁰.

Sonuç

Ticari faaliyetler itibarıyla birbirine bağlı birden fazla şirketten birinin diğerini doğrudan veya dolaylı olarak sürekli bir şekilde hakimiyet altında tutması ile fiilen ortaya çıkan şirketler topluluğunda –her iktisadi organizasyonda olacağı gibi- çeşitli menfaat ihtilaflarının ortaya çıkması mümkündür. Kanun koyucu, dürüstlük kuralına aykırı davranarak şirketin çalışmasına engel olan, şirket içi huzursuzluklar çıkaran azınlık pay sahibinin isteği hilafına şirketten çıkarılmasını mümkün kılmıştır. Şüphesiz bu durum, pay sahibinin mülkiyet hakkına yapılan bir müdahale olarak

⁹⁸ N Füsün Nomer, *Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü* (1. Baskı, Beta 1999) 148.

⁹⁹ Ernst E. Hirsch, *Türk Ticaret Kanununun Esaslarına Göre Ticaret Hukuku* (Cihan 1935) 7.

¹⁰⁰ Arslanlı ve Domaniç (n 65) 747.

nitelendirilebilir. Fakat kanun ile ve daha üstün bir yarar (şirket ve topluluk menfaati) uğruna yapılan bu müdahale, ölçülü ve makul olması için yargısal denetime tâbi tutulmuştur.

TTK m 208 hükmüne göre, bağlı şirketteki azınlık pay sahibinin şirketin çalışmasını engellemesi, dürüstlük kuralına aykırı davranması, fark edilir sıkıntı yaratması veya pervasızca hareket etmesinin yanında hakim şirket, bağlı şirketin paylarının ve oy haklarının en az yüzde doksanına sahip olmalıdır. Bu şartların oluşmasının akabinde hakim şirket azınlığın paylarını gerçek değeriyle veya genel kabul gören bir yöntemle göre belirlenecek bir değerle satın alabilir. Uygulamadaki genel kabul gören pay ve şirket değerlendirme yöntemlerinden en adili; kanaatimizce şirketin geçmişini, bugünü ve geleceğini irdeleyen gelir bazlı değerlendirme yöntemidir. Şirketten ayrılan ortak, hukuka aykırı fiillerinden dolayı şirketten çıkarılmış olsa dahi, sermaye payına tam olarak tekabül edecek ve adil bir şekilde hesaplanmış ayrılma akçesini almaya hak kazanacaktır. Ayrılma akçesinin belirlenmesine ve ödenmesine ilişkin meseleler, hem hukuki hem de iktisadi anlamda uzmanlık gerektirmektedir. Ayrılma akçesinin belirlenmesi değil, fakat belirlenmiş olan ayrılma akçesinin ödenmemiş olması sebebi ile açılacak davalar için arabulucuya başvurmak TTK m 5/A'ya göre bir dava şartıdır. Arabuluculuk uygulamalarında sıklıkla görülmeye başlandığı gibi, her iki tarafın da menfaatine olacak bir şekilde ayrılma akçesi borcunun nakit dışı çeşitli edimler ile ifa edilmesi mümkündür. Dolayısıyla satın alma hakkı mukabilinde ödenecek ayrılma akçesinin mutlak surette nakit olması gerektiğine ilişkin var olan klasik anlayış ve alışkanlığın terk edilmesi amaca daha uygun olacaktır. Ayrıca TTK m 208'deki satın alma hakkının madalyonun bir tarafında olduğu kabul edildiğinde, madalyonun öte tarafını oluşturan ayrılma hakkının Kanunda düzenlenmesi, çoğunluk tahakkümü ile karşılaşan azınlığın şirketten ayrılmasına imkan sağlayacaktır.

Sadakat yükümlülüğünü ihlal eden, şirketin çalışmasına engel olan ve dürüstlük kuralına aykırı davranarak şirket içi huzuru bozan anonim şirket ortağının, şirketler topluluğuna dahil bağlı şirket ortağı olması hali hariç, şirketten çıkarılmasına mevcut kanuni düzenleme izin vermemektedir. Buna mukabil uygulamada şirket içi barışın tesisi ve şirket menfaati doğrultusunda şirketin varlığını sürdürülebilmesi adına anonim şirketler bakımından da haklı sebeple ortağın çıkarılmasına ilişkin hükümlerin Kanunda düzenlenmesinin gerekli olduğu kanaatine varılmıştır. Zira şirketten çıkarma hakkının temel amacının şirketteki menfaat ihtilaflarını meşru menfaat doğrultusunda ortadan kaldırmak olduğu düşünüldüğünde ve ülkemiz uygulamasında TTK m 208'in şirketler topluluğu bünyesinde olmayan anonim şirketlere de teşmil ettirilmeye çalışıldığı göz önünde bulundurulduğunda, anonim şirketler için de çıkarma hakkına duyulan ihtiyaç gün geçtikçe artmaktadır. Ayrıca TTK m 208 hükmünün sermaye şirketleri için öngörüldüğü ve limited şirketlerde haklı sebeple şirketten çıkarmanın halihazırda kanunda var olduğu göz önünde bulundurulduğunda hükmün yalnızca

anonim şirketler bakımından işlevsel ve anlamlı olduğu anlaşılmaktadır. Bu hali ile hem şirketler topluluğu bakımından bir ihtiyaca cevap vermeyen hem de diğer kapalı tip anonim ortaklıklar için genişletilmeye elverişli olmayan hüküm yerine tüm anonim ortaklıklar bakımından kanunda kabul edilecek haklı sebeple çıkarma ve çıkma kurumunun, şirket içindeki haksız çekişmelerin önüne geçilmesinde faydalı olacağı kanaatine varılmıştır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

- Aker H, ‘Anonim ve Limited Şirketlerde Ortaklık Sifatının Sona Ermesi ve Özellikle Haklı Sebeple Fesih Davasına İlişkin Bazı Değerlendirmeler’(2016)32(1) Batider 63-150.
- Akın İ, ‘Şirket Değerleme Yöntemlerinin Sermaye Şirketlerinde Çıkma, Çıkarılma ve Fesih Davalarına Etkisi’, iç Tekin Memiş, Bahar Şimşek ve Özge Selin Şener (edr), *Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Başkanı Merhum Mehmet Kılıç’a Armağan* (On İki Levha 2020).
- Akın MY, *Anonim Ortaklıkta Bağlı Nama Yazılı Hisseler*, (2. Baskı, Vedat 2014).
- Akın MY, *Şirketler Hukukunda ve Özellikle A.Ş.lerde Pay Sahibinin Sadakat Borcu* (1. Baskı, İstanbul Menkul Kıymetler Borsası 2002).
- Altay SA, ‘Türk ve İsviçre Anonim Ortaklıklar Hukuku’nda Esas Sözleşmesel Bağlam’, *İsviçre Borçlar Kanunu’nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku’nun Türk Ticaret Hukuku’na Etkileri* (Vedat 2009) 563-637.
- Antalya OG, *Hukuk Metodolojisi II* (1. Baskı, Seçkin 2021).
- Antalya OG ve Topuz M, *Medeni Hukuk I* (3. Baskı, Seçkin 2019).
- Araman Ü ve Kibar H, *Hisse Senetlerinin Gerçek Değerinin Hesaplanması* (1. Baskı, Türkmen 1999).
- Arslanlı H ve Domaniç H, *Limited Şirketler Hukuku ve Uygulaması (TTK Şerhi III)*, (Temel Yayınları 1989).
- Ataay A, *Medeni Hukukun Genel Teorisi* (3. Baskı, İÜHF 1980).
- Atakan MC, *Şirketler Topluluğunda Hâkimiyet* (1. Baskı, Aristo 2021).
- Ayhan R, Çağlar H ve Özdamar M, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar* (3. Baskı, Yetkin 2021).
- Bahtiyar M, *Ortaklıklar Hukuku* (13. Baskı, Beta 2019).
- Battal A, ‘Anonim Şirketlerde Ortaklıktan Iskat Prosedürü (TTK m 408) ile İlgili Yargıtay Uygulaması’, *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XVII*, 9-10 Haziran 2000, (BTHAE 2000).
- Baums PA, ‘Der Ausschluss von Minderheitsaktionären nach §§ 327 a ff. AktG n. F.’ WM 2001, 1843-1850.
- Bilgili F ve Demirkapı E, *Şirketler Hukuku* (9. Baskı, Dora 2013).

- Bozkurt T, *Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Sınırlandırılması*, (1. Baskı, On İki Levha 2016).
- Böckli P, Davies PL, Ferran E, and etc., ‘A Proposal for the Reform of Group Law in Europe’ (2017) 18 (1) European Business Organization Law Review 1-49.
- Böckli P, *Schweizer Aktienrecht* (4th edn, Schulthess 2009).
- Çamoğlu E, ‘Limited Ortaklıktan Çıkarılma’ (2014)30(3) Batider 5-20.
- Çamoğlu E, *Kollektif Ortaklığın Haklı Sebep Feshi ve Ortağın Haklı Sebep Çıkarılması* (1. Baskı, Vedat 2008). (Haklı Sebep)
- Çelik A, ‘Anonim Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarılma’ (2009)17(2) SÜHFD 171-215.
- Çenkci E, ‘Çıkan ya da Çıkarılan Limited Ortağına Ayrılma Akçesinin Ödenmesi (TTK m. 642)’ (2018)76(4) Ankara Barosu Dergisi 1-50.
- Çırak R, *Şirket Değerleme Yöntemleri* (1. Baskı, Seçkin 2018).
- Değirmenci C, *Anonim Ortaklıkta Iskat* (1. Baskı, Vedat 2006).
- Dettling H, *Die Entstehungsgeschichte des Konzernrechts im Aktiengesetz von 1965* (1st, Mohr Siebeck 1997).
- Domanıç H, *Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması (TTK Şerhi II)*, (Temel 1988).
- Eryiğit H, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Ortaklıklarda Sermayenin Korunması İlkesi* (1. Baskı, On İki Levha 2020).
- Göktürk K, *Şirketler Topluğunda Sorumluluk Esasları* (1. Baskı, Adalet 2015).
- Göle C, *Anonim Ortaklıklarda Nakdi Sermaye Koyma Borcu ve Bu Borcu İfada Temerrüt* (BTHAE 1976).
- Gündoğdu G, ‘Bir Şirketler Topluğu En Az Kaç Bağlı Şirketten Oluşur Ticaret Sicil Yönetmeliği m 105 Hükmünün Türk Ticaret Kanunu m 195 Hükmü ile Uyumsuzluğu Sorunu’ (2014)12(133) Legal Hukuk Dergisi 107-126.
- Helvacı S ve Erlüle F, *Medeni Hukuk* (6. Baskı, Legal 2020).
- Hirsch EE, *Türk Ticaret Kanununun Esaslarına Göre Ticaret Hukuku* (Cihan 1935).
- Hüffer U und Koch J, *Aktiengesetz*, (15. Auflage, Verlag München 2021).
- Karababa S, *Anonim Ortaklıkta Satın Alma (Squeeze-Out) ve Çıkarma Hakları* (1. Baskı, Seçkin 2016).
- Karacan Aİ, *Ortaklıktan Çıkarma-Sermaye Piyasası Hukuku Açısından Bir İnceleme* (1. Baskı, Legal 2015).
- Karasu R, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Emredici Hüükümler İlkesi* (1. Baskı, Yetkin 2009).
- Karayalçın Y, ‘Anonim Şirkette Çoğunluk-Azınlık İlişkisi Bakımından Kontrol (Blok) Satışı ve Genel Alım Önerisi’ iç Turhan Esener (ed), *Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan* (BTHAE 1990).
- Kaya B, *Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Pay Sahiplerinin Ortaklıktan Ayrılma Hakkı* (1. Baskı, Beta 2018).
- Kaya Mİ, ‘Büyük Pay Sahiplerinin Azınlığı Ortaklıktan Çıkarma Hakkı (Squeeze-Out Right)’(2007)11(1-2) EÜHFD 307-332.
- Kendigelen A, *Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler* (3. Baskı, On İki Levha 2016).
- Kılıçoğlu AM, *Medeni Hukuk* (3. Baskı, Turhan 2019).
- Kläy H, *Die Vinkulierung: Theorie und Praxis im neuen Aktienrecht* (1st, Helbing & Lichtenhahn 1997).

- Mahoney PG and Weinstein M, 'The Appraisal Remedy and Merger Premiums' (1999)1(1-2) American Law and Economics Review 239-275.
- Manavgat Ç, *Hukuki Bakımdan Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Halka Arz* (1. Baskı, BTHAE 2016).
- Memiş T ve Turan G, *Sermaye Piyasası Hukuku*, (5. Baskı, Seçkin 2020).
- Nomer NF, *Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü* (1. Baskı, Beta 1999).
- Okutan Nilsson G, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku* (1. Baskı, On İki Levha 2009).
- Orak Çelikboya L, *Türk Ticaret Kanunu Madde 208 Uyarınca Anonim Şirketlerde Satın Alma Hakkı* (1. Baskı, On İki Levha 2017).
- Özcanlı FB, 'Şirketler Topluluğu Hukukuna İlişkin Avrupa'da Ortaya Çıkan Yeni Yaklaşımlar' (2017)(2) GSÜHFD 355-387.
- Öztürk Dirikkan H, *Limited Şirket Ortağının Ayrılması ve Ayrılma Payı* (1. Baskı, Yetkin 2005).
- Paslı A ve Akay HO, 'Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Ayrılma Hakkını Kullanan Pay Sahibinin, Şirketler Topluluğu Düzenlemelerinden Yararlanma Olanağı (TTK m. 202/2 ve SerPK m. 24 Hükümlerinin Karşılıklı Uygulama Alanı)' (2019) 77(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 49-70.
- Pekcanitez Usul, *Medeni Usul Hukuku* (Dinamik Kitap, On İki Levha 2018).
- Poroy R, Tekinalp Ü ve Çamoğlu E, *Ortaklıklar Hukuku II* (14. Baskı, Vedat 2019).
- Pulaşlı H, *Şirketler Hukuku Şerhi I* (3. Baskı, Adalet 2018).
- Pulaşlı H, *Şirketler Hukuku Şerhi II* (3. Baskı, Adalet 2018).
- Şahin A, *Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi* (1. Baskı, Vedat 2013).
- Şahin G, *Anonim Şirketlerde Iskat Müessesesi* (1. Baskı, Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2020).
- Sekmen O, 'Şirketler Hukukunda, TTK m.208 Hükmü ile Hâkim Şirkete Tanınan Satın Alma Hakkı (Squeeze-Out Right)' (2021)16(197-198) BUHFD 29-93.
- Semerci Vuraloğlu T, *Sermaye Piyasası Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıkta Ayrılma Hakkı* (1. Baskı, On İki Levha 2018).
- Sevi AM, 'Sermaye Şirketlerinin Birleşmesinde Zorunlu Ayrılma Akçesi ve Bu Yolla Çıkarılacak Ortakların Menfaatlerinin Korunması' iç Tekin Memiş, Bahar Şimşek ve Özge Selin Şener (edr), *Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Başkanı Merhum Mehmet Kılıç'a Armağan* (On İki Levha 2020).
- Steinberg MI and Lindahl EN, 'The New Law of Squeeze-Out Mergers' (1984)62(3) Washington University Law Quarterly 351-414.
- Sulu M, *Anonim Ortaklıklarda Şirket Menfaati Kavramı* (1. Baskı, On İki Levha 2019).
- Tekil M, 'Fransız Temyiz Mahkemesi'nin "Rozenblum Kararı" ve "Grup Çıkarı" Kavramı' (2005) 1 (3) Hukuki Perspektifler Dergisi 213-217.
- Tekinalp Ü, 'Birleşmede Ayrılma Akçesi', (2012)2(1) Regesta Ticaret Hukuku Dergisi 21-27.
- Tütüncü M, *Hakim Şirketin Azınlığın Paylarını Satın Alma Hakkı* (1. Baskı, On İki Levha 2017).
- Ulmer P and Schäfer C, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (7th edn, C.H. Beck 2017).
- Uzel, N 'Nama Yazılı Payların Satın Alma Teklifinde Bulunma Hakkına Konu Olması Halinde Gerçek Değer Ve Faizin Tespiti İle Kâr Payının Mahsup Edilmesine Dair İlkeler' (2013)71(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 555-562.

Van Der Elst C and Van Den Steen L, 'Balancing the Interests of Minority and Majority Shareholders: A Comparative Analysis of Squeeze-out and Sell-out Rights', (2009)4(6) European Company and Financial Law Review 391-439.

beck-online.GROSSKOMMENTAR

karararama.yargitay.gov.tr

www.kazanci.com

www.legalbank.net

www.lexpera.com.tr



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 03.11.2021
Revizyon Talebi: 21.06.2021
Son Revizyon Tarihi: 07.02.2021
Kabul: 27.01.2022

Takibe İtiraz Edilmesi Hâlinde Haciz Talep Etme Süresi

Uğur Bulut*

Öz

Para alacaklarına ilişkin bir icra takibi ile borçlunun malvarlığı değerleri haczedilip satılarak elde edilen paradan alacaklının alacağına karşılama amaçlanır. Alacaklının haciz talep etme hakkı, ödeme emrinin borçluya tebliğinden itibaren 1 yıl olarak düzenlenmiş olmasına rağmen, takip kesinleşmedikçe alacaklı kesin haciz talep edememektedir. Ayrıca, itiraz ve dava hâlinde bu konudaki hükmün kesinleşmesine kadar haciz talep etme süresinin işlemeyeceği düzenlenmiştir. Ancak, Kanun'da ifade edildiği şekliyle itiraz veya dava ifadelerinden tam olarak hangi anın anlaşılması gerektiği; diğer bir deyişle, hangi anda haciz talep etme süresinin duracağı konusu tartışmalıdır. Bu noktada, borçlunun itiraz anının esas alınması gerektiği yönündeki görüşler yanında alacaklının itirazın kaldırılması veya itirazın iptali davası yoluna başvurduğu anın esas alınması gerektiği yönünde görüşler de ileri sürülmüştür. Başka bir görüş ise, özellikle itirazın iptali davası açma süresinin başlangıcından hareketle, haciz talep etme süresinin, itirazın alacaklıya tebliğinden itibaren işlemeye başlaması gerektiğini ifade etmektedir. Ancak bu görüş, haciz talep etme süresinin ödeme emrinin alacaklıya tebliğinden itibaren işleyeceğine dair açık kanun hükmüyle çeliştiğinden, mevcut kanunî düzenlemeler karşısında itirazın kaldırılması veya itirazın iptali davası yoluna başvurulduğu anda haciz talep etme süresinin duracağı yönündeki görüşlerin daha uygun olduğu söylenebilir. Diğer yandan, muhtemel sorunları en aza indirmek ve sonradan yapılan kanunî değişikliklerle uyum sağlamak adına haciz talep etme süresinin başlangıcına ve durmasına ilişkin kanun hükmünde de değişiklik yapılması gerektiğini kabul etmek gerekmektedir. Bu noktada, haciz talep etme süresinin alacaklının haciz talep etme hakkına sahip olduğu an olarak takibin kesinleşmesinden itibaren başlamasının en uygun çözüm olacağı kanaatindeyiz.

Anahtar Kelimeler

Haciz, Süre, Haciz Talep Süresi, İtiraz, Durma

Period to Request Seizure in Case of Objection to Execution Process

Abstract

The aim of execution proceedings in money claims is to pay the amount of money owed to a creditor by encashing the seized assets. The time limit of the creditor's right to request seizure starts even before s/he gains the right. Moreover, when there is an objection or action, the time limit stands still until a final judgment has been handed down, i.e., res judicata. However, the exact moment for pausing the time limit based on the objection and action is unclear. Some opinions support that the right moment is the time of the debtor's objection. Others support that the request for seizure standstill should be when the creditor applies or sues for the annulment of the objection. Another view that originated from the lapse of time to sue for annulment of objection suggests that the moment when the notification of objection is delivered to the creditor should be accepted as the starting point of the one-year time limit. Because the last opinion is in contradiction with the clear letter of the law, other opinions seem more appropriate. However, it is necessary to amend the law regarding the right to request a seizure to minimize possible problems and conform to previous related legal amendments. Hence, we argue that the appropriate amendment is to begin calculating the period for the right to request a seizure only after the creditor gains the right to request a seizure.

Keywords

Seizure, Period, Period to Request Seizure, Objection, Suspension

* **Sorumlu Yazar:** Uğur Bulut (Dr. Öğr. Üyesi), İzmir Bakırçay Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı, İzmir. E-posta: ugur.bulut@bakircay.edu.tr ORCID: 0000-0002-4347-1799

Atf: Bulut U, "Takibe İtiraz Edilmesi Hâlinde Haciz Talep Etme Süresi" (2022) 80(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 249.
<https://doi.org/10.26650/mecmua.2022.80.1.0008>



Extended Summary

The aim of the execution proceedings regarding claims for money is to pay the amount of money owed to the creditor by encashing the seized assets. Although the creditor has no right to request a seizure unless the proceeding is legally executable, the creditor's right has to be exercised within a period of one year starting from the date of notification of a default summon. Furthermore, in case of an objection or action, the time limit stands still until the final judgment about the matter has been handed down, i.e., *res judicata*. However, there is a lack of clarity as to the exact moment for pausing the time limit based on the *objection* and *action*; in other words, when will the period for requesting a seizure be suspended?

There are opinions and court decisions that support that the moment of the debtor's objection and request for a seizure standstill should be the moment the creditor applies or sues for the annulment of the objection. Another view, which is originated from the time period to sue for annulment of the objection, suggests that the moment of the notification of the objection delivered to the creditor should be accepted as the starting moment of the one-year period. Some court decisions seem to support this point of view.

However, there is some ambiguity as to the precise meaning of the legal terms *objection* and *action*. If they are interpreted as the debtor's objection, the *action* remains meaningless; if they are interpreted as the creditor's choice to eliminate the debtor's objection, then the *objection* seems unnecessary. The second view suggests that the term *objection* should be understood as the objection of the creditor against the objection of the debtor. In other words, the period to request a seizure, starting from the date of notification to the debtor, will be suspended when the creditor makes his/her objection against the objection of the debtor in enforcement courts. This option which is available to the creditor is regulated under Article 68 and 68/a of the Enforcement and Bankruptcy Code. According to this view, the other choice that the creditor has is to sue for the annulment of the objection in a general court, which is regulated under Article 67 and referred to as an *action* in Article 78 regulating the period to request seizure. This interpretation is meaningful and suitable to the letter of law.

Meanwhile, accepting the period to request a suspension of the seizure as the moment the creditor applies or sues for the annulment of objection causes another problem. The time limitation to apply or sue for the annulment of objection starts from the date of notification of the debtor's objection to the creditor; consequently, it becomes possible that the debtor's objection can be annulled, but the seizure cannot be requested after the annulment. This conclusion does not seem right.

A third opinion is that the moment the notification of objection is delivered to the creditor should be accepted as the starting point of the one-year period for both requesting the seizure and the annulment of the debtor's objection. However, because this last opinion is in contradiction with the clear letter of the law, which expresses that the time limit of the right to request a seizure starts with the notification of a default summons, it can be said that the opinions supporting the moment the creditor applies or sues for the annulment of objection should be accepted as the moment the time limit to request a seizure standstill. This notwithstanding, it is necessary to amend the law regarding the right to request a seizure to minimize possible problems and conform to previous related legal amendments. Hence, we argue that the appropriate amendment is to begin calculating the period for the right to request a seizure only after the creditor gains the right to request a seizure, which is the moment the execution proceeding is legally executable.

Takibe İtiraz Edilmesi Hâlinde Haciz Talep Etme Süresi

Giriş

İcra ve İflâs Kanunu'nun 19 ve 20. maddelerinde sürelerle ilişkin genel düzenlemelere yer verilmiş ve kanunî sürelerin taraflarca değiştirilemeyeceği hükmüne bağlanmıştır. Kanunun çeşitli maddelerinde icra takibinin farklı aşamalarına ilişkin birçok süre öngörülmüştür. Bu kapsamda Kanun'un 78. maddesinde de haciz talep etme süresi, ödeme emrinin tebliğinden itibaren 1 yıl olarak belirtilmiş ve hangi hâllerde sürenin işlemeyeceği açıklanmıştır.

Haciz talep etme süresinin başlangıcı ile durması konusunda çeşitli sorunlarla karşılaşılması üzerine konuya ilişkin farklı yaklaşımlar ortaya çıkmış ve özellikle haciz talep etme süresinin borçlunun itirazı ve bu itirazın hükümden düşürülmesi yollarıyla ilişkisi çerçevesinde farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Çalışmamızda, öncelikle haciz talep etme süresi ve bu sürenin hangi hacizler için nasıl dikkate alınacağı konusunda genel açıklamalarda bulunulmuştur. Bu kapsamda, çalışmanın kapsamını aşmamak adına icra hukukuna ilişkin sürelerin genel özellikleri ile hesaplanması konusunda açıklama yapmaktan kaçınılacak olup bu hususlarda sadece ilgili çalışmalara genel atıflarla yetinilmiştir. Daha sonra ise, takibe itiraz edilmesi hâlinde haciz talep etme süresinin hesaplanması konusunda karşılaşılan sorunlar özelinde ortaya çıkan görüşlere yer verilecek ve nihaî olarak şahsî görüşümüz ile konuya ilişkin çözüm önerimiz açıklanmıştır.

I. Genel Açıklamalar

Şekli bir hukuk dalı olarak icra hukukunda belirli bir işlemin yapılması için öngörülen sürenin ne kadar olduğu, ne zaman başladığı ve ne zaman sona erdiği ile sürenin sona ermesinin ortaya çıkardığı sonuçlar büyük bir önemi haizdir. Bu amaçla, İcra ve İflâs Kanunu'nun 19. maddesinde sürelerin başlangıcı, sona ermesi ile hesaplanması genel olarak düzenlenmiş; 20. maddesinde ise, kural olarak, kanunen düzenlenen sürelerin değiştirilemeyeceği hükme bağlanmıştır. Genel olarak sürelerin nasıl hesaplanacağı konusunda pek bir tereddüt yaşanmadığından çalışmamızda bu hususun detaylarına girmekten kaçınılmıştır.

Sürelerin hesaplanması haricinde, icra hukukundaki her bir işlem bakımından sürenin ne kadar olduğu ve süresinde işlemin yapılmasının sonuçları, ilgili işleme ilişkin özel hükümlerde ayrıca düzenlenmiştir. Örneğin, şikâyet süresi 16. maddede, icranın geri bırakılması süresi 33. maddede, haciz talep etme süresi 78. maddede, satış talep etme süresi 106. maddede düzenlenmiştir. Örnekleri çoğaltmak mümkündür. Genel olarak icra organları için öngörülen süreler hak düşürücü nitelikte olmadığından süresinde sonra icra organı tarafından yapılan işlemin geçerli olduğu;

traflar için öngörülen sürelerin ise, hak düşürücü nitelikte olduğu ve bu nedenle ilgili işlemin taraflarca süresinde yapılmaması hâlinde artık bir daha yapılamayacağı kabul edilmektedir¹.

II. Haciz Talep Etme Süresinin Başlangıcı

İcra ve İflâs Kanunu'nun 78. maddesinin ikinci fıkrasına göre haciz² talep etme süresi, ödeme emrinin borçluya tebliğinden itibaren başlamaktadır³. 1 yıl olan haciz talep etme süresinin, ödeme emrinin borçluya tebliğinden itibaren başlayacağına dair açık kanun hükmü karşısında, sürenin başlangıcı konusunda herhangi bir tereddüt yaşanmamalıdır. Ancak, kanunî düzenlemede yer verilen haciz talep etme süresinin işlemeye başladığı an esasen ilginç görünmektedir. Zira, borçlunun ödeme emrine itiraz süresi geçerek takip kesinleşmeden alacaklının haciz talep etme hakkı mevcut değildir⁴. Buna rağmen, ödeme emrine itiraz ile haciz talep etme süresinin işlemeye başlaması sonucu ortaya çıkmaktadır⁵. Örneğin, takip borçlusu, itiraz süresi olan ödeme emrinin tebliğinden itibaren 7 günlük süreden (m. 62) feragat ederek borcu kabul etmediği sürece, takip en yakın tarih olarak ödeme emrinin tebliğinden sonraki 8. gün kesinleşecektir. Bu durumda, takip alacaklısının 1 yıl olan haciz talep etme süresinin ilk 7 günü, zaten böyle bir hakkı olmadığı hâlde geçmiş olmaktadır.

Haciz talep etme süresinin başlangıcıyla ilgili bu durum, kanaatimizce eleştirilebilir ve genel hukuk mantığına aykırı olmakla beraber, mevcut açık kanunî düzenleme karşısında haciz talep etme süresinin ödeme emrinin tebliğinden itibaren başlayacağı konusunda herhangi bir tereddüt yaşanmamalıdır⁶. Diğer yandan, takibin kesinleştirilmesine yönelik diğer kanunî düzenlemeler karşısında, haciz talep etme süresinin başlangıcına dair bu an hakkında çeşitli sorunlar ortaya çıkabilmektedir.

¹ Baki Kuru, *İcra ve İflâs Hukuku*, C. I (3. Baskı, Evrim 1988) 130; Baki Kuru, 'İcra ve İflâs Hukukunda Müddetler' *Prof. Dr. Baki Kuru Makaleler* (Ankara 2006) 483-484; Ejder Yılmaz, *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi* (Yetkin Yayınları 2016) 111; Hakan Pekantez, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan ve Muhammet Özekes, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı* (7. Baskı, Oniki Levha 2020) 77; M. Kâmil Yıldırım ve Nevhis Deren-Yıldırım, *İcra ve İflâs Hukuku* (6. Baskı, Beta 2015) 49-50; Timuçin Muşul, *İcra ve İflâs Hukuku*, *Cilt I* (6. Baskı, Adalet 2013) 145-146; Ömer Ulukapı, *İcra ve İflâs Hukuku* (6. Baskı, Mimoza 2014) 27; Talih Uyar, 'İcra Hukukunda Süreler' (2004/55) *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 256-257.

² *Haciz* ile çalışmamızda kastedilen takibin kesinleşmesi üzerine talep edilebilecek kesin hacizdir. Diğer haciz türleriyle ilgili açıklamalara özel olarak ilgili yerlerde değinilmiştir.

³ İcra hukukunda süreler ve hesaplanması konusunda bkz. Kuru, *Cilt I* (n 1) 129-135; Kuru, *Müddetler* (n 1) 484-490; Senai Olgaç, *İcra – İflâs*, C. I (Olgaç 1978) 125-128; Yılmaz (n 1) 111-113; Pekantez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özekes (n 1) 77; Uyar, *Süreler* (n 1) 239 vd; Muşul, *Cilt I* (n 1) 146-150; Nedim Meriç, 'İcra ve İflâs Kanunu'nda Düzenlenen Süreler ve İrade Özerkliği İlkesi Kapsamında İcra İflas Kanunu Madde 20' (2014/Özel Sayı) *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2708 vd.

⁴ Borçluya ödeme emri tebliğ edilerek itiraz süresi geçmeden veya borçlu tarafından itiraz süresi başladıktan sonra süreden feragat edilmeden alacaklının haciz talep etmesi mümkün değildir (Kuru, *Cilt I* (n 1) 617; Saim Üstündağ, *İcra Hukukunun Esasları* (8. Baskı, Fâkülteler Matbaası 2004) 141; Olgaç, *Cilt I* (n 3) 678; Talih Uyar, 'Haciz İsteme Hak ve Süresi' (1990/4) *Ankara Barosu Dergisi* 549; Talih Uyar, 'Haciz İsteme Hakkı (İlk. mad. 78)' (2014/137) *Legal Hukuk Dergisi* 109; Talih Uyar, Alper Uyar, Cüneyt Uyar, *İcra Hukukunda Haciz* (3. Baskı, Bilge 2016) 172).

⁵ Yukarıdaki dipnotta belirttiğimiz şekilde itiraz süresi geçmeden haciz talep edilmesi mümkün olmadığı için, 1 yıllık haciz talep etme süresinin takibin kesinleşmesinden itibaren işlemeye başlaması gerektiği de ifade edilmiştir. Abdurrahim Karşlı, *İcra ve İflâs Hukuku* (3. Baskı, Alternatif 2014) 280.

⁶ Sürenin takibin kesinleşmesinden itibaren başlaması gerektiği gerekçesiyle karşı görüşte Karşlı (n 5) 280. Bu konuda ayrıca bkz. aşa. VII.

Bu noktada belirtmek isteriz ki, İcra ve İflâs Kanunu'nun 78. maddesinde düzenlenen haciz talep etme süresi, sadece alacaklı tarafından talep edilen hacizlere⁷ yönelik bir süredir. İcra dairesi tarafından re'sen yapılması gereken tamamlama hacizleri (m. 139) ile aciz belgesinin varlığı hâlinde yeni bir ödeme emri gönderilmesine gerek olmaksızın aciz belgesinin alındığı tarihten itibaren 1 yıl içinde (m. 143/3) talep edilecek hacizler için böyle bir süre söz konusu değildir⁸. İhtiyatî haciz (m. 257 vd) ise, takibin kesinleşmesinden bağımsız olarak talep edilebilecek ve karar verilmesinden itibaren belirli bir süre içinde uygulanması talep edilecek haciz olduğundan (m. 261), bu haciz türlerinde haciz talep etme süresi ve takibin kesinleşmesiyle bağlantılı olarak çalışmamızda değerlendirdiğimiz sorunlarla karşılaşılmamaktadır. Diğer taraftan, özellikle ihtiyatî haczi tamamlayan merasim kapsamında (m. 264), takibe itirazın alacaklıya tebliğ edilmesinde yaşanan gecikmelerden kaynaklı benzer sorunlar ortaya çıkabilmektedir. Bu konu çalışmamız kapsamında olmamakla beraber, aşağıda itirazın tebliğ ve itirazın hükümden düşürülmesi konusunda kesin hacizler çerçevesinde yaptığımız açıklamalarımız, ihtiyatî hacizlerde tamamlayıcı merasime ilişkin süreler bakımından yaşanan sorunlarda da geçerlidir⁹.

III. Sorunun Genel Çerçevesi

İcra ve İflâs Kanunu'nun 78. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesine göre, haciz talep etme süresi ödeme emrinin tebliğinden itibaren 1 yıldır. Aynı fıkranın ikinci cümlesinde *“itiraz veya dava hâlinde bunların vukuundan hükmün kesinleşmesine kadar veya alacaklıyla borçlunun icra dairesinde taksit sözleşmeleri yapmaları hâlinde taksit sözleşmesinin ihlâlüne kadar geçen zaman hesaba katılmaz.”* şeklinde düzenleme yapılmıştır. Bu hüküm, 3222 sayılı Kanun'un 9. maddesiyle yapılan değişiklikle kabul edilmiştir. Bu düzenlemeden yola çıkılarak taksitle ödeme sözleşmesinin Kanun'un 111. maddesinde düzenlenen koşullar yanında, hacizden

⁷ Takibin kesinleşmesi neticesinde talep edilen kesin hacizler haricinde, İcra ve İflâs Kanunu'nun 69. maddesi uyarınca talep edilebilecek geçici hacizler de bu hükümlere tâbidir. Bu konuda bkz. Senai Olgaç, *İcra – İflâs, C. II* (Olgaç 1978) 1015; Kuru, *Cilt 1* (n 1) 413; Baki Kuru, *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı* (2. Baskı, Yetkin 2013) 326.

⁸ André E. Lebrecht, 'Art 88 SchKG' in Staehelin A, Bauer T, Staehelin D (eds) *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I* (2. Auflage, Helbing Lichtenhahn 2010) Art 88 N 24; Dominik Vock ve Martina Aepli-Wirz, 'Art 69-88 SchKG' in Kren Kostkiewicz J, Vock D (eds) *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG* (4. Auflage, Schulthess 2017) Art 88 N 10. İsviçre hukukunda, geçici aciz belgesinin varlığı durumunda yeni iktisap edilen malların haczi için de ilgili süreye uyulması gerektiği ifade edilmektedir (Lebrecht (n 8) Art 88 N 24; Vock ve Aepli-Wirz (n 8) Art 88 N 10).

⁹ İcra ve İflâs Kanunu'nun ihtiyatî hacizlerde tamamlayıcı merasime ilişkin 264. maddesi uyarınca, tamamlayıcı merasiminin takip yoluyla yapılması hâlinde takibe itirazın alacaklıya tebliğ edilmesi ve alacaklının da tebliğden itibaren 7 gün içerisinde itirazın bertaraf edilmesi yollarına başvurması gerekmektedir. Bu tebliğin yapılmaması hâlinde, çalışma konumuz olan haciz talep etme süresi işlemlerine rağmen, itirazın bertaraf edilmesi yollarına başvuru süresinin başlamaması şeklindeki ilginç sorunun benzeri ihtiyatî hacizler için de yaşanmaktadır. Zira, ihtiyatî hacze esas alacağı ilişkin takibe itiraz edilmiş olmasına rağmen bu itiraz alacaklıya tebliğ edilmezse, alacaklının da ihtiyatî haczi ayakta tutmak için itirazı hükümden düşürmesi gereken 7 günlük sürenin başlamaması sorunu yaşanabilir. Böylece borçlu, kendi lehine olarak ihtiyatî haczi hükümden düşürmek veya en azından alacaklının buna ilişkin süresinin başlamasını sağlamak adına itirazın tebliğ için masrafları kendisi yatırmak zorunda kalabilir. Nitekim, ihtiyatî haczi tamamlayıcı merasim olarak takibe itirazın alacaklıya tebliğ edilmemesi hâlinde, İcra ve İflâs Kanunu'nun 264. maddesinde düzenlenen sürelerin başlamayacağı hakkında bkz. Yargıtay 12 HD, 5264/8241, 07.10.2020 (www.kazanci.com.tr) (erişim tarihi: 25.06.2021). Bu konuda ayrıca bkz. IV A.

önce de yapılabileceği kabul edilmekte ve taksitle ödeme sözleşmesi devam ettiği sürece haciz talep etme süresinin işlemeyeceği ifade edilmektedir¹⁰.

Ayrıca, hemen belirtmek isteriz ki, borçlu tarafından takip konusunun sadece bir kısmına itiraz edilmişse, itiraz edilmeyen kısım için haciz talep etme süresi işlemeye devam edecek olup alacağın bu kısmı için aşağıda değindiğimiz görüşler değil, ödeme emrinin tebliğinden itibaren işleyen 1 yıllık süre esas alınmalıdır¹¹.

Kanunî düzenlemede yer alan *itiraz veya dava* kelimelerinden ne anlaşılması gerektiği ve tam olarak hangi andan itibaren haciz talep etme süresinin işlemesinin duracağı konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Hatta bu konudaki görüşlerle bağlantılı olarak, haciz talep etme süresinin başlama anı konusunda dahi farklı yaklaşımlar söz konusu olmuştur. Bu görüşler ve kanunî düzenlemenin müphem oluşundan hareketle uygulamada da farklı sorunlar ortaya çıkmaktadır. Bu görüşleri belirli bir sistematik içerisinde toplamak mümkündür. İlk gruptaki görüşler, haciz talep etme süresinin ödeme emrinin tebliği ile başlayıp takibe itiraz edilmesi hâlinde alacaklı tarafından itirazın kaldırılması veya itirazın iptali yoluna başvurulduğu anda duracağı yönündedir. İkinci grupta yer alan görüş ise, ödeme emrinin tebliği ile başlayan haciz talep etme süresinin takip borçlusu tarafından takibe itiraz edildiği anda duracağını ileri sürmektedir. Diğer bir görüş ise, haciz talep etme süresinin takibe itiraz edilmediği durumlarda ödeme emrinin tebliğinden; takibe itiraz hâlinde ise, itirazın alacaklıya tebliğinden itibaren işlemeye başladığı kabul edilerek sonuca gidilebileceğini ifade etmektedir. Konuya ilişkin son bir görüş ise, haciz talep etme süresinin takibin kesinleşmesinden itibaren işlemeye başlaması gerektiği yönündedir. Aşağıda, her bir grupta yer alan görüşlere, gerekçelerine ve bu görüşlere göre ortaya çıkabilecek sorunlara ayrı ayrı değinilerek nihaî olarak değerlendirme ve şahsî görüşümüze yer verilmiştir.

IV. Sürenin İtirazın Hükümden Düşürülmesi Yollarına Başvurulduğu Anda Durduğu Yönündeki Görüş

Yukarıda açıklandığı üzere¹², haciz talep etme süresi ödeme emrinin borçluya tebliğ ile başlamaktadır. İcra ve İflâs Kanunu'nun 78. maddesinde bu durum açıkça

¹⁰ İlhan E. Postacıoğlu ve Sümer Altay, *İcra Hukuku Esasları* (5. Baskı, Vedat 2010) 356; Kuru, *Cilt 1* (n 1) 621; Kuru, *El Kitabı* (n 7) 612; Üstündağ (n 4) 142; Yılmaz (n 1) 451; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özkes (n 1) 206; Yıldırım ve Deren-Yıldırım (n 1) 130; Muşul, *Cilt 1* (n 1) 507; Timuçin Muşul, *İcra ve İflâs Hukuku, Cilt II* (6. Baskı, Adalet 2013) 1058. Nitekim bu sonuç, ilgili 3222 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik gerekçesinde de açıkça vurgulanmıştır: "Bazı takiplerde, alacaklı ile borçlu icra dairesinde taksit sözleşmesi yapmakta ve bu suretle borcun daha rahat bir şekilde ödenmesi sağlanmaktadır. Taksitle yapılan ödemelerin devamı sırasında çoğu kez kanunun haciz talebi için aradığı bir yıllık süre dolmaktadır. Taksit ödemelerinin borçlu tarafından ihlali halinde, süre geçtiği için alacaklı haciz talebinde bulunamamakta ve bakiye alacağını tahsilde zorlukla karşılaşmaktadır. Bu mahzurları bertaraf için 78. maddede yapılan değişiklikle, taksit sözleşmesinin ihlaline kadar geçen sürenin, haciz isteme süresinin hesabında nazara alınmayacağı ilkesi getirilmektedir." Yılmaz (n 1) 322, dn. 120; (www.e-uyar.com) (erişim tarihi: 25.06.2021).

¹¹ Carl Jaeger, Hans Ulrich Walder, Thomas M. Kull, Martin Kottmann, *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Band I* (4. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag 1997) Art 88 N 13.

¹² Bkz. yuk. II.

düzenlenmiş ise de, ödeme emrinin tebliği ile başlayan sürenin ne zaman duracağı konusunda farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, ilgili hükümdeki *itiraz* ifadesinin itirazın kaldırılmasına; *dava* ifadesinin ise itirazın iptali davasına atf olduğu kabul edilmelidir¹³. Bu durumda, ödeme emrinin tebliğ ile başlayan haciz talep etme süresi, icra takibine borçlu tarafından itiraz edildiği anda değil, alacaklı tarafından itirazın kaldırılması talebiyle icra mahkemesine başvurulduğu veya itirazın iptali talebiyle genel mahkemede dava açıldığı tarihte duracak ve ilgili yargılamalarda verilen hükümler kesinleşinceye kadar işlemeyecektir¹⁴. Davanın açılma anı ile hükmün kesinleşme anı, medenî usûl hukuku kurallarına göre tespit edilmelidir¹⁵.

Bu görüşe paralel bir başka görüşe göre de, her ne kadar Kanun'un ifade ettiği tarzı uygun olmasa da hüküm verilmesi ancak bir mahkemeye başvuru neticesinde olabileceğinden, itirazın kaldırılması veya itirazın iptali talebiyle¹⁶ başvuru yapıldığı andan hükmün kesinleşmesine kadar haciz talep etme süresinin işlemeyeceği kabul edilmelidir¹⁷. Aynı sonuca varan başka bir görüş, mehz Kanun olarak İsviçre'deki uygulamadan yola çıkarak ve takip alacaklısının itirazın kaldırılması veya iptali yoluna başvurma sürecini uzatmak suretiyle borçluyu icra tehdidi altında tutmasının uygun olmayacağını belirterek, itirazın kaldırılması veya itirazın iptali yoluna başvurulduğu anda haciz isteme süresinin işleminin duracağını kabul etmenin yerinde olduğunu belirtmektedir¹⁸. Bu görüş de Kanun'un *itiraz veya dava* ifadesinin çelişkili olduğunu kabul etmekle beraber, borçlunun itirazının esas alınamayacağı sonucuna varmıştır. Kanun metnine yöneltilen eleştirilere rağmen bu görüşün kanuna uygun olduğu doktrinde genel olarak kabul görmektedir¹⁹.

¹³ Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özkes (n 1) 158.

¹⁴ Kuru, *Cilt 1* (n 1) 620-621; Kuru, *El Kıtâbı* (n 7) 413; Yılmaz (n 1) 450; Muşul, *Cilt 1* (n 1) 506-507.

¹⁵ Vock ve Aeppli-Wirz, (n 8) Art 88 N 8.

¹⁶ Bu görüşün ileri sürüldüğü tarihlerde İcra ve İflâs Kanunu'nun 67. maddesinde itirazın hükümden düşürülmesi amacıyla genel mahkemelerde dava açılması için herhangi bir hak düşürücü süre öngörülmemiştir. Bu nedenle bu görüşü savunan yazar tarafından itirazın iptali talebiyle açılan davada haciz talep etme süresinin dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir. Buna göre, ödeme emrinin tebliğinden itibaren 1 yıl olan haciz talep etme süresi içerisinde itirazın iptali yoluna başvurulması gerekmektedir. Aksi hâlde, haciz talep etme süresinin dolmasıyla birlikte -her ne kadar o tarihte itirazın iptali davası için bir süre öngörülme de- artık haciz talep edilemeyecek bir takibe ilişkin itirazın iptal edilmesi de uygun olmayacaktır. Ancak yazar, bu tarihten sonra açılan davada mahkemenin icra inkâr tazminatına da karar vermeyebileceğini belirtmekle yetinmiştir. Bu konuda bkz. Mustafa Reşit Belgesay, *İcra ve İflâs Hukuku, C. 1* (Marifet 1945) 177.

¹⁷ Belgesay (n 16) 251.

¹⁸ Necmeddin M. Berkin, *Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi* (Filiz 1980) 209-210; Üstündağ (n 4) 141.

¹⁹ Örneğin, Sabri Şakir Ansay, *Hukuk İcra ve İflâs Usulleri* (5. Baskı, İstiklâl 1960) 67; Bilge Umar, *İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi* (Ege Üniversitesi İktisadi ve Ticarî Bilimler Fakültesi Yayınları 1973) 143; Tahir Çağa, 'Ödeme Emrine İtirazın İptali Davasına Dair' (1976/3) *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 28, 30. Karş. Olguç, *Cilt 1* (n 3) 679.

Gerçekten İsviçre hukukunda²⁰ da haciz talep etme süresi ve sürenin durması benzer bir şekilde düzenlenmiştir (İsviçreİİK Art. 88). Bu nedenle, İsviçre hukukunda da itiraz takibi durdurmasına rağmen (İsviçreİİK Art. 78), haciz talep etme süresinin itiraz anında durmayacağı; aksine, itiraza karşı başvuru yollarından birine başvurulması anı ile bu başvurunun kesin hükümle sonuçlandığı an arasında haciz talep etme süresinin işlemeceği kabul edilmektedir²¹. Ancak, mehz Kanun'da itirazın hükümden düşürülmesi için herhangi bir süre öngörülmemiş olması, İsviçre uygulamasını Türk uygulamasından uzaklaştırmaktadır²². Nitekim, İsviçre hukukunda, esasen itirazın hükümden düşürülmesi için herhangi bir başvuru süresi düzenlenmemesine rağmen, bu yollara haciz talep etme süresi içinde başvurulması gerektiği²³, bu sürenin kaçırılmasından sonra itirazın iptal edilemeyeceği ve sadece genel bir eda davası açılabilirliği belirtilmektedir²⁴.

Türk hukuku bakımından bu yöndeki görüşlerin doğal bir sonucu olarak ise, itirazın iptali davasının kabul edilmesinden sonra takip alacaklısının aynı dosya üzerinden haciz talep edebilmesi için Kanun'un 78. maddesinde düzenlenen haciz talep etme süresinin de geçmemiş olduğu ayrıca dikkate alınmalıdır²⁵. Daha açık bir ifadeyle, itirazın takip alacaklısına geç tebliğ edilmiş olması veya hiç tebliğ edilmemesi nedeniyle itirazın iptali davasının da geç (ama süresinde) açılması sonucu

²⁰ İsviçre icra hukukunda, takibe devam edilebilmesi için ödeme emrinin kesinleşmesi gerekmektedir. Bu ise, takibe itiraz edilmemesi veya itirazın kesin olarak hükümden düşürülmesi ile mümkündür. İtiraz hâlinde, takip kendiliğinden durur ve alacaklının takibe devam edebilmesi için açıkça itirazın hükümden düşürüldüğüne yer verilen icrai bir karar alması gerekir. Ayrıca, takibe devam edilerek haciz talep edilebilmesi için ödeme emrinin tebliğinden itibaren en az 20 gün geçmiş olmalıdır. Diğer taraftan, ödeme emrinin tebliğinden itibaren 1 yıl geçtikten sonra haciz talep etme hakkı düşmektedir. İtiraz hâlinde, itirazın hükümden düşürülmesi yollarından birine başvurulduğu tarih ile kararın kesinleştiği tarih arasında geçen sürede haciz talep süresi işlemektedir (Jolanta Kren Kostkiewicz, *Schuldbetreibungs- und Konkursrecht* (2. Auflage, Schulthess 2014) 162-163). İşte İsviçre hukukunda öngörülen bu sistem, neredeyse (20 günlük süre hariç) Türk hukukunda da tamamen aynıdır. Ancak, Türk hukukundan farklı olarak İsviçre hukukunda, itirazın dava yoluyla veya kesin ya da geçici kaldırma yoluyla hükümden düşürülmesi için özel bir süre öngörülmemiş; sadece borçtan kurtulma davası için bir süre düzenlenmiştir (İsviçreİİK Art. 83/2). Yine Türk hukukundan farklı olarak İsviçre hukukunda, ödeme emrine itiraz edildiği anda veya itiraz edilmemesi hâlinde itiraz süresinin sona ermesinden sonra alacaklıya icra dairesi tarafından bilgi verilmesi gerekmektedir (İsviçreİİK Art. 76). Bu bilgilendirme, alacaklının alacağına kavuşabilmek için nasıl bir yol izlemesi gerektiğini tespit edebilmesi açısından çok önemlidir (Kren Kostkiewicz (n 20) 139-140). Zira, eğer takibe itiraz edilmişse, itirazın hükümden düşürülmesi yollarına hazırlık yaparak bu yollara başvurulması; itiraz edilmemişse de haciz talep etme süresi sona ermeden takibe devam edilmesi gerekmektedir. Diğer yandan, icra dairesinin yükümlülüğü takibe itiraz edilip edilmediğini bildirmek değil, borçlunun beyanının tüm içeriğini aktarmaktır (Balthasar Bessenich, 'Art 76 SchKG' in Staehelin A, Bauer T, Staehelin D (eds) *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I* (2. Auflage, Helbing Lichtenhahn 2010) Art 76 N 1; Ralp Malacrida ve Lukas Roesler, 'Art 76 SchKG' in Hunkeler D (ed) *Kurzkommentar SchKG* (Helbing Lichtenhahn 2009) Art 76 N 3). Bu konudaki bildirim resmi bir tebliğatla yapılmasının zorunlu olmadığı, yazılı bir mektup veya alındı belgesiyle bildirim yapılabileceği kabul edilmektedir (Bessenich (n 20) Art 76 N 1).

²¹ Lebrecht (n 8) Art 88 N 22; Thomas Winkler, 'Art 88 SchKG' in Hunkeler D (ed) *Kurzkommentar SchKG* (Helbing Lichtenhahn 2009) Art 88 N 10; Vock ve Aepli-Wirz, (n 8) Art 88 N 8; Karl Spühler, *Schuldbetreibungs- und Konkursrecht I* (5. Auflage, Schulthess 2011) § 25 N 437; Kurt Amonn, Fridolin Walther, *Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts* (Stämpfli 2008) § 22 N 12; Franco Lorandi, *Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG)* (3. Auflage, Dike 2017) 27.

²² Türk hukukundaki bu karışıklığın sebebi 538 ve 3222 sayılı Kanun değişiklikleriyle İcra ve İflâs Kanunu'na yapılan müdahalelerin kendi arasında çelişkili ve uyumsuz olmasından kaynaklandığı kanaatindeyiz. Bu konudaki açıklamalarımız için ayrıca bkz. aşa. VIII A.

²³ Daniel Staehelin, 'Art 79 SchKG' in Staehelin A, Bauer T, Staehelin D (eds) *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I* (2. Auflage, Helbing Lichtenhahn 2010) Art 79 N 8; Spühler (n 21) § 21 N 363.

²⁴ Staehelin (n 23) Art 79 N 8; Dominik Vock, 'Art 79-84 SchKG' in Hunkeler D (ed) *Kurzkommentar SchKG* (Helbing Lichtenhahn 2009) Art 79 N 9; Vock ve Martina Aepli-Wirz (n 8) Art 79 N 12.

²⁵ Kuru, *Cilt I* (n 1) 299.

dava kabul edilerek takibin devamına karar verilse dahi, alacaklının haciz talep etme hakkının düşmüş olması muhtemeldir²⁶. Bu durumda, itirazın kesin kaldırılması veya itirazın iptali yönünde hüküm alan alacaklının takibe devam ederek haciz talep edebilmesi için öncelikle 78. maddesinin son fıkrası uyarınca yenileme talep ederek borçluya tebliğini sağlaması gerekmektedir²⁷. Bu görüş, bir taraftan ödeme emrine geçerlilik kazandırılarak²⁸ itirazın iptali ile takibin devamı yönünde hüküm alınması bir yandan da aynı takip içinde haciz talep edilememesi ve haciz için borçluya teşmil edilemeyecek şekilde ek bir yenileme harcının ödenmek zorunda kalınması nedeniyle ciddi eleştirilere maruz kalmıştır²⁹.

Ancak, Yargıtay'ın birçok kararının da bu görüşe paralel bir şekilde Kanun'da yer alan *itiraz* ve *dava* ifadelerinin itirazın kaldırılması veya itirazın iptali davası olarak anlaşılması gerektiğini yönünde olduğunu belirtmek isteriz. Örneğin,

*"Kanununun 78/2. maddesinde belirtilen 'itiraz' kavramından icra mahkemesine İİK'nun 68-68/a maddeleri uyarınca yapılan itirazın kaldırılması talebinin, aynı maddede yazılı 'dava' kavramından ise genel mahkemelere İİK'nun 67. maddesi uyarınca açılan itirazın iptali davasının anlaşılması gerektiği kuşkusuzdur."*³⁰

Bu yöndeki kararlara esas olan görüş çerçevesinde, itirazın iptali davasının açılabilme süresinden farklı olarak, davanın açıldığı tarihe kadar haciz talep etme süresi işleyeceğinden itirazın iptaline karar verilse dahi süre zaten öncesinde sona ermiş olabilecektir. Böyle bir durumda, aynı yöndeki doktrinde yer alan görüşlere paralel bir şekilde, aynı takip dosyasında haciz talep edilebilmesi için -itirazın iptali hükmüne rağmen- yenileme talep edilmelidir. Bu sonuç da başka bir kararda³¹ şu ifadelerle dile getirilmiştir:

²⁶ Üstündağ (n 4) 141. Aynı görüşte olan *Kuru*, haciz talep etme süresinin dolması nedeniyle itirazın iptali hükmünün aynı takip dosyasına sunularak takibe devam edilmesinin mümkün olmayacağı bu durumu da dikkate alarak takip alacaklısının itirazın iptali talebiyle birlikte tahsil de talep etmesinde hukukî yararı olduğunu belirtmektedir. Böylece alacaklı, itirazın iptali davasının lehine sonuçlanması hâlinde ilâmsız icra dosyasından haciz talep edemese dahi yeni bir ilâmlı icra yoluna başvurabilecektir (*Kuru, Cilt 1* (n 1) 300). Ancak doktrinde, itirazın iptali davasının icra hukukuna özgü niteliği nedeniyle itirazın iptali talebiyle birlikte tahsil talebinin de ileri sürülemeyeceği de haklı olarak belirtilmektedir (*Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özekes* (n 1) 111; Çaga, *İtirazın İptali* (n 19) 26).

²⁷ Çaga, *İtirazın İptali* (n 19) 28, 30.

²⁸ Esasen ödeme emrinin geçerliliği ile haciz talep etme süresinin ilgisiz olduğu, süresinde haciz talep edilmezse sadece haciz talep etme hakkının düştüğü; buna mukabil takibin ve ödeme emrinin geçerliliğinin zaten bundan etkilenmediği gerekçeleriyle eleştirilere cevap verilmiştir. Bkz. Tahir Çaga, 'Yine Ödeme Emrine İtirazın İptali Davasına Dair' (1979/2) *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 372, n 3a.

²⁹ İlhan E. Postacıoğlu, 'İcrada İnkâr Tazminatı Üzerine Düşünceler ve Bazı İhtilafî Noktalar' (1978/4) *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 969.

³⁰ Yargıtay 12 HD, 30499/6521, 07.03.2016 (www.kazanci.com.tr) (erişim tarihi: 02.02.2021). Aynı yönde Yargıtay 12 HD, 12093/17112, 18.06.2015 (www.kazanci.com.tr) (erişim tarihi: 02.02.2021); Yargıtay 12 HD, 33414/40365, 17.12.2013 (www.kazanci.com.tr) (erişim tarihi: 02.02.2021); Yargıtay 12 HD, 23351/32887, 22.10.2013 (www.kazanci.com.tr) (erişim tarihi: 02.02.2021); Yargıtay 12 HD, 3007/5853, 27.03.2007 (www.kazanci.com.tr) (erişim tarihi: 02.02.2021).

³¹ Aşağıda incelenmiş olan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 01.03.2017 tarih, 2015/22-1048 esas ve 2017/380 karar numaralı kararının aksine bu kararda haciz talep etme süresinin dolmadığı dile getirilmemiş; bilâkis haciz talep etme süresi dolmuş olsa dahi itirazın iptali davası açma süresinin ayrı olarak değerlendirilerek hüküm kurulması gerektiği, alacaklının itirazın iptalinden sonra her zaman yenileme talep edebileceği vurgulanmıştır.

“Mahkemece, ödeme emrinin tebliğinden itibaren 1 yıllık süre içerisinde haciz istenmediği, 22.11.2011 tarihinde takibin durdurulmasına karar verildiği, ödeme emrinin tebliği olan 14.10.2011 tarihinden itibaren 1 yıllık süre içerisinde haciz istenmediğinden 20.12.2012 tarihinde dosyanın işlemde kaldırılmasına karar verildiği, davacının harç yatırarak icra dosyası hakkında yenileme talebinde bulunmadığı, bu nedenle işlemde kaldırılan icra dosyası hakkında itirazın iptâli davası açmakta davacının hukuki yararının bulunmadığı belirtilmiş ise de, davalı borçlunun 17.10.2011 tarihli ödeme emrine itiraz dilekçesinin davacı alacaklıya tebliğ edilmediği, İİK'nın 67. maddesindeki itirazın iptâli davası açmak için öngörülen 1 yıllık hak düşürücü sürenin, ödeme emrine itiraz dilekçesinin davacı alacaklıya tebliğ tarihinden itibaren başlayacağı belirtilmiştir. Ayrıca İİK'nın 78/2. maddesinde “Haciz istemek hakkı, ödeme emrinin tebliği tarihinden itibaren bir sene geçmekle düşer. İtiraz veya dava halinde bunların vukuundan hükmün katileşmesine kadar veya alacaklıya borçlunun icra dairesinde taksit sözleşmeleri yapmaları halinde taksit sözleşmesinin ihlaline kadar geçen zaman hesaba katılmaz.” düzenlemesine göre ödeme emrine itiraz halinde bunların vukuundan hükmün katileşmesine kadar geçen sürenin hesaba alınmayacağı ve davacının itirazın iptâli davası açmak için öngörülen 1 yıllık hak düşürücü sürenin dolmadığı gibi icra takibinin usulüne uygun şekilde yenilenebileceği de dikkate alındığında, davacının davayı açmakta hukuki yararı vardır. Bu nedenle davacının itirazın iptâli davası açmak konusunda hukuki yararının bulunmadığı gerekçesi ile red kararı verilmesi doğru olmayıp, hükmün temyiz eden davacı yararına bozulması gerekmiştir.”³²

V. Sürenin Takibe İtiraz Edildiği Anda Durduğu Yönündeki Görüş

Kanun'da itiraz veya dava ifadeleri kullanılmış olmasına rağmen, itiraz üzerine ortaya çıkabilecek yukarıda detaylı olarak değinilen sorunları bertaraf etmek amacıyla farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Bu kapsamda, haciz talep etme süresinin işleminin duracağı an olarak takip borçlusunun itiraz anının esas alınması gerektiği de ileri sürülmüştür³³. Bu görüşe göre, itiraz hâlinde artık alacaklı haciz talep edemeyecek duruma geldiği için, itiraz tarihinden itibaren haciz talep etme süresinin durdurulması yerinde olacaktır.

Benzer şekilde Yargıtay 12. Hukuk Dairesi de

“13.11.2008 tarihinde başlayan haciz isteme süresinin, İ.İ.K.nun 78/2. maddesi gereğince 20.11.2008 tarihinde **borçlunun itirazıyla durduğu** ve işlemediği, 11.6.2009 tarihinde itirazın iptaline karar verilmiş ise de, temyiz edildiğinden kesinleşmediği ve Yargıtay incelemesinden 3.3.2011 tarihinde geçtiği, bu tarihten itibaren sürenin işlemeye devam ettiği anlaşıldığından, alacaklı vekilinin 10.8.2009 tarihinde haciz talebini geri almasının ardından 6.5.2011 tarihli yeni haciz talebine kadar henüz 1 yılın dolmadığı görülmektedir.”³⁴

³² Yargıtay 15 HD, 5802/6976, 02.12.2014 (www.kazanci.com.tr) (erişim tarihi: 02.02.2021). Benzer yönde Yargıtay 19 HD, 8955/11512, 19.06.2014 (www.kazanci.com.tr) (erişim tarihi: 02.02.2021).

³³ Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku* (3. Baskı, Yetkin 2020) 191. *Ulukapı* da borçlu ödeme emrine itiraz etmiş ya da alacaklı veya borçlu genel mahkemede dava açmışlarsa, bunların vukuundan hükmün kesinleşmesine kadar geçecek zamanın 1 yıl olan haciz talep etme süresinin hesabında dikkate alınmayacağını ifade ederek, borçlunun itirazı anında haciz talep etme süresinin duracağı görüşünde görülmektedir. Bkz. Ulukapı (n 1) 69-70.

³⁴ Yargıtay 12 HD, 5045/21001, 18.06.2012 (www.kazanci.com.tr) (erişim tarihi: 02.02.2021). Aynı yönde Yargıtay 12 HD, 16031/32666, 12.11.2012 (www.kazanci.com.tr) (erişim tarihi: 02.02.2021).

şeklinde açıklamalara yer verdiği kararında, ödeme emrinin tebliği ile başlayan haciz talep etme süresinin borçlunun itirazı ile duracağını ve itirazın iptali davasında verilen hükmün kesinleşmesine kadar işlemeyeceğini belirtmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun kararına konu olan başka bir somut olayda ise, uyuşmazlığın temeli itirazın iptali davası açma süresi noktasında olup Yargıtay tarafından icra takibine yapılan itiraz alacaklıya tebliğ edilmemiş olduğundan, itirazın iptali davası açma süresinin hiç başlamamış olduğu vurgulanmıştır. Esasen kararın bu kısmı Yargıtay'ın diğer birçok kararıyla da örtüşmektedir³⁵. Ancak, ilgili karara konu olayda ilk derece mahkemesi, itirazın iptali davası açılabilir süreleri yorumlarken haciz talep edilebilecek süreyi de dikkate almış ve ödeme emrinin tebliğinden itibaren başlayan 1 yıllık haciz talep etme süresinin geçmiş olduğu; bu andan itibaren ek olarak 1 yıl daha sürenin de geçmiş olması nedeniyle itirazın iptali davası açma süresinin geçmiş olduğu düşüncesiyle direnme kararı vermiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ise, itirazın iptali davası açma süresi ile haciz talep etme süresinin bir arada değerlendirilemeyeceğinden bahisle verdiği bozma kararında ayrıca

“Buna göre, Mahkemece açık kanuni düzenlemeye aykırı olacak şekilde, 2004 Sayılı İcra ve İflas Kanununun 78. maddesinde yer alan haciz isteme sürelerine dayanılarak, ödeme emrinin tebliğ tarihinden itibaren bir yıllık sürenin ve bu sürenin sonundan itibaren de bir yıllık itirazın iptali davası açma süresinin geçtiği gerekçesiyle direnme kararı verilmesi doğru değildir. Kaldı ki, 2004 Sayılı Kanun'un 78. maddesinin 2. fıkrasında yer alan 'İtiraz veya dava halinde bunların vukuundan hükmün katileşmesine kadar ... geçen zaman hesaba katılmaz' düzenlemesi karşısında, somut uyuşmazlıkta bir yıllık haciz isteme süresi de dolmadığından, direnme kararı bu yönüyle de hatalıdır.”³⁶

ifadelerine yer vermiştir. Kararın bu kısmında ifade edildiği şekilde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun görüşünün, haciz talep etme süresinin hesaplanmasında dikkate alınamayacak zaman diliminin itiraz anından itibaren başlaması gerektiği yönünde olduğu söylenebilecektir. Aksi halde, itirazın alacaklıya tebliğ edilmesi şeklinde bir uygulamaya pek rastlanmaması da dikkate alındığında, birçok olayda itirazın iptali

³⁵ Örneğin, “Dava; genel kredi sözleşmesinden kaynaklı alacağın tahsili için başlatılan icra takibine itirazın iptali istemine ilişkindir. İtirazın iptali davası, bir yıllık hak düşürücü süre içerisinde açılması gereken bir dava olup, açık kanunî düzenlemeye göre dava açma süresi itirazın tebliği ile başlar. Ödeme emrine itiraz, 7201 Sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine uygun olarak takip alacaklıya tebliğ edilmez ise kanunda öngörülen bir yıllık süre başlamayacaktır. İİK'nin 67/1. maddesindeki düzenleme dikkate alındığında, icra dosyasında alacaklının icra işlemleri yapmış olmasının itirazın tebliği anlamına gelmeyeceği de açıktır. Bu durumda, mahkemece açılan davanın süresinde olduğu gözetilerek, işin esasına girilip sonucuna göre bir karar verilmelidir.” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 19-949/621, 16.09.2020 (www.kazanci.com.tr) (erişim tarihi: 02.02.2021). Aynı yönde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 19-1651/707, 18.06.2019 (www.kazanci.com.tr) (erişim tarihi: 02.02.2021); Yargıtay 12 HD, 5264/8241, 07.10.2020 (www.kazanci.com.tr) (erişim tarihi: 02.02.2021); Yargıtay 3 HD, 6653/3595, 18.04.2019 (www.kazanci.com.tr) (erişim tarihi: 02.02.2021). Karş. “Mahkemece, davalının icra takibine itirazı davacılar tarafından tebliğ edilmiş ise de davacıların itirazın kaldırılması davası açtığı 23.07.2014 tarihi itibarıyla itirazı öğrendikleri, bu itibarla da bir yıllık dava açma süresi geçtikten sonra 14.12.2015 tarihinde iş bu davayı açtıkları gerekçesiyle davanın usulden reddine karar verildiği ancak Dairemizce 1 yıllık hak düşürücü sürenin başlamadığı gözetilip, itirazın iptali davasının süresinde açıldığı kabul edilerek, işin esası hakkında yapılacak yargılama sonucunda bir karar verilmesi gerektiğinden bahisle kararın zuhulen bozulduğu, yeniden yapılan inceleme sonucunda anlaşıldığından, davacı tarafın karar düzeltme isteminin kabulüne karar vermek gerekmiştir.” Yargıtay 3 HD, 4064/285, 16.01.2020 (www.kazanci.com.tr) (erişim tarihi: 02.02.2021).

³⁶ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 22-1048/380, 01.03.2017 (www.kazanci.com.tr) (erişim tarihi: 02.02.2021).

davası açılarak takibin devamı yönünde hüküm alınabilecek olduğu hâlde haciz talep edilemeyecektir. Zira, ödeme emrinin tebliğinden itibaren başlayan haciz talep etme süresinin, itiraz anında durmayıp itirazın iptalinin veya kaldırılmasının talep edildiği an ile bu kararların kesinleşmesi arasında geçen zamanda duracağı kabul edilirse, itirazın iptali davası açıldığı tarihte haciz talep etme süresinin zaten geçmiş olma ihtimali yüksektir.

Bu nedenle, ödeme emrinin tebliğ ile başlayan haciz talep etme süresinin borçlunun takibe itiraz anında durduğu yönündeki bu görüş, ilk görüşün kabulü hâlinde ortaya çıkan sorunların doğmasını engellemektedir. Zira, bu görüşün kabulü hâlinde, süresinde itirazın hükümden düşürülmesi yollarına başvurulmuş ise, itirazın bertaraf edilmesinden sonra haciz talep edilmesi de her zaman mümkün olabilecektir. Diğer yandan, bu görüşün kanunî düzenlemelere ve menfaat dengesine ne kadar uygun olduğu konusunda tartışmalar yapılması da mümkündür. Bu görüşe, örneğin, haciz talep etme süresinin işlemesi borçlu lehine iken, borçlu tarafından yapılan bir işlemle sürenin durdurulması ya da kanunî düzenlemedeki *dava* ifadesinin anlamsızlaşması gibi eleştiriler yöneltmesi mümkündür.

VI. Sürenin İtirazın Alacaklıya Tebliği ile Başlaması Gerektiği Yönündeki Görüş

Esasen itirazın kaldırılması yoluna veya itirazın iptali davasına başvurulma anının esas alınması gerektiği kabul eden başka bir görüş, bir önceki görüşe karşı olarak haciz talep etme süresinin durduğu anın itiraz anı olarak kabul edilemeyeceğini ifade etmektedir. Bu görüşe göre, haciz talep süresinin durmasından istifade eden taraf alacaklı olduğundan, itirazın kaldırılması veya itirazın iptali yoluna başvurulma tarihinin esas alınması gerektiği ileri sürülebilir³⁷. Takip alacaklısı, itirazın kaldırılması veya itirazın iptali yargılaması sürecinin uzunluğuna müdahale edemeyeceği için bu süreçte geçen zaman dikkate alınmamalıdır. Buna göre, madde metnindeki *itiraz*, takip alacaklısının borçlunun itirazına karşı itirazı şeklinde itirazın kaldırılmasını; *dava* ise, itirazın iptali davasını ifade etmektedir. Nitekim, *itiraz* kelimesi borca itiraz olarak anlaşılırsa maddede yer alan *dava* kelimesi de anlamsızlaşacağı için borca itiraz anının esas alınması uygun olmayacaktır.

Bu görüşün buraya kadarki açıklamaları, sadece ikinci görüşün neden kabul edilemeyeceğini açıklama kapsamında kalmakta ve ilk görüşe paralel gibi görünmektedir. Ancak, esasen bu görüşün, bu şekilde üçüncü bir kategoride kabul edilmesi gerekmektedir. Zira bu görüş, ikinci görüşü eleştirirken ilk görüşün kabulü hâlinde ortaya çıkan sorunları da bertaraf edebilmek için daha farklı bir yaklaşım benimsemiştir.

³⁷ Postacıoğlu ve Altay (n 10) 355; Postacıoğlu (n 29) 968.

Bu görüşe göre, ilk görüşün kabul ettiği üzere itiraz ile itirazın tebliği arasında geçen zamanda haciz talep etme süresinin işlenmesi, adil olmayan sonuçlar doğurabilecektir. Bu noktada, alacaklının icra takibinin akıbetini takip ederek en kısa zamanda itirazın hükümden düşürülmesi yollarına başvurması gerektiği gibi bir gerekçeye dayanılarak tebliğde yaşanan gecikmelerin sorumluluğunun alacaklıya yüklenmesi düşünülebilir. Ancak bu görüş, böyle bir argümanın da Kanun'un diğer düzenlemeleri karşısında yerinde olamayacağı sonucuna varmıştır. Bu nedenle, bu görüşü savunan yazarlarca, 538 sayılı Kanun³⁸ ile itirazın kaldırılması ve itirazın iptali davası için öngörülen sürelerin başlangıç tarihinin itirazın alacaklıya tebliğ tarihi olarak düzenlemesi sonrasında, haciz talep etme süresinin de zımnen değiştirildiği³⁹ ileri sürülmüştür⁴⁰. Ancak, bu zımnî değişikliğin tam olarak sonuçları açıklanmamıştır. Eğer haciz talep etme süresinin işlemeyeceği sürenin başlangıcı da aynen itirazın hükümden düşürülmesi yollarına başvuru süresinin başlayacağı şekilde itirazın tebliği olarak kabul edilirse, yine itiraz ile tebliğ tarihi arasında geçen zamanda haciz talep etme süresinin dolması söz konusu olabilir. Bu durumda, itirazın kaldırılması veya iptali talep edilebilir olmasına rağmen, haciz talep edilememesi şeklindeki ilginç durumunun hâlen devam edebileceği açıktır. O hâlde, bu görüşe göre söz konusu olan zımnî değişiklik, haciz talep etme süresinin işlenmesinin durduğu zamana ilişkin değil, bizatihi haciz talep etme süresinin başlangıcına ilişkin olursa anlamlı bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Buna göre, bu görüşün bir devamı olarak, ödeme emrinin tebliğinden itibaren 1 yıl olan haciz talep etme süresi, takibe itiraz edilmesi hâlinde itirazın alacaklıya tebliğinden itibaren başlamalıdır. Nitekim bu görüşe sahip yazarlarca, İcra ve İflâs Kanunu'nun 67. maddesinde düzenlenen *itirazın tebliğ tarihi* esası karşısında

³⁸ RG 06.03.1965/11946.

³⁹ İcra ve İflâs Kanunu'nun 78. maddesinin ikinci fıkrasının ilk hâli "*Haciz istemek hakkı ödeme emrinin tebliğ tarihinden itibaren altı ay geçmekle düşer. İtiraz veya dava halinde bunları vukuundan hüküm katileşinceye kadar geçen zaman hesabına katılmaz.*" şeklindedir. Daha sonra, 06.03.1965 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan 538 sayılı Kanun'un 37. maddesi ile İcra ve İflâs Kanunu'nun 67. maddesi değiştirilerek itirazın iptali davası kabul edilmiş ve bu dava itirazın alacaklıya tebliğinden itibaren 1 yıllık hak düşürücü süreye bağlanmıştır (Çağa, *İtirazın İptali* (n 19) 23 vd). Yine aynı düzenleme ile itirazın kaldırılmasını talep süresi de itirazın tebliğinden itibaren 6 ay olarak hükme bağlanmıştır. 538 sayılı Kanun, İcra ve İflâs Kanunu'nun 78. maddesinde doğrudan herhangi bir değişiklik yapmamış olsa dahi, bu Kanun'un sonraki kanun ve özel hüküm olarak 78. maddedeki haciz talep etme sürelerini de zımnen değiştirdiği ileri sürülmüştür (Postacıoğlu ve Altay (n 10) 355-356; Postacıoğlu (n 29) 970; Uyar, Uyar ve Uyar (n 4) 178). Ancak, esasen o tarihten sonra her iki Kanunî düzenlemede başkaca değişiklikler de yapılmıştır. Örneğin, 15.06.1985 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan 3222 sayılı Kanun'un 9. maddesi ile İcra ve İflâs Kanunu'nun 78. maddesinin ikinci fıkrası değiştirilerek taksit sözleşmesi yapılması hâlinde de haciz talep etme sürelerinin duracağı metne eklenmiş; ancak, fıkranın *itiraz ve dava* hâlinde haciz talep etme sürelerinin duracağı konusundaki düzenlemesinde herhangi bir değişikliğe gidilmemiştir. Yine 30.07.2003 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan 4949 sayılı Kanun'un 15, 16 ve 17. maddeleri ile itirazın hükümden düşürülmesi yolları için öngörülen süreler ayrı ayrı ilgili madde metinlerine eklenmiş; ancak, sürelerin başlangıç tarihi olan itirazın tebliği anı konusunda herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Özetle, haciz talep etme süresi ile itirazın hükümden düşürülmesi yollarına ilişkin kanun metinlerinde zaman içinde çeşitli değişiklikler yapılmış olsa da, haciz talep etme süresinin ödeme emrinin tebliğinden itibaren başlayacağı ve *itiraz veya dava* hâlinde bunların vukuundan hüküm kesinleşmesine kadar duracağı konusu ile itirazın hükümden düşürülmesi yollarına başvuru sürelerinin ödeme emrinin tebliğinden itibaren işlemeye başlayacağı konusunda herhangi bir farklı düzenleme yapılmamıştır. Hatta, 1932 tarihli İcra ve İflâs Kanunu'ndan önce yürürlükte olan 1929 tarihli Kanun'da da aynı şekilde itiraz tarihi değil itirazın bertaraf edilmesi için mahkemeye başvuru tarihinin esas alındığı görülmektedir (Umar (n 19) 143). Bu durumda, ifade ediliş şekli konusunda çeşitli eleştiriler yöneltilse de, haciz talep etme süresinin durduğu tarihin alacaklı tarafından itirazın hükümden düşürülmesi yoluna başvurulduğu tarih olarak kabulü, uzun süredir kabul edilen bir uygulama olarak karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca bkz. aş. VIII A.

⁴⁰ Postacıoğlu ve Altay (n 10) 356; Postacıoğlu (n 29) 970; Uyar, *Md 78* (n 4) 121.

zaten müphem bir ifade tarzına sahip olan 78. maddenin bir kenara bırakılmasında herhangi bir mahzur görülmemesi gerektiği ileri sürülmüştür⁴¹.

Bu görüşün gerekçeleri olan sorunlara dikkat çekerek bu görüş tarafından varılan sonuçlara paralel ifadeler diğer yazarlar tarafından da ileri sürülmüştür. Bu noktada, itirazın hükümden düşürülmesi yolları arasında bir ayırım yapıldığı da görülmektedir. Buna göre, haciz talep etme süresinin itirazın kaldırılması yoluna başvurulduğu anda durması yerinde olmasına rağmen⁴², itirazın iptali davası bakımından aynı durumunun kabulünün adil olmayacağı ifade edilmiştir⁴³. Bu görüşe göre, haciz talep etme süresi ile itirazın iptali davası açma süresi bir arada yorumlanmalı, her iki durum için öngörülen birer yıllık sürelerin başlangıç ve bitiş anı farklı olduğundan itirazın iptali davası alacaklı lehine sonuçlanmasına rağmen haciz talep edebilmek için öncelikle yenileme talep edilmesi gibi bir durumun ortaya çıkması engellenmelidir. Bu görüşü savunan yazarlarca ortaya çıkabilecek ilginç duruma dikkat çekildikten sonra, çözüm olarak itirazın iptali davası açma süresi ile haciz talep etme süresinin işleminin durduğu tarihin aynı olmasıyla sorunun mantıklı ve adil bir şekilde giderileceği dile getirilmiştir. Buna göre, itirazın iptali davası açılması hâlinde, haciz talep etme süresinin işlemeye başladığı tarih olarak da itirazın alacaklıya tebliği tarihinin esas alınması gerekmektedir⁴⁴. Bu çözüm tarzının uygulanabilmesi için haciz talep etme süresine ilişkin Kanun maddesine açıklık getirilmesi gerektiği belirtilerek buna uygun değişiklik önerisi de getirilmiştir⁴⁵. Bu önerilen metne göre, haciz talep etme süresi ödeme emrinin tebliğinden; ancak, ödeme emrine itiraz edilmişse itirazın alacaklıya tebliğinden itibaren 1 yıl olacak şekilde açıklığa kavuşturulacak ve itirazın kaldırılmasına veya itirazın iptali davasına başvurulduğu tarihten kararların kesinleşmesine kadar geçen zaman hesaba katılmayacaktır. Özetle bu görüş, haciz talep etme süresinin durdurulduğu zaman dilimi için mevcut uygulamaya bir değişiklik getirmemekte; ancak, haciz talep etme süresinin başlangıcını takibe itiraz edilmiş olması hâline münhasır olarak itirazın tebliğinden itibaren başlatmak suretiyle itirazın iptali davası açma süresi ile haciz talep etme süresinin örtüşmesini sağlayarak sonuca gitmektedir. Böylece, itirazın iptali davası süresi içerisinde açıldığı takdirde, davanın açıldığı anda haciz talep süresinin işlemesi duracağından, itirazın iptaline karar verildiği tarihte de haciz talep etme süresinin dolmuş olması gibi bir ihtimal söz konusu olmamaktadır.

⁴¹ Postacıoğlu (n 29) 970. Yorum yoluyla açık bir kanun maddesinin kenara bırakılmasının mümkün olamayacağı nedeniyle karşı görüşte Çağa, *Yine* (n 28) 376.

⁴² Esasen itirazın kaldırılması süresi de itirazın iptali süresi de itirazın alacaklıya tebliğinden itibaren işlemeye başladığından itirazın hükümden düşürülmesi yolları arasında böyle bir ayırım yapmanın artık yerinde olmadığı söylenebilir.

⁴³ Uyar, *Haciz* (n 4) 556; Uyar, Uyar ve Uyar (n 4) 177-178.

⁴⁴ Talih Uyar, "Takip Hukukunda İtirazın İptali Davası (İ.Y. m. 67)' (1985/3) *Yargıtay Dergisi* 273. Aynı yönde Postacıoğlu ve Altay (n 10) 356; Postacıoğlu (n 29) 970; Uyar, *Md 78* (n 4) 121; Uyar, *Haciz* (n 4) 556.

⁴⁵ Önerilen Kanun metni şu şekildedir: "Haciz isteme hakkı, ödeme emrinin borçluya tebliği, eğer takibe itiraz edilmişse, itirazın alacaklıya tebliği tarihinden itibaren bir sene geçmekle düşer. Ödeme emrine itiraz edilmesi halinde, itirazın kaldırılması için icra mahkemesine veya mahkemeye başvurma tarihinden, hükmün kesinleşmesine kadar geçen zaman hesaba katılmaz." (Uyar *Haciz* (n 4) 558 n 42; Uyar, Uyar ve Uyar (n 4) 179 n 98).

Tarafımızdan yapılan araştırmada doğrudan bu görüş yönünde açık bir yargı kararına rastlanmamış olsa da yukarıda ikinci görüş kapsamında incelediğimiz Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı⁴⁶, bu görüş çerçevesinde bir değerlendirmeye de tâbi tutulabilir. Nitekim ilgili kararda da itirazın iptali davası süresi münferiden değerlendirilerek, bu davanın süresinde açıldığı ve haciz talep etme süresinin dolmadığı belirtilmiştir.

VII. Sürenin Takibin Kesinleşmesi ile Başlaması Gerektiği Yönündeki Görüş

Haciz talep etme süresi ödeme emrinin tebliğinden itibaren başlamasına rağmen, esasen takip kesinleşmedikçe alacaklının haciz talep etmesi de mümkün değildir. Ayrıca, İcra ve İflâs Kanunu'nun 78. maddesinde itiraz hâlinde itirazın hükümden düşürülmesine ilişkin kararın kesinleşmesine kadar da haciz talep etme süresi işlememektedir. Bu iki husustan yola çıkan bir görüş, haciz talep etme süresinin takibin kesinleşmesinden itibaren başlaması gerektiğini ileri sürmüştür⁴⁷.

Bu görüşün kabulü hâlinde, zaten takip kesinleşmedikçe haciz talep etme süresi de işlemeye başlamayacağından, itiraz ve itirazın hükümden düşürülmesi sürecinde diğer görüşlerce de ifade edilen sorunlar ortaya çıkmayacaktır. Zira, takibe itiraz edilmesi hâlinde, takip kesinleşmemiş olduğu için haciz talep etme süresi de işlemeye başlamayacak; bu nedenle, itirazın iptaline veya kaldırılmasına karar verilmesi durumunda haciz talep edilebilecektir. Ancak bu görüş, haciz talep etme süresinin ödeme emrinin tebliğinden itibaren başlayacağına dair açık ve net bir kanun hükmünü gözardı etmektedir (m. 78/2). Ayrıca, bu görüşün yola çıktığı kanun hükmü, itirazın hükümden düşürülmesine dair kararın kesinleşmesine kadar haciz talep etme süresinin işlemeyeceğini ifade etmektedir. Oysa bu görüşün kabulü hâlinde, zaten ilgili zaman diliminde haciz talep etme süresi işlemeye başlamamış olduğundan, kanunda itirazın hükümden düşürülmesine dair kararın kesinleşmesine kadar haciz talep süresinin işlemesinin duracağını ifade etmek de gereksiz kalmaktadır. Son olarak, kanun hükmü, kararın kesinleşmesine kadar sürenin işlemeyeceğini düzenlemiş olmasına rağmen, aslında itirazın hükümden düşürülmesine kadar verildiği anda takip kesinleşmiş sayılmakta ve haciz talep edilebilmektedir. O hâlde, haciz talep etmek mümkün olmasına rağmen, bu görüşe göre haciz talep etme süresi henüz işlemeye başlamamış kabul edilmektedir⁴⁸.

⁴⁶ Bkz. yuk. V; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 22-1048/380, 01.03.2017 (www.kazanci.com.tr) (erişim tarihi: 02.02.2021).

⁴⁷ Karşılı (n 5) 280.

⁴⁸ Bu görüş, haciz talep etme süresinin işlemeye başladığı zamanı, ödeme emrinin kesinleşmesi olarak anlamak gerektiğini ifade etmektedir (Karşılı (n 5) 280). Ödeme emrinin kesinleşmesiyle kastedilen takibin kesinleşmesi ise, bunun için itirazın hükümden düşürülmesi kararının kesinleşmesine gerek yoktur. Ancak yazar, itirazın kaldırılması veya iptali kararının kesinleşmesine kadar haciz talep etme süresinin işlemeyeceğine dair kanun hükmünü dayanak olarak ileri sürdüğü için, ilgili kararların kesinleşmesinden sonra sürenin başlaması gerektiği görüşünde olduğu izlenimi oluşturmaktadır.

Bu yöndeki görüş, kanaatimizce de, olması gereken hukuk bakımından yerinde görünmekte ve diğer görüşlerin de dikkat çektiği sakıncaları bertaraf etmektedir. Ancak, mevcut kanun hükümleri çerçevesinde böyle bir sonuca varılıp varılamayacağı ayrı bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

VIII. Değerlendirme ve Görüşümüz

A. Sorunun Tespiti

Haciz talep etme süresinin ödeme emrinin tebliğ süresinden başlaması nedeniyle, takip alacaklısının henüz haciz talep etme yetkisine sahip dahi olmadığı bir dönemde, talep süresinin bir kısmının işleme eleştirilebilir bir durumdur. Yargıtay da aslında haciz talep etme süresiyle ilgili verdiği bazı kararlarda, haciz talep süresi ile haciz talep edilebilir olma arasındaki bu ilişkiye dikkat çekmiş ve haciz talep etme süresine ilişkin 78. maddenin itiraz ile takibin durmadığı kambiyo senetlerine uygulama alanı bulmayacağı belirtilmiştir:

“İİK'nun 78/2. maddesinin 1. cümlesinin, itirazla durmayan kambiyo takiplerinde ve ilamlı takiplerde uygulama olanağı yoktur. Maddede sözü edilen itiraz ve davanın takibin ve satışın yapılmasına engel nitelikte olması gerekir.”⁴⁹

Ancak, kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla takiplerde de icra mahkemesi tarafından icra takibinin tedbiren durdurulmasına karar verilmesi mümkündür. Bu durumda, kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla takiplerde haciz talep etme süresinin nasıl hesaplanacağı ayrı bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Yargıtay kararlarında yer alan ifadeden hareketle, bu takiplerde de haciz talep süresinin ödeme emrinin tebliğinden itibaren 1 yıl olacağı ve sadece icra mahkemesi tarafından takibin durdurulmasına karar verildiği anda sürenin işleminin duracağı sonucuna varılabilir⁵⁰. Ancak, bu yoruma rağmen, ilgili hususa ilişkin açık bir kanunî düzenlemenin olmayışı da eleştirilebilir bir başka durumdur⁵¹.

⁴⁹ Yargıtay 8 HD, 14416/2011, 10.02.2014 (www.kazanci.com.tr) (erişim tarihi: 02.02.2021). Aynı yönde Yargıtay 12 HD, 23351/32887, 22.10.2013 (www.kazanci.com.tr) (erişim tarihi: 02.02.2021); Yargıtay 12 HD, 6052/22234, 14.11.2011 (www.kazanci.com.tr) (erişim tarihi: 02.02.2021).

⁵⁰ Benzer şekilde takibin mahkeme kararıyla durdurulduğu zaman diliminde haciz talep etme süresinin işlemeyeceği hakkında bkz. Vock ve Aepli-Wirz, (n 8) Art 88 N 9; Winkler (n 21) Art 88 N 10; Jaeger, Walder, Kull ve Kottmann (n 11) Art 88 N 13.

⁵¹ Bu noktada, Kanun'un 170/b maddesinde, kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla takibe kıyasen uygulanması öngörülen maddeler arasında 78. maddenin yer almaması, bu takiplerde ilgili hükmün uygulanamayacağına gerekçe olarak düşünülebilir. Diğer taraftan, kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla takibe ilişkin özel hükümlerin, sadece bu takibin kesinleşmesi aşamasına kadar genel haciz yoluyla takipten farklara ilişkin olduğu da gözardı edilmemelidir. Takibin kesinleşmesi aşamasına kadar söz konusu olan aşamalar özel olarak düzenlenmiş ve gerektiğinde bu aşamaya kadar da genel haciz yoluyla takibe ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanabileceği düzenlemelere atıf yapılmıştır (m. 170/b). Bu nedenle, bizatihi bu atıf düzenlemesinde yer verilmemesi nedeniyle, takibin kesinleşmesinden sonraki haciz aşamasına ilişkin hükümlerin kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla takiplere uygulanamayacağı sonucuna varılmamalıdır. Nitekim, bu takiplerde de haciz, paraya çevirme ve paylaşırma aşamasına ilişkin işlemlerde genel haciz yoluyla takibe ilişkin hükümler uygulanmaktadır (Baki Kuru, *İcra ve İflas Hukuku*, C. II (3. Baskı, Evrim 1990) 1789; Kuru, *El Kitabı* (n 7) 761; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özkes (n 1) 260; Yıldırım ve Deren-Yıldırım (n 1) 277; Karlı (n 5) 368; Ulukapı (n 1) 113).

Genel haciz yoluyla takiplerde ise, ödeme emrinin tebliği, itiraz ve itirazın alacaklıya tebliğ edilmesi arasında en fazla birkaç hafta olabileceğinden 1 yıl olan bir süreden birkaç haftanın bu şekilde geçmesi önemli olmayabilir. Ancak uygulamamızda, borçlunun itirazı alacaklıya tebliğ edilmediğinden bu sürenin sınırı da kalmamaktadır. Bu durumda, itiraz kendisine tebliğ edilmeyen takip alacaklısı yıllar sonra dahi itirazın kaldırılması veya itirazın iptali yoluna başvurma yetkisine sahip olmakta; ancak, haciz talep etme süresi geçmiş olmaktadır. Bu nedenle, aslında kanunî düzenlemelere uygun bir şekilde itiraz alacaklıya tebliğ edilirse mevcut sorunun da büyük ölçüde önemsizleşeceği sonucuna varılabilir. O hâlde, itirazın alacaklıya tebliğ edilmemesinin nedenlerini araştırmak gerekmektedir.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 59. maddesinin ilk hâlinde, takip masraflarının borçluya ait olduğu ve alacaklının yapılmasını talep ettiği işlemin masraflarını ödemesi gerektiği; aksi takdirde talebin hükümsüz olduğu düzenlenmiş idi. Borçlu tarafından yapılacak itirazın tebliğ masrafları konusunda Kanun'da açık bir düzenleme yapılmamıştı. Daha sonra 538 sayılı Kanun'un⁵² 33. maddesiyle itiraza ilişkin İcra ve İflâs Kanunu'nun 62. maddesi değiştirilerek, itiraz hâlinde itirazın tebliğ masraflarını ödeme yükümlülüğü de borçluya yüklenmiş; tebliğ masraflarının ödenmemesi hâlinde borçlunun itiraz etmemiş sayılacağı yönünde düzenleme yapılmıştır. Esasen aynı Kanun değişikliği ile itirazın kaldırılması ve itirazın iptali sürelerinin, itirazın alacaklıya tebliğinden itibaren başlayacağı da düzenlenmişti⁵³. Böylece 538 sayılı Kanun değişikliği neticesinde, takibe itiraz eden borçlu, itirazın tebliğ masraflarını ödemek zorunda bırakılmış ve alacaklının itirazın hükümden düşürülmesi için başvuru süresi de itirazın kendisine tebliğinden itibaren işlemeye başlayacak şekilde hükme bağlanmıştır. Ancak, 3222 sayılı Kanun'un⁵⁴ 4. maddesiyle İcra ve İflâs Kanunu'nun 59. maddesi; 5. maddesiyle ise, İcra ve İflâs Kanunu'nun 62. maddesinin ikinci fıkrası yeniden düzenlenmiştir. Bu değişikliklerle, borçlunun itirazının tebliğ masraflarının takip talebiyle birlikte alacaklıdan avans olarak alınması ve borçlunun itirazının da bu avanstan karşılanarak alacaklıya tebliğ edilmesi sağlanmak istenmiştir. Bu değişikliğin gerekçesi olarak, borçlunun, bilgisizlik nedeniyle itirazının tebliğ masraflarını ödememesi sonucunda itiraz yapılmamış sayılarak takibin kesinleştirilmesinin ve varlığı sabit olmayan bir borç nedeniyle tebliğ masrafı ödemeye zorlanmasının yerinde olmayacağı gösterilmiştir⁵⁵. Ancak, 538 sayılı Kanun'un, itirazın tebliği konusunda masraflara

⁵² RG 06.03.1965/11946.

⁵³ Bu konudaki açıklamalarımız için ayrıca bkz. yuk. dn. 39.

⁵⁴ RG 15.06.1985/18785.

⁵⁵ 3222 sayılı Kanun'a ait ilgili gerekçe şu şekildedir: "62. maddenin ikinci fıkrasına göre, takibe itiraz eden borçlu itirazla birlikte tebliğ masrafını ödemiş ise itiraz etmemiş sayılmaktadır. Bu hüküm 538 sayılı Kanunla 1965 yılında kanuna girmiştir. Bu hüküm karşısında, bilgisizlik nedeniyle itirazla birlikte tebliğ posta masrafını ödemeyen borçlular, büyük miktarları bulan ve varlığı sabit olmayan alacak iddialarının tazyiki altında bırakılmaktadır. Yakınmalara neden olan bu aksaklığı önlemek için, takip talebinde bulunan alacaklının talepte bulunduğu anda diğer masraflarla birlikte borçlunun yapabileceği itirazın tebliğ masrafını da ödemesi zorunluluğu getirilmektedir. Bu halde, borçlunun yapacağı bir masraf alacaklıya yüklenmiştir, ama, alacaklı ilk ödenen paradan masraflarını alabileceği gibi, ayrıca, borçlunun haksız olarak varlığı sabit olmayan alacaklı iddialarının tazyiki altında bırakılmasından daha az mahzurlu olacaktır." (www.e-uyar.com) (erişim tarihi: 25.06.2021).

ilişkin kabul ettiği sorumlu değiştirilirken, itirazın hükümden düşürülmesi konusunda konulan kural sabit kalmıştır. Böylece takip alacaklısı, aleyhine olan bir hususun kendisine bildirilmesi ve aleyhine işleyen bir sürenin başlaması için masraf ödemek yükümlülüğü altında bırakılmış; bu yükümlülüğün yerine getirilmemesine de herhangi bir yaptırım bağlanmamıştır.

Böylece, nihaî olarak İcra ve İflâs Kanunu'nun 59. maddesi uyarınca alacaklı, borçlunun muhtemel bir itirazının kendisine tebliğ masrafını da ödemekle yükümlü kılınmıştır. Bunun devamı olarak, 62. maddede de icra dairesinin takibe itiraz edildiğini masrafı alacaklı tarafından yatırılan avanstan karşılanmak suretiyle üç gün içinde alacaklıya tebliğ edeceği hükme bağlanmıştır. Uygulamada ise, ne alacaklı tarafından böyle bir tebliğ masrafı yatırılmakta, ne icra dairesi tarafından muhtemel bir itirazın tebliğ masrafı talep edilmekte ne de mevcut bir itiraz alacaklıya tebliğ edilebilmektedir. Bu durumda, takibe itiraz edilmesi ile itirazın tebliğ edilmesi (veya hiç tebliğ edilmemesi) arasındaki uzun zamanın aslı sebebinin, İcra ve İflâs Kanunu'nun 59. maddesinin uygulanmaması olduğu sonucuna varmak yanlış olmayacaktır. Bu madde, takip alacaklısına bir yükümlülük getirdiğine göre, alacaklının kendi yükümlülüğünü yerine getirmemiş olması nedeniyle kendi lehine sonuçlar ortaya çıkarmasını da engellemek gerekmektedir. Kuşkusuz ki, icra dosyasında masraf olmasına rağmen icra dairesi tarafından 62. madde ihlâl edilmek suretiyle itirazın tebliği yapılmamışsa, böyle bir sonuca varılamayacak ve gerekirse icra dairesi memurlarının sorumluluğu hükümleri işletilebilecektir.

B. Görüşümüz

İcra ve İflâs Kanunu'nun 78. maddesi çok açık ve net bir şekilde haciz talep etme süresinin *ödeme emrinin tebliğinden itibaren 1 yıl* olduğunu hükme bağlamıştır. Bu düzenleme, her ne kadar yukarıda belirttiğimiz şekilde, eleştirilebilir olsa da bu kadar açık bir kanun hükmüne farklı anlamlar yüklemek hukuken kabul edilebilir değildir. Ayrıca, haciz talep etme süresinin başlangıcını takibe itiraz edilmediği takdirde ödeme emrinin tebliği; itiraz edildiği takdirde ise, itirazın tebliği anı kabul etmek aynı kanun hükmünü duruma göre değişik şekillerde uygulamak gibi ikili bir durum ortaya çıkarmaktadır. Bu nedenlerle, itirazın kaldırılması veya itirazın iptali davası süresi dikkate alınarak haciz talep etme süresinin başlangıcının da itirazın tebliği veya takibin kesinleşmesi anı olarak esas alınması yönündeki görüşlere katılamıyoruz.

Haciz talep etme süresinin her hâlükârda ödeme emrinin tebliğinden başlayacağı; ancak, İcra ve İflâs Kanunu'nun 78. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca borçlu tarafından itiraz edildiği anda haciz talep etme süresinin duracağı yönündeki görüşlere de katılamamaktayız. Zira, bu görüşün kabulü hâlinde, kanun metnindeki "*itiraz veya dava*" ifadesinde yer alan *dava* kelimesi anlamsızlaşmakta ve durma süresinin

sonuna ilişkin *hükümün kesinleşmesi* anı yargılama niteliğinde olmayan genel haciz yoluyla takiplerde borca itiraz için karşılıksız kalmaktadır. Yine, hükümün kesinleşme anının itirazın kaldırılması veya iptali hükümünün kesinleşmesi şeklinde anlaşılacağı yönünde bir karşı görüşün de yeterince tatmin edici olmayacağı kanaatindeyiz. Nitekim, haciz talep etme süresi borçlu lehine ve alacaklı aleyhine işleyen bir süre olup bu sürenin borçlu tarafından yapılan bir itiraz ile alacaklı lehine olarak durması da uygun değildir. Borçlunun, takibe itiraz ederek alacaklı lehine başka bir sonuca sebebiyet vermiş olacağı yerinde görünmemektedir.

Kanaatimizce, ödeme emrinin tebliği ile başlayan haciz talep etme süresi, itirazın kaldırılması ve itirazın iptali davası açıldığı anda durmakta ve bu yargılamalarda verilen hükümler kesinleşinceye kadar işlememektedir. Kanunun lafzına, amacına ve menfaatler dengesine uygun olduğunu düşündüğümüz bu yöndeki görüşe katılmaktayız. Bu görüşe göre, itirazın hükümden düşürülmesi süresi geçmediği için itiraz bertaraf edilebilirken, haciz talep etme süresinin geçmesi nedeniyle (yenileme talep edilmeden) haciz talep edilemeyecek durumlar olabilir. Bu uyumsuz sonuç, bu görüşe yöneltilen ciddi bir eleştiri olsa dahi, bu ilginç sonucun sebebi kanunî düzenlemeler değil, kanuna aykırı uygulamalardır. Yukarıda değinildiği gibi, kanunun öngördüğü şekilde alacaklı tarafından itirazın tebliği masrafı yatırılır ve icra dairesi tarafından süresinde itiraz tebliği edilirse böyle bir sorun da yaşanmayacaktır.

Yine bu görüşe yöneltilen eleştirilerden olan itiraz iptal edilerek ödeme emrine geçerlilik kazandırılmasına rağmen, o ödeme emrine göre haciz talep edilemiyor olması şeklinde çelişki yaratıldığı iddiasına da katılamamaktayız. Zira, itirazın iptal edilmesi veya kaldırılması ile ödeme emrine geçerlilik kazandırılması ya da tersi bir şekilde haciz talep etme süresinin dolması nedeniyle ödeme emrinin geçerliliğini yitirmesi gibi bir sonuç doğmamaktadır. Ödeme emrinin geçerli olması, itirazın iptali/kaldırılması ve yenileme talep edilmesi birbirinden farklı hususlardır⁵⁶. Yenileme talep edilmesine rağmen takibin kesinleşmiş olması sonucu değişmemekte; borçlu, yenileme talebine ödeme emrine itiraza benzer bir itirazda bulunamamaktadır. Kaldı ki, kesinleşmiş bir takip için yenileme talep edilmeden haciz talep edilememesi bu kadar uyumsuz bir sonuç olarak kabul edilirse, kesinleşmiş takipler için haciz talep süresi şeklinde bir sürenin de hiç olmaması gerekir. Nasıl ki, borçlu hiç itiraz etmese dahi takibin kesinleşmesine rağmen, haciz talep etme süresi ödeme emrinin tebliğinden itibaren 1 yıl ise, aynı durum itiraz ve itirazın hükümden düşürülmesi hâli için de geçerlidir. Bu nedenle, itirazın iptal edilmesi hâlinde itirazın iptali süresinden

⁵⁶ Bu yöndeki görüşlerin İsviçre hukuku etkisi altında olduğu söylenebilir. Zira, İsviçre hukukunda haciz talep etme süresinin geçmesiyle birlikte ödeme emrinin geçerliliğini kaybettiği ve takibin düştüğü kabul edilmektedir (Spühler (n 21) § 21 N 363; Amonn ve Walther (n 21) § 22 N 11). Ancak bu görüşleri, İsviçre hukukunda haciz talep etme süresi sona erdikten sonra aynı takip içinde yenileme talep edilmek suretiyle tekrar haciz talep etme imkânına sahip olunmadığı da dikkate alınarak değerlendirmek gerekmektedir. Bu çerçevede, İsviçre hukukunda, süresinde haciz talep edilmemesi üzerine takip düştüğünden ödeme emri geçerliliğini kaybetmiş kabul edilebilir; ancak, mevcut kanunî düzenlemeler çerçevesinde aynı sonucun Türk hukuku için geçerli olduğu söylenemez.

farklı bir süre olan haciz talep etme süresinin dolması nedeniyle haciz talebinden önce yenileme talebinin tebliğinin gerekli olabilmesi oldukça mümkün ve kabul edilebilir bir durumdur.

C. Çözüm Önerimiz

Mevcut kanunî düzenlemeler karşısında haciz talep etme süresinin hesaplanmasına ilişkin görüşümüz yukarıda belirttiğimiz gibidir. Ancak mevcut durumu iyileştirmenin bir yolu olarak kanunî değişiklik yapılması gerektiğini de itiraf etmek gerekmektedir. Bu amaçla daha önce de kanunî değişiklik önerileri getirilmişse de⁵⁷ daha farklı ve daha net bir değişikliğin yerinde olacağı kanaatindeyiz. Takibe itiraz edilip edilmemiş olmasına ve itirazın hükümden düşürülmesi yollarından hangisinin seçildiğine göre farklılaşan bir süre ve hesaplama yöntemindense haciz talep etme hakkının mevcudiyetini esas alan bir düzenleme daha yerinde görünmektedir. Bu amaçla, satış talep etme süresinin kesin haciz tarihinden başlamasına paralel bir şekilde haciz talep etme süresi de takibin kesinleşmesinden itibaren başlamalıdır. Yine genel haciz yoluyla takip haricindeki takiplerde de takibin kesinleşmesini esas alan haciz talep etme süresi, alacaklının haciz talep etmesini engelleyen durumların ortaya çıktığı hâllerde işlememelidir. Böylece, mevcut duruma ve çeşitli görüşlere yöneltilen eleştiriler bertaraf edilerek ne haciz talep hakkı olmadan haciz talep süresinin işlemesi, ne borçlunun itirazı ile alacaklı aleyhine işleyen bir sürenin durması ne de itirazın hükümden düşürülmesine rağmen haciz talep edilememesi gibi durumlarla karşılaşılacaktır.

Bu çerçevede, metni ve kapsamı üzerine farklı yaklaşımlar söz konusu olabilirse de, İcra ve İflâs Kanunu'nun 78. maddesinin ikinci fıkrasında değişiklik yapılarak aşağıdaki şekilde bir düzenleme yapılmasının yerinde olacağı söylenebilir:

“Haciz talep etme hakkı, süresinde takibe itiraz edilmemesi veya borcun kabul edilmesi ya da itirazın kaldırılması veyahut iptal edilmesi nedeniyle takibin kesinleştiği tarihten itibaren 1 yıl geçmekle düşer. Mahkemece takibin durdurulmasına karar verildiği hâllerde bu kararın kaldırılmasına kadar veya alacaklıyla borçlunun icra dairesinde taksit sözleşmeleri yapmaları hâlinde taksit sözleşmesinin ihlâline kadar geçen zaman hesaba katulmaz.”

Sonuç

Şekli bir hukuk dalı olarak sürelerin ve hesaplanmasının çok önemli olduğu icra hukukunda, para alacaklarının tahsiline ilişkin icra takiplerinde haciz aşamasına ilişkin sürelerin hesaplanması da ayrı bir önemi haizdir. İcra ve İflâs Kanunu'nun 78. maddesi uyarınca, haciz talep etme süresi ödeme emrinin alacaklıya tebliği ile başlamakta olup istisnâî durma süreleri haricinde 1 yıldır. Bu düzenlemede, her

⁵⁷ Bkz. yuk. dn 45.

şeyden önce haciz talep etme süresinin başlangıcı dahi tartışılabilir olup henüz takibin kesinleşmemesi nedeniyle alacaklının haciz talebinin reddedileceği aşamada haciz talep etme süresinin işlemesi eleştiriye açıktır. Ancak, bu süre çoğu zaman kısa olduğundan uygulamada pek sorunla karşılaşılmamaktadır. Diğer yandan, haciz talep etme süresinin son günlerine doğru haciz talebinin yapılabileceği düşünülürse, ödeme emrinin tebliği ile ödeme süresinin geçerek takibin kesinleşmesi arasında geçen takibin çeşidine göre değişen 7-10 günlük süreler daha da önemli bir hâl olacaktır.

Ayrıca Kanun, *itiraz* veya *dava* hâlinde bunların gerçekleşmesinden hükmün kesinleşmesine kadar geçen zaman diliminde haciz talep etme süresinin işlemeyeceğini belirtmekle yetinmiş; takibin durdurulduğu diğer durumlarda (örneğin, İİK m. 22, m. 71, 72, 169/a, 170) haciz talep etme süresinin akibeti hakkında sessiz kalmıştır. Dahası, Kanun'un haciz talep etme süresinin işlemesini durduran *itiraz* veya *dava* ile tam olarak neyi kastettiği konusunda da tereddütler yaşanmış ve çeşitli görüşler ortaya çıkmıştır. Özellikle zaman içinde yapılan değişikliklerle, mehaz İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'ndan uzaklaşılarak *itirazın iptali* ve *itirazın kaldırılması* için, *itirazın alacaklıya tebliğinden itibaren başlayan süreler kabul edilmesi*, tartışmalı durumlara sebep olmuş ve bu sorunlara çözüm arayışı da artmıştır. Zira, takip alacaklısının, haciz talep etme süresinin ödeme emrinin borçluya tebliğinden itibaren işlemeye başlaması; ancak, *itirazın iptalini* veya *kaldırılmasını* talep etme süresinin *itirazın kendisine tebliğinden itibaren başlaması* şeklindeki farklılık, uygulamada *itirazın takip alacaklısına neredeyse hiç tebliğ edilmemesi* şeklindeki kanuna aykırı alışkanlıkla birleşerek hukuken ilginç sonuçların ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Böylece alacaklı, ödeme emrinin tebliğinden itibaren somut olaya göre 2 yıl sonra dahi *itirazın iptali davası* açabilirken (*itirazın alacaklıya tebliğ edilmemesi hâlinde*), *itirazın iptali hâlinde* aynı takip içinde haciz talep etme yetkisini kaybetmiş olabilmektedir.

Haciz talep etme süresinin takibe *itiraz* ve *itirazın hükümden düşürülmesi* hâllerinde ortaya çıkardığı sorunun temeli, borçlunun *itirazının alacaklıya zamanında tebliğ edilmemesidir*. Bu noktada, 538 ve 3222 sayılı Kanun değişiklikleriyle yapılmak istenen iyileştirmelerin, çelişkili ve uyumsuz sonuçlara sebep olduğu görülmektedir. Ancak, her şeye rağmen, haciz talep etme süresinin başlangıcı ve hesabında bir değişikliğe gidilmesi gerekliliği de gözardı edilmemelidir. Böyle bir değişiklik özellikle *itirazın iptali* ve *kaldırılması* için öngörülen süreler ile de uyum içerisinde olmalıdır. Bu yönde bir kanunî değişiklik yapılmaya kadar mevcut kanunî düzenlemeleri -sonuçları mantıken tartışılabilir olsa da- uygulamaktan başka çare yoktur. Zira, kanun hükümleri, bazen çok yerinde görünmeyen sonuçlar doğuruyor olsa dahi değiştirilmedikçe yürürlükte ve bizatihi daha uygun sonuçlar elde etmek amacıyla gözardı edilemezler. O hâlde, mevcut hükümler çerçevesinde haciz talep etme süresi, alacaklı tarafından *itirazın kaldırılması* veya *itirazın iptali* yoluna başvurulduğu anda duracağından, bu ana kadar 1 yıllık haciz talep etme süresi zaten

dolmuş olabilir. Bu durumda itirazın kaldırılması ve iptalinden sonra haciz talep edebilmek için, Kanun'un 78. maddesinin emredici hükümlerine göre öncelikle yenileme talebinin borçluya tebliğ edilmesi gerekmektedir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazarlar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazarlar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The authors have no conflict of interest to declare.

Grant Support: The authors declared that this study has received no financial support.

Bibliography/Bibliyografya

- Amonn K, Walther F, *Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts* (Stämpfli 2008).
- Ansay SŞ, *Hukuk İcra ve İflâs Usulleri* (5. Baskı, İstiklâl 1960).
- Atalı M, Ermenek İ, Erdoğan E, *İcra ve İflâs Hukuku* (3. Baskı, Yetkin 2020).
- Belgesay MR, *İcra ve İflâs Hukuku, C. I* (Marifet 1945).
- Berkin NM, *Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi* (Filiz 1980).
- Bessenich B, 'Art 76 SchKG' in Staehelin A, Bauer T, Staehelin D (eds) *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I* (2. Auflage, Helbing Lichtenhahn 2010).
- Çağa T, 'Ödeme Emrine İtirazın İptali Davasına Dair' (1976/3) *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 22-31.
- Çağa T, 'Yine Ödeme Emrine İtirazın İptali Davasına Dair' (1979/2) *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 369-376 (Yine).
- Jaeger C, Walder HU, Kull TM, Kottmann M, *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Band I* (4. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag 1997).
- Karlı A, *İcra ve İflas Hukuku* (3. Baskı, Alternatif 2014).
- Kren Kostkiewicz J, *Schuldbetreibungs-und Konkursrecht* (2. Auflage, Schulthess 2014).
- Kuru B, *İcra ve İflâs Hukuku, C. I* (3. Baskı, Evrim 1988).
- Kuru B, *İcra ve İflâs Hukuku, C. II* (3. Baskı, Evrim 1990).
- Kuru B, *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı* (2. Baskı, Yetkin 2013).
- Kuru B, 'İcra ve İflâs Hukukunda Müddetler' *Prof. Dr. Baki Kuru Makaleler* (Arıkan 2006) 479-494.
- Lebrecht AE, 'Art 88 SchKG' in Staehelin A, Bauer T, Staehelin D (eds) *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I* (2. Auflage, Helbing Lichtenhahn 2010).
- Lorandi F, *Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG)* (3. Auflage, Dike 2017).
- Malacrida R, Roesler L, 'Art 76 SchKG' in Hunkeler D (ed) *Kurzkommentar SchKG* (Helbing Lichtenhahn 2009).
- Meriç N, 'İcra ve İflas Kanunu'nda Düzenlenen Süreler ve İrade Özerkliği İlkesi Kapsamında İcra İflas Kanunu Madde 20' (2014/Özel Sayı) *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2699-2733.
- Muşul T, *İcra ve İflâs Hukuku, Cilt I* (6. Baskı, Adalet 2013).

- Muşul T, *İcra ve İflâs Hukuku, Cilt II* (6. Baskı, Adalet 2013).
- Olgaç S, *İcra – İflâs, C. I* (Olgaç 1978).
- Olgaç S, *İcra – İflâs, C. II* (Olgaç 1978).
- Pekcanitez H, Atalay O, Sungurtekin Özkan M, Özekes M, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı* (7. Baskı, Oniki Levha 2020).
- Postacıoğlu İE, ‘İcrada İnkâr Tazminatı Üzerine Düşünceler ve Bazı İhtilafî Noktalar’ (1978/4) *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 951-970.
- Postacıoğlu İE, Altay S, *İcra Hukuku Esasları* (5. Baskı, Vedat 2010).
- Spühler K, *Schuldbetreibungs- und Konkursrecht I* (5. Auflage, Schulthess 2011).
- Stahelin D, ‘Art 79 SchKG’ in Stahelin A, Bauer T, Stahelin D (eds) *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I* (2. Auflage, Helbing Lichtenhahn 2010).
- Ulukapı Ö, *İcra ve İflâs Hukuku* (6. Baskı, Mimoza 2014).
- Umar B, *İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi* (Ege Üniversitesi İktisadi ve Ticarî Bilimler Fakültesi Yayınları 1973).
- Uyar T, ‘Haciz İsteme Hak ve Süresi’ (1990/4) *Ankara Barosu Dergisi* 547-560 (Haciz).
- Uyar T, ‘Haciz İsteme Hakkı (İİK. mad. 78)’ (2014/137) *Legal Hukuk Dergisi* 107-127 (Md 78).
- Uyar T, ‘İcra Hukukunda Süreler’ (2004/55) *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 239-260.
- Uyar T, ‘Takip Hukukunda İtirazın İptali Davası (İİY. m. 67)’ (1985/3) *Yargıtay Dergisi* 265-281.
- Uyar T, Uyar A, Uyar C, *İcra Hukukunda Haciz* (3. Baskı, Bilge 2016).
- Üstündağ S, *İcra Hukukunun Esasları* (8. Baskı, Fakülteler Matbaası 2004).
- Vock D, ‘Art 79-84 SchKG’ in Hunkeler D (ed) *Kurzkomentar SchKG* (Helbing Lichtenhahn 2009).
- Vock D, Aepli-Wirz M, ‘Art 69-88 SchKG’ in Kren Kostkiewicz J, Vock D (eds) *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG* (4. Auflage, Schulthess 2017).
- Winkler T, ‘Art 88 SchKG’ in Hunkeler D (ed) *Kurzkomentar SchKG* (Helbing Lichtenhahn 2009).
- Yıldırım MK, Deren-Yıldırım N, *İcra ve İflas Hukuku* (6. Baskı, Beta 2015).
- Yılmaz E, *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi* (Yetkin 2016).



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 20.05.2021
Revizyon Talebi: 02.09.2021
Son Revizyon Tarihi: 21.09.2021
Kabul: 18.03.2022

İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukukta Uygulanmasının Önündeki Pratik Güçlükler: İlgili Uluslararası Normu Bulma ve Türkçeleştirme Sorunu

Tolga Şirin^{*}, Necdet Umurcan^{**}

Öz

Hukuk uygulamacılarının Anayasa'nın madde 90/son hükmü gereğince bir uluslararası sözleşme hükmünü ve bu hükme anlamını veren uluslararası organların kararlarını "esas alması", köken itibarıyla yabancı dilde kaleme alınmış olan bir normun ulusal hukukta uygulanması anlamına gelir. Ancak uluslararası hukukun iç hukukta uygulanmasında, Türkiye öğretisinde büyük ölçüde ihmal edilmiş pek çok teknik güçlük bulunmaktadır. Bu makalede uygulamacıların çok sayıda uluslararası hukuk kaynağı arasından yararlanmaları gereken hukuku nasıl bulacağı; yabancı dilde verilmiş bir bağlayıcı mahkeme kararının hangi usulle Türkçeye çevrilip uygulanacağı, resmî çevirilerdeki eksiklik ve yanlışlıklar gibi sorunlar üç başlık altında ele alınmaktadır. Makalede uygulanması gereken uluslararası hukuku bulabilme sorununa çözüm olarak ulusal hukuku esas alan ve ilgili kararları özlü biçimde yansıtan çevrim içi bir şerh çalışması önerilmektedir. Yine her kararın gereğinin AYM, diğer yargı kolları, yasama ve yürütme tarafından yerine getirilip getirilmediğini sınanan şeffaf bir sistem kurmak da bir diğer yararlı yöntem olacaktır. Makalede ayrıca "yargıç, hukuku resen uygular" ("*iura novit curia*") ilkesinin yabancı dildeki bağlayıcı mahkeme kararları için de geçerli olduğu savunulmaktadır. Dolayısıyla uluslararası mahkeme kararlarını anlayıp uygulayabilecek dil bilgisine sahip yargıçlar, bu bilgilerinden yararlanabilmelidir. Yabancı dil bilgisine sahip olmayan yargıçlar için kararların Türkçeleştirilmesi gereğinde ise, ideal olarak, Paris İlkeleri'ne göre akreditasyon almış özerk/bağımsız bir ulusal insan hakları kurumu tarafından yerine getirilmelidir. Bu itibarla çalışmada henüz uluslararası akreditasyonu olmayan ulusal insan hakları kurumumuz Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumunun Paris İlkeleri'ne uygun olarak yeniden biçimlendirilmesi ve işleyişinin bu ilkelere uygun hâle getirilmesi gereğinin altı çizilmektedir.

Anahtar Kelimeler

Uluslararası Sözleşmeler, Milletlerarası Andlaşmalar, Uluslararası Mahkeme Kararları, Uluslararası Sözleşmelerin Çevirisi, Iura Novit Curia

Practical Challenges in Implementing Human Rights Treaties in National Law: Problems of Finding and Translating Relevant International Norms

Abstract

The Turkish Constitution provides that in case of a conflict, concerning fundamental rights and freedoms, between international treaties and national laws, the international treaty should prevail. This obligation requires the national decision-makers to directly implement the applicable international norms, despite these norms being made in a foreign language. The implementation of these international norms poses several practical difficulties, which have been grossly overlooked in Turkish literature. This article deals with three such significant problems. The first problem is finding the appropriate norm to implement, among the myriad of international legal sources.

* **Sorumlu Yazar:** Tolga Şirin (Doç. Dr.), Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: tolgasirin@gmail.com ORCID: 0000-0002-7172-5426

** Necdet Umurcan (Arş. Gör.), Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İnsan Hakları Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: necdetumutorcan@gmail.com ORCID: 0000-0002-9161-1928

Atf: Şirin T, Umurcan NU, "İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukukta Uygulanmasının Önündeki Pratik Güçlükler: İlgili Uluslararası Normu Bulma ve Türkçeleştirme Sorunu" (2022) 80(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 273. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2022.80.1.0009>



The second problem is the procedure of translating binding international norms into Turkish. The third is the process of rectifying the incomplete or inaccurate official translations of international treaties. It is propounded that these problems can be solved by introducing two new mechanisms, one facilitating the practitioners' access to relevant international norms and one monitoring their compliance with these norms. It is further argued that the principle of *iura novit curia* also applies to laws made in a foreign language, and domestic decision-makers should be allowed to use their language proficiency. For those lacking that proficiency, an autonomous and independent national human rights institution should undertake the task of swiftly translating the relevant international norms into Turkish.

Keywords

International treaties, International agreements, International court judgments, International treaty translations, *iura Novit Curia*

Extended Summary

As a constitutional mandate, the legal decision-makers in Turkey have a clear obligation to directly implement certain international norms in the domestic law system. The meaning and scope of this obligation have been subject to broad debate. However, the practical aspect of this implementation has been mostly overlooked. Against this backdrop, this article focuses on the practical challenges in implementing international law in the domestic law system. In this regard, there are three major problems. The first is the problem of finding the appropriate international norm. Like other modern states, Turkey's international legal obligations are fast increasing, and these usually carry human rights aspects. It is unrealistic to expect all decision-makers to be familiar with all aspects of a significant number of international obligations. While international treaties ratified by Turkey are, as a rule, published in the Official Gazette, the decisions of the treaty bodies are not. These decisions are hard to find since the websites of treaty bodies are highly complicated, especially for those not particularly familiar with their systems. This article suggests that the problem may be solved by introducing an online commentary that captures the essence of all relevant international norms while being written from a national law perspective. Another useful step to address this problem would be introducing a transparent mechanism to examine the legislative, executive, and judicial organs' levels of compliance with the international norms. The second problem is related to the first but reflects a different challenge for the decision-maker: that official translations of certain international treaties include several errors. Some of these translation errors are important enough to negatively affect the decisions. Whether a Turkish judge or a legal practitioner can use their linguistic proficiencies to rectify such mistakes is not clear. Our solution to this is included in our solution to the third problem, which is the difficulty of understanding and implementing the treaty body decisions made in a foreign language. As mentioned, most of these decisions are not translated into Turkish, and it is not clear whether Turkish judges and prosecutors can directly implement a treaty body decision made in a foreign language by resorting to their linguistic proficiencies. In this article, four different ways of implementing international norms made in a

foreign language in domestic law are examined: a) the decision-makers making use of their linguistic proficiencies; b) resorting to a certified translator; c) resorting to a court expert's report; and d) asking for an official translation from the relevant ministry. While it is acknowledged that all of these methods are applicable, each has its disadvantages. This problem can be addressed by resorting to the *iura novit curia* principle. If the national decision-makers have the language proficiency they need to understand and implement the international norms in question, they should be allowed to use this knowledge. It is thus argued that the principle of *iura novit curia* ("the judge knows the law") applies to international law. If the judges in question *do* know the international law, they should be free to implement the law without having to ask for a translation from the ministry, a certified translator, or a court's expert. For others who do not have sufficient linguistic proficiency, the relevant international norms should be translated into Turkish. Ideally, it is argued, an autonomous and independent national human rights institution accredited as complying with the Paris Principles should undertake this task. Accordingly, the structure and functioning of the Turkish Human Rights and Equality Institution, the yet-to-be-accredited national human rights institution in Turkey, should be reformed following the Paris Principles.

İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukukta Uygulanmasının Önündeki Pratik Güçlükler: İlgili Uluslararası Normu Bulma ve Türkçeleştirme Sorunu

Anayasa'nın md. 90/son hükmü, ne kadar olumlu sayılırsa sayılsın beraberinde bir takım teknik sorunları da getirmektedir. Hukuk uygulamacılarının, bir milletlerarası andlaşma hükmünü ve bu hükme anlamını veren organların kararlarını esas alması, köken itibarıyla yabancı dilde kaleme alınmış olan bir normun ulusal hukukta uygulanması anlamına gelir. Bu dilsel geçiş, en az üç noktada tartışma barındırır: (1) uluslararası normun (karar veya sözleşmenin) nasıl bulunacağı, (2) çeviri hataları ve (3) ilgili uluslararası norma ilişkin yabancı dildeki mahkeme kararlarının nasıl anlaşılacağı tartışmalarını.

I. Uluslararası Normu Bulma Sorunu

Anayasa'nın 90'ıncı maddesinin ilk fıkrası uyarınca, "Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak andlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır." Dolayısıyla Türkiye'nin tarafı olduğu uluslararası sözleşmelerin prensip itibarıyla, kanun biçiminde Resmî Gazete'de yayımlandığını varsayabiliriz. Bu kural, maddenin "Türk kanunlarına değişiklik getiren her türlü andlaşmaların yapılmasında birinci fıkra hükmü uygulanır" biçimindeki üçüncü fıkrası uyarınca, kanunlarla çatışabilecek (metne göre değişiklik getirecek) bütün insan hakları sözleşmeleri için geçerlidir. Konuya bu düzenlemelerden hareketle baktığımızda, aynı konuda iç hukuktaki kanunlardan farklı hüküm getiren insan hakları sözleşmelerinin tamamının Resmî Gazetede yayımlandığını söyleyebilmemiz gerekir. Fakat bundan emin değiliz. Sözgelimi biz, bütün çabalarımıza karşın, Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme'ye Ek 1967 Tarihli Protokol'ün Resmî Gazete'de yayımlanmış bir Türkçe metnine ulaşamadık. Tespitlerimize göre Resmî Gazete'de bu sözleşmeye ilişkin iki kayıt bulunmaktadır.¹ Fakat bunların hiçbirinde Protokol'ün bir Türkçe çevirisine yer verilmemiştir. Dolayısıyla Türkiye'nin taraf olduğu bu Protokol'ün Resmî Gazete çevirisinin varlığından kuşkuluyuz. Eğer böyle bir çeviri var da çabalarımıza rağmen biz bulamamışsak dahi bunun, erişilebilirlik bağlamında bir sorunu işaret ettiğini düşünüyoruz.

Bu ayrıksı durum bir kenara, taraf olunan uluslararası sözleşmelerin Türkçe çevirilerinin kural olarak Resmî Gazete'de yer aldığı söylenebilir. Ne var ki uluslararası normu bulma sorunu burada bitmemektedir.

¹ 5 Ağustos 1968 tarihli, 12968 sayılı Resmî Gazete <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/12968.pdf>; 14 Ekim 1968 tarihli, 13026 sayılı Resmî Gazete <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/13026.pdf>.

Özellikle Roma-Germen hukuk geleneğine dayanan Kıta Avrupası ülkelerinde, “*nemo censetur ignorare legem*” yani “yasayı bilmemek mazeret olamaz”² ilkesi geçerlidir.³ Bunun hukuk uygulamacılarına ilişkin bir yönü vardır. Söz konusu ilkenin, insan hakları ve anayasa hukukunda da kabul gören kurumsallaşmış biçimine göre “yargıç, hukuku resen uygular” (“*iura novit curia*”). Dolayısıyla yargıçların önlerindeki davalarda uluslararası sözleşmeleri bildikleri ve bilmeleri gerektiği ve kendiliğinden uygulayacakları kabul edilir.

Kâğıt üzerinde durum böyle olsa da uygulamada tam bir keşmekeş söz konusudur. Birçok hukuk uygulamacısı -gerçekte- uluslararası sözleşme hükümlerini bilmemekte; bu konudaki kanun hükümlerini derli toplu ve konu tasnifli olarak da bulamamaktadır.

Bu konuda daha önemli sorun ise söz konusu sözleşmeleri yorumlayan ve bunlara anlam veren organların kararlarıdır. Bu kararların da ilgili kanun hükmüyle düzenli biçimde ilişkilendirildiği bir kaynak yoktur. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin kararları, Mahkemenin resmî sitesinde (HUDOC) yer almaktadır. Bu sitede Türkçe ara yüz ve bazı gayriresmî Türkçe karar çevirileri yer alsa da keşmekeş vardır. Kararlar ile ulusal mevzuat derli toplu biçimde eşleştirilmiş değildir. Dahası aynı düzenlemeyle ilgili farklı kararların gelgitleri veya ayrımları da açıkça anlaşılmamaktadır. Ayrıca, her konuda yek bir yorumun olmadığı gerçeği karşısında bu belirsizlik daha da derinleşmektedir.

Örneğin Türk Ceza Kanunu’nun 301’inci maddesinin öngörülebilirlik ve ulaşılabilirlik taşımadığını söyleyen *Altuğ Taner Akçam v Türkiye*⁴ kararından bir bakıma sapma niteliği taşıyan *Metis Yayıncılık Limited Şirketi ve Sökmen v Türkiye* kararı,⁵ “kararlar” kısmında değil “kabul edilebilirlik kararları” kısmında yer almakta ve iki karar arasındaki geçiş net biçimde görülmemektedir. Benzer şekilde; başörtüsü yasağı bağlamında öğrencilere dönük yasağın takdir marjı içinde görülüp ihlal sonucuna ulaşılmayan *Leyla Şahin v Türkiye*⁶ kararı ile eşi başörtülü olduğu için farklı bir şehre sürülen vali yardımcısı Ramazan Sodan’ın özel yaşama saygı hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşılan *Sodan v Türkiye* kararı aynı konunun farklı yorumlanmış tezahürleridir.⁷ Yargıçlardan bütün bu kararların tüm yönlerine hâkim olmalarını beklemek biraz fazla ileriye gitmek olabilir.

² Bu ilkenin en net biçimiyle göze çarptığı hüküm, Türk Ceza Kanunu’nun 4’üncü maddesidir: “Ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz.”

³ Bu ilkenin anayasal istisnaları, ABD Yüksek Mahkemesinin bazı kararlarında yer bulmaktadır. Örneğin *Lambert v California* 335 US 225 (1957) kararında Mahkeme, bir kişinin söz konusu yasağı bilebilme olasılığının bulunmadığı durumları bir istisna olarak ifade etmiş, fakat sonradan *United States v Freed* 401 US 601 (1971) kararında istisnaya istisna getirerek. Uyuşturucu madde veya tehlikeli silah taşımak gibi suçlar için bunun kesinlikle mümkün olmayacağı ifade edilmiştir. Daha yakın tarihli *Heien v North Carolina* 135 S. Ct. 530 (2014) kararında ise Mahkeme, bir polis memurunun bir kişinin kanunu ihlal ettiğinde hataya düşmüş olması durumunda, eğer hataya düşmede “makul şüphe” varsa dördüncü değişiklik ihlaline neden olmayacağını söylemiştir. Bkz Kit Kinports, ‘Heien’s Mistake of Law’ (2016) 68(1) Alabama Law Review 122.

⁴ *Altuğ Taner Akçam v Türkiye* (İHAM) no. 27520/07, 25.10.2011, §§ 93-95.

⁵ *Metis Yayıncılık Limited Şirketi ve Sökmen v Türkiye* (İHAM) no. 4751/07, 20.06.2017, §§ 34-35.

⁶ *Leyla Şahin v Türkiye* [BD] (İHAM) no. 44774/98, 10.11.2005, § 122.

⁷ *Sodan v Türkiye* (İHAM) no. 18650/05, 02.02.2016, §§ 57-59.

Öte yandan, tartışmaya konu olan tek norm, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Mahkemesi ile ilişkili olanlar da değildir. Avrupa Konseyinin, İşkencenin Önlenmesi Avrupa Komitesi, Sosyal Haklar Avrupa Komitesi gibi diğer organlarının kararları ile BM bünyesindeki diğer metinler ile Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi, İnsan Hakları Komitesi, Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi, İşkenceye Karşı Komite; Çocuk Hakları Komitesi, Tüm Göçmen İşçiler ve Aile Fertlerinin Korunması Komitesi, İşkencenin Önlenmesi Alt Komitesi, Engelli Hakları Komitesi, Zorla Kaybedilme Komitesi gibi organların verdiği kararlara erişim HUDOC'a kıyasla çok daha güçtür.⁸ Dolayısıyla tüm bu kararlara her olayda egemen olmak olası değildir.

Bu sorun, nispi nitelik taşıyan ve taraflarca getirilme ilkesine dayanan özel hukuk davalarında bir ölçüde aşılabılır. Tarafların, kendileriyle ilgili norma dikkat çekmediği hâllerde ulusal normun uygulanmasının kabul edilebilirlik marjı biraz olsun geniş sayılabilir. Gelgelelim kamusal davalarda bu küçük marj da ortadan kalkmaktadır.

Dolayısıyla; bu sorunun aşılması için adım atılması gerekmektedir. Bize göre bu konuda ulusal hukuku esas alan ve ilgili kararları özlü biçimde yansıtan çevrim içi bir şerh çalışması anlamlı olabilir. Öyle ki her kararın gereğinin AYM, diğer yargı kolları, yasama ve yürütme tarafından yerine getirilip getirilmediğini sınavan şeffaf bir sistem kurmak da bir diğer yöntem olabilir.

II. Uluslararası Sözleşmelerde Çeviri Hataları

Uluslararası insan hakları sözleşmeleri genellikle çokuluslu bir kurum tarafından üretilir. Çekirdek metinler söz konusu olduğunda bu organlar özellikle Birleşmiş Milletler (BM) ve Avrupa Konseyidir (AK). BM'nin resmî dilleri Arapça, Çince, İngilizce, İspanyolca, Fransızca ve Rusçadır. AK'nin resmî dilleri ise İngilizce ve Fransızcadır.⁹ Bu metinleri yorumlayan veya denetleyen organlar, sayılan resmî dilleri kullanır. Görüldüğü gibi söz konusu dillerin arasında Türkiye Cumhuriyeti'nin resmî dili olan Türkçe yoktur. Dolayısıyla, normların Türkçeleştirilmesi gerekir. Bu bir iç hukuk meselesidir.

Bilindiği gibi bir uluslararası sözleşmeye taraf olunurken öncelikle temas kurma ve görüşme yapmak gerekir. Bu süreç, kural olarak Dışişleri Bakanlığı eliyle ve doğal olarak yabancı dilde yürütülür.¹⁰ Sözleşmelerin parafe edilmesi, imzalanması,

⁸ Bu konudaki taramalar şu data bankasından yapılabilmektedir:
https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/TBSearch.aspx

⁹ Fransızcaya resmî dil statüsü tanınmasının yanı sıra Mahkemenin Fransa'da bulunması da hesaba katıldığında, Fransız hukukçuların ve Fransız yargı kültürünün Mahkeme'nin iç işleyişini orantsız bir şekilde etkilediği yönündeki savlar açıkla dile getirilmektedir. Bu konuda bkz Mathilde Cohen, 'On the Linguistic Design of Multinational Courts: The French Capture' (2016) 4 ICON 498.

¹⁰ Bu konuda bkz '05/05/1969 tarihli 1173 sayılı Milletlerarası Münasebetlerin Yürütülmesi ve Koordinasyonu Hakkında Kanun', Resmî Gazete, 17/05/1969, S. 13201. Birinci madde, bu konuya ayrılmıştır.

bildirim yapılması ise bir Cumhurbaşkanlığı kararı ile belirlenen temsilciler kanalıyla gerçekleşir.¹¹ Bu süreçlerin tamamlanmasından sonra, onaylamaya geçilir. İnsan hakları sözleşmelerini onaylama veya bunlara katılma ise TBMM'nin bunu bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır. Bu uygun bulma kanunu, bir hazırlık sürecini gerektirir. 9 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, “Türkiye Büyük Millet Meclisince uygun bulunması zorunlu olan andlaşmaların Cumhurbaşkanlığı tarafından Türkiye Büyük Millet Meclisine gönderilmesi kapsamındaki hazırlık çalışmaları Dışişleri Bakanlığı tarafından yürütülür” dediği için konuyla ilgili hazırlıklardan biri olan Türkçe çeviri işi Dışişleri Bakanlığın görevleri arasındadır.¹² Nitekim 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin “Dışişleri Bakanlığı” başlıklı dördüncü bölümündeki “Tercüme Dairesi Başkanlığı” başlıklı 153'üncü maddesi bunu açıkça düzenlemiştir. Buna göre “yabancı devletler ve uluslararası kuruluşlar ile akdedilen andlaşmalar başta olmak üzere, dış politikanın yürütülmesi çerçevesinde Bakanlıkça ihtiyaç duyulan belge metinlerin tercüme edilmesini veya yapılmış olan tercüme metinlerin gözden geçirilmesini sağlamak” Dışişleri Bakanlığı Tercüme Daire Başkanlığının işidir.¹³

Uluslararası insan hakları sözleşmelerinin Türkçe çevirilerinin “yetersiz ve yanlışlıklarla dolu” olduğuna dair öğretiler 1988 yılına kadar geriye gitmektedir.¹⁴ Bugün Başkanlığın yetki alanındaki uluslararası insan hakları sözleşmelerinin Türkçelerine baktığımızda, son yıllarda belli bir standardın yerleşmeye başladığını söyleyebiliriz. Gelgelelim bu metinlerin çevirisinde ve gözden geçirilmesinde kabul edilebilir sınırların ötesinde ihmaller vardır. Bazı uluslararası sözleşmelerin Resmî Gazete'de yer alan Türkçe metinleri, orijinal metinden farklı anlama yol açacak eksik ya da hatalı çeviriler içermektedir.

Bu sorun en temel insan hakları belgelerinden birinde hemen karşımıza çıkmaktadır: İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin Resmî Gazete çevirisinde, Bildirge'nin özgün metninin “Dibace” kısmının dördüncü paragrafı atlanmıştır.¹⁵

¹¹ Bu konuda bkz. ‘9 sayılı Milletlerarası Andlaşmaların Onaylanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’, Resmî Gazete, 15/07/2018, S. 30479. Madde 1, bu konuya ayrılmıştır.

¹² Uygulamada kanun teklifleri fiilen Cumhurbaşkanlığı tarafından sunulmakta, hukuken Meclis Başkanının adı geçmektedir. Oysa Anayasa’da Cumhurbaşkanının kanun teklif etme yetkisi yoktur. TBMM İftitüzünün 90’uncu maddesine göre ise “Anayasa gereğince Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlı olan andlaşmalar Cumhurbaşkanınca, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına genel gerekçesiyle sunulur. Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanı bu andlaşmaları gelen kâğıtlar listesinde yayımlar. Bu andlaşmaların gelen kâğıtlar listesinde yayımından itibaren milletvekilleri tarafından andlaşmaların onaylanmasının uygun bulunduğuna dair kanun teklifi verilebilir. Bu teklif diğer kanun tekliflerinin tabi olduğu usule göre işlem görür.” Buna göre teklifin, dolayısıyla icabında tercümedeki düzeltmelerin milletvekilleri tarafından yapılması gerekir.

¹³ Söz konusu hüküm, 6004 sayılı Dışişleri Bakanlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun’un yardımcı birimler başlıklı 8’nci maddesinin (e) fıkrasında yer alıyordu.

¹⁴ Edip Çelik, ‘Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri ve Uygulaması’ (1988) 9(1-3) İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi 54. Bu konuda başka eleştiriler için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, *Uluslararası İnsan Hakları Belgeleri*, Cilt I-II (Legal Yayıncılık 2011); Kadriye Bakırcı, ‘İstanbul Sözleşmesi’ (2015) 73(4) Ankara Barosu Dergisi 137; Tolga Şirin, ‘İnsan Haklarının ve Temel Hakların Korunması İçin Sözleşme’nin Türkçe Çevirisi Sorunu’ (2021) 9(1) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi 1.

¹⁵ 27 Mayıs 1949 tarihli, 7217 sayılı Resmî Gazete.

Yine Engelli Haklarına İlişkin Sözleşme’de, bu kez çok daha önemli bir bölüm çeviride ihmal edilmiştir. Sözleşme’nin birinci maddesindeki “engelli” tanımının özgün hâli şu şekildedir:

Engelli kişiler, *çeşitli başka engellerle etkileşerek* bireyin topluma başkaları denli bütünüyle ve etkin katılmalarına engel olan uzun süreli fiziksel, zihinsel, düşünsel ya da algısal bozukluğu bulunan kişileri içerir.

Vurgulanan bölüm (“*in interaction with various barriers*”) resmî çeviride atlanmıştır. Eksik çevirili hâliyle Resmî Gazete’deki tanım, engelliliğe yol açan etmenlerin yalnızca bireyin kendi niteliklerinden kaynaklandığı algısına yol açmaktadır. Aksine orijinal metne göre engelliliğe yol açan yalnızca kişinin kendi özellikleri değildir; dış engeller bu özelliklerle birleşerek engellilik yaratabilmektedir.¹⁶ Bu, somut uyumsuzluklarda hak aleyhine yorum farkı doğurabilecek kadar önemli bir eksikliklerdir.

Daha da ilginç, İstihdam Politikasıyla İlgili 122 Sayılı Uluslararası Çalışma Örgütü (“ILO”) Sözleşmesi’nin Resmî Gazete metninde bulunur. Bu sözleşmenin Resmî Gazete çevirisinin giriş kısmında şu ifade göze çarpmaktadır: “Milletlerarası Çalışma Teşkilâtı Statüsü girişinin işsizlikle savaş yapılmasını ve uygun geçiş koşulları *sağlamayan* bir ücret teminatı öngördüğünü (...) nazara alarak (...) aşağıdaki Sözleşmeyi kabul etmiştir.”¹⁷ Bu çeviride vurgulanan “sağlamayan” ifadesi, hatalı çevirinin yol açtığı mantıksız sonuçtan da anlaşılacağı üzere, açıkça yanlış yazılmıştır.

Söz konusu hatalı çevirilerin, prensip itibarıyla, Türkiye’nin uluslararası yükümlülükleri açısından bir değeri olamaz. Nitekim 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’nin 27’nci maddesine göre “Bir taraf, bir sözleşmeyi yerine getirmeme gerekçesi olarak iç hukukunun hükümlerine başvuramaz.” Dahası aynı Sözleşme’nin 46’nci maddesine göre “bir Devlet, bir antlaşmayla bağlanma iradesini geçersiz kılacak bir gerekçe olarak, bağlanma iradesinin iç hukukunun antlaşma akdetme yetkisiyle ilgili hükümlerini ihlal etmek suretiyle açıklandığı olgusuna başvuramaz.” Bu son durumun tek istisnası, “ihlalin aşikâr ve iç hukukunun temel öneme sahip bir kuralıyla ilgili” olmasıdır. İhlalin aşikârlığı ise, “söz konusu meselede normal uygulamaya göre ve iyi niyetle hareket eden herhangi bir Devlet için nesnel olarak açık görünüyorsa” söz konusu olur.

Dolayısıyla sözleşmelerin yanlış çevrilmiş olması bir yana, iç hukukta yürürlüğe girme usulünde büsbütün hata yapılması durumunda bile, iç hukuktaki bu hatalara

¹⁶ İdil Işıl Gül ve Ulaş Karan, *Ayrımcılık Yasağı: Kavram, Usul, İzleme ve Belgeleme* (Bilgi Üniversitesi Yayınları 2011) 55.

¹⁷ 23 Ekim 1977 tarihli, 16093 sayılı Resmî Gazete (vurgu eklendi).

atıfla devletin uluslararası yükümlülüğünün ortadan kalktığı savunulamaz.¹⁸ Sözleşmenin gerçek hükümleri, devleti bağlamaya devam eder.

Özetle çeviri hatalarının, kural olarak, uluslararası yükümlülükler açısından bir anlamı yoktur. Ancak iç hukukta hatalı uygulamalara yol açabilir. Uluslararası yükümlülüğün gereğinin yapılması ise, uygulamacıların, uluslararası hukuk normunun doğru ve orijinal biçimini esas almalarını gerektirir. Bunun mümkünlüğü ise kuşkuludur. Bir sonraki bölümde yargıcın yabancı dildeki bir uluslararası mahkeme kararından nasıl yararlanacağına yönelik yürütülecek tartışma, yargıcın uluslararası sözleşmelerin orijinal biçimlerinden nasıl yararlanacağı sorusu için de geçerlidir.

III. Kararların Türkçeleştirilmesi Sorunu

Sözleşmelerin Türkçe metinleriyle ilgili sorunlardan daha büyük sorun, denetim organlarının verdiği kararlarla ilgilidir. Şöyle ki BM ve AK bünyesindeki denetim organlarının kararlarının büyük bir kısmı Türkçeye çevrilmiş değildir. Gerçi Sözleşme'nin etkililiğini arttırmak için Interlaken, Brighton ve İzmir'de yapılan Avrupa Konseyi toplantılarında, Mahkeme kararların 47 üye devletteki 36 farklı resmi dile çevrilmesi yönündeki kararlar uyarınca bu eğilim değişmiştir.¹⁹ Son yıllarda HUDOC sitesinde pek çok İHAM kararının resmî olmayan Türkçe çevirileri (en azından özetleri) yayımlanmaktaysa da bu çevirilerde çok sayıda eksik ve hata vardır. Ayrıca, aynı kurum veya kişilerce yapılan çeviriler arasında bile kavramsal standartlar yoktur. Pek çok kararda paragraf numaraları bulunmamakta,²⁰ karara götüren gerekçelerden yeterince söz edilmemekte²¹ ve/veya davaya konu olan bazı olaylara veya ifadelere yer verilmemektedir.

Örnek vermek gerekirse; İslam'a dönük ifadelerin tartışıldığı *Aydın Tatlav v Türkiye* kararının²² Dışişleri Bakanlığı tarafından yapılan ve İHAM'ın sitesinde yer alan Türkçe çevirisinde, davaya konu olan ifadelerin ne olduğu anlaşılmamaktadır. Bu ifadeler çeviride adeta sansürlenmiştir.²³ Çevirinin bu hâlini okuyan bir yargıcın, elindeki benzer bir uyuşmazlık için anlamlı herhangi bir sonuç çıkarabilmesi olası değildir; çünkü olayda verilen ihlal kararında belirleyici olan olgu, İHAM'ın "mahkumiyet

¹⁸ Ki Türkiye Cumhuriyeti hukukunda uluslararası sözleşmelerin yürürlüğe girme usulünde hata yapılmasının örneği de yok değildir. Örneğin Resmî Gazete kaydına bakılırsa Diploması Ajanları da Dahil Olmak Üzere Uluslararası Korunan Kişiler Karşı İşlenen Suçların Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi, Bakanlar Kurulu tarafından, 27/10/1980 tarihli 2326 sayılı uygun bulma kanunu uyarınca yürürlüğe konmuştur. Ancak söz konusu uygun bulma kanununun bu Sözleşme'yle alakası yoktur. Doğru uygun bulma kanunu, 21.01.1981 tarihli ve 2374 sayılıdır.

¹⁹ Bu konuda daha fazla bilgi için bkz Anne Lise Kjær, 'Translation of Judgments of the European Court of Human Rights into Non-official Languages: The Politics and Practice of European Multilingualism' in Anne Lise Kjær and Joanna Lam (eds), *Language and Legal Interpretation in International Law* (OUP 2020)

²⁰ <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-124504> (Erişim tarihi: 23 Şubat 2021)

²¹ <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-150850> (Erişim tarihi: 23 Şubat 2021)

²² *Aydın Tatlav v Türkiye* (İHAM) no. 50692/99, 02.05.2006.

²³ <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-120745> (Erişim tarihi: 23 Şubat 2021)

kararında anılan bölümleri sert eleştiri dozunda” bulması ve “inanınların doğrudan kişiliğini hedef alan aşağılayıcı bir ton [ya da] kutsal sembollere özelliklere (sic) Müslümanlara hakarete varan bir saldırı” niteliğinde olmadığı sonucuna varmasıdır. Dolayısıyla olayda temel ayırım noktası, mahkûmiyete konu edilen ifadelerin yorumlanma biçimlerindeki İHAM ve yerel mahkemeler arasındaki farklılıktır. Bu nedenle karara konu olan ama çeviride sansürlenmiş ifadelerin neler olduğunu bilmeden kararı okumanın hiçbir anlamı yoktur.

Kararlardaki olay kısmının eksik ya da “sansürlü” çevirileri bir yana, İHAM’ın yorumlarının olandan farklı biçimde yansıtıldığı kararlara da rastlamak mümkündür. Örneğin *Karaçay v Türkiye* kararının Dışişleri Bakanlığı tarafından yapılan Türkçe çevirisinde şu ifade yer almaktadır: “AİHM, mevcut davadaki müdahalenin AİHS’nin 11 § 2. maddesi uyarınca meşru amaç güttüğünden şüphe duymamaktadır.”²⁴ Bu çeviri, kararın orijinalinde yer alan ifadenin *tam tersidir*. Aksine Mahkeme, ilgili paragrafta, olayda müdahalenin meşru amaç güttüğünden *şüphe duyduğunu* belirtmiştir.²⁵ İHAM’ın yorumu, her nasılsa, çevirirken tam tersi biçimde aktarılmıştır.

Özensiz çevirilere bir başka çarpıcı örnek, *Taşkın ve diğerleri v Türkiye* kararının Dışişleri Bakanlığı tarafından yapılan ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin sitesinde de yer alan Türkçe çevirisinden verilebilir.²⁶ Anılan çeviride Bakanlık, *bir Türkiye kanununun ismini hatalı çevirmişti*. Şöyle ki, çevirinin 29’uncu paragrafında “2577 sayılı İdari İşlem Yasası” ifadesi geçmektedir. Bilindiği üzere Türkiye’de böyle bir yasa yoktur. 2577 sayılı Kanun’un resmî ismi, “İdari Yargılama Usulü Kanunu”dur.

Dolayısıyla, sözleşmeler için belirttiğimiz sorunların benzerleri kararlar için de vardır. Üstelik bu kararların Resmî Gazete’de yayımlanmaması ve pek çoğunun Türkçeye hiç çevrilmemiş olması, söz konusu sorunu daha da derin hâle getirmektedir.

Gerçi hem Danıştay hem de Yargıtay, HUDOC’ta ya da internetten erişebildiğimiz başka bir resmî kaynaktan Türkçe çevirisi olmayan İHAM kararlarına da atıflar yapmaktadır. Örneğin iki Yüksek Mahkeme de, resmî makamlar tarafından yapılmış herhangi bir çevirisine rastlayamadığımız *Artico v İtalya*,²⁷ *Marckx v Belçika*,²⁸

²⁴ <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-121653> (Erişim tarihi: 23 Şubat 2021)

²⁵ *Karaçay v Türkiye* (İHAM) no. 6615/03, 27.03.2007, § 32: “La Cour doute que l’ingérence dans le présente affaire poursuivait un but légitime au sens de l’article 11 § 2 de la Convention.”

²⁶ *Taşkın ve diğerleri v Türkiye* (İHAM) no. 46117/99, 10.11.2004, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-125031> (Erişim tarihi: 08 Mart 2021)

²⁷ Danıştay Kararı - 7. D., E. 2016/3082 K. 2018/5468 T. 3.12.2018; Yargıtay Kararı - 13. HD., E. 2017/6251 K. 2019/3965 T. 26.3.2019; *Artico v İtalya* (İHAM) no. 6694/74, 13.5.1980.

²⁸ Danıştay Kararı - 5. D., E. 2016/1543 K. 2016/906 T. 24.2.2016; Yargıtay Kararı - HGK, E. 2010/4 K. 2010/56 T. 3.2.2010; *Marckx v Belçika* (İHAM) no. 6833/74, 13.06.1979.

Kokkinakis v Yunanistan,²⁹ *Handyside v Birleşik Krallık*,³⁰ *Golder v Birleşik Krallık*,³¹ *Castells v İspanya*,³² *Abdulaziz, Cabales ve Balkandali v Birleşik Krallık*³³ gibi İHAM kararlarına pek çok kez atıf yapmıştır. Yüksek Mahkemelerin bu kararlara atıf yaparken hangi çevirilerden yararlandıkları kararlarından anlaşılamamaktadır. Bu çeviriler eğer resmî çevirilerse, kamuoyunun ve tarafların denetimine tabi olmak üzere yayımlanmalıdır. Çünkü yukarıda da görüldüğü üzere resmî makamlar tarafından yapılan çevirilerde karara etki edecek ölçüde ciddi sorunlar bulunması her zaman mümkündür. Yok eğer resmî çeviri değilse, aşağıda yargıcın kendi bilgisini kullanması bağlamında yürütülecek tartışmalar için önemli bir veri sunmaktadır. Bu noktaya ileride dönecektir.

Bir davada uygulamak için benzer olaylara ilişkin verilmiş uluslararası mahkeme kararlarının Türkçelerini bulma sorunundan daha acil olan sorun ise, hâlihazırda görülmekte olan veya yeniden yargılama ya da yeniden soruşturma yapılması gereken davalara ilişkin verilmiş uluslararası mahkeme kararlarıyla ilgili olarak ortaya çıkmaktadır. Böylesi durumlarda o dosyaya ilişkin yabancı dilde verilmiş bir kararın ulusal mahkemeler tarafından nasıl uygulanacağı sorunu kritik bir hâl almaktadır.

Bu sorunun yakın zamanki örneği *Selahattin Demirtaş (2) v Türkiye* kararı bağlamında gündeme gelmiştir. İnsan Hakları Mahkemesi, Selahattin Demirtaş'ın özgürlük ve güvenlik hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmış, Sözleşme'nin 46'ncı maddesi uyarınca "derhal serbest bırakılması" yönünde bir karar vermiştir.³⁴ Bu karar, Sözleşme'nin yine 46'ncı maddesi uyarınca bağlayıcıdır. Bu çok açıktır. Öte yandan, söz konusu karar Anayasa'nın 90'ncü maddesi uyarınca, aynı zamanda bir kanun hükmündedir. Hâl böyleyken ulusal yargıçlar, kararın gereğini yerine getirmekle yükümlüdür. Ne var ki Türkiye'deki yargılama süreçleri resmî dil olan Türkçede yapılmaktadır. İngilizce olarak verilen ve 450'den fazla paragraftan oluşan kararın gereğinin derhal yerine getirilmesi teknik sorunlar barındırmaktadır. Benzer sorun, "AİHM'in ihlal kararı vermesi"ni yeniden yargılama nedeni sayan çeşitli usul kanunları hükümlerinin uygulanması yönünden de söz konusu olmaktadır. Bu açmazın aşılması gerekir.

²⁹ Danıştay Kararı - 10. D., E. 2010/9929 K. 2014/3373 T. 26.5.2014; Yargıtay Karar - 4. CD., E. 1999/617 K. 1999/2108 T. 3.3.1999; *Kokkinakis v Yunanistan* (İHAM) no. 14307/88, 03.12.1991.

³⁰ Danıştay Kararı - 13. D., E. 2013/1727 K. 2014/377 T. 26.11.2014; Yargıtay Kararı - 18. CD., E. 2018/1978, K. 2019/13554 T. 1.10.2019; *Handyside v Birleşik Krallık* (İHAM) no. 5493/72, 7.12.1976.

³¹ Danıştay Kararı - İDDK, E. 2007/127 K. 2010/28 T. 14.1.2010; Yargıtay Kararı - HGK, E. 2004/664 K. 2004/719 T. 15.12.2004; *Golder v İngiltere* (İHAM) no. 4451/70, 21.2.1975.

³² Danıştay Kararı - 13. D., E. 2013/2894 K. 2014/4670 T. 31.12.2014; Yargıtay Kararı - 8. CD., E. 2014/27832 K. 2015/9649 T. 17.2.2015; *Castells v İspanya* (İHAM) no. 11798/85, 23.04.1992.

³³ Danıştay Kararı - 2. D., E. 2016/4732 K. 2017/7493 T. 29.11.2017; Yargıtay Kararı - HGK, E. 2014/889 K. 2015/2011 T. 30.9.2015; *Abdulaziz, Cabales v Balkandali* (İHAM) nos. 9214/80, 9473/81 ve 9474/81, 28.05.1985.

³⁴ *Selahattin Demirtaş (2) v Türkiye* [BD] (İHAM) no. 14035/17, 22.12.2020, § 442.

Bu sorunun çözümü için tartışmaya değer dört farklı seçenek gündeme gelmektedir: i) Yargıcın kendi yabancı dil bilgisini kullanması, (ii) yeminli tercüme, (iii) bilirkişi ataması, (iv) kararın Türkçesinin ilgili bakanlıktan sorulması. Söz konusu olasılıklara yakından bakmak gerekir.

A. Yargıcın Doğrudan Kendi Yabancı Dil Bilgisini Kullanması

İlk çözüm yolu, yargıcın kendi bilgisini kullanması olabilir. Bu, öncelikle davaya bakan yargıcın İngilizce veya Fransızca bilgisine sahip olmasını gerektirir. Kendi bilgisi ile iç hukukun yaptığı gönderme uyarınca uygulanacak hukukun içerik bilgisine sahip olan bir yargıcın buna uygun hareket ederek karar vermesi, sonuçları itibarıyla meşrudur. Gelgelelim söz konusu meşruluk ona kendiliğinden yasallık sağlamayabilir. Çünkü Türkiye’de yargılama süreçleri resmî dil olan Türkçe dilinde yürütülmektedir. Bu nedenle bu sorunun özel olarak değerlendirilmesi gerekir.

Bu sorun, öğretilerde farklı bir bağlamda tartışılmıştır. Bilindiği gibi Milletlerarası Özel Hukukunun temel konularından birini yabancı hukuk kurallarının Türkiye’de uygulanması oluşturmaktadır. Öğretilerde yargıçların Türkçeden başka bir dildeki “yabancı hukuk” kurallarını bizzat uygulaması konusunun üzerinde durulmuştur. Buna göre öncelikle ortak kabul, “yargıç, hukuku resen uygular” (*iura novit curia*) ilkesinin yargıçlara, somut davaya uygulanacak olan kuralın ne olduğu konusunda kişisel olarak araştırma olanağı, hatta zorunluluğu yüklediğidir.³⁵ Fakat bu salt ulusal hukukla ilgili olarak kabul edilmektedir.³⁶ Bu görüş sadece Türkiye’de değil örneğin Almanya’da da kabul görmektedir.³⁷ Buna göre yargıcın “yabancı hukuku” bilme yükümlülüğü yoktur.

Bu noktada ikinci bir soru gündeme gelmektedir. Yargıcın böyle bir yükümlülüğünün olmaması, onun bu hukuku uygulamasına engel midir? Başka bir deyişle, yargıçların “yabancı hukuku” bilmemesinde bir sorun yoktur ama bunu bilen yargıcın kendi bilgisini kullanmasının önünde bir yasak var mıdır?

Bu sorunun yanıtı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 2’nci maddesine dayanılarak yanıtlanır: “Hâkim, Türk kanunlar ihtilâfi kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku re’sen uygular. Hâkim, yetkili yabancı hukukun muhtevasının tespitinde tarafların yardımını isteyebilir.” Maddenin devam eden fıkrasında da “Yabancı hukukun olaya ilişkin hükümlerinin tüm araştırmalara rağmen tespit edilememesi hâlinde, Türk hukuku uygulanır.” denmiştir. Öğretilerde

³⁵ Cenk Akil, ‘Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması İlkesi’ (2008) 57(3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 18 ve oradaki atıflar.

³⁶ Ergin Nomer ve Cemal Şanlı, *Devletler Hususi Hukuku* (Beta Yay 2003) 181-82.

³⁷ Werner Geisler, ‘Zur Ermittlung ausländischen Rechts durch Beweis im Prozess’ (1978) 91(2) Zeitschrift für Zivilprozess 176 vd.

de bu yabancı hukukun bulunması için yargıcın “tüm imkânları” kullanabileceği,³⁸ ayrıca yabancı hukukun olaya uygulanacak normunu biliyor ise kendiliğinden uygulayabileceği kabul edilmektedir.³⁹ Almanya’da da uygulama bu yöndedir. Hatta yargıcın bu araştırmayı kural olarak kendisinin yapması gerekliliğinden bile bahsedilir.⁴⁰ Bu durumda yargıcın kendisinin işin içinden çıkamadığında diğer bilgi kaynaklarına resmî yollarla başvuracağı söylenir.

Türkiye’de bu yol, Adalet Bakanlığı kanalıyla gerçekleşmektedir. Türkiye, Avrupa Konseyi’nin ürettiği “Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi”ne taraftır. Bu sözleşme uyarınca taraf devletler birbirlerine, bilgi istenen somut duruma özgü ulusal hukukları hakkında resmî kanallarla bilgi sunma yükümlülüğü altındadır. Gerekli yazışmalardan sonra yargıçlar, yabancı hukukun ne olduğunu öğrenebilir ve buna göre karar verebilir. Fakat yargıcın bu yola başvurmayıp kendi teknik bilgisini kullanması bozma nedeni değildir. Başka bir deyişle, devletler özel hukuku uyarınca yabancılık unsuru içeren özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde bir davada yargıç, kendi bilgisini kullanabilir. Bunun doğru olmadığını ileri sürme yükümlülüğü taraflardadır.⁴¹

Anılan çıkarım, Milletlerarası Özel Hukuku ile ilgilidir. Acaba bu çıkarım, devletler umumi hukukuna veya genel olarak kamu hukukuna kıyas yoluyla aktarılabilir veya teşmil edilebilir mi? Bize göre iki nedenle bu sorunun yanıtı olumludur.

Birincisi, örneğin İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi hukuku, klasik anlamıyla “yabancı hukuk” değildir. Bu hukukun üretiminde Türkiye’den gönderilen bir yargıç da görev almaktadır. Söz konusu mahkeme, bir Alman mahkemesi veya bir Yunan mahkemesi gibi başka bir ulus devletin mahkemesi değildir. Uluslararası nitelik taşımakta ve hem metni hem de kararları iç hukukun bir parçası sayılmaktadır.⁴² Bu gerçek hem Sözleşme’ye atılan imza hem uygun bulma kanunu hem de Anayasa’nın 90’ıncı maddesi uyarınca kabul edilmiştir.

İkincisi, özel hukuk davaları nispi ve öznel nitelikli davalardır. Kararlar, taraflarca getirilme ilkesine dayanılarak yapılan muhakeme sonucunda verilir. Oysa kamu

³⁸ Akıl, (n 35) 20 vd.

³⁹ Cemal Şanlı, Emre Esen ve İnci Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (9. Bası, Beta Yay 2021) 75; Aysel Çelikel ve B. Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (16. Bası, Beta Yay 2020) 172; Ziya Akıncı, *Milletlerarası Özel Hukuk* (Vedat Kitapçılık 2020) 14-15; Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk* (6. Bası, Savaş Yay 2020) 245-51; Can Yöney, *Yabancı Hukukun Uygulanması* (On İki Levha Yay 2018) 97-98; Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku* (20. Bası, Beta Yay 2013) 190; Tuğçe Nimet Yaşar, ‘Türk Mahkemelerinde Yabancı Hukukun Uygulanması’ (2013) 33(2) *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 85.

⁴⁰ Fastrich von Lorenz, “Revisibilität der Ermittlung ausländischen Rechts”, *Zeitschrift für Zivilprozess*, 97(4), 1984, s. 425 vd.

⁴¹ Volkan Özçelik, ‘Yabancı Hukukun Uygulanmasında Taraf Roller’ (2020) 10(1) *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 202.

⁴² Öyle ki ulusal hukukumuzda yerel mahkemelerce verilen bir kararın İHAS’ı ihlal ettiğinin İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi tarafından tespit edilmesi, yargılamanın yenilenmesi sebeplerinden biridir. Bkz 6216 Sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun md. 67(2); 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu md. 375(i); 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu md. 172(3) ve 311(f). 1602 Sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu md. 64(ı).

hukuku davalarının nesnel bir niteliği vardır. Muhakeme, taraflardan bağımsız olarak yürütülür. Kamu yararı ön plandadır. Hele ki işin içinde ceza varsa bu durumda amaç biçimsel gerçeğe değil maddi gerçeğe ulaşılmasıdır. Hâl böyleyken bu bağlamda resen araştırma ilkesinin, özel hukuk uyumsuzluklarına nazaran çok daha geniş olduğunu düşünmek gerekir.

Bu çıkarımın tartışmalı yönü, yargıçların yabancı dil bilgilerinin yetersizliğinin getireceği riskler ve bu risklerin hukuk güvenliğine dönük olumsuz etkileriyle ilgili olabilir. Gelgelelim tarafların itiraz hakkı ile buna bağlı usuli güvenceler ve verilecek kararların her koşulda denetime tabi olması bu riski, diğer bütün risklerle aynı düzeye çekmektedir. Yargıcın kendi yabancı dil bilgisini kullanacağı durumda, sözgelimi lehe verilen bir İHAM kararına ilişkin yeniden yargılama yapmakla görevli yargıcın yabancı dil biliyor olması, o davanın sanığı için, benzer durumda olup da dosyasını dil bilmeyen bir yargıcın gördüğü sanığa göre (en azından süre yönünden) avantaj yaratabilir. Ancak aynı tür davaları gören yargıçların bilgi ve eğilimler bakımından bütünüyle eşit olması hedefi zaten gerçekçi değildir. Bir yargıcın bazı konular hakkında diğer yargıçlara göre daha çok okumuşluğu olabilir, veya özel ilgisi bulunabilir. Bir yargıç çevresel konulara daha duyarlıyken, diğer yargıç iş dünyasına daha olumlu bakıyor olabilir. Geçmişinde mağduru olduğu bir suçun dosyasında yargıçlar, çok daha titiz davranabilir. Özetle yargıçlar önünde mutlak eşitlik, gerçekçi değildir. Hukuk sistemine düşen, farklı sosyoekonomik yapılardan gelen, farklı duyarlılık, eğitim ve eğilimlere sahip yargıçları tek zihin yapısına eşlemek değil; bu farklılıkları adalet potasında eritebilmektir. Dahası, itiraz, istinaf ve temyiz yollarında yapılacak denetimler ve Anayasa Mahkemesinin yapacağı anayasa şikâyeti denetimleri de olası sorunları gidermekten işlev görebilecek bir faktör olarak akılda tutulmalıdır. Tüm bunlara ek olarak, birinci bölümde de gösterildiği üzere hem Danıştay hem de Yargıtay, resmî kurumlar tarafından yapılan Türkçe çevirileri olmayan uluslararası mahkeme kararlarından da yararlanmaktadır. Yararlanılan çevirilerin kaynağı kararlardan anlaşılmasa da ortada iki ağır basan olasılık bulunmaktadır: Bu çeviriler ya ilgili dairedeki yargıçların kendi bilgileriyle yaptıkları çevirilerdir; ya da resmî olmayan, hukuk şerhleri gibi kaynaklardan yararlanılarak oluşturulmuş çevirilerdir. Birinci ihtimal, bizzat bu makalede mümkün olduğu savunulan yoldur ve dolayısıyla savlarımızı destekleyici niteliktedir. Ne var ki ikinci ihtimal, yani resmî olmayan çevirilerden ya da hukuk şerhlerinden yararlanılıyor olma ihtimali de bu savlarımızı desteklemektedir. Öyle ki, eğer yargıçlar gayri resmî çevirilerden ya da üçüncü kişiler tarafından yazılan şerhlerden yararlanabiliyorsa, kendi bilgilerinden evleviyetle yararlanabilmelidir.

Son olarak, her sene Hâkimler ve Savcılar Kurulu yargıçların dil eğitimleri için programlar düzenlemekte ve bu amaca önemli bir bütçe ayırmaktadır. Örneğin HSYK'nin 2017 yılı performans programında yer alan ifadelere göre "Hâkim ve

savcılarının (...) AİHM içtihatlarına vâkıf olabilmeleri için yabancı dil eğitimi ile yurt dışı yüksek lisans ve doktora eğitimi imkânlarının geliştirilmesi gerekmektedir.”⁴³ Birebir aynı ifade 2016 performans programında da mevcuttur.⁴⁴ Her sene 60 hâkim ve savcıcıyı yurt dışına göndermek için gerekli kaynak ihtiyacı, 2017 yılı için 1 milyon 350 bin;⁴⁵ 2016 yılı için 1 milyon 240 bin Türk lirası⁴⁶ olarak belirlenmiştir. Gerçi 2018 yılından itibaren yayımlanan Performans Programlarında böyle bir kaleme yer verilmemektedir. Ama eğer yargıçlar ve savcılar kendi yabancı dil bilgilerini kullanamayacaklar ise, en az 2004 yılına kadar geriye giden⁴⁷ bu eğitimlerin ve harcanan kaynakların tamamıyla “israf” olduğunu kabul etmek gerekir.⁴⁸

B. Yeminli Tercüme

Yabancı dildeki bir belgenin mahkemelerde kullanılması konusundaki yaygın uygulama, metnin “yeminli tercüme” yoluyla Türkçeleştirilmesidir. Yeminli tercümanlık, kimi ülkelerde devlet kurumlarının (örn. Almanya, İspanya) kimi ülkelerde meslek örgütlerinin (örn. Birleşik Krallık, ABD) yaptığı sınavları geçerek erişilen özel bir statüdür. Bu statüdeki kişilerin (yeminli tercümanın) çevirdiği metinler, yargı organları tarafından kullanılabilir nitelik kazanır.⁴⁹ Diğer bazı ülkelerde ise yeminli tercümanlar, yemin zaptına tutularak noterlerce belirlenir. Bu kişilerin yaptığı çeviriler yine noterler tarafından onaylandıktan sonra resmî olarak kullanılabilir. Türkiye bu son usulün geçerli olduğu ülkelere biridir.

Hâl böyleyken, bir uluslararası mahkeme kararı yabancı dilde olduğu için kararın Türkçeleştirilip uygulanabilirlik kazanmasında da bu usule başvurulacağı düşünülebilir. Hatta daha ileri giderek apostil uygulamasının geçerli olabileceği ve Fransız makamlarının Strazburg’daki mahkemenin kararlarına apostil şerhi düşmesi olasılığı dahi akla gelebilir.⁵⁰ Şöyle ki; 2992 Sayılı Adalet Bakanlığı’nın Teşkilat

⁴³ Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Strateji Geliştirme Bürosu, ‘2017 Yılı Performans Programı’ (2016) 79 <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/13e85786-3f5c-491f-8d17-05c3b5c3d044.pdf> (Erişim tarihi: 12 Mart 2021).

⁴⁴ Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Strateji Geliştirme Bürosu, ‘2016 Yılı Performans Programı’ (2015) 79 <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/63e9ab6f-a0d5-4c7e-9746-5238caaa2b2d.pdf> (Erişim tarihi: 12 Mart 2021)

⁴⁵ HSYK (n 43) 110.

⁴⁶ HSYK (n 44) 123.

⁴⁷ <https://www.memurlar.net/haber/3485/adalet-bakanligi-butun-hakim-ve-savci-adaylarini-dil-ogrenmeleri-bilgi-ve-gorgulerini-artirmalari-icin-avrupa-ya-gonderecek.html> (Erişim tarihi: 12 Mart 2021)

⁴⁸ Öğretide Edip Çelik de yargıcın kendi bilgilerini kullanabilmesi görüşündedir. Hatta Çelik bu savın bir adım daha ilerisine gitmiş, yargıcın uluslararası sözleşmelerin mevcut ve resmî çevirilerini de resmî çevirilerini de resmî denetleyebileceğini ve çevirinin yanlış olduğunu saptadığında özgün ve geçerli metinlerden birine başvurabileceğini savunmuştur, bkz Edip Çelik (n 14) 54.

⁴⁹ Anthony Pym, François Grin, Claudio Sfreddo ve Andy L. J. Chan, *The status of the Translation Profession in the European Union* (EU Publication 2012) 25-26. Ayrıca bkz Nazan Müge Uysal, *Çevirmenlikte Meslekleşme ve Çevirmen Sertifikasyonu* (Gece Kitaplığı 2017).

⁵⁰ Bir belgenin gerçekliğinin onaylanarak başka bir ülkede yasal olarak kullanılmasını sağlayan apostil, yani belge onay sisteminin kuralları 6 Ekim 1961 tarihli Lahey Konvansiyonu (Yabancı Resmî Belgelerin Tasdiki Mecburiyetinin Kaldırılması Sözleşmesi) ile tespit edilmiştir. Türkiye’nin de tarafı olduğu bu sözleşme uyarınca Lahey Konferansı’na üye veya taraf devletler arasında, öngörülen biçimsel kurallara uyulması kaydıyla apostil şerhi alan belgelerin tüm devletlerde, ayrıca onaylanması gerekmeksizin kullanılması söz konusu olur. Lahey Sözleşmesine taraf olan her ülke, kendi ülkesinde apostil şerhi koymaya hangi makamların yetkili olduğunu yetkili organlara bildirir. Her ülke için yetkililerin öngörüldüğü bu listeye şu siteden ulaşılmaktadır: http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.authorities&cid=41

ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun (madde 13(C)-j) uyarınca Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü bünyesindeki İnsan Hakları Daire Başkanlığı şu göreve sahiptir:

“Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye Cumhuriyeti hakkında verdiği kararlar ile diğer ülkeler aleyhine verdiği kararlardan gerekli görülenlerin Türkçeye çevrilmesini sağlamak, bu kararları derlemek ve arşivlemek.”

Bu hükümde de görüldüğü gibi Başkanlık bütün kararların değil, “gerekli görülenlerin” Türkçe çevirisini sağlayacaktır. Dolayısıyla Bakanlığın somut olayda uygulanabilecek bir ihlal kararını çevirmeyi “gerekli görmemesi” mümkündür. Kaldı ki Adalet Bakanlığı, kendisine yasayla verilen bu takdir yetkisini, resmî internet sitesine yalnızca İHAM’ın kabuledilebilirlik ve başvurunun reddedilmesi kararlarının çevirilerini koyarak kullanmaktadır. Adalet Bakanlığının sitesinde 16 Eylül 2019’dan beri yapılan İHAM kararı çevirilerine ulaşılabilmektedir.⁵¹ Bu tarihten 10 Eylül 2021 tarihine kadar siteye Bakanlığın yapmış olduğu 391 adet karar çevirisi yüklenmiş görünmektedir. Bunlardan 390 tanesi Türkiye aleyhine, bir tanesi Slovakya aleyhine⁵² yapılmış başvurulardır. Bizim tespit edebildiğimiz kadarıyla ise Türkçeye çevrilen bu 391 karardan bir tanesi dahi Türkiye aleyhine verilmiş bir ihlal kararı değildir. Dolayısıyla Adalet Bakanlığının kendi sitesinde paylaştığı çevirilerine konu kararlar, en azından kural olarak, başvuruolar tarafından ilk derece mahkemeleri önünde kullanılabilir kararlar değildir.⁵³ Adalet Bakanlığı aniden tavır değiştirerek ihlal kararlarını da internet sitesinde yayımlamaya başlayabilir. Ancak böyle bir durumda da kararların hatalı çevrildiği durumlar olacaktır.⁵⁴ Dolayısıyla Adalet Bakanlığına İHAM kararlarını çevirme görevinin verilmiş olması, yeminli tercüme olasılığının tamamen dışlanması için yeterli değildir. Bu nedenlerle bu iki durumda apostil şerhi olasılığını akıldan tutmak gerektiği kanaatindeyiz.⁵⁵

Gelgelelim bu varsayımda daha ilk bakışta göze çarpan sorun, söz konusu süreçlerin ücretli ve külfetli olmasıdır. Noterlik Kanunu Yönetmeliği’nin 96’ncı maddesine göre “Noter tarafından ilgisinden alınan çevirme ücretleri noterlik dairesinin

⁵¹ <https://inhak.adalet.gov.tr/Home/TumHaberler/3> (Erişim tarihi: 10 Eylül 2021)

⁵² <https://inhak.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/dominkaslovakya-karari06022020051255> (Erişim tarihi: 10 Eylül 2021). Bu başvuru da bir kabul edilemezlik kararıdır ve özgün bir sorun ortaya koymamaktadır. Türkiye aleyhine olmamasına karşın çevrilmiş olan bu kararın çevirisinin neden gerekli görüldüğünü anlamak güçtür.

⁵³ Adalet Bakanlığı’nın yaptığı başka bazı çevirilere İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin internet sitesinden (hudoc.echr.coe.int) ulaşılabilmektedir. Bu çeviriler arasında ihlal kararları da olsa da, bu kararların çok önemli bir çoğunluğunda çevirinin Adalet Bakanlığı tarafından yapıldığına dair (tıklandığında belgeye giden bağlantıdaki “[Turkish Translation] by the Turkish Ministry of Justice” ibaresi dışında) hiçbir ibareye rastlanmamaktadır. Çeviri belge içerisinde Adalet Bakanlığı’nın çevirisi olduğu belirtilmemekte, bu çeviriler Bakanlığın resmî internet sitesinde de yayımlanmamaktadır. Dolayısıyla bu çevirilerin ilk derece mahkemeleri önünde kullanılmak istenmesi durumunda mahkemeler tarafından “resmî çeviri” olarak kabul edilmeleri kolay gözükmemektedir.

⁵⁴ Bakanlıklar tarafından yapılmış hatalı çevirilere yukarıda örnekler verilmişti, bkz dipnot 25.

⁵⁵ Bu kararın ulusal hukukta kullanılması, Adalet Bakanlığı tarafından çevrilmesi koşuluna bağlı sayılırsa, bu durumda Bakanlığın davada uygulanacak kararı çevirmeyi “gerekli görmemesi”, idari yargıda dava konusu yapılmalıdır. Bunun ise süregelen davayı daha da uzatacağı ve giderilmesi gereken ihlalin derinleştirileceği açıktır. Ama açıklanacağı üzere bize göre kararın icrası, Bakanlığın kararı çevirmiş olması şartına bağlı değildir.

gelirlerinden olup, yevmiye defterine gelir olarak kaydedilir.” Benzeri külfetler, apostil uygulaması için de geçerlidir. Oysa yargı kararlarının yerine getirilmesi, karardan yararlanacak kişiler için ücrete ve ek külfetlere tabi olamaz.⁵⁶ Aksi durum adil yargılanma hakkının parçası olan “mahkeme hakkı”nın ihlaline neden olur. Bu çıkarımı pekâlâ İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararları için de geçerli sayabiliriz.

C. Bilirkişi

Üçüncü bir olasılık, davaya bakan mahkemenin veya soruşturmayı yürüten savcının resmî bilirkişi atamasıdır. 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu’na ve bu kanun uyarınca çıkarılan Bilirkişilik Yönetmeliği’ne (md. 4) göre bilirkişi, “çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde oy ve görüşünü sözlü veya yazılı olarak vermesi için başvurulan gerçek veya özel hukuk tüzel kişisi”dir. Bu hükümden hareketle, yabancı dildeki bir kararın ne anlama geldiğinin teknik bilgi gerektirdiği düşünülebilir. Adalet Bakanlığı Bilirkişilik Daire Başkanlığının Bilirkişilik Kanununa dayanarak ilan ettiği güncel “Bilirkişilik Temel ve Alt Uzmanlık Alanları” listesinde de Mütercim-Tercümanlık alanı, bir temel alan olarak yer almaktadır.⁵⁷ Dolayısıyla söz konusu kararın ne anlama geldiğini anlamak için bir bilirkişi belirlemek ve sonra ilgili usullere uyularak bilirkişinin raporuna göre hareket etmek ilk bakışta mantıklı sayılabilir.

Gelgelelim bu varsayımda da sorunlar vardır. Birincisi, mütercim tercüman bilirkişi olarak atanmak için belirlenen niteliklere göre “yabancı dil sınavından (YDS) veya Yüksek Öğretim Kurumu tarafından denk kabul edilen ... yabancı bir sınavdan en az B düzeyinde (80) puan almış olmak”, mütercim tercüman bilirkişi olarak atanmak için yeterlidir.⁵⁸ Ancak bu düzeyin, fazlasıyla özgün terminolojik özellikler barındıran, karmaşık ve uzun mahkeme kararlarını birebir Türkçeye aktarmak için yeterli olacağı, bize tartışmalıdır. Çeviribilime ilişkin bilimsel literatür, bir hukuk çevirmeninde şu niteliklerin beraber olması gerektiğini saptamaktadır: çeviri yeteneği, dil yeterliliği, hukuki sistemlere ve temel hukuk bilgisine iyi derecede hâkimiyet.⁵⁹ Öyle ki hukuki çeviri uzmanlarının büyük çoğunluğu, hukuk metinlerinin, çevirmeninin hukuka dair geniş bir bilgiye sahip olmasını gerektirdiğini belirtmektedir.⁶⁰ Bilindiği üzere yabancı dil yeterlilik sınavları ise, adayın hukuki bilgisine ilişkin bir ölçüm yapmamaktadır. Dahası, eğitim bilimlerine ilişkin literatürde, YDS sınavının, mütercim-tercümanlık

⁵⁶ *Ülger v Türkiye* (İHAM) no. 25321/02, 26.06.2007, §§ 44-46; *Gedikli v Türkiye* (İHAM) no. 42413/09, 16.01.2018, §§ 44-46; *Çakır ve diğerleri v Türkiye* (İHAM) no. 25747/09, 04.06.2013, §§ 21-23.

⁵⁷ Adalet Bakanlığı Bilirkişilik Daire Başkanlığı, ‘Bilirkişilik Temel ve Alt Uzmanlık Alanları’ 37, https://bilirkisilik.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/372020103605EK_1_uzmanlikalanlari.pdf (Erişim tarihi: 10 Nisan 2021)

⁵⁸ Adalet Bakanlığı Bilirkişilik Daire Başkanlığı, ‘Aranan Nitelikler’ 51-52, https://bilirkisilik.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1772020155527EK_2_guncel.pdf (Erişim tarihi: 10 Nisan 2021)

⁵⁹ Ebru Altun Orhan, ‘Methods Used in the Turkish Translation of Legal Terminology in the Judgments of the European Court of Human Rights’ (Hacettepe Üniversitesi 2017) Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 110.

⁶⁰ Ibid

için gereken çeviri yeterliliğini ölçmekte dahi yetersiz kaldığı savunulmaktadır.⁶¹ Dolayısıyla mütercim-tercüman bilirkişilik için aranan asgari niteliklerin, uluslararası sözleşmeleri ve mahkeme kararlarını çevirme yeterliliğini güvencelediğini savunmak zor görünmektedir.

Muhtemelen bu sorunların farkında olarak Adalet Bakanlığı, mütercim-tercüman bilirkişilerin seçimi için liyakat değerlendirme yapılırken “i) Hukuk eğitimi almış olanlar veya çok iyi derecede dil bilen hukuk fakültesi mezunları, ii) Başvuruda bulunduğu alt uzmanlık alanlarında yüksek lisans veya doktora yapmış olanlar, iii) Başvuruda bulunan (*sic*) dilde mesleki ve akademik çalışması bulunanlar”ın, dikkate alınacağını belirtmektedir.⁶² Bu da bizi, savunduğumuz noktaya götürmektedir. Görüldüğü üzere çevirmen bilirkişilik için yabancı dil bilgisi üzerine özel bir tahsilat şart koşulmamış, aksine hukuk fakültesinden mezun olanlar avantajlı kılınmıştır. Hâl böyleyken, hukuk eğitimi aldığı kesinkes olan ve mütercim-tercüman bilirkişilerde aranan diğer asgari özelliklere de sahip bir yargıcın bu işi yapamayacağını savunmak mantıklı değildir.

Burada Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Ceza Muhakemesi Kanunu (“CMK”) arasındaki bir fark da dikkat çekicidir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’ndaki “Mahkeme, çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde ... bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir”⁶³ düzenlemesine karşılık CMK’daki hüküm “Çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde bilirkişinin görüşünün alınmasına ... karar verilebilir”⁶⁴ şeklindedir. Görüleceği üzere CMK’da bilirkişinin görüşünü alma hükmü, emredici bir dilde düzenlenmemiştir.⁶⁵ Dahası CMK’da ve bazı özel kanunlarda bilirkişiye başvurulması zorunlu hâller özel olarak düzenlenmiş olup, bunlar arasında yabancı dile ilişkin hâller yer almamaktadır.⁶⁶

Son olarak bilirkişilik kurumunun uygulamada dava sürelerinin uzamasına katkı sağladığına,⁶⁷ hatta bilirkişi raporlarındaki gecikmeler yüzünden bazı ceza davalarının

⁶¹ Murat Polat, ‘Akademisyenlerin Yabancı Dil Bilgisi Seviye Tespit Sınavı’nın (YDS) İçeriği ve Ket Vurma Etkisine İlişkin Görüşleri’ (Eskişehir Osmangazi Üniversitesi 2017) Yayınlanmamış Doktora Tezi 105-06.

⁶² Adalet Bakanlığı Bilirkişilik Daire Başkanlığı, ‘Aranan Nitelikler’ 51-52, https://bilirkisilik.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1772020155527EK_2_guncel.pdf (Erişim tarihi: 10 Nisan 2021)

⁶³ 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, madde 266 (vurgu eklendi).

⁶⁴ 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, madde 63 (vurgu eklendi).

⁶⁵ Karş. Bahri Öztürk et al, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku* (Seçkin Yayıncılık 2016) 385.

⁶⁶ Bu hâller için bkz Mustafa Albayrak, *Ceza Muhakemesi Kanunu “Öz Kitap”* (Adalet Yay 2015) 157.

⁶⁷ Bahri Öztürk et al. (n 65) 383; Ahmet Nezih Kök, ‘6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu Neler Getirdi?’ (2017) 10 Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 453; Recep Akcan, ‘Bilirkişilik Kanunu Tasarısı Taslağı Hakkında Bazı Tespitler’ (2015) 2 İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 659; Arzu Meriç, Hakan Erkuş ve Mehmet Kayguzoğlu, ‘Bilirkişilik Müessesesinde Yaşanan Sorunlarla İlgili Muhasebe Meslek Mensupları ve Hakimlerin Algısı Üzerine Bir Araştırma’ (2016) 71 Muhasebe ve Finansman Dergisi 27; Handan Yokuş Sevük, ‘Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik’ (2006) 64(1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 60; Hüseyin Mercek, ‘Ceza Muhakemesinde Bilirkişilik’ (Selçuk Üniversitesi 2011) Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 95.

zamanlaşımına uğradığına yönelik eleştiriler de akılda tutulmalıdır.⁶⁸ Hatta geçmişte dönemin Adalet Bakanı'nın da bu eleştirilere katıldığı görülmektedir.⁶⁹ Bu noktada Türkiye aleyhine İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin bilirkişi önünde geçen sürenin doğrudan sonucu olarak makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğini saptadığı kararları⁷⁰ da not etmek gerekir. Bu tür durumlarda bilirkişinin hukuki sorumluluğuna gidilmesinin takdire bırakılmış olması ve bu takdirin çoğu zaman kullanılmıyor olması,⁷¹ bilirkişilik kurumunun gerektiğinden fazla kullanılmasının cezasızlığı besleyebileceği çekincesini doğurmaktadır.

Dolayısıyla bizce yargıç, yabancı dildeki bir belgeden yararlanmak için mütercim-tercüman bilirkişiye başvurmak zorunda değildir. Bu belgeyi kendisi Türkçeye çevirerek uygulayabilir. Hatta yabancı dili olan ve ilgili dili yeterli düzeyde anlayabilen bir yargıcın bu yola başvurmaması, yargılamanın hakkaniyeti, süre ve yargılama masrafları yönünden daha isabetlidir. Ancak tabii ki bu zorunlu değildir. Yabancı dil bilgisine sahip olmayan ya da dil bilgisine güvenmeyen bir yargıcın anılan yollara başvurması mümkündür.

Ç. Bakanlığa Danışma

Dördüncü ve son olasılık, söz konusu kararın Türkçe anlamını Adalet Bakanlığı'ndan sormak olabilir. Nitekim Daire'nin *Selahattin Demirtaş (2) v Türkiye* kararından sonra yaşanan da bu olmuştur.⁷² Davayı gören İstanbul 19. Ağır Ceza Mahkemesi, başvuruçunun tahliye talebi üzerine yaptığı değerlendirmede söz konusu kararın tercümesi ile kesinleşme durumlarını Adalet Bakanlığından sormuştu.⁷³ Bu usul, mevzuatta diğer usullere nazaran daha net düzenlenmiş görünmektedir. 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin "Adalet Bakanlığı" başlıklı birinci bölümünün "Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü"nü düzenleyen 45'inci maddesi bu konuyla ilgilidir. Bu hükümde Müdürlüğün görevleri arasında "Bakanlığın görev alanına giren konularda uluslararası antlaşmalar ve belgelerle ilgili olarak görüş bildirmek, yapılan çalışmalara ve görüşmelere katılmak, bu antlaşma ve belgeleri Türkçeye çevirtmek, derlemek, arşivlemek, bunları ilgili kurum ve birimlere iletmek" sayılmıştır. Dolayısıyla söz konusu hükmün hukuksal bir dayanak olduğu varsayılabilir. Gelgelelim bu olanak, yargıçlara bir zorunluluk getirmemektedir. Dahası, bu uygulama bazı riskleri de beraberinde getirmektedir. Söz konusu hükmün genişliği, yürütmeye görülmekte olan

⁶⁸ Bazıları için bkz Özlem Dinçtürk Şenel, 'Türk Ceza Hukuku Reformu Bağlamında Bilirkişilik' (İstanbul Üniversitesi 2015) Yayınlanmamış Doktora Tezi 152-53.

⁶⁹ Hikmet Sami Türk, 'Bilirkişilik' (2000) 91 Adalet Dergisi 5.

⁷⁰ *Oruç v Türkiye* (İHAM) no. 33620/02, 21.12.2006, § 31.

⁷¹ Dinçtürk Şenel, (n 6868) 153.

⁷² *Selahattin Demirtaş (2) v Türkiye* [BD] (İHAM) no. 14035/17, 22.12.2020.

⁷³ <https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-55455193> (Erişim tarihi: 11 Nisan 2021).

dava hakkında emir, talimat, tavsiye ve telkin verilmesi olasılığına kapı aralamaktadır. Oysa Anayasa'nın "Mahkemelerin Bağımsızlığı" başlıklı 138'inci maddesine göre "Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz."

IV. Çözüm Önerimiz

Bize göre bu bağlamda ana kural, bir kararın içeriğini okuyabilen veya ilgili Sözleşme hükmünü bulan yargıç veya savcının bu normu doğrudan kullanması olmalıdır. Bununla birlikte, uygulanacak hukukun anlaşılması için yardıma ihtiyaç duyduğunda destek alması olasıdır. Bu doğrultuda Mart 2021 tarihinde açıklanan "İnsan Hakları Eylem Planı"nda "insan hakları hukuku alanındaki güncel gelişmelerin takibini mümkün kılacak bir teknik altyapının sunulması zorunluluk arz etmektedir"⁷⁴ denilmektedir. Bu noktada Eylem Planı'nda önerilen eylem, "Anayasa Mahkemesi ve AİHM kararlarına Ulusal Yargı Ağı Projesi ("UYAP") üzerinden erişim imkânı sağlanması"⁷⁵ olarak belirlenmiştir. Bu konuda bu yazının yazıldığı tarih itibarıyla herhangi bir girişimde bulunulmamıştır. Ayrıca İHAM'ın hangi kararlarına erişim olanağı sağlanacağı, bu kararların kimler tarafından hangi sürede ve ne usulle Türkçeye çevrileceği gibi noktalar da henüz aydınlanmış değildir. Dahası, Türkiye için bağlayıcı tek uluslararası insan hakları belgesi İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi de değildir. Bu nedenle, söz konusu eylem planında alınacağı iddia edilen tedbir gerçekten ve layığıyla yerine getirilse dahi, bu konudaki eksiklikler bitmiş olmayacaktır.

Daha önce söylediğimiz gibi, bu konuda ulusal hukuku esas alan ve ilgili kararları özlü biçimde yansıtan çevrim içi bir şerh çalışması girişimi önemli bir adım olabilir. Her kararın gereğinin yerine getirilip getirilmediğini sınavan şeffaf bir sistem kurmak bu bağlamda anlamlıdır.

Bu konuda ideal usul, bu konudaki desteğin özerk/bağımsız bir kamu kurum tarafından yerine getirilmesidir. Normal koşullarda Paris İlkelerine⁷⁶ göre akreditasyon almış bir ulusal insan hakları kurumunun bu işlevi yerine getirmek için uygun olduğunu düşünüyoruz. Anılan İnsan Hakları Eylem Planı'nda yer alan vaatlerden biri de "insan hakları hukukuyla ilgili uluslararası gelişmeleri takip etmek ve hukuki olgulara ilişkin toplumsal talep ve ihtiyaçları dikkate alarak yeni politika

⁷⁴ Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı, 'İnsan Hakları Eylem Planı: Özgür Birey, Güçlü Toplum; Daha Demokratik bir TÜRKİYE' (2021) 108, <https://rayp.adalet.gov.tr/resimler/1/dosya/insan-haklari-ep02-03-202115-14.pdf> (Erişim tarihi: 11 Nisan 2021)

⁷⁵ Ibid. Hedef 9/2(b), 110.

⁷⁶ Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 1993 yılında kabul edilen Ulusal Kurumların Statüsü ile İlgili İlkeler'in (Paris İlkeleri) Kerem Altıparmak ve Hasan Sayim Vural tarafından yapılan Türkçe çevirisi için bkz http://www.ihop.org.tr/dosya/uihk/paris_ilkeleri.pdf; orijinal İngilizce metni için bkz <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/statusofnationalinstitutions.aspx> (Erişim tarihi: 9 Eylül 2021).

önerileri geliştirmek üzere “Hukuk Araştırmaları Enstitüsü” kurulması”dır.⁷⁷ Ancak böyle bir kuruma neden gerek olduğu anlaşılmamaktadır. Çünkü Türkiye’de zaten kendi kanunuyla “insan hakları ve ayrımcılıkla mücadele alanındaki uluslararası gelişmeleri izlemek ve değerlendirmek” ve “görev alanıyla ilgili görüş ve önerilerini bildirmek”le görevlendirilmiş bir kurum bulunmaktadır.⁷⁸ Türkiye’deki ulusal insan hakları kurumu olan ve anılan görevlerle hâlihazırda görevlendirilmiş bulunan Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu (“TİHEK”), Paris İlkeleri’nin aradığı koşulları kesinlikle karşılamamaktadır.⁷⁹ Nitekim Ulusal İnsan Hakları Kurumları Küresel Ağından veya Ulusal İnsan Hakları Kurumları Avrupa Ağından akreditasyon da alamamıştır.⁸⁰ Süregelen pratiği de böylesi bir işlev görmekten oldukça uzak olduğunu ortaya koymaktadır. Aynı görevlerle görevlendirilmiş yeni bir kurum kurmak yerine var olan kurumun yapısının uygun hâle getirilmesi öncelik olmalıdır. Nitekim Mart 2021 tarihli İnsan Hakları Eylem Planı’nda ortaya konan hedeflerden biri de, TİHEK’in yapısının BM Ulusal İnsan Hakları Kurumlarının Statüsüne İlişkin İlkeler ile uyumlu hâle getirilmesi ve İnsan Hakları Küresel Ağı akreditasyonu almasıdır.⁸¹ Bu hedefin gereklerinin ne derece başarılı biçimde yerine getirildiği, 2022 yılı Mart ayı gibi kısa bir süre sonra sınanabilecektir. Çünkü Adalet Bakanlığı tarafından yapılan açıklamaya göre bu hedefin bir yıl içerisinde gerçekleştirileceği öngörülmektedir.⁸²

Sonuç

Uluslararası sözleşmelerin ve mahkeme kararlarının iç hukukta uygulanması gereği üzerine çokça değerlendirme mevcuttur. Fakat bu normların iç hukukta nasıl uygulanacağı konusunun üzerinde yeterince durulmadığı görülmektedir. Uygulamacıların uluslararası sözleşmelerin gereğini yerine getirmeye bütünüyle istekli olmaları ihtimalinde dahi, aşmaları gereken önemli pratik güçlükler vardır.

Birinci güçlük, somut olaya uygulanabilecek uluslararası normu bulma sorunudur. Her devlet gibi Türkiye de, giderek artan bir biçimde uluslararası yükümlülük altına

⁷⁷ Ibid. Hedef 9/6(c), 114.

⁷⁸ 6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu, madde 9.

⁷⁹ TİHEK’in yapısı ve faaliyetleri hakkında bazı eleştiriler için bkz Zehra Odyakmaz, Bayram Keskin ve Yusuf Deniz, ‘6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Üzerine Bir Değerlendirme-1’ (2016) 7 Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 732; Haydar Albayrak, ‘Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumunun Türk Kamu Yönetiminin Denetimindeki Yeri ve İşlevi’ (2020) 31(119) Sayıştay Dergisi 147-49; Başak Güneş, ‘Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu ile Getirilen Yenilikler’ (2017) 3(1) PressAcademia Procedia 354-57; Berivan E. Korkut, *İnsan Hakları İhlalleri Başvuru Cevapları Raporu* (TCPS Kitaplığı 2020) 16-17; Emine Cın Karagöz, ‘Kadın-Erkek Eşitliği ve Ayrımcılık Yasağı Bağlamında Türkiye Eşitlik ve İnsan Hakları Kurumu’nun Yetkileri’ (2016) 32 Yasama Dergisi 37-38.

⁸⁰ Ulusal İnsan Hakları Kurumları Küresel Ağı (GAHNRI) akredite kurumlar listesi için bkz <https://ganhri.org/membership/> (Erişim tarihi: 4 Mayıs 2021); Ulusal İnsan Hakları Kurumları Avrupa Ağı (ENNHRI) akredite kurumlar listesi için bkz <http://ennhri.org/our-members/> (Erişim tarihi: 4 Mayıs 2021).

⁸¹ İnsan Hakları Eylem Planı, n 74, Hedef 1/2(a), 24.

⁸² Adalet Bakanlığı Basın ve Halkla İlişkiler Müşavirliği, ‘İnsan Hakları Eylem Planı Takvimi Adalet Bakanlığı Sitesinde Yayınlandı’, https://basin.adalet.gov.tr/insan-haklari-eylem-planı-takvimi-adalet-bakanligi-sitesinde-yayinlandi_44808 (Erişim Tarihi: 6 Mayıs 2021)

girmekte, bu yükümlülüklerin önemli bir bölümü temel hak ve özgürlükleri de ilgilendirmektedir. Aynı konuya uygulanabilecek çok sayıda uluslararası sözleşme olabileceği gibi o konuda birden çok sayıda uluslararası organ kararı da olabilir. Uygulamacılar bunların tümüne, bütün gelgitleriyle birlikte hâkim olmalarını beklemek gerçekçi değildir. Bu sorunun çözümü için ulusal hukuku esas alan ve ilgili kararları özlü biçimde yansıtan çevrim içi bir şerh çalışmasının yararlı olacağı savunuyoruz. Ayrıca ulusal yasama, yürütme ve yargı organlarının uluslararası normlara uyumunu sınayan şeffaf bir mekanizmanın oluşturulmasını da anlamlı görüyoruz.

İkinci güçlük, uluslararası sözleşmelerin Resmî Gazete çevirilerindeki hata ve eksikliklere ilişkindir. Bu bölümde de gösterildiği üzere bazı sözleşmelerin Resmî Gazete çevirileri bulunmamakta, bazılarının da hatalı veya eksik çevirileri bulunmaktadır. Bu soruna ilişkin çözüm önerisi, üçüncü bölümle birleştirilerek verilmiştir.

Üçüncü güçlük, uluslararası mahkeme kararlarının Türkçeye çevrilmesine ilişkindir. Türkiye Cumhuriyeti hukuku için önemli sonuçları olan pek çok karar henüz Türkçeye çevrilmemiştir. Çevrilen kararlar açısından da tıpkı sözleşmelerin çevirilerinde olduğu gibi oldukça önemli hatalar göze çarpmaktadır. Ayrıca bazı durumlarda kararların çevirilerine acil gereksinim doğabilmektedir. Özellikle uygulamacının önündeki dosyaya ilişkin verilmiş bir uluslararası mahkeme kararının bulunması hâlinde, çeviri ihtiyacı acilleşmektedir. Yakın dönemde de bir örneğine rastlanan böyle durumlarda ise yargıcın kendi yabancı dil bilgisini kullanıp kullanamayacağı tartışmalı olsa da, bize göre bu sorunun yanıtı birden çok nedenle olumludur. Yabancı dil bilgisine sahip olmayan yargıçlar için ise kararların çevirisi için özerk ve bağımsız ulusal insan hakları kurumları devreye girmelidir. Ancak Türkiye'nin ulusal insan hakları kurumu olan ancak henüz herhangi bir uluslararası akreditasyon alamayan Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumunun mevcut hâli, bu göreve hazır bir görüntü çizmemektedir. Bu doğrultuda kurumun Paris İlkeleri'ne uygun olarak yeniden şekillendirilmesi ve işlevlerini bu İlkeler doğrultusunda sürdürmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazarlar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazarlar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The authors have no conflict of interest to declare.

Grant Support: The authors declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

- Akcan R, 'Bilirkişilik Kanunu Tasarısı Taslağı Hakkında Bazı Tespitler' (2015) 2 İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 653-664
- Akıncı Z, *Milletlerarası Özel Hukuk* (Vedat Kitapçılık 2020)
- Akil C, 'Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması İlkesi' (2008) 57(3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-32
- Albayrak H, 'Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumunun Türk Kamu Yönetiminin Denetimindeki Yeri ve İşlevi' (2020) 31(119) Sayıştay Dergisi 129-153
- Albayrak M, *Ceza Muhakemesi Kanunu "Öz Kitap"* (Adalet Yay 2015)
- Bakırcı K, 'İstanbul Sözleşmesi' (2015) 73(4) Ankara Barosu Dergisi 133-204
- Cohen M, 'On the Linguistic Design of Multinational Courts: The French Capture' (2016) 4 ICON 498-517
- Çelik E, 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri ve Uygulaması' (1988) 9(1-3) İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi 47-56
- Çelikel A ve Erdem BB, *Milletlerarası Özel Hukuk* (16. Bası, Beta Yay 2020)
- Doğan V, *Milletlerarası Özel Hukuk* (6. Bası, Savaş Yay 2020)
- Gemalmaz MS, *Ulusüstü İnsan Hakları Belgeleri*, Cilt I-II (Legal Yayıncılık 2011)
- Geisler W, 'Zur Ermittlung ausländischen Rechts durch Beweis im Prozess' (1978) 91(2) Zeitschrift für Zivilprozess 176
- Gül İ ve Karan U, *Ayrımcılık Yasağı: Kavram, Usul, İzleme ve Belgeleme* (Bilgi Üniversitesi Yayınları 2011)
- Güneş B, 'Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu ile Getirilen Yenilikler' (2017) 3(1) PressAcademia Procedia 350-357
- Karagöz EC, 'Kadın-Erkek Eşitliği ve Ayrımcılık Yasağı Bağlamında Türkiye Eşitlik ve İnsan Hakları Kurumu'nun Yetkileri' (2016) 32 Yasama Dergisi 21-40
- Kjær AL, 'Translation of Judgments of the European Court of Human Rights into non-Official Languages: The Politics and Practice of European Multilingualism' in Kjær AL and Lam J (eds), *Language and Legal Interpretation in International Law* (OUP 2020)
- Kinports K, 'Heien's Mistake of Law' (2016) 68(1) Alabama Law Review 121-177
- Korkut BE, *İnsan Hakları İhlalleri Başvuru Cevapları Raporu* (TCPS Kitaplığı 2020)
- Kök AN, '6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu Neler Getirdi?' (2017) 10 Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 445-454
- Lorenz F, "Revisibilität der Ermittlung ausländischen Rechts", *Zeitschrift für Zivilprozess*, 97(4), 1984
- Mercek H, 'Ceza Muhakemesinde Bilirkişilik' (Selçuk Üniversitesi 2011) Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi
- Meriç A, Erkuş H ve Kaygusuzoğlu M, 'Bilirkişilik Müessesesinde Yaşanan Sorunlarla İlgili Muhasebe Meslek Mensupları ve Hakimlerin Algısı Üzerine Bir Araştırma' (2016) 71 Muhasebe ve Finansman Dergisi 23-48
- Nomer E, *Devletler Hususî Hukuku* (20. Bası, Beta Yay 2013)
- ve Şanlı C, *Devletler Hususî Hukuku* (12. Bası, Beta Yay 2003)
- Odyakmaz Z, Keskin B ve Deniz Y, '6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Üzerine Bir Değerlendirme-1' (2016) 7 Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 721-761

- Orhan EA, 'Methods Used in the Turkish Translation of Legal Terminology in the Judgments of the European Court of Human Rights' (Hacettepe Üniversitesi 2017) Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi
- Özçelik V, 'Yabancı Hukukun Uygulanmasında Taraf Rollerini' (2020) 10(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 190-220
- Öztürk B et al, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku* (Seçkin Yayıncılık 2016)
- Polat M, 'Akademisyenlerin Yabancı Dil Bilgisi Seviye Tespit Sınavı'nın (YDS) İçeriği ve Ket Vurma Etkisine İlişkin Görüşleri' (Eskişehir Osmangazi Üniversitesi 2017) Yayınlanmamış Doktora Tezi
- Pym A, Grin F, Sfreddo C ve Chan ALJ, *The status of the Translation Profession in the European Union* (EU Publication 2012)
- Sevük HY, 'Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik' (2006) 64(1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 49-107
- Şanlı C, Esen E ve Ataman-Figanmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (9. Bası, Beta Yay 2021)
- Şenel ÖD, 'Türk Ceza Hukuku Reformu Bağlamında Bilirkişilik' (İstanbul Üniversitesi 2015) Yayınlanmamış Doktora Tezi
- Şirin T, 'İnsan Haklarının ve Temel Hakların Korunması İçin Sözleşme'nin Türkçe Çevirisi Sorunu' (2021) 9(1) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi 1-64
- Türk HS, 'Bilirkişilik' (2000) 91 Adalet Dergisi 1-5
- Uysal NM, *Çevirmenlikte Meslekleşme ve Çevirmen Sertifikasyonu* (Gece Kitaplığı 2017)
- Yaşar TN, 'Türk Mahkemelerinde Yabancı Hukukun Uygulanması' (2013) 33(2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 75-114
- Yöney C, *Yabancı Hukukun Uygulanması* (On İki Levha Yay 2018)

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları

- Abdulaziz, Cabales v Balkandali* (İHAM) nos. 9214/80, 9473/81 ve 9474/81, 28.05.1985
- Altuğ Taner Akçam v Türkiye* (İHAM) no. 27520/07, 25.10.2011
- Artico v İtalya* (İHAM) no. 6694/74, 13.5.1980.
- Aydın Tatlav v Türkiye* (İHAM) no. 50692/99, 02.05.2006
- Castells v İspanya* (İHAM) no. 11798/85, 23.04.1992
- Çakır ve diğerleri v Türkiye* (İHAM) no. 25747/09, 04.06.2013
- Gedikli v Türkiye* (İHAM) no. 42413/09, 16.01.2018
- Golder v İngiltere* (İHAM) no. 4451/70, 21.2.1975
- Handyside v Birleşik Krallık* (İHAM) no. 5493/72, 7.12.1976
- Karaçay v Türkiye* (İHAM) no. 6615/03, 27.03.2007
- Kokkinakis v Yunanistan* (İHAM) no. 14307/88, 03.12.1991
- Leyla Şahin v Türkiye* [BD] (İHAM) no. 44774/98, 10.11.2005
- Marckx v Belçika* (İHAM) no. 6833/74, 13.06.1979
- Metis Yayıncılık Limited Şirketi ve Sökmen v Türkiye* (İHAM) no. 4751/07, 20.06.2017
- Oruç v Türkiye* (İHAM) no. 33620/02, 21.12.2006
- Selahattin Demirtaş (2) v Türkiye* [BD] (İHAM) no. 14035/17, 22.12.2020

Sodan v Türkiye (İHAM) no. 18650/05, 02.02.2016

Taşkın ve diğerleri v Türkiye (İHAM) no. 46117/99, 10.11.2004

Ülger v Türkiye (İHAM) no. 25321/02, 26.06.2007

Yerel Mahkeme Kararları

Danıştay Kararı - İDDK, E. 2007/127 K. 2010/28 T. 14.1.2010

Danıştay Kararı - 2. D., E. 2016/4732 K. 2017/7493 T. 29.11.2017

Danıştay Kararı - 5. D., E. 2016/1543 K. 2016/906 T. 24.2.2016

Danıştay Kararı - 7. D., E. 2016/3082 K. 2018/5468 T. 3.12.2018

Danıştay Kararı - 10. D., E. 2010/9929 K. 2014/3373 T. 26.5.2014

Danıştay Kararı - 13. D., E. 2013/1727 K. 2014/377 T. 26.11.2014

Danıştay Kararı - 13. D., E. 2013/2894 K. 2014/4670 T. 31.12.2014

Yargıtay Kararı - HGK, E. 2004/664 K. 2004/719 T. 15.12.2004

Yargıtay Kararı - HGK, E. 2010/4 K. 2010/56 T. 3.2.2010

Yargıtay Kararı - HGK, E. 2014/889 K. 2015/2011 T. 30.9.2015

Yargıtay Kararı - 4. CD., E. 1999/617 K. 1999/2108 T. 3.3.1999

Yargıtay Kararı - 8. CD., E. 2014/27832 K. 2015/9649 T. 17.2.2015

Yargıtay Kararı - 13. HD., E. 2017/6251 K. 2019/3965 T. 26.3.2019

Yargıtay Kararı - 18. CD., E. 2018/1978, K. 2019/13554 T. 1.10.2019

Yabancı Mahkeme Kararları

Heien v North Carolina 135 S. Ct. 530 (2014)

Lambert v California 335 US 225 (1957)

United States v Freed 401 US 601 (1971)



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 23.06.2021
Revizyon Talebi: 09.10.2021
Son Revizyon Tarihi: 11.10.2021
Kabul: 23.02.2022

Machiavelli'den Grotius'e Egemenlik Kuramının ve Modern Devletler Hukukunun Gelişimi

Mehmet Emin Büyük*

Öz

Orta Çağ'a kadar gelen siyaset düşüncesi, moderniteyle birlikte hem sosyoloji ve siyaset alanında hem de teorik alanda dönüşüme uğramıştır. Bu dönüşümün anahtarı olan kelime egemenliktir. Egemenlik, daha önce dışsal bir kaynaktan aranan yasa ile uygulama arasındaki ilişkiyi dünyevi bir düzleme indirecektir. Machiavelli bu değişimi en önce görenlerdendir ve Orta Çağ siyaset düşüncesinin getirdiği *a priori* yargıların dışına çıkar. Onun yıktığı meşruiyet ilişkisi yerine yenisini koymak ise Bodin'e düşecektir. Egemenlik, devletin özünde var olan bir unsurdur. Mutlak, süreklidir, bir ve bölünmezdir. Gerçek bir egemen bu unsurların tümüne sahip olmalıdır. Bodin'in düşüncesindeki laik devletin tanımlanmasında eksik nokta olan, nihai olarak meşruiyetin Tanrısal bir kaynağa dayandırılması ise, Suárez'in sosyal sözleşme kuramı temelli çizdiği çerçeve ile yetkinleştirilecektir. Böylece ortaya çıkan modern devletler içeriye ve dışarıya karşı egemenliklerini çeşitli biçimlerde ortaya koyar. Bu türden egemen yapıların birbiriyle ilişkisi ise devletler hukuku sistemi içerisinde bir düzene kavuşur. Bu türden bir eşitler arasındaki ilişkiyi düzenleyen modern uluslararası hukuku ise Vitoria önceden görmüş; Suárez sefehinin gördüğü olguları pozitivist bir yorumla yeniden düşünmüş; Grotius da kendisinden önceki yorumları sistematikleştirerek modern devletler hukukunun kurucusu olarak yerini almıştır. Uluslararası hukukun bugün halen geçerli olan yapısı bu arkaplana dayanmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Egemenlik, Modern Devlet, Modernite, Devletler Hukuku, Uluslararası Hukuk, Machiavelli, Vitoria, Bodin, Suárez, Grotius

The Development of the Theory of Sovereignty and the Modern Law of Nations from Machiavelli to Grotius

Abstract

Political thought that continued until the Middle Ages, has been transformed both in the field of sociology and politics and in the theoretical field, alongside modernity. The keyword for this transformation is sovereignty. Sovereignty brings the relationship between *autoritas* and *potestas*, which was previously sought in an external source, to a mundane level. Machiavelli was one of the first to see this change and went beyond *a priori* judgments brought by medieval political thought, leaving it to Bodin to replace the legitimacy relationship that he destroyed. Sovereignty is an inherent element of the state. It is absolute, perpetual, one, and indivisible. A true sovereign is one who possesses all these. Ultimately, basing legitimacy on a divine source—which was the missing point in Bodin's definition of the secular state—became a component of the framework drawn by Suárez, which was based on the social contract theory. The modern states that emerged manifested their sovereignty in various ways, both internally and externally. The relations of such sovereign structures with each other achieved order within the system of international law. Vitoria foresaw modern international law regulating such a relationship between equals. Suárez rethought the facts seen by his predecessor with a positivist interpretation. Grotius took his place as the founder of modern international law by systematizing these previous interpretations. The current structure of international law is based on this background.

Keywords

Sovereignty, Modern State, Modernity, Law of Nations, International Law, Machiavelli, Vitoria, Bodin, Suárez, Grotius

* Sorumlu Yazar: Mehmet Emin Büyük (Arş. Gör.), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: mbuyuk@marmara.edu.tr ORCID: 0000-0002-7392-4488

Atf: Büyük ME, "Machiavelli'den Grotius'e Egemenlik Kuramının ve Modern Devletler Hukukunun Gelişimi" (2022) 80(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 299. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2022.80.1.0010>



Extended Summary

In this article, I will try to explain the transformation of the theory of sovereignty and modern international law, through the perspectives of five famous theoreticians. In this way, the emergence of today's international law system may be better understood and the predictions for the future will be more tenable. The international legal system that exists today is based on a system called European Public Law, which regulates relations between modern states. Thus, choosing the phrase "modern law of nations" for the title of the study emphasizes this point.

The development of modernity in political science can be explained from two different contexts. One is the sociological/historical plane that presents the facts, and the second is the theoretical plane. Theoretical explanations are given in this study. The key concept in understanding the modern state from an intellectual point of view is sovereignty. It is the name given to the modern interpretation of the legitimacy relationship on which political power is based. In the Middle Ages, the legitimacy of power was derived from external or divine principles. With its development over time, the concept of sovereignty brought a completely nonreligious understanding of politics. *Auctoritas* and *potestas* were united in one hand, and this emerging structure became permanent and absolute.

Machiavelli, in his work *Il Principe*, is not interested in what should be related to politics and distances himself from the *a priori* judgments of medieval political thought. Legitimacy is identified with politics and the practice that ensures the retention of power is legitimate to the extent that it serves this purpose. In this respect, there is no need to seek further legitimacy. Bodin sees the element of continuity that Machiavelli could not. He defines the *République/State* as the lawful government of many families and what is common to them by the sovereign power. Sovereignty is inherent in the state, and this distinguishes the state from other forms of community. According to Bodin, sovereignty is absolute and cannot be limited by any other power; it is perpetual, being isolated from the body of the sovereign; is one, indivisible and inalienable. Suárez, on the other hand, comes up with the idea of two-stage empowerment. For him, political power is given primarily to society by God—which is the first empowerment. Society decides for itself how to use this power, and whether the democratic structure is maintained or transferred to a monarch or an aristocratic structure—which is the second empowerment. The social contract theory is thus empowered by placing the public between *auctoritas* and *potestas*.

Each of these new sovereign structures, which do not need external legitimacy and whose legitimacy originates from itself, manifests sovereignty in various ways, both internally and externally. A set of rules is needed to define the relationships in this emerging new system of modern states. International law regulates this area. The

subjects of this legal system are equal structures. Three theoreticians, thinking of international law in the modern sense, have drawn the basic framework that remains relevant today.

In his *Relectiones Theologicae*, Vitoria reinterpreted the concept of *jus gentium*, which came from Roman law and which consisted of regulating legal matters between Roman citizens and foreigners. He envisaged a new system that can today be called the “law of peoples.” What is at issue in Vitoria is the establishment of applicable rules between all nations, peoples, or tribes of the world, which is also different from the system of international law in the modern sense. He views this, particularly through the Spanish discoveries and relations with the natives, and constructs his thoughts on the theory of just war.

Suárez also uses the term *jus gentium*, but this concept will now be drawn into positive boundaries. In *De Legibus*, the theoretician reveals the difference of *jus gentium* from other disciplines. He even distinguishes different uses of *jus gentium* and concludes that *jus gentium* is a legal discipline that different societies and nations have to follow in their relations with each other. Thus, the ideas of this famous theologian subsist in the international law of modern times. He cites the law of war, slavery, peace treaties, and ceasefires as examples of the issues this principle regulates. Moreover, Suárez distinguishes *jus gentium* from natural law in that it is subject to the consent and therefore can be changed.

The Dutch writer, Grotius, fulfills the task of compiling and systematically explaining the views of early writers, such as Vitoria and Suárez, and others, like Balthazar Ayala and Alberico Gentili, who will be mentioned only by name in the study. In his comprehensive work of international law, *De Jure Belli ac Pacis Libri Tres*, Grotius dealt with broad issues from legal theory, just war, sovereignty to property, liability law, and the law of war. He also now understands *jus gentium* as rules based on the consent of sovereign modern states and which regulates the relations between them.

As a result, the state-like structures of the Middle Ages evolved into sovereign states with modernity, *jus gentium*, one of the unique premodernity legal disciplines, transformed into international law, which regulates interstate relations in the modern sense.

Machiavelli'den Grotius'e Egemenlik Kuramının ve Modern Devletler Hukukunun Gelişimi

Giriş

Modernite, iktidar-meşruiyet ilişkisinin yeniden yorumlandığı bir dönemdir. Orta Çağ'a kadar gelen, siyaset bilimine ve sonrasında hukuka dair, kavramlar ve algılar dönüşüme uğrar ve bazıları geçerliliğini yitirir. Dönüşümün izleri hem teoride hem de sosyolojik/tarihi düzlemde görülecektir. Bu iki faaliyet, değişen önceliklerle, birbirlerini etkileyecek ve biri diğerinin gelişimine –ya da dönüşümüne- hizmet edecektir.

Modern siyaset düşüncesi, iktidarın kaynağı ya da mahiyeti olarak adlandırılabilir, meşruiyetine dair dayanağın sorgulanması sonucu ortaya çıktı. İktidarın ilkesi ya da yasa denilebilecek olgu, Orta Çağ'da Tanrısal bir ilke üzerinden açıklanırken; modern dönemde, egemenlik kuramı ile birlikte Tanrısallık devre dışı kalacaktır ve egemenliği elinde bulunduran siyasal iktidar doğrudan doğruya kendisinin ilkesi (tanrısallık dışı bir ilke) haline gelecek ve meşruiyetini kendinde bulacaktır. Dolayısıyla egemenlik, iktidarın ilkesi ya da güç ilkesi (yasa) ve kullanımı (uygulama) arasında yeni bir bağ kurar ve bunları bir araya getirir. Oysa Orta Çağ'daki, iktidarın tanrısallığı düşüncesi, egemenliğin ve dolayısıyla modern devletin tanımlanmasına bir engel teşkil etmekteydi. Egemenlik, laikleştirilmiş ve dindışı bir iktidar anlayışını ortaya koyar ve dışsal bir meşruiyet arayışı ortadan kalkar.

Yukarıda ifade edildiği gibi, bu dönüşüm, birbiriyle ilişkili iki koldan gerçekleşmiştir: Bir yanda modern siyaset düşüncesinin hazırlanmasına hizmet eden –ama bazıları modern olarak adlandıramayacak-, mevcut gelişmeleri anlamlandırmaya çalışan ve hatta bazen bunları yönlendiren teorisyenler ve diğer yanda da ülke toprakları üzerinde merkezi otoriteyi güçlü bir şekilde kuran ve sonrasında birbirlerine karşı bağımsız yapılar olarak birlikte yeni bir Avrupa Kamu Hukuku sistemi oluşturan egemen devletler... Şüphesiz modernite, ciddi bir şekilde bu ikinci grupla bağlantılı olarak, sosyolojik-tarihi dönüşüm üzerinden ortaya çıkmıştır: Doğu Roma İmparatorluğu'nun yıkılması, büyük oranda Batı'ya giden aydınların katkılarıyla ortaya çıkan Rönesans, Katolik Kilise'nin itibarının sarsılması ve gelişen Reform ve Karşı-Reform hareketleri, Endülüslü Emevi Devleti'nin İspanya'daki son kalıntılarının da ortadan kalkması, Coğrafi Keşifler, deniz ticaretinin ciddi bir şekilde gelişmesi ve yeni ticaret yollarının bulunması, ticaretin gelişmesiyle yeni burjuva sınıflarının ortaya çıkması ve feodalitenin ve feodal düzenin sosyal dengelerinin sarsılması, merkezi krallıkların yeni ticari sınıflar bakımından koruyucu özelliklerle kendilerini göstermesi bunlar arasında sayılabilir. Bu çalışmada ise, bahsi geçen gelişmeler ve sosyolojik yaklaşımın dışında, bu ayrımlardan, modern siyaset düşüncesinin ve modern devletler hukuku sisteminin teorik boyutta ve –çalışmanın da sınırlanması adına- sınırlı bir dönemde ne şekilde geliştiği ele alınacaktır.

Uluslararası hukuk, en sade tanımıyla, devletler arasındaki ilişkileri ele alır. Bu tanımda yer alan “devlet” kavramının, ülke, insan ve egemenlik unsurlarının bir araya geldiği “modern devleti” tanımladığı ifade edilmelidir. Öyleyse bu tanımın “modern” bir tanım olduğu ifade edilebilir. Böyle bir uluslararası hukuk tanımı, Orta Çağ ve öncesindeki uluslararası hukuk benzeri faaliyetleri dışarıda bırakmaktadır. Bunun da ötesinde, günümüzde sık iddia konusu yapılan, uluslararası hukukun sadece devletler arası ilişkileri değil, bireyler arası ilişkileri de konu edebildiği savı da, çıkarılan yorum bakımından, dışarıda kalır. İfade edilmelidir ki, günümüzde dahi, uluslararası hukuk kişileri olarak sadece devletler –ve bunların bir araya gelerek oluşturduğu ve kendi yetkilendirmeleri çerçevesinde kısıtlı denilebilecek bir kişiliğe sahip devletlerarası örgütler- kabul edilmektedir ve dolayısıyla modern devletler hukuku sisteminin, tam anlamıyla bir dönüşüme uğradığını söylemek mümkün olmaz.

Bu açıklamalar kapsamında, başlıkta kullanılan “modern devletler hukuku” ifadesinin seçilme nedeni anlaşılacaktır. Klasik dönemde, uluslararası hukuk, o dönemin yeni ortaya çıkan egemen yapıları arasındaki ilişkileri düzenleyen bir hukuk dalı olarak ortaya çıktı. Bu yeni yapıları, benzer öncelerden ayıran temel unsur olan egemenlik ise devletin mahiyetine dair yeni algının işaretiydi. Bunun da ötesinde, egemen devletin varlığı kendine özgü bir hukuk sistemi olan (modern) devletler hukukunun ortaya çıkışını da zorunlu kıldı.

Bu çalışmada seçilen beş düşünür (Machiavelli, Vitoria, Bodin, Suárez ve Grotius), modern anlamda gücü meşrulaştıran ilke olan egemenlik kuramının ortaya çıkışından bu egemenlikle donatılmış modern devletler arasında yürürlüğe giren yeni ilişkiyi tanımlamaya kadar olan süreçte katkılarıyla teoriyi yönlendiren en önemli isimlerdir. Dolayısıyla, egemenlik, modern devlet ve modern devletler hukukunun ne olduğunu da anlamak için bu düşünürlerin görüşlerini anlamak gerekir. Bu kapsamda bahsi geçen düşünürlerin egemenlik kuramı ve modern devletler hukuku sisteminin oluşuma verdikleri katkı incelenecektir. Çalışma iki temel bölüm halinde ele alınacaktır: İlk bölümde egemenlik kavramının gelişimi Machiavelli, Bodin ve Suárez’in görüşleri kapsamında incelenecek; ikinci bölümde ise modern devletler hukukunun ortaya çıkışı Vitoria, -yine- Suárez ve Grotius’un görüşleriyle açıklanacaktır. Sonuç bölümünde ise modern devletler hukukuna dair teorik altyapı günümüz uluslararası hukuk anlayışıyla ilişkilendirilecektir.

I. Egemenlik Üzerine

Gérard Mairet, “Podovalı Marsilius’tan XIV. Louis’ye Laik Devletin Doğuşu” adlı makalesinde, tarihçi Bernard Guenée’ye referansla, özellikle 14. ve 15. yüzyılda Batı’da ortaya çıkan “Devlet” benzeri yapılardan hareketle, siyasi yapılar arasındaki ayrımlara ve ayırt edici özelliklere anlam yüklemeyi ve kavram tartışmalarına girmeyi

anlamsız bulan ve “bir toprak üzerinde bir yönetime itaat eden bir topluluk var olduğunda, devlet vardır” demenin o kadar da sakıncalı bir şey olmadığını düşünen kimselerden bahseder ve bu düşünceye katılmadığını ifade eder. Yazara göre burada tartışılan husus, devlet ideolojisi olarak adlandırılabilir ve “egemenlik” üzerinden, sadece iktidarı kullananın kim olduğuna değil, bu iktidarı kullanmanın ne anlama geldiğine dair ayırt edici özellikler arz eden bir olgu üzerinedir ve bu nitelik, Orta Çağ “Devleti” ile modern Devleti birbirinden kesin çizgilerle ayırır.¹

Modern devlete ulaşmadan önce “toplumsal iktidar”, “siyasal iktidar”, “güç”, “Yasa ve uygulama” ve “egemenlik” gibi birtakım kavramalardan bahsetmek gereklidir.

Toplumsal iktidar olarak adlandırılan nosyon, toplumda birtakım kimseler nezdinde var olan, diğerlerini kendi hedefleri doğrultusunda yönlendirmeleri ve diğer insanların öngördükleri hedeflerle kendi hedefleri uyuşmadığında diğerlerinin tercihlerini göz ardı edebilmelerini sağlayan ve hatta onların enerjilerini de bu yönde kullanmaları sonucunu doğuran olgudur.² Bir diğer tanıma göre de, “*“Tip”i ya da kaynakları, meşrulanma biçimi, hedefleri, kullanım yöntemleri ne olursa olsun, iktidar, en genel anlamıyla, bazı kişiler ya da kümelerin, başka kişiler ya da kümeler üzerindeki etkisini anlatır.*”³ Toplumsal iktidar, bu hedefleri sağlamaya yönelik kaynaklara da sahiptir. Bu durumdan yola çıkılarak toplumsal iktidar biçimleri, ekonomik, ideolojik ve siyasal iktidar olarak üç başlık altında sınıflandırılmaktadır.⁴

Siyasal iktidar, zor kullanımı, emirlerine itaat edilmemesi halinde yaptırım gücü, doğasından kaynaklanan ve iktidar olarak kaldığı sürece karşısındakinde itaat duygusu uyandıran meşruiyet gibi özelliklere sahip olmasının yanında⁵, diğer toplumsal iktidar biçimleriyle arasındaki mücadelede dahilden ve hariçten topluma yönelen zararları bertaraf etmek bağlamında üstünlük ve şiddetin kullanımı noktasında nihailik gibi ayırıcı unsurlara sahiptir.⁶

İktidar olgusu, gücün meşrulaştırılması ile ilgilidir. Akal’ın ifade ettiği üzere, “*En basitinden en karmaşığına her toplum vazgeçilmez bir sosyal mantığa uyar ve bu yüzden tüm siyasi birlikler benzer özellikler gösterir. Her toplum tipinin, toplum olduğu için uyduğu bir genel mantık belirlenebilir. Her siyasi iktidar tipi, kaçınılmaz olarak Yasa’yla uygulama arasında bir bağ kurar.*”⁷ Orta Çağ düşüncesi, yasa ve uygulama arasındaki ilişkiyi, dolayısıyla iktidar sorunsalını, dolayısıyla da gücün

¹ Gérard Mairet, ‘Podovalı Marsilius’dan Louis XIV’e Laik Devletin Doğuşu’ iç Cemal Bali Akal (ed), Devlet Kuramı (4. Bası, Dost Kitabevi Yayınları 2013) 215-216.

² Gianfranco Poggi, Devlet: Doğası, Gelişimi ve Geleceği (4. Bası, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2014) 3-4.

³ Cemal Bali Akal, İktidarın Üç Yüzü (6. Bası, Dost Kitabevi Yayınları 2013) 49.

⁴ Poggi (n 2) 4-5.

⁵ Ibid 4-10.

⁶ Ibid 10-15.

⁷ Akal, İktidarın Üç Yüzü (n 3) 323.

meşrulaştırılması olgusunu iki ayrı güçten birinin diğerine (ruhani olanın dünyevi olana) üstünlüğünü içeren, teokratik bir iktidar anlayışı üzerinden kurmaktadır.⁸ Bu düşünce, Paulus'un, "*İktidar yalnızca Tanrı'dan gelir ve iktidardakiler Tanrı tarafından atanmışlardır.*"⁹ cümlesinde ya da Adalbéron'un "*Tanrı kralları seçti; krallar onun serfleridir; O kralların tek hakimidir; göklerdeki tahtından, onlara iffetli ve saf olmalarını buyurur.*"¹⁰ yaklaşımında ifadesini bulur.

İktidar ilişkisinin tüm toplumlarda var olan evrensel bir olgu ifade edilebilir. Bu iktidar olgusu, her zaman yöneten-yönetilen ayrımına dayanmasa da, yukarıda yer verilen *sosyal mantık* geçerli olacaktır. Bu da, kurallara dayalı bir düzene sahip olmaya işaret eder ve bu olgu, tüm toplumlarda ortak olarak yer alır.

Yine yukarıda bahsedildiği üzere, iktidar, emirleri karşısındaki itaat duygusu uyandıran ve emir vermekte meşruiyete sahip olandır ve bu emirler her zaman yaptırımla desteklenmese dahi tabii olan kimselerde uyma iradesi ortaya çıkar. Meşru olduğuna inanılan bir kural, yaptırım öngörülme dahi uygulanır bir kuraldır. Her siyasal iktidar tipi –ya da evrensel iktidar ilişkisi- iktidarın kaynağı (iktidarın ilkesi, Yasa ya da auctoritas) ile kullanımı (uygulama, potestas, Kılıç) arasında bir bağ kurar. Erözden'in ifadesiyle; "*İktidar, meşruluk inancıyla donanmış kuralın üstünlüğüdür. Meşruiyet inancına sahip olmayan ya da bir zamanlar sahip olduğu meşruiyeti yitiren uygulama iktidar değildir.*"¹¹

İşte bu meşruiyetin kaynağı ya da uygulamaya öncül olan Yasa, yukarıda verilen örneklerle de görüleceği üzere, modern devlete gelinceye kadar, dışsal kaynaklarda aranmıştır. Modernite, bu ilişkiyi yeniden yorumlar ve egemenliğin tüm mahiyetiyle ortaya çıkmasıyla birlikte, yasa ve uygulamanın tek elde birleşmesi ve bu yapının sürekli ve mutlak hale gelmesi mümkün olacaktır. Egemenlik, bütünüyle dindışı bir siyaset anlayışını gerektirecektir. Mairret, bu olguyu Podovalı Marsilius'tan başlatır ve siyaseti tamamiyle modern boyutuyla ele alamayan bu düşünürün, sivil toplumun bir araya gelişini Tanrısal kökeninden arındırması bağlamında laik düşünce bakımından ilk adımı atabildiğini ifade eder.¹²

Podovalı klasik Hristiyan öğretideki toplumun amacına dair açıklamalardan ayrılır ve ona göre, insanlar ihtiyaçlarını karşılamak için topluluk halinde bir araya gelirler ve demek ki, sivil toplum kendisi için, kendiliğinden var olur. Böylece bir araya gelen bir toplum, bölümleri içinde uyumlu bir işbirliği sayesinde ayakta kalır ve bu

⁸ Mairret (n 1) 216-218.

⁹ Aktaran: Ibid 217.

¹⁰ Aktaran: Cemal Bali Akal, 'Machiavelli, Makyavelizm ve Meşruiyet Sorunu' iç Cemal Bali Akal (ed), Machiavelli, Makyavelizm ve Modernite, (2. Bası, Dost Kitabevi Yayınları 2014) 26; ayrıca bkz Mairret (n 1) 224.

¹¹ Ozan Erözden, 'Makyavelizm, Hikmet-i Hükümet ve Modern Devlet' iç Cemal Bali Akal (ed), Machiavelli, Makyavelizm ve Modernite, (2. Bası, Dost Kitabevi Yayınları 2014) 67-68.

¹² Mairret (n 1) 220.

sosyal bütünlük dahilinde kalan sorun, siyasi iktidarın kime verileceğidir. Düşünür, böylece bütünsellik içeren bir toplum tasarımı ortaya koyar ve bu tasarımı oluşturan parçalardan soyutlayarak özerkleştirir. Bütünselliği oluşturan sivil yasanın kaynağının ise halk olduğunun ifade eder ve yönetici kesim, bu yasanın uygulayıcısıdır. Böylece, görevi bakımından ruhların kurtuluşuna hizmet etmekle toplumun bir parçası olan rahipler kesimi, siyasal iktidarın dışına itilir ve yasanın kaynağı da artık dindışıdır.¹³

Marsilius'un, egemenlik kuramını düşünmesine engel olan şey, yasa ya da iktidarın ilkesi denilen şeyi doğrudan egemen siyasi iktidara bağlayamaması ve hükümdarı ya da yönetici sınıfı, yaratıcısı olmadığı yasaya bağlı kılmasıdır. Burada söz konusu olan egemen halk tanımı da olamaz çünkü bu durumda da yasanın uygulayıcısı halkın kendisi değildir. Ancak siyasetin dindışı kurgulanmasında önemli bir adım atılmış ve "güç"e ilişkin dünyevi meşruiyet ilişkisi rayına girmiştir.¹⁴ Böylece modern devlete dair önemli bir adımın, yani siyasetin dünyevi alana hasredilmesi ve bu alanda kurgulanmasının önü açılmıştır. Bu da düşünceyi takip edenleri, İtalyan tarihçi ve devlet adamı –ve Marsilius'un yapıtından da haberdar olan¹⁵- Machiavelli'ye getirir.

A. Niccolò Machiavelli

Niccolò Machiavelli (1469-1527), Medici ailesinin Roma'daki elçisi, dostu Francesco Vettori'ye 1513 tarihinde yazdığı mektupta, *De Principatibus* (Hükümdarlıklar Üzerine) adlı bir kitap yazdığını ve bu kitapta hükümdarlığın ne olduğu, kaç çeşit hükümdarlık bulunduğu, hükümdarlığın nasıl ele geçirilip korunduğu ve nasıl yitirildiği konularıyla ilgili sorunları incelediğini ifade eder.¹⁶ Bu kitap yirmi yıl kadar sonrasında *Il Principe* (Hükümdar) adıyla yayımlanacak olan kitabıdır.¹⁷

¹³ Mairet (n 1) 221-225.

¹⁴ Ibid 225-226.

¹⁵ Ibid 232.

¹⁶ Niccolò Machiavelli, Hükümdar, Necdet Adabağ (Çev) (10. Bası, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları 2006) 106. Machiavelli'nin yaşadığı dönemde, İtalya'da merkezi bir devlet kurulamamıştır. Mevcut yapılar kısa ömürlü ve çok parçalı feodal beylikler ve kent devletleridir. İtalya, bu küçük kent devletlerinin aralarındaki çekişmelerin ve yer yer siyasi birliğini sağlamış Fransa ve İspanya gibi devletlerin müdahale alanıdır. Aynı şekilde, bu kentler toplumsal ve siyasal mücadelelerin de yoğun olarak yaşandığı topraklardır. Machiavelli'nin ülkesi Floransa da bu konjonktürün etkisindedir. 1434'te iktidarı ele geçiren Medici ailesi, 1494'te halk isyanıyla birlikte kentten kovulacak; Savonarola'nın 4 yıllık teokratik ve püristen yönetimin ardından Cumhuriyet döneminde, Machiavelli de yönetimin hizmetine girecektir. 1512'de Floransa'nın yönetimi yeniden el değiştirecektir. Medicilerin iktidarı ele geçirmesiyle birlikte, Cumhuriyet yönetiminin hizmetkarlarından Machiavelli de tüm görevlerinden azledilir ve hapse atılır; daha sonra da sürgüne gönderilir. Yukarıda bahsi edilen ünlü mektupta adı geçen *Il Principe* (Hükümdar) ve *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio* (Titus Livius'un ilk on kitabı üzerine Söylevler) adlı eserlerini bu sürgünde ve sonrasında yazacaktır. Machiavelli, Hükümdar'ı II. Lorenzo Medici'ye adar. Zamanla Medicilerin himayesine de kavuşur ancak 1527'de Medici Yönetimi yıkılacak ve yeniden Cumhuriyet kurulacaktır. Bu defa da Medicilerin adamı olarak görülen Machiavelli Cumhuriyetçiler tarafından dışlanır; hastalanır ve 22 Haziran 1527'de Floransa'da ölür. Ayferi Göze, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler* (12. Bası, Beta Yayınevi 2009) 108-109; Mehmet Ali Ağaogulları, *Batı'da Siyasal Düşünceler*, 319-322.

¹⁷ Machiavelli, "*Il Principe*", ve Machiavellizm üzerine tartışmalar için bkz Thomas Babington Macaulay, 'Machiavelli' in Charles W. Eliot (ed) *English Essays from Sir Philip Sidney to Macaulay with Introductions, Notes and Illustrations* (PF Collier and Son 1910) 381; Niccolò Machiavelli, *The Prince*, Luigi Ricci (Eng transl) (Oxford University Press 1921) v; Cemal Bali Akal, *Devlet Kuramı* (4. Bası, Dost Kitabevi Yayınları 2013) 28 (dipnot 12); Mehmet Ali Ağaogulları, *Sokrates'ten Jakobenlere Batı'da Siyasal Düşünceler*, (7. Bası, İletişim Yayınları 2016) 322-324.

1. Machiavelli'de Yöntem

Machiavelli, Hükümdar adlı eserinin girişinde, geçmişte ve o gün itibariyle egemen olan tüm devletler ya da hükümdarlıkların yönetim biçiminin ya cumhuriyet ya da hükümdarlık olduğunu ifade eder ve bu kitabında hükümdarlıklarını incelemeye alacağını ifade eder.¹⁸ Vettori'ye yazdığı mektupta da kitabının, bir hükümdar ve özellikle de yeni bir hükümdar tarafından kabul görmesi gerektiğini söyler.¹⁹ Hükümdar'ın yazılmasındaki amacın, birliği bozulmuş olan İtalya'nın durumuna Machiavelli'nin üzülmeye ve siyasi birliğin güçlü bir hükümdar sayesinde sağlanmasına yönelik öğütlerin bir kitapla ortaya konması olduğu düşüncesi yaygındır.²⁰ Buna karşılık, gözden düşmüş bir devlet adamının, yeniden eski rolüne ve yerine kavuşma çabası olarak yorumlamak da mümkün olabilir.

Bu çalışmada, Machiavelli'yi ününe kavuşturan eseri Hükümdar üzerinden incelemeler yapılacaktır. Yine de sıkça dillendirilen bir hususun taşınması uygun olacaktır: Machiavelli'nin Söylevler eseri ile Hükümdar arasında, içerikleri ve üzerine eğildikleri konulardan hareketle çelişkiler yer aldığı iddia edilmektedir.²¹ Bu eserlerden birincisi, Cumhuriyet yönetimleri üzerine yazılmıştır ve Machiavelli de Hükümdar'ın başında bu hususu dile getirir.²² Hükümdar'ın konusu ise hükümdarlıklardır ve buradan itibaren, Machiavelli, gözlemci konumuna yerleşir; olması gerekeni değil, olanı inceler ve sonraki yüzyıllara hitap edecek bir siyasi düşüncüyü eserinde yakalamayı –ve gözlemlemeyi- başarır. Diğer yandan, Akal, *Söylevler'in iyi Machiavellisi'yle, Hükümdar'ın kötü Machiavellisi ayrımına dayanan her savın bir efsaneden ibaret olduğunu ileri süren yazarlara ve bunların iki eserdeki tek farkın üslup farkı olduğu düşüncesine yer vermektedir: "Söylevler hükümdar olabileceklere, Hükümdar'ın gerçek bir hükümdara gönderilmişti."*²³

Hükümdarlıklar, ya iktidarın soydan geldiği ya da yeni hükümdarlıklardır. Yeniler de ya tamamen yenisidir ya da bir hükümdarlığın diğerine bir şekilde katılması ile oluşan hükümdarlıktır. Machiavelli, soydan gelme hükümdarlıkların yönetiminin daha kolay olduğu görüşündedir zira halk, itaat konusunda alışkanlık sahibidir. Yeni hükümdarlıklarda ise zorluklar daha fazladır. Halk yönetici değiştirmeye eğilimlidir. Ancak düşünür'e göre bunun sonucunda da pişman olurlar zira gelen gidene ararır.²⁴

¹⁸ Machiavelli (n 17) 3-4.

¹⁹ Ibid 106.

²⁰ Bkz Mehmet Akad, Bihterin Vural Dinçkol, Nihat Bulut, Genel Kamu Hukuku (12. Bası, Der Yayınları 2016) 92; Machiavelli (n 17) xiii.

²¹ Ağaogulları, Batı'da Siyasal Düşünceler (n 17) 324. Bu hususta bir değerlendirme için bkz Levent Yılmaz, 'Machiavelli Galiba Büyük Bir Şaka' iç Cemal Bali Akal (ed), Machiavelli, Makyavelizm ve Modernite, (2. Bası, Dost Kitabevi Yayınları 2014) 49-50.

²² Machiavelli (n 17) 4.

²³ Akal, İktidarın Üç Yüzü (n 3) 54.

²⁴ Machiavelli (n 17) 3-5.

Machiavelli, yeni bir hükümdarlıkta iktidarı elde tutmaya yönelik –tarihi ve sosyolojik verilerden de faydalanarak- birçok öneriyi sıralar. Eserin büyük bir bölümü de bu önerilerden oluşur –ki kitabın yazılma amacının da bir hükümdarlığı elde tutmayı sağlamaya dair öneriler olduğu hatırlanmalıdır. 8. Bölümde, “Alçakça yollardan hükümdarlığa ulaşanlar üzerine”de verdiği örnekler ve tavsiyeler, Machiavelli metodunu anlamak üzere misal olarak zikredilebilir. Yazar, biri Sicilyalı Agathocles, diğeri de Fermolu Liverotto’nun, iktidarlarını elde tutmak üzere şiddeti ne şekilde kullandıklarını, dışarıdan bir gözle açıkladıktan sonra, bu şiddetin –doğası gereği kötülük dahi olsa- hesaplı ve bir kerede kullanımın bu sonuca olumlu etkisini açıklamaktadır.²⁵

Yeni hükümdarlıkların elde tutulması zordur ancak bir kere elden çıktıktan veya ayaklanma olduktan sonra yeniden elde edilen hükümdarlık daha kolay elde tutulacaktır. Hükümdarlıklar, bazen tek bir hükümdar tarafından, bazen de hükümdar ve soylular tarafından yönetilirler. Bunlardan ikincisini yönetmek daha zordur. Yeni hükümdarlıklar, yetenek ve şansın rol oynamasıyla, başkalarının sağladığı olanaklarla veya yurttaşların ya da ülkenin ileri gelenlerinin desteği veya yukarıda bahsi geçen, alçakça yollarla kurulabilir.²⁶

Sivil hükümdarlıkları ise ayrı bir başlık olarak ele alır. Burada bahsedilen, ayak oyunları veya şiddet olmadan, halk desteğiyle iktidar olmuş kimselerdir. Machiavelli, bu tür hükümdarlıkları da seçkinler (soylular) veya halkın desteği bakımından ayırır ve bu iki katmandan insanların arasındaki çekişmeye dikkat çeker:

“Fırsatı yakalayana göre hükümdarlık ya halktan ya da seçkinlerden birinden gelir. Seçkinler halkın baskısına dayanamadıklarında, içlerinden birine saygınlık kazandırıp öne sürerek onu hükümdar yaparlar; ardından onun gölgesinde kabarmış iştahlarını doyururlar. Halk da seçkinlerin baskısına dayanamayınca kendi içinden birini hükümdar yaparak gücünden yararlanır ve kendisini güvenceye alır. Seçkinlerin desteğiyle hükümdarlığa gelen kişi, halkın desteğiyle hükümdar olandan daha zor iktidarda kalır. Çünkü hükümdar olduğunda kendisi gibi güçlü görünen insanlarla bir arada bulunmak zorundadır ve istediği gibi ne buyruk yağdırabilir ne de insanları evirip çevirebilir.

Halkın desteğiyle iktidar olan kişinin yönetimine dışardan müdahale olmaz. Çevresinde onun buyruklarına aldırmayacak hemen hiç kimse yoktur. Ayrıca başkalarına zarar vermeden, dürüst davranarak seçkinleri mutlu etmek olanaklı değildir; oysa aynı şey halk için söz konusu olmaz; ne ki halkın baş koyduğu erek seçkinlere göre daha haklıdır; çünkü seçkinler ezmek, halk ezilmemek ister. Ayrıca halk kalabalık olduğu için yönetimi benimsemeyen bir kitle karşısında hükümdar kendisini güvencede duymaz, oysa seçkinler sayıca az oldukları için daha güvencedir.

Halkın desteğiyle hükümdar olan kişi onun dostluğunu korumak zorundadır. Bu da kolaydır; çünkü halkın bir tek beklentisi vardır. Halk zulme katlanmak istemez. Ama halka karşı

²⁵ Machiavelli (n 17) 32-36.

²⁶ Ibid 20-36.

seçkinlerin desteğiyle hükümdar olmuş biri, her şeyin ötesinde halkın beğenisini kazanmak zorundadır.”²⁷

İnsanların ve, özellikle, hükümdarların nelerden övgü, nelerden yergi aldığı başlığında, Machiavelli, okuyucuya –aşağıda da ayrıntılarına yer verilecek olan– yöntemini bir kere daha hatırlatır: İtalyan tarihçi, “*imgelem dünyasının değil, soyut gerçekliğin ardından gidilmesi gerektiğini*” düşünmektedir. “*Çoğu kişi gerçek yaşamda var olmamış, bilinmemiş birçok cumhuriyet, hükümdarlık düşlemiştir. Gerçek yaşamla, düşlenen yaşam birbirinden o kadar uzaktır ki olanı bırakıp olması gerekenin arkasından giden kişi elindekinden de olur. Çünkü her şeyde ve yerde iyilik perisi kesilen kişi o kadar çok kötü içinde yıkıma uğrar. Bu nedenle bir hükümdarın, ayakta kalabilmek için iyi olmamayı ve iyiliği yerine göre kullanmayı öğrenmesi gerekir.”²⁸* Buradan hareketle, cömertlik-cimrilik, zalimlik-merhamet, dürüstlük-kurnazlık gibi sıfatlara dair hükümdara öğütler verir ve gerektiğinde, iktidarın elde tutulabilmesi için, olumsuz olarak nitelendirilebilecek eylemleri önermekten geri kalmaz.²⁹

2. Machiavelli’de Modern Siyaset

Daha önce ifade edildiği üzere, Machiavelli, olması gerekenle ilgilenmez. Tarih bilgisi ve gözlem yeteneği ya da deneyimi –ki Machiavelli’yi farklı kılan unsurlardır³⁰– sayesinde elde ettiği verilerle yaşanmış olguları göz önüne alır ve değerlendirmelerini bunlar üzerinden kurar. Dolayısıyla düşünürün, ideal bir yönetim modeliyle de ilgilenmediği ifade edilebilir. Machiavelli, eserinde, bir hükümdarlığın hangi şekillerde elde edilebildiği ve tutulabildiği üzerinden incelemelerini sunar ve buna yönelik *a priori* yargıları da dışarıda tutar.

Yukarıda, Orta Çağ siyaset düşüncesinin, bu türden *a priori* yargılarla çevrelendiği hususu örneklendirilmişti. Machiavelli, bu çerçevenin dışına çıkacaktır. Bu bağlamda dikkat edilmesi gereken en önemli olgu, Mairet’nin de dikkat çektiği üzere, Hristiyan gelenekteki atama biçiminde iktidarın devre dışı kalması ve bu siyasetin meşruiyetini kaybetmesidir.³¹ Böylece, okuyucuya ve hükümdara, önkabülleden arınmanın yolu gösterilir. Machiavelli’de meşruiyet, siyasete içkindir. İktidarın elde tutulmasına hizmet eden uygulama, iktidarın elde tutulmasına hizmet ettiği ölçüde meşrudur. Bu bakımdan, ayrıca meşruiyet arayışına ihtiyaç yoktur.

Floransalı sekreter, iktidarı “tabii” boyutundan arındırıp, “tarihi” bir iktidar anlayışıyla ele aldığı ölçüde, hükümdarın eylemlerini devletin kuruluşu olarak

²⁷ Machiavelli (n 17) 37-40.

²⁸ Ibid 59.

²⁹ Ibid 60-69.

³⁰ Akal, İktidarın Üç Yüzü (n 3) 51; Kurtul Gülenç, ‘Niccolo Machiavelli’ iç Ahu Tunçel ve Kurtul Gülenç (edr), Platon’dan Zizek’e Siyaset Felsefesi Tarihi (2. Bası, Doğu Batı Yayınları 2014) 136.

³¹ Mairet (n 1) 232.

tanımlar. Yine Mairet'nin ifadeleriyle, “(...) *siyaset, Hükümdar'da, devletin kuruluşu olarak tanımlanacaktır. Hükümdar kurucudur, inşa eder ve savaşır, iktidarını fetihle alır, meşruiyeti gücüdür; siyaset onu aşan hiçbir yarar amaçlamaz, o doğrudan doğruya kendi kendisinin amacıdır. Bu da demektir ki, herhangi bir yararın elde edilmesi gerekiyorsa, bu yarar doğrudan doğruya devletin yararadır.*”³²

Böylece, Machiavelli'nin, siyaset düşüncesine yaptığı katkı net bir şekilde ortaya çıkmaktadır: İtalyan düşünür, o zamana kadar kabul gören Yasa-uygulama ilişkisini göz ardı eder. O döneme kadar, iktidarın ve gücün meşrulaştırılması, dışsal kaynaklarda aranmıştı. Machiavelli, modernite öncesi düşünceden ayrılarak, bu dışsal meşruiyet arayışına, yukarıda açıklandığı üzere, son verecek; kendi kendisinin kaynağı ve meşruluğu kendinden –ya da herhangi bir meşruiyet arayışına girmeyen- bir siyasal iktidar modelini tanımlayacaktır.³³

“Demek ki, yavaş yavaş *Leviathan*'in dev görüntüsü belirlemektedir. Kendi kendisinden kaynaklanan bir siyaset, mutlak özerklikle tanımlanmış bir iktidardır: İlkesi biçimiyle çakışır ve devlet, bundan böyle, dört yüzyıl için açığa çıkacak olan bu çakışmadır. Onun artık doğrulanmaya ihtiyacı yoktur; çünkü o doğrulanmadır, onun artık meşruiyete de ihtiyacı yoktur; çünkü o meşruiyettir.”³⁴

Yöntem bağlamında, Hükümdar'a dair yukarıda yapılan açıklamalar ışığında, “amaç için her türlü aracın mübah sayılması” olarak kabul gören machiavelizm konusuna değinilebilir. İtalyan devlet adamının kitabının “şeytan kitabı” olarak adlandırılması, farklı zamanlarda yasaklanması, yakılıp yok edilmesine dair verilen emirler, machiavelizm ve machiavelist şeklinde olumsuz çağrışım yapan sıfatların yüzyıllarca dillendirilmesi ve özellikle kötü ve zorba yöneticilerle Machiavelli'nin öğütleri arasında kurulan bağlar ve hatta Machiavelli okumanın inkar edilmesi veya gizlenmesi, temelde, eserde yer alan bu yöndeki düşüncelere doğan tepkilerdir. Siyaseti, kuruluşla ilişkilendiren Machiavelli, bu yöntemleri örneklendirmekten çekinmez zira *a priori* meşruiyet kaygılarını dışarıda bırakmaktadır.

Akal ise, bu duruma farklı bir pencereden bakar: bu yöntemleri kullanan bir hükümdarın, machiavelist olarak adlandırılması ne derecede doğru olacaktır? Tekraren ifade edildiği üzere, Machiavelli, bir tarihçinin gözüyle kitabını yazar. Dolayısıyla tarihten ders alan bizzat Machiavelli'dir ve “*gelmiş-geçmiş, küçük büyük hiçbir hükümdar, machiavelizm dersleri almaya ihtiyaç duymaz. (...) Machiavelli'den önce de sonra da, eşitsiz bir ilişki olarak, farklılaşmış siyasi iktidarın mantığı hep aynıdır. Yöneticinin, kendine özgü bir hayatı, çıkarları, nitelikleri, amaçları vardır. Ders istemez, ama üstüne düşünsel bir perde örtülmesi, meşrulaştırılması için hizmet bekler.*”³⁵

³² Mairet (n 1) 232.

³³ Cemal Bali Akal, Varolma Direnci ve Özerklik – Bir Hak Kuramı için Spinoza'yla, (1. Bası, Dost Kitabevi Yayınları 2004) 60.

³⁴ Mairet (n 1) 233; Ayrıca bkz Akal, İktidarın Üç Yüzü (n 3) 51-52.

³⁵ Akal, İktidarın Üç Yüzü (n 3) 53.

Son olarak, tüm açıklamalar dahilinde, feodal düzenden modern siyaset düzenine geçişte Machiavelli'nin yaptığı önemli diğer bir katkıdan bahsetmek gerekecektir: Hatırlatılacak olursa, Skolastik düşüncede, düzene dair katı kurallar bir kere Tanrı tarafından belirlenmiştir. Laon Piskoposu Adalbéron'un ifadeleri hatırlatılacak olursa; *“Tanrı kralları seçti; krallar onun serfleridir; O kralların tek hakimidir; göklerdeki tahtından, onlara, iffetli ve saf olmalarını buyurur. Tanrı buyruklarıyla, tüm insanlığı onlara bağlı kıldı... onları, ruhları çürütebilecek yaraları iyileştiren hekimler olarak yarattı... Soyluların geri kalanı, krallık adaletince cezalandırılan suçlardan kaçınmak koşuluyla, hiçbir iktidarın baskısına boyun eğmeme ayrıcalığına sahiptir. Bunlar; kiliselerin koruyucuları olan savaşçılardır; bunlar, halkın, küçükler kadar büyükleri ve de iyilerin savunucularıdır; ve aynı biçimde, kendi güvenliklerini de sağlama almışlardır. Öteki sınıf serfler sınıfıdır: Bu mutsuz ırk, ancak, didinip durarak bir şeyler elde edebilir. Demek ki bir bütün olduğu samlan Tanrı'nın evi üçe bölünmüştür: Bazıları dua eder; diğerleri savaşır; ötekiler de çalışır. Yan yana varolan bu üç kesim, birbirlerinden ayrı oldukları için acı çekmezler; bir kesimin sunduğu hizmetler, diğerlerinin işlerinin önkoşuludur; herbiri, kendi payına, bütünü ihtiyacını karşılamayı üstlenir. Bu yüzden, sözkonusu üçlü toplanma, yine de bir sayılmaktan geri kalmaz; işte böylece, yasanın üstünlüğü sağlanabildi ve dünya barışa kavuşabildi.”³⁶*

Bu düşünce, Orta Çağ meşruiyet ilişkisi ve zihniyeti yansıtır ve modern zihniyette bu anlayış ortadan kalkacaktır. Machiavelli, Skolastik düşünceye saldırdığı ölçüde, bu değişimin önemli bir temsilcisidir. Burada yeni olan şey, Adalbéron'un ifadelerinden de çıkarılabilecek, soyluların yerine dair önkabullerin karşısına, Machiavelli'nin “halk” desteğini koymasıdır. İtalyan düşünür, bu yönüyle, sonradan ortaya çıkacak ulus-devlet düşüncesinin de önünü açar.³⁷

Yukarıda, Machiavelli'nin Sivil Hükümdarlıklar üzerine bölümünde soylu sınıfı veya halk desteğine dair karşılaştırmasına yer verildi –ki bu alıntılar, Machiavelli'nin yaklaşımına dair doğru bir özet niteliğindedir. Yazar, böylece halk desteğine önplana alır ve eser boyunca, halkın rızasının bulunmasının hükümdarın iktidarını sürdürmesine olan katkısını vurgular. Yönetmek için halka dayanmak, daha doğru bir yöntem olarak işaret edilir. Yine Akal'ın işaret ettiği üzere, *“Feodal değerlerden sıyrılan düşüncede, hükümdarın feodal kökenlerine önem verilmez. “Sıradan birini hükümdar yapan” derken, Machiavelli, siyaseti soyluluğun tekelinden kurtarır. Söylem, siyasi gücü ele geçirme, elde tutma, yönetme teknikleri ardında, münferit güç sahiplerinin feodal nitelikli dayanaklarını da yıkar.”³⁸*

Tüm bunlara rağmen Machiavelli, modern bir düşünür olarak adlandırlamaz –ki bu da, bahsi edilen siyasal iktidar modelinin ayrırıtısında yer alır. Machiavelli, siyasal

³⁶ Mairet (n 1) 224-225.

³⁷ Akal, Machiavelli, Makyavelizm ve Meşruiyet Sorunu (n 10) 28.

³⁸ Akal, İktidarın Üç Yüzü (n 3) 57.

iktidarı, hükümdarın bünyesinde toplamaktadır. Bu bakımdan, Machiavelli'deki siyasi iktidar tanımı somut ve basittir: bu tanımda hükümdarın fiziksel varlığıyla gücü özdeşleştirilmiştir. *Güç elde edilir, elde tutulur ve fiziksel varlık sona erince de bir başkası tarafından yeniden elde edilmek üzere serbest kalır.*³⁹ Yukarıda ifade edildiği gibi, iktidar, gücün meşrulaştırılması sorunudur ve demek ki, yeni bir meşruiyet ilişkisinin tanımlanması önem arz eder ve Machiavelli, bu yeni meşruiyeti kazandıran sürekliliği düşünmez.⁴⁰ Egemenliğin tam anlamıyla tanımının yapılması bakımından, bu düşüncede eksik olan, iktidarın mahiyetinin tam olarak tanımlanmasıdır. Bunun olabilmesi için de, Machiavelli'nin yaptığı gibi somut eylemler üzerinden incelemeler yerine, soyuttan somuta bir tanımlama ile devletin ele alınması gerekecektir⁴¹ -ve bu soyut kavramsallaştırmayı yapmak da Bodin'e düşecektir.

B. Jean Bodin

Machiavelli, Orta Çağ'ın meşruiyet ilişkisini göz ardı ederken, yerine yeni bir meşruiyet ilişkisi koymaz. Bu haliyle geçiş döneminde kaldığı ifade edilebilir. Buna karşılık, siyasi iktidara ilişkin yıkılan meşruiyet ilişkisinin yeniden ve yeni bir şekilde kurulması gerekecektir –ki bu kavramsallaştırma ve tanımlama sorununu aşan düşünür Jean Bodin⁴² olacaktır. Machiavelli tarihçiydi; Bodin ise kuramcı olarak adlandırılabilir.

1. Bodin'de Yöntem

Bodin'in yapıtları arasında siyaset bilimi açısından en önemli olanı, kuşkusuz, *Les six livres de la République* (Devletin Altı Kitabı) adlı eseridir. Dolayısıyla bu çalışmada da, bu eser kapsamındaki düşünceleri incelenecektir. Fransız düşünürün bu çalışması oldukça kapsamlı ve hacimlidir. Eserin dilinin Fransızca olmasında, Fransızlar tarafından okunmasını sağlamak amacı güttüğü düşüncesi dile getirilmektedir.⁴³

³⁹ Akal, Varolma Direnci ve Özerklik (n 33) 62.

⁴⁰ Akal, İktidarın Üç Yüzü (n 3) 62.

⁴¹ Mairet (n 1) 233.

⁴² Jean Bodin'in doğum tarihi net olmamakla birlikte 1529 veya 1530 yılı olarak kabul edilmektedir. 1545'te Paris'e gitmiş, eğitim almıştır. 3 yıl sonrasında ise Toulouse'ya gitmiş ve Toulouse Üniversitesi'nde hukuk öğrenimi almış; 1561'e kadar da Hukuk Fakültesi'nde öğretim görevlisi olarak görev yapmıştır. Fakülteden ayrılarak Paris'e gitmiş ve baroya kaydolmuştur. Hukuk çalışmalarının yanında tarih, iktisat ve doğa bilimleri üzerine de çalışmalar yapmış ve birkaç kitap yayınlamıştır. (Örnek olarak zikredilecek olursa, *Methodus ad Facilem historiarum cognitionem* (Tarihlerin Kolay Bilgisi için Yöntem); *Réponse aux paradoxes de M. De Malestroit touchant le faux des monnaies et l'enchérissement de toutes choses* (Mösyö Malestroit'nın Para ile Her Şeyin Pahalalanması Konusundaki Paradoksuna Yanıt, 1569); *Discours sur les causes de l'extreme cherté qui est aujourd'hui en France* (Günümüz Fransası'nda Aşırı Pahalılığın Nedenleri Üzerine Söylev, 1574)) Kırk yaşında, ilk kraliyet görevine atanmıştır ve daha sonra –monarşinin güçlü kalmasıyla birlikte dini uzlaşma ortamını da savunan- Politikler Partisi liderlerinden biri olan kralın kardeşinin hizmetine girmiştir. Kendisi de düşüncelerinde ılımlıdır ve 1572 Saint-Barthélemy Kıyımı'nda düşüncelerinin haklılığını görecektir. Bodin, hem bu dinsel tutumundan hem de bazı aşırı Katoliklerce bir Protestan –hatta bir Yahudi- olarak tanınmasından dolayı *huguenot* kıyımından canını zor kurtarabilmiştir. Bu şartlar altında 1576 yılında *Les six livres de la République* (Devletin Altı Kitabı)'i yayımlamıştır. Sonrasında da Kraliyet bünyesinde çeşitli görevlerde bulunur ve gezilere çıkar. Bunlardan biri de İngiltere'ye olacaktır ve burada, eserindeki düşüncelerinin doğrulandığını gözlemlediğini düşünür. 1586 yılında, eserini Latince'ye çevirerek yayımlamıştır. 1589'da, aşırı Katoliklerin Partisi'ne katılır ancak ülkede mevcut eğilimlerin dönüşümüyle 1593'te ayrılır ve dinsel uzlaşmayı sağlayacak IV. Henri'ye katılmıştır. 1596 yılında, Laon'daki veba salgını sırasında hayatını kaybetmiştir. Yararlanılan kaynaklar: Mehmet Ali Ağaogulları ve Levent Köker, Kral Devlet ya da Ölümlü Tanrı (5. Bası, İmge Kitabevi 2018) 10-14; Ağaogulları, Batı'da Siyasal Düşünceler (n 17) 401-403.

⁴³ Ağaogulları-Köker (n 42) 14.

Bodin, eserinin hemen başında Devlet'e dair kendi tanımını verir ve bu şekilde başlamasının amacını açıklar: Düşünüre göre, her meselede nihai amaç göz önüne alınmalıdır ve daha sonra, oraya ulaştıracak araçlara bakılır. Tanım da tam olarak bunu vermektedir. Eğer doğru bir tanımdan yola çıkılmazsa, üzerine kurulan her şey yıkılıp gidecektir. Bodin'e göre Devlet (*République*⁴⁴), *birçok ailenin ve bunlarda ortak olan şeylerin, egemen güç (veya iktidar) tarafından adil bir şekilde yönetimidir.*⁴⁵

İlk kitap on bölümden oluşur. Bu bölümlerde, Devletin amacı, Devlet ve aile arasındaki benzerlikler ve farklılıklar, aile reisinin gücü/iktidarı, vatan, vatandaş, yabancı, egemenlik, devletin kökeni, egemenlikle ilişkili meseleler gibi konulara eğilir. İkinci kitapta, kaç çeşit devlet olduğu ve yönetim biçimleri konusunu ele alır. Üçüncü kitap, devlet organları üzerinedir. Dördüncü kitabında devletlerin doğuşu/kuruluşu ve ölümü/yıkılması süreçlerini inceler. Beşinci ve altıncı kitaplar, Bodin'in düşüncesindeki devlet yönetimi ve siyaseti ve bunlarla ilişkili idari ve sosyolojik meseleler üzerinedir.

Bir önceki bölümde düşüncelerine yer verilen Machiavelli, Bodin'in eleştirilerinden nasibini alacaktır. Bodin, Machiavelli'nin, devletin temeline dinsizliği ve adaletsizliği yerleştirdiğini öne sürer ve dolayısıyla siyasal ortamda yaşanan kaosların da müsebbibidir. Şüphesiz, Machiavelli'ye yöneltilen bu eleştirilerin kökeninde, yukarıda bahsedilen “machiavelizm” düşüncesinin/iddiasının yeri vardır ve onun, tiranların dalkavukları arasında en çok rağbet göreni olduğunu söyler.⁴⁶

Bodin'in eleştirilerinin hedefinde olan bir diğer grup da Monarkomaklar olacaktır. Açıklamak gerekirse, Monarkomaklar, 16. yüzyıldan itibaren gittikçe güçlenen monarşilere yönelik doğan tepkilerden biridir. Bilindiği üzere bu dönem, modern devletin ortaya çıktığı dönemdir ve siyaset alanında, iktidara dair meşruiyet ilişkisi, Orta Çağ'daki bağlarından koparılmıştır. Böylece kralların önünde, onları bağlayan bir üst nizam ortadan kalkar. Egemenliğin devlete içkin olmaya doğru evrildiği bu dönemde, Thomas More'un Ütopya'sı, Etieene de la Boétie'nin yönetilenden yola çıkarak oluşturduğu gönüllü kulluk düşüncesi ve monarkomakların “*iktidara edilgen itaat terk edilmeli, mutlak monarşiye karşı çıkılmalı ve hatta doğru dine mensup olmadığı ölçüde tiran kabul edilen Katolik krallar tahttan indirilmeli ve öldürülmeli*” şeklinde özetlenebilecek düşünceleri, bu yeni düzene gelen eleştiriler olarak kabul edilebilir. Monarkomakların düşüncelerinin bu yöne evrilmesinde, Reform hareketleri

⁴⁴ Devlet şeklinde Türkçe'ye tercüme edilen bu kavrama dair zihni dönüşüme dair bkz Akal, İktidarın Üç Yüzü (n 3) 315-322. Akal, bu haliyle *respublica*'nın halen modern devleti karşılamadığı düşüncesindedir. Brancourt da, bu durumu değerlendirirken, Bodin'in, Devlet'i anlatmak için “*république*” sözcüğünü kullanmasının yanında, “*Etat*” sözcüğünü de yer yer yönetim biçimi anlamında ve yer yer de yönetim biçiminden bağımsız olarak, her türlü kurulu siyasi düzeni anlatmak üzere kullandığını aktarır. Bkz Jean-Pierre Brancourt, ‘Estat’lardan devlete. Bir Sözcüğün Evrimi’, iç Cemal Bali Akal (ed), Devlet Kuramı (4. Bası, Dost Kitabevi Yayınları 2013) 185.

⁴⁵ Jean Bodin, Les six livres de la République, (Un abrégé du texte de l'édition de Paris de 1583; Édition et présentation de Gérard Mairet) (Librairie Générale Française 1993) 44.

⁴⁶ Abdurrahman Saygılı, ‘Jean Bodin'in Egemenlik Anlayışı Çerçevesinde Kralın İki Bedeni Kuramına Kısa Bir Bakış’ (2014) 63(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 185, 187.

sonrası ortaya çıkan din temelli uyuşmazlıklar ve Saint-Barthélemy Kıyımı gibi olaylarda dinsel azınlıkların öldürülmesi vakaları da etkindir.⁴⁷

Bodin, böyle bir arka planda ortaya çıkan Monarkomak hareketini de “Sözü edilen (Machiavelli gibi) kişilerden farklı, hatta onların doğrudan düşmanları olan başkaları vardır ki bunlar daha az tehlikeli değildir, belki daha da tehlikelidir; bu kişiler, yükümlülüklerden bağımsızlık ve halk özgürlüğü örtüsü altında uyrukları doğal prenslerine karşı ayaklandırıp dünyadaki en güçlü tiranlıktan daha kötü olan bir başıbozuk anarşiye kapıyı açmaktadırlar. İşte her çeşit olumsuz yazı ve araçlarla devletlerin yıkımını elbirliğiyle gizlice hazırlayan iki türlü insan bunlardır.” ifadeleriyle eleştirmektedir.⁴⁸

Bodin’in bu eleştirilerinden, kurmak istediği siyasal sistemin doğası çıkarılabilir. Bodin, Machiavelli’yi eleştirirken gücün doğasının sınırlandırılması ve bunun temelini dini/ahlaki gerekliliklerle olması gerektiğinden hareket ederken, Monarkomaklar’ı ise, itaatsizliği özendirmekle suçlar. Dolayısıyla bu denge, Bodin’in devlet düşüncesinin dengesini ortaya koyacaktır. Düşünüre göre, halkın yöneticiye itaati gerekir, yöneticinin hükümdara sadakati gerekir ve hükümdar da Tanrının yasalarını gözeterek siyaseti ahlak çerçevesinde ortaya koymalıdır.⁴⁹

Fransız düşünürün devlet tanımında birden fazla unsur bulunur. Sırasıyla gidilecek olursa, bunlardan biri “adil/doğru yönetim”dir. Bodin, zora dayanan bir eşkıya sürüsünün kurduğu iktidarla devlet arasında bir farkın bulunması gerektiğini ifade eder ve ona göre bu, yönetimin adaletle ve doğrulukla olmasıdır. Bodin, Machiavelli’den farklılaşır ve somut olgulardan ziyade soyut değerleri gündemine alır.⁵⁰ Ona göre, *devletin yüce amacı mutluluktur ve insanların gerçek mutluluğu ile devletin mutluluğu aynı anlama gelmektedir. Bu sebeple, erdemli insan iyi yurttaşla, erdemli devlet de iyi devletle özdeştir.*⁵¹

Devlet tanımında yer alan ikinci unsur da ailelerin yönetimidir. Yazar, aileyi ve aile yönetimini devletin temeline yerleştirir. *Aile, özel mülkiyet hakkı bulunan ve babanın otoritesi altında örgütlenen doğal bir birimdir; bu birimler devleti oluşturan ilk hücrelerdir. Üstelik aile, iyi düzenlenmiş siyasal toplumun mikro düzeydeki modelidir: “İyi yönetilen aile, devletin gerçek suretidir ve ailedeki erk egemen erke benzer. Ayrıca evin doğru yönetimi, devlet yönetiminin gerçek modelidir.”* Bodin, böylece Roma hukundaki *pater familias* kurumuna gönderme yapar ve bu kurumu canlandırmaya çalışır. Bilindiği üzere, *pater familias*ın otoritesi mutlak ve doğaldır ve Tanrı kaynaklıdır. Bunun sonucu olaak, babanın aile içindeki rolüne benzer

⁴⁷ Ağaoğulları, Batı’da Siyasal Düşünceler (n 17) 392-393.

⁴⁸ Ağaoğulları-Köker (n 42) 15.

⁴⁹ Saygılı (n 46) 188.

⁵⁰ Ağaoğulları-Köker (n 42) 18-19.

⁵¹ Saygılı (n 46) 188.

şekilde, devletin başındaki Kral'ın devlet içindeki yeri benzeşir ve dolayısıyla Kral'ın hükmetme yetkisi mutlaklaşır. Diğer bir sonuç da, Roma Hukuku'nda *pater familias*ların özgür olmalarından ve devletin ailelerin yönetimi olmasından hareketle, devletin uyruklarının özgür yurttaşlar olmasıdır. Böylece devlet, tiranlık ve zorbalıktan ayrılır.⁵²

Bodin'in devlet tanımında yer alan üçüncü unsur ise ortak şeylerin yönetimidir ve bu sayede devlet, kamusal olan olarak, kamusal çıkarları yöneten, kamusal şeyleri yöneten yapı olarak ortaya çıkar. Yine ifade edilecek olursa, Bodin, modern devleti karşılayan *état* sözcüğü yerine kamusal şey olarak çevrilebilecek ve Orta Çağ boyunca devlet benzeri örgütlenmeleri karşılayan *respublica* ifadesini kullanmaktadır. Bodin'e göre, “Egemenlikten başka ortak ve kamusal bir şeylerin olması gerekir; tıpkı ortak ya da kamusal olan, ya da her ikisi birden olan kamu mülkü, kamu hazinesi, kentler, sokaklar, duvarlar, alanlar, tapınaklar, pazar yerleri, gelenek ve görenekler, yasalar, adalet, cezalar ve bunlara benzer şeyler gibi; çünkü kamusal hiçbir şey olmazsa devlet de olmaz.” Ancak bunu ifade ederken, özel mülkiyetin varlığını da reddetmez ve hatta ortak şeylerin bulunması için, özel şeylerin varlığının zorunlu olduğunu ifade eder.⁵³

Bodin'in devlet tanımında yer alan diğer unsur ise egemen erk tarafından yönetimdir ve bu da bir sonraki başlıkta müstakil olarak ele alınacaktır.

2. Bodin'de Egemenlik ve Modern Meşruiyet İlişkisi

Bodin, egemenliği, devletin özünde var olarak görür; bu anlamda siyasal topluma içkindir ve devleti diğer topluluk biçimlerinden ayırır. “*Nasıl ki kenarları, pruvaı, pupayı, güvertayı bir arada tutan omurgaya sahip olamamış bir gemi biçimsiz bir tahta yığınının başka bir şey değilse; bütün üyeleri ve bunların parçalarını, bütün aileleri ve dernekleri tek bir beden şeklinde birleştiren egemen erki olmayan bir devlet de devlet değildir.*” Dolayısıyla egemenliğin olmadığı bir yerde, devletten söz etmek de mümkün değildir. “Bodin, Roma Huku ku'nda *majestatem* ya da *summum imperium* olarak yer aldığını belirttiği egemenliği “yurttaşlar üzerindeki en yüksek, en mutlak ve en sürekli güç” olarak nitelendirir.”⁵⁴

Bodin'e göre egemenlik mutlaktır. Bu manada, “en yüksek buyurma-yönetme erki olan egemenlik, bir başka güç tarafından sınırlandırılmış değildir. Çünkü “*bir prense belli yüküm lülükler ve koşullar altında verilmiş olan egemenlik, ne egemenliktir, ne de mutlak erk*.” Toplumdaki çeşitli iktidar odakları egemenden kaynaklanırlar; daha doğrusu, onun izniyle, onun izin verdiği ölçü ve süre içinde vardılar.”⁵⁵ Egemen

⁵² Ağaoğulları-Köker (n 42) 20-24; Saygılı (n 46) 188-189.

⁵³ Ağaoğulları, Batı'da Siyasal Düşünceler (n 17) 406-407.

⁵⁴ Ibid 407.

⁵⁵ Ibid 407-408.

ise, hiç kimseye ya da kuruma danışmak zorunda değildir. Bu şekliyle egemen, kimseye danışmadan yasa yapabilir, bunları bozabilir veya değiştirebilir. Ancak diğer yandan, Bodin yasa ve hukuk arasında ayırım yapar ve hukuku hakkaniyet ve adaletle özdeşleştirir. Ancak yine de yasanın uygulanmasını önceler zira bu, egemenin iradesidir. Bu irade ise keyfi değildir; burada var olan kamusal iyiliği gözetilen devletin iradesidir. Aynı şekilde, Bodin'e göre, tek bir egemenden bahsedilemiyorsa veya egemen belirlenemiyorsa, devletten de bahsedilemez.⁵⁶

Machiavelli egemenliği hükümdarın bedeniyle sınırlamaktaydı. Yukarıda ifade edildiği gibi, güç bu bedende somutlaşır ve hükümdarın ölümüyle birlikte başka biri elde edene kadar serbest kalır. Bodin, Machiavelli'nin düşünemediğini düşünecek ve gücün egemenliğe, onu kullandıktan soyutlaştırarak süreklilik kazandıracaktır. Bodin, yönetici ve egemenin birbiriyle karıştırılmasına karşı çıkar. Yönetici yetki kullanır ve bu geçicidir, yani egemen değildir. Kullanılacak süreyi egemen saptar ve yönetici egemene bağlıdır. Aynı şekilde, yönetici, egemenin yasalarına da karşı çıkamaz; direnme hakkı bulunmaz. Yapabileceği tek şey, devleti terk etmek olabilir. Öte yandan, egemenliğin sürekli olması ise, bir egemenin, bu gücü ömür boyu kullandıktan sonra, tacıyla birlikte kensidinden sonra gelene devretmesi anlamındadır. Kral, devletin kamusal kişiliğini temsil eder.⁵⁷ Böylece devlet, hükümdarın bedeninden soyutlanır ve sürekliliğe kavuşur. Bodin'in ifadeleriyle; "Bu gücün sürekli olduğunu söyledim; çünkü belli bir süre için, bir ya da birçok kişiye mutlak gücün verilmesini sağlayabilir; bu süre sona erdiğinde, onlar birer uyruktan başka şey değildirlere; ve güce sahip oldukları sürece de, Halk ya da Prens gücü geri almayı isteyene kadar, bu gücü emanet alanlardan ya da onun muhafızlarından başka şey olmadıkları için, onlara egemen prensler denemez; güç hep emaneten alınır"⁵⁸

*"Bodin'in egemenliğin özelliği olarak ortaya koyduğu süreklilik ilkesi, onun modern devlet kuramına getirdiği en önemli katkılardan biridir. Devlet erki ya da egemenlik auctoritas (iktidarın ilkesi) ile potestasın (iktidarın kullanımı) tek bir yerde birleşmesi şeklinde ele alındığında, özellikle auctoritasa özgü olan süreklilik sayesinde devlet iktidarı onu kullanan kişiden (ya da kişilerden) bağımsızlaşır ve devlet düşünülebilir bir olgu durumuna gelir. Daha açıkçası, egemenlik ile egemen arasında bir ayırım gözetilir ve devlet, prensin eylemlerine indirgenmeyip onu aşan bir "gerçekliğe" sahip olur."*⁵⁹

Son olarak, Bodin'e göre, egemenlik birdir, bölünmez ve devredilmez. Mutlak ve sürekli olmak, egemenliğin "bir" olmasını zorunlu kılar. Bölünmemek veya parçalanmamak kaydıyla egemenlik tek bir kişide (monarşi), bir azınlıkta (aristokrasi) veya halkın elinde (demokrasi) olabilir. Ancak, feodalitede olduğu gibi, birden fazla unsur arasında, diğer bir ifadeyle iki veya daha fazla "egemen" arasında bölünmemesi

⁵⁶ Saygılı (n 46) 189-190.

⁵⁷ Ibid 189-190.

⁵⁸ Aktaran: Mairret (n 1) 235.

⁵⁹ Ağaogulları-Köker (n 42) 31.

gerekir. Bodin, bu üç devlet çeşidinden egemenliğe en uygun olanın monarşi olduğu düşüncesindedir. Düşünürün hükümdar (egemen) ve egemenlik arasında yaptığı ayrıma dikkat edilmesi gerekir. Bu ikisi birbirine karışabilmektedir. “Egemenlik devlette soyut, kralda ise somut bir özellik gösterir.” Dolayısıyla hükümdarın, *Kralın İki Bedeni* teorisiyle ifade edilen biri özel diğeri ise kamusal olmak üzere iki kişiliğe sahip olduğu kabul edilir.⁶⁰

Yeniden ifade edilecek olursa, Orta Çağ'da, modern anlamıyla devletin oluşumuna izin vermeyen bir tanımlama engeli bulunmaktaydı. Bu engel de iktidara dair sunulan –a priori sunulan- tanrısallık unsurudur.⁶¹ Bu tanrısallık, modernleşmeyle gelen yeniden tanımlamalarla aşılmıştır ve artık iktidar, kendi kendisinin meşruiyeti haline gelir. Dışsal meşruiyet arayışı, böylelikle ortadan kalkar. Machiavelli, eski meşruiyet ilişkisini yıkarken, yerine bir yenisini koymayı tasarlamamıştı. Yeni güç ilişkisine dair tanımı ortaya koymak görevi, böylece, Bodin'e kalmıştır.

Bodin'in düşüncesinde, egemenliğin devlete içkin olarak kabul edildiği, egemenliğin olmadığı yerde devletten de söz edilemeyeceği yukarıda açıklandı. O halde, çalışmanın başında değinildiği haliyle, “bir toprak üzerinde bir yönetime itaat eden bir topluluk var olduğunda, devlet vardır” demek, Bodin'in egemenlik kuramı çerçevesinde kabul görmeyecektir. Bodin, devletin varlığı için, mutlak, sürekli ve bölünmez bir egemenliğin varlığını şart olarak görmektedir.

Akal, egemenliğin, siyasi gücün kullanımını meşrulaştırmak için yeni bir dışsallık oluşturmasının yanında, yeni bir siyasi iktidar tipi düşüncesini de mümkün kıldığını öne sürer: Devlet ya da kurumsallaşmış siyasi iktidar. Egemen devleti Bir olması, Machiavelli düşüncesindeki hükümdarın siyasi gücünün Bir olarak düşünülmesinin ötesinde, dışsallığın yeniden farklı biçimde kurulması, hükümdarın bedensel varlığına bağlı olmaktan kurtarılması ve soyut niteliğini zamandışılıktan, süreklilikten alan bir kavram olarak egemenliğin oluşturulmasıdır. Bölünmezlik siyasi gücün kullanılmasına ilişkin ve somutken; süreklilik yasaya ilişkindir ve soyuttur ve bu yüzden, egemenliği egemenlik yapan özelliştir. Modern siyasi-hukuki kavramların en belirsizi, en kapalı olan egemenlik, onun sayesinde, tanrısallıkdışı gizemliliğe kavuşmuştur. Laikleşme diye adlandırılan süreç ya da her siyasi iktidar düşüncesinin vazgeçilmez meşrulaştırıcı unsuru dışsallığın ya da kutsallığın, Batı düşüncesinde bu kez tanrısallık dışında oluşturulması, sürekiilikle beslenen egemenlik kavramıyla başlar. Devlet onunla kutsaldır. Meşruiyet arayışının, zorunlu olarak, siyasi iktidarı kullananı ayırt edilmeyi gerektirmesi, soyut bir dayanağa ihtiyaç doğurur ve bu dayanak da devlet olacaktır. Böylece, egemenlik sayesinde devlet, varlık nedenini ve amacını kendinde bulan kurumsallaşmış siyasi iktidar tipi olarak ortaya çıkar.

⁶⁰ Ağaoğulları, Batı'da Siyasal Düşünceler (n 17) 408.

⁶¹ Mairet (n 1) 218.

İlkesi dışsal kaynaklarda aramaz; *dışsallığı içselleştirmiştir*.⁶² *Kendi kendisinden kaynaklanan bir siyaset, mutlak özerklikle tanımlanmış bir iktidardır: İlkesi biçimiyle çakışır ve devlet, bundan böyle, dört yüzyıl için açığa çıkacak olan bu çakışmadır. Onun artık doğrulanmaya ihtiyacı yoktur; çünkü o doğrulanmadır, onun artık meşruiyete de ihtiyacı yoktur; çünkü o meşruiyettir*.⁶³

Böylece, gücün meşruiyeti yeniden tanımlanmıştır ve uygulama, yeni bir Yasa'ya, dünyevi bir Yasa'ya bağlanmıştır. Orta Çağ'da, Tanrısallığın temsilcileri olarak gücü kullananlar varken, Yeni Çağ'da, siyasi gücü kullananlar devletin –ve sonrasında da ulusun- temsilcileri olacaktır. Yukarıda da ifade edildiği gibi, hükümdar (egemen) ve egemenlik birbirinden ayrıdır ve Kral öldüğünde, “yaşasın Kral” diye bağırlacaktır.⁶⁴

Bodin, yukarıdaki açıklamalar bağlamında, o güne kadar söylenmeyi söyleyerek bir sıfır noktası oluşturur. Ancak, Fransız düşünürü de geçmişten tam anlamıyla ayrı tutmak mümkün olmayacaktır. Bodin, bir yönüyle tabii hukukçu kimliğiyle yeterince dünyevi düşünemez ve bu manada düşünceleri modernite ve Skolastik düşünce arasında yer alır.⁶⁵ “*Yeryüzünün bütün prensleri tanrısal ve doğal yasaların uyruklarıdır ve bu yasalara karşı çıkmak onların erki içinde değildir; yoksa yeryüzündeki bütün monarkların korkuyla ve saygıyla boyun eğmek zorunda oldukları Tanrı'ya karşı savaş açarak en ağır suçu işlemiş olurlar... Bu nedenle prenslerin ve egemen senyörlerin mutlak erki, kesinlikle Tanrı'mn ve doğanın yasalarına kadar uzanmaz*.”⁶⁶ Daha önce ifade edildiği haliyle, egemeni mutlak yetkilerle donatan Bodin'in, çelişkili görünebilecek şekilde, sınır tanımaz egemeni doğal hukuka bağlı kıldığı görülür. Bodin, Tanrı'nın iradesi olarak adlandırdığı bu doğal hukuka açıklama da getirmez.⁶⁷ Dahası, Kral'ın, Tanrı'nın yeryüzündeki vekili olduğu düşüncesini de tekrar eder.⁶⁸ Hükümdar, sonuçta Tanrı'ya karşı sorumludur ve dolayısıyla kaynak yine başka bir kaynağa gönderilmiştir. Hukuk, Bodin düşüncesinde yeterince pozitivistleşmemiştir.⁶⁹

Bodin'in, egemenlik kuramına en önemli katkısı olan süreklilik unsurunu, ulaşması gereken noktaya ulaştıramadığı, yeterince dışsallaştıracak anlamı veremediği görülür. Monarşi savunucusu olarak Bodin, egemenliği, onu nihai noktada kullandıktan ve bu kullanıcıyı da Tanrı'dan bağımsızlaştıramaz. Ona göre, tabii hal ya da ilk yönetim her zaman monarşi olmak zorundadır. Akal, Mairret'ye atıfla, Bodin'in, halkın olası her egemenliğinin sınırını oluşturduğunu göremediğini söylemektedir. Bodin'in

⁶² Akal, İktidarın Üç Yüzü (n 3) 72.

⁶³ Mairret (n 1) 234.

⁶⁴ Akal, İktidarın Üç Yüzü (n 3) 72-73; Ağaoğulları, Batı'da Siyasal Düşünceler (n 17) 409; Saygılı (n 46) 190.

⁶⁵ Akal, İktidarın Üç Yüzü (n 3) 320.

⁶⁶ Aktaran: Ağaoğulları, Batı'da Siyasal Düşünceler (n 17) 410.

⁶⁷ Akad-Dinçkol-Bulut (n 20) 102.

⁶⁸ Ibid 99.

⁶⁹ Akal, İktidarın Üç Yüzü (n 3) 75.

egemenlik düşüncesindeki Tanrısal meşruiyet, sosyal sözleşme kuramı temelinde bir okuma ile yeniden ele alınacak ve modern devlet kuramının ortaya çıkması yönünde, egemenliğe ilişkin dışsal/aşkın bağlar devre dışı kalacaktır.⁷⁰ Bu vazifeyi üstlenenlerden biri de İspanyol düşünür Suárez'dir.

C. Francisco Suárez (ve Egemenlik)

Siyasi düşünce tarihi üzerine yazılan eserlerde, laik modern devlet düşüncesine ulaşan düşünür zinciri kurulurken, sıklıkla, Bodin'den Hobbes'a sıçrayan bir sistematik işletilir. Ancak bu incelemelerde, 16. yüzyılın başlarından 17. yüzyılın ortalarına kadar uzanan ve modern düşüncüyü ciddi bir şekilde etkileyen İspanyol düşünce hayatındaki hareketlilik göz ardı edilir.⁷¹ Benzer düşünsel çabanın uluslararası hukuk düşüncesine de katkısı yoğundur. Bu dönemin en etkileyici entelektüellerinin başında Vitoria ve Suárez'in adlarının sayılması yanlış olmaz. Akal, İspanyol altın çağı düşüncesinin göz ardı edilmesini iki nedene bağlamaktadır: Bunlardan birincisi, çok geç bir döneme kadar İspanyol düşüncesinin Batı düşüncesi tarafından yok sayılmasıdır –ki yazar, sömürgeleştirme projesi dahilinde modern düşüncüyü sistematikleştirme misyonunun İspanyollar tarafından başlatıldığını ifade ederek bunun yanlış bir yaklaşım olduğunu ifade etmektedir. İkinci neden ise, burada incelenecek başlık açısından daha da önemli olan, Suárez'in, Machiavelli'den Hobbes'a uzanan çizgide aykırı bir noktada duruyor görünmesidir. Suárez⁷² Cizvit Tarikati'ne mensuptur ve düşüncelerini oluştururken amaçladığı misyon, modern laik düşünceye karşı Papalık'ın savunusudur. Ancak, burada amaçlananın aksine, söz konusu kavramsallaşma sürecine vazgeçilmez bir katkıda bulunacaktır. *Papalık'a karşı ilk siyasetbilimci ve de şeytanbilimci Bodin'in oluşturduğu egemenlik kuramına, Papalık yanlısı Suarez'in sosyal sözleşme kuramı eklenecek ve bu aykırı birleşmeden, laik modern devlet düşüncesi doğacaktır.*⁷³

Bodin'in kuramının Tanrısalıktan bütünüyle arındırılmamış olduğuna daha önce değinilmişti. Bu da modern laik devlet düşüncesinin önündeki bir engeldir. Bu engelin

⁷⁰ Akal, İktidarın Üç Yüzü (n 3) 75-76.

⁷¹ Ibid 76-77.

⁷² Suárez, soylu ve zengin bir ailenin çocuğu olarak, 5 Ocak 1548 yılında, yarım yüzyıl öncesine kadar Mağribilerin son kalesi olan, Granada'da doğar. Ailesi, nesiller boyunca Kilise ve devletin hizmetinde bulunmuştur. 1561 yılında, latin dili ve edebiyatına da hakim şekilde, hukuk eğitimi alması için, abisiyle birlikte, Salamanca Üniversitesi'ne gönderilir. Lisans eğitimi süresince hocaları tarafından sessiz, yeteneksiz, akılsız bir öğrenci olarak görülür ve 1564'de, Cizvitlere katılmak üzere, eli adaydan biri olarak yaptığı başvuru, bu nedenlerle reddedilir. Suárez, hayal kırıklığına uğrasa da, bir şekilde eğitimini sürdürür ve –yine zorlanarak- Cizvitlere katılır. Mezun olduktan sonra ise, çevresinde takdir gören bir bilim adamına dönüşür. 1572 yılında, Colegio de Segovia'da felsefe dersleri vermeye başlar. Aynı şekilde başka yerlerde de ders verdikten sonra, 1597'de, 2. Felipe'nin isteğini kırmaz ve Coimbra Üniversitesi'ne profesör olarak atanmayı kabul eder; burada 20 yıl ders verir ve 1617 yılı boyunca yapmak zorunda kaldığı yolculuklar ve yoğun tempo sonucunda Eylül ayında hastalanır ve 20 gün sonra, 25 Eylül'de Lisboa'da hayatını kaybeder. Suarez'in en ünlü eserleri, *Tractatus de legibus ac deo legislatore* (Yasamaç Tanrı Gibi Yasalar Üzerine, 1612) ve *Defensio fidei catholicae et apostolicae adversus anglicanae sectae* (Anglikan Mezhebine Karşı Katolik ve Apostolik (Papalık) İnancın Savunusu, 1613)'dir. Yararlanılan kaynaklar: Cemal Bali Akal, Modern Düşüncenin Doğuşu: İspanyol Altın Çağı, 4. Bası, Ankara: Dost Kitabevi Yayınları, 2010, s. 249-250; James Brown Scott, The Classics of International Law: Selection From Three Works of Francisco Suárez, Vol II, Oxford: Oxford University Press, 1944, s. 4a-10a.

⁷³ Akal, İktidarın Üç Yüzü (n 3) 77.

aşılması da sosyal sözleşme kuramıyla olacaktır –ki bu kuramın adı geçtiğinde Hobbes akla gelir. Oysa, Hobbes’un öncesinde, bir İspanyol teolog Suárez, sosyal sözleşme kuramının çerçevesini çizecektir. Egemen güce dair, Tanrı yerine toplumla bağlantı kurulan sosyal sözleşme kuramıyla, egemenlik kuramı eksiksiz hale gelir. Artık soyut güç, varlığını yönetilenlerin rızasına dayandıracaktır ve böylece, ulus egemenliğinin yolu açılır.⁷⁴

Suárez, Yasalar Üzerine’de, ‘*İnsan tabii olarak ortak hayata yönelik sosyal bir hayvandır. İnsan tabiatından kaynaklanan sosyal hayat, birbirini izleyen sürekli ve tabii kümelenmeler içinde gerçekleşir. Bu kümelenmelerin ilki, akrabalık ilişkileri ve baba hakimiyetince belirlenmiş olan ailedir.*’ der.⁷⁵ Doğasında sosyal yaşama yönelme olan insan, bunu öncelikle akraba ilişkileri ile yapsa da bu yeterli olmaz. Bu nedenle, daha büyük bir siyasi bütüne ihtiyaç duyar.⁷⁶ İspanyol düşünürün *potestas dominative* olarak adlandırdığı bu boyuneğdirici güç ya da babanın gücü dışında bir güce ihtiyaç gerektirir: O da yağlayıcı güç ya da *potestas jurisdictionis*’tir. Böylece, doğal zorunluluk sayesinde, sosyalliğe siyasilik ve hukukilik de eklenecektir. İnsanlar, her ne koşulda olursa olsun, ilk örneği *site* olan siyasi bütünlükleri kurmak zorundadırlar.⁷⁷

Suárez, buraya kadar, önceden söylenmemiş olan bir şeyi söylememektedir. Siyasi düzen, tabii bir düzen olarak, Tanrı’nın istediği düzendir. Suárez’in yeniliği, ‘sözleşme’ kavramı devreye girdiğinde ortaya çıkar. Bu şekilde, bir yönüyle tabii olan siyasi iktidar, sözleşme boyutuyla tabii olmayan bir kurguya, diğer deyişle insan yaratısına dönüşür: Tanrısal kökenli ama insanların bağımsız iradeleriyle, bir sosyal sözleşme ile kurdukları siyasal iktidar...⁷⁸ Dolayısıyla, Suárez’in, siyasi iktidarın kurulmasını rızaya dayandırdığı da öne sürülebilir. *Siyasi iktidar ilişkisi, Tanrı’nın isteğine ve insan tabiatına uygun olarak, bağımsız iradelerin biraraya gelmesiyle kurulur ve bağımsız iradelerin uyuşmasının bir işareti olarak herkes, üstün bir otoriteye, kamusal güce boyun eğer.*⁷⁹

Sonuçta, siyasi iktidarın kaynağı Tanrı olsa da, Suárez, siyasi iktidarın temsili ve kullanımı aşamalarında devreye insan iradesi kavramını sokar. Gücün kaynağı tabiidir ancak bunun biçiminin ve sınırlarının belirlenmesi insanların tercihlerine bırakılmıştır. İnsanlar önce, ülke ve halk unsurlarıyla, siyasi ortamı oluştururlar. Sonra yine insanlar siyasi kurumları belirlerler. Bu iki kurucu aşama arassında, siyasi iktidar ilkesini yine Tanrı’da bulacaktır ancak insanlar kusursuz topluluğu kurmamış

⁷⁴ Akal, İktidarın Üç Yüzü (n 3) 77.

⁷⁵ Akal, Modern Düşüncenin Doğuşu (n 72) 204.

⁷⁶ Ağaoğulları, Batı’da Siyasal Düşünceler (n 17) 424.

⁷⁷ Akal, Modern Düşüncenin Doğuşu (n 72) 204; Ağaoğulları, Batı’da Siyasal Düşünceler (n 17) 424-425.

⁷⁸ Akal, Modern Düşüncenin Doğuşu (n 72) 205.

⁷⁹ Akal, İktidarın Üç Yüzü (n 3) 87.

olsalardı, siyasi toplum ve devlet oluşmaz, iktidar yöneticiye devredilemezdi.⁸⁰ Suárez'den önce de “iktidarın Tanrı'dan geldiğini, ancak halk aracılığıyla geldiği”ni ifade edenler vardı ancak o bu düşüncüyü yetkinleştirir ve Yasa ve uygulama arasındaki doğrusal bağı keserek, araya toplumu yerleştirir.⁸¹ Sonuç olarak, Suárez, iki aşamalı bir yetkilendirme öngörür: Siyasi iktidar, Tanrı tarafından, *a priori* topluma verilmiştir. Bu ilk yetkilendirmedir. Toplum, bunu ne şekilde kullanacağına kendisi karar verir. İsterse bu demokratik yapıyı sürdürür; isterse bir monarka veya aristokratik bir yapıya devreder –ki bu da ikinci yetkilendirmedir.⁸²

Suárez'in öngördüğü rejim de monarşidir ancak bu monarşinin sınırları daraltılmış ve sorumlulukları artırılmıştır. Yukarıda ifade edildiği gibi, ortak iradelerin bir araya gelmesi ile oluşan kamusal güce herkesin boyun eğmesi gerekecektir ancak bu kamusal gücün temel niteliği yasa yapma işlevi ile belirlenmiştir. Yasa yapan, kamusal güce de sahiptir ve bu güç de doğuştan özgür olan insanların tümüne aittir. Suárez burada egemenlik kuramını sosyal temel üzerinden eksiksizleştirir: Egemenlik, özel olarak, hiçbir insanın tekelinde olamaz. Zira tüm insanlar özgür doğar ve birinin diğeri üzerinde, tabii olarak, siyasi-hukuki üstünlük kurması mümkün olmaz. Egemen güç yalnızca toplumdan kaynaklanır. Dolayısıyla bu gücü kullanan yöneticiler ve özellikle kral, siyasal iktidarın sahipleri değil, sadece onu, yetkilendirme ile, geçici olarak kullananlardır.⁸³ Ancak burada var olan, bahsi geçen düşüncenin modern karşılığı değildir. Siyasal toplumun kurulması ile kral ortaya çıkar ve toplum da devletin içinde erir. Kralın sorumluluğu, topluma değil, oluşan siyasal bütüne karşıdır. Dolayısıyla, hem kral hem de toplum, devlet egemenliği karşısında sınırlanmaktadır.⁸⁴

Buraya kadar olan açıklamalar, Suárez'in, egemenlik kuramına katkısına dair bir fikir sunacaktır. Ancak Suárez, yaşadığı dönem ve bulunduğu ortam itibariyle düşüncelerini bir misyon dahilinde ortaya koymaktadır. Yukarıda ifade edildiği gibi İspanyol düşünür, dönemin yükselen güçlü monarşilerine karşı Papalık'ın eski gücüne kavuşmasını arzulayan ve 1534'de Ignacio de Loyola tarafından kurulan Cizvit tarikatına mensuptur ve bu tarikata mensup düşünürler, Karşı-Reform hareketini, Aquinolu Tommaso'dan ilhamla, kralın gücü, doğrudan doğruya Tanrı'dan değil, bir tür sözleşmeyle halk aracılığıyla Tanrı'dan aldığı düşüncesine dayandırdılar. Bu yetkilendirme düşüncesi yukarıda Suárez'in görüşleri üzerinden açıklandı –ki bu düşüncüyü sistematikleştiren düşünürlerden biri de odur.⁸⁵

⁸⁰ Akal, Modern Düşüncenin Doğuşu (n 72) 205.

⁸¹ Ağaoğulları, Batı'da Siyasal Düşünceler (n 17) 425.

⁸² Akal, Modern Düşüncenin Doğuşu (n 72) 207-208.

⁸³ Akal, Modern Düşüncenin Doğuşu (n 72) 208.

⁸⁴ Ağaoğulları, Batı'da Siyasal Düşünceler (n 17) 425.

⁸⁵ Akal, İktidarın Üç Yüzü (n 3) 78-79. Bu bölümün sonunda dipnot dahilinde Hobbes'un egemenlik, sözleşme ve devlet kuramına yaptığı katkıdan kısaca bahsedilmesi yerinde olacaktır. Hobbes mevcut çalışmaya dahil edilmemiştir zira seçilen düşünürler “*De Jure Belli ac Pacis*”e ulaşacak şekilde belli bir kronolojik sıraya tabi tutulmuş ve çalışmanın

II. Modern Devletler Hukuku Üzerine

Siyasal iktidarın kurumsallaşmış bir biçimi olan modern devletlerin ortaya çıkışı, yeni bir nosyon olarak bunlar arasındaki ilişkilerin kurallara ve ilkelere dayandırılacağı bir devletler sistemini de gerekli kılmıştır. Modern devletler içeriye ve dışarıya karşı egemenliklerini çeşitli biçimlerde ortaya koyar. Bu türden egemen yapıların birbiriyle ilişkisi ise devletler hukuku sistemi içerisinde bir düzene kavuşur. Bu yapıların arasındaki ilişkiler bir üst otorite veya daha yüce bir iktidar veya güç sahibi tarafından düzenlenmez. Eğer böyle bir yapı var olsaydı, egemenliğin bu yapıya ait olduğu kabul edilmeliydi. *Devlet, modern siyasal ortamda var olan en yüksek iktidar mahalidir (locus)*.⁸⁶

Amerika'nın yetiştirdiği en büyük uluslararası hukukçulardan biri olan James Brown Scott, modern Devletler Hukuku'nun teorideki gelişimini üç katlı bir yapı içinde açıklamaktadır: İlk olarak yorumcu/açıklayıcı, ikinci olarak filozof ve son olarak da derleyici gelir. Yazar, modern Devletler Hukuku'nun, İspanya Uluslararası Hukuk Ekolü'nün, Vitoria'nın yorumlayıcı, Suárez'in filozof ve Grotius'un da sistematikleştiren ya da derleyen ya da diğerlerinin düşüncelerini bir araya getiren ya da bu hukuk dalını popülerize eden kişi olarak katkıda buldukları alan olduğunu belirtmektedir. Scott'a göre Grotius, kan bağıyla İspanyol olmasa da uluslararası hukuk düşüncesi olarak ve kurduğu sistemin temel prensipleri bakımından İspanyol ekolüne mensuptur.⁸⁷

Yukarıda Suárez'in hayatına dair bilgiler verildi. Aynı şekilde aşağıda da Vitoria ve Grotius'a ilişkin bilgilere yer verilecektir. Bu kısımda ise, kısaca ifade edilecek olursa, her üç düşünür de düşüncelerini çok önemli sosyo-politik gelişmelerin yaşandığı dönemlerde açıklamışlar ve hem bu gelişmelerden etkilenmişler hem de bu gelişmeleri etkileyebilmişlerdir. Vitoria, insanlık tarihinin en önemli dönemeçlerinden biri olan

hacmi sınırlandırılmaya çalışılmıştır. Öte yandan, çalışmanın asıl odak noktası olan modern devletler hukuku sistemi üzerinde özellikle aşağıda da bahsi geçecek olan İspanyol Uluslararası Hukuk Ekolü'ne (Grotius'un da bu ekol içerisinde eklenmesine dair açıklamalara aşağıda yer verilmiştir) vurgu yapılması hedeflenmiştir. Yukarıda ifade edildiği üzere Suárez, düşüncelerini belirli bir misyon dahilinde açıklamıştır ve düşüncesine doğal hukuk kuramını yerleştirmek zorunda kalmıştır. Doğal hukukla sözleşme kuramı arasındaki bağı kesme görevi ise Hobbes'a düşecektir. Modern devletin dünyevileşmesi bu şekilde tamamlanmış olacaktır. Bodin'in tanımladığı şekliyle siyasi iktidarın sahip olduğu güç, iktidar değişimlerinden veya gücü kullananların arasındaki görece paylaşımlardan bağımsız olarak, sürekli bir biçimde, kendi kendini yeniden üretir ve varlığını sürdürür. Devletin ya da "atanmış egemen" in kullandığı gücün kaynağını nerede aramak gerekir? Hobbes'ta dindışı biçimde kurgulanmış olan tabiattaki doğal durum, güce ve çatışmaya dayanmaktadır. Böyle bir durum ise devletin varlığını zorunlu kılacaktır. İnsanın genel eğilimi iktidar üzerine iktidar elde etmeye yöneliktir ve bu istek ancak ölümlü sona erer. Bunun karşısında rahatlığa olan talep, insanların ortak bir iktidara itaat etmesi sonucunu doğurur. "*Böyle istekler, insanı, kendi etkinlik ve uğraşından bekleyebileceği korumadan vazgeçmeye iterler. Ölüm korkusu da, aynı nedenle, benzer etkiyi yapar.*" Tabi halin ortaya çıkardığı savaş durumu, hakkın karşılıklı olarak aktarılmasını içeren sözleşmeyle *Leviathan*'ın kurulmasına giden süreci ortaya çıkarır. Artık egemenlik kuramı sözleşmeyle desteklenmektedir. Devlet insanların yapay bir yararıdır ve yasa ve uygulama birbirinden ayrı düşünülebilir ve birbirine bağımlı iki unsura ayrılmıştır. *Modern devlet, meşruiyetini kendisinden değil, modern dünyevi ilke olarak karşısına oturulan modern yasa yaratıcıdan ya da ulustan alır.* Yönetme gücüne sahip olan monark, egemenliği yalnızca emaneten alır. Devlet hem gücün kendisi hem de gücün kaynağıdır. Uygulamalarının yasallığı sorgulanamaz zira o aynı zamanda Yasa söyleyendir. Yararlanılan kaynaklar için bkz Mairat (n 1) 238-241; Akal, İktidarın Üç Yüzü (n 3) 327-329.

⁸⁶ Poggi (n 2) 32-33.

⁸⁷ James Brown Scott, *The Catholic Conception of International Law*, (Georgetown University Press 1934) 128.

1492'de Kristof Kolomb'un yeni kıtayı keşfi ve ardından bu yeni bölgelerde girişilen fetihleri, hem de bu hareketlerin merkezinde yer alan İspanya'nın bir düşünürü olarak değerlendirilme yükümlülüğü altına girmiştir. Suárez'in mensubu olduğu Cizvit Tarikati, Reform hareketleriyle sarsılan Kilise'yi, Karşı-Reform hareketiyle yeniden eski saygınlığına kavuşturma çabasıyla ortaya çıkar. Grotius ise, deniz aşırı seferlerin ve ticaretin şekillendirdiği yeni bir dünya düzeninin ama aynı zamanda Avrupa devletlerinin birbirleriyle sürekli ve hırçın bir şekilde savaş halinde oldukları bir dönemde yetişir ancak ölümünden üç yıl sonra, Westphalia Barış Andlaşmaları yapılacak ve modern Devletler Hukuku dönemi başlayacaktır.

A. Francisco de Vitoria

Vitoria,⁸⁸ Salamanca Üniversitesi'nde verdiği derslerde, Yeni Dünya yerlilerinin ahlaki durumu ve İspanya Krallığındaki yasal konumları, Yeni Dünya'nın fethinin meşruiyeti, Kilisenin iktidarı, haklı savaş ve siyasal topluluğun Papaya ve krala karşı özerkliği gibi o döneme ilişkin önemli sorunları ele almıştır. Ünlü teolog tarafından verilen bu *relectio*'lar, onun "uluslararası hukukun kurucu babası" olarak adlandırılmasına imkân sağlamıştır. Bu derslerden özellikle De indis recenter inventis (Yeni keşfedilen yerliler üzerine) ve De jure belli Hispanorum in barbaros (İspanyol savaşçıların barbarlarla yaptığı savaşın hukukiliği üzerine), uluslararası hukuk ve savaş hukukuyla ilgilidir.⁸⁹ Vitoria'ya göre, keşfedilen topraklardaki katliamlar ve

⁸⁸ Vitoria'nın doğumu ve ilk gençlik yılları hakkında pek az şey bilinmektedir. Genel kabule göre, 1480 yılında, Alava'nın merkezi Vitoria'da doğmuş ve adını da buradan almıştır. Temel eğitimi, Burgos'da, San Pablo Dominiken Manastırı'nda aldıktan sonra, üstün zekâsı nedeniyle 1509'da Paris'teki Saint-Jacques Koleji'ne gönderilmiş ve yedi yıllık bir öğrencilik yaşamından sonra aynı yerde teoloji üzerine dersler vermeye başlamıştır. 1523 yılında tekrar İspanya'ya döner. 3 yıl kadar Valladolid'deki Colegio de San Gregorio'da ders verdikten sonra, Salamanca'da boşalan profesörlük kadrosuna atanmıştır. Vitoria, ömrünün sonuna kadar derslerini bu üniversitede verecektir. Yaşamı boyunca hiç kitap yazmamıştır. Günümüze kalan görüşleri, kendisinin de sonradan gözden geçirdiği, öğrencilerinin ders notlarından oluşmaktadır. Francisco de Vitoria, Salamanca Üniversitesi'nde 20 yıl kadar ders verdikten sonra, 1546 yılında bu şehirde ölmüştür. Vitoria'nın dersleri, günümüze parçalar halinde ulaşmıştır. Ölümünün ardından, bazı tilmizleri, relectiolarını biraraya getirmiş ve bastırılmasını sağlamışlardır. Düşüncünün 13 dersini içeren, bu yayınlara, "Relectiones Theologicae" başlığıyla verilmiştir ki, bu başlık, teolojinin öncelikli stije olduğunu gösterir ancak, yukarıda ifade edildiği üzere, siyaset ve uluslararası hukuka ilişkin konular da bu derslerde ele alınmıştır. Vitoria'nın ardından, Relectiones Theologicae, bazen de farklı başlıklarla ve hatta içeriklerle, 1557'de ilk baskısını Lyon'da yapar ve ardından 1565'te Salamanca'da, 1571'de Venedik'te, 1575'te Anvers'te, 1580'de Ingolstadt'ta, 1587'de yeni bir edisyon Lyon'da, 1686'da Köln'de yeni baskılar yapılmıştır. Bu derslerden özellikle De indis recenter inventis (Yeni keşfedilen yerliler üzerine) ve De jure belli Hispanorum in barbaros (İspanyol savaşçıların barbarlarla yaptığı savaşın hukukiliği üzerine), uluslararası hukuk ve savaş hukukuyla ilgilidir. Vitoria'ya göre, keşfedilen topraklardaki katliamlar ve yağmaya ilişkin söylentiler ve bunların haklılığı tartışmalarının çözümü, hukukçulara ya da sadece hukukçulara ait olamaz. Bu yeni topraklardaki "barbar" milletler, insan yaratısı hukukun uygulama alanında olmadıklarına göre, tanrısal hukukun uygulama alanında olacaklardır –ki bu sahada da hukukçular yetersiz kalırlar. Dipnotta yararlanılan kaynaklar için bkz Camilo Barcio Trelles, 'Francisco de Vitoria et l'école moderne du droit international', Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, Tome 17, 1927 (II) (Librairie du Recueil Sirey 1928) 119; Ernest Nys, 'Les Publicistes Espagnols du XVI Siècle et les Droits des Indiens', Revue de Droit International et de Législation Comparée (1889) 21(1) 532, 556. Doğum tarihi olarak 1483 yılını veren eserler için bkz Annabel Brett, 'Francisco de Vitoria (1483–1546) and Francisco Suárez (1548–1617)' in Bardo Fassbender ve Anne Peters (eds), The Oxford Handbook of the History of International Law (Oxford University Press 2012) 1087; Suzanne Michele Bourgoignie and Paula Kay Byers, Encyclopedia of World Biography, Volume 16, (2nd edn, Gale Research 1998) 1. Cemal Bali Akal, doğum yılı olarak 1480-1486 arası ve doğum yeri olarak da Vitoria yerine Burgos'u işaret etmektedir. Akal, Modern Düşüncenin Doğuşu (n 72) 27; Aydın Albayrak ve Cem Deveci, 'Evrensel Hukuk Arayışı ve İnsan Hakları: Vitoria'nın Siyaset Kuramı', (2005) 33 Doğu-Batı (Ortaçağ Aydınlığı) 255, 261; Ertuğrul Uzun ve Elif Uzun, 'Uluslararası Hukukun Temelleri ve Francisco de Vitoria', (2009) 5(18) Uluslararası Hukuk ve Politika 39, 40;

⁸⁹ Uzun-Uzun (n 88) 41.

yağmaya ilişkin söylentiler ve bunların haklılığı tartışmalarının çözümü, hukukçulara ya da sadece hukukçulara ait olamaz. Bu yeni topraklardaki “barbar” milletler, insan yaratısı hukukun uygulama alanında olmadıklarına göre, tanrısal hukukun uygulama alanında olacaklardır –ki bu sahada da hukukçular yetersiz kalırlar.⁹⁰

1. Vitoria’da Yöntem

Vitoria, Dominiken tarikatına mensup bir ilahiyatçıdır. Orta Çağ’da, Hristiyanlığın yerleşik inançları ile geleneksel felsefe sorunları arasında ilişki kuran çeşitli sistem ve eğilimler, Skolastisizm olarak adlandırılır. Bu sözcük Latince *schola* (okul) sözcüğünden türetilmiştir ve dinsel açıdan kabul gören felsefi görüşleri nitelendirmek üzere kullanılmıştır. Skolastik ilahiyat akımlarının en önemli iki kolundan biri olan ve Ockhamlı William’ın izleyicileri olan Fransiskanlar, Tanrı’nın mutlak bir özgürlük içinde yarattığı dünyada, tam ve kesin zorunlu nedenlerin bulunmadığı düşüncesindeydiler ve böylece üzerine bilimsel bilgi kurulabilecek bir alanı, kesin ve anlaşılabilir doğa yasalarının araştırılması yolunu kapatmışlardır. Öte yandan, Aquinolu Tommaso’nun izleyicileri olan Dominikenler ise, inancın genel olarak akılcılığı varsaydığını, dolayısıyla gerektirdiğini kabul ederken ve bu düşünce ile bilimsel araştırmanın da yolunu açacaklardı.⁹¹ Vitoria da, Salamanca Üniversitesi’nde derslerinde, Petrus Lombardus’un *Los Libros de las Sentencias* (Hikmetler Kitabı)’ı yerine, Aquinolu Tommaso’nun *Summa Theologicae*’sını okutarak büyük bir yenilik yapacaktır.⁹²

Bilindiği üzere, Reform öncesi Orta Çağ Avrupası’nda, uluslararası ilişkiler, modern anlamda egemen devletler arasında tanımlanmıyordu. Devlet öncesi yapılanma, feodal organizasyona sahip toplulukları ima ediyordu. Bu toplulukların birleştirici unsuru ise Kilise’ydi. 12. yüzyılda İsa’nın Dünya’daki Vekili doktriniyle Papalık, kralları makamlarından edebilecek mutlak bir güce ulaştı. 13. yüzyıldan itibaren, bu mutlak güce, teorik anlamda karşı fikirler oluşmaya başlamıştı: ticaretin gelişmesiyle, Roma Hukuku yeniden doğdu ve Aristo felsefesine ilgi arttı. Kilise de, bu merakı Hristiyan düşüncesine kanalize etme uğraşı içine girdi. Bu “Büyük Sentez”, en başarılı ve etki bakımından kalıcı haliyle Dominiken Aquinolu Tommaso tarafından tamamlanmıştır.⁹³

Aquinolu Tommaso, *Summa*’da ve Aristoteles’in *Politika*’sına yorumlarında, Sonsuz (*Eternal*) hukuk, Tanrısal (*Divine*) (pozitif) hukuk, doğal hukuk ve insan (pozitif) hukuku şeklinde bir ayrıma yer verir. Sonsuz hukuk, Tommaso’ya göre,

⁹⁰ Nys (n 88) 82.

⁹¹ Hakkı Hakan Erkiner, ‘Grotius Öncesinde İlk Modern Uluslararası Hukuk Düşüncesinin Oluştığı Tarihsel Koşullar ve Erken Klasik Dönemdeki Öğreti’ (2012) 18(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi – Hukuk Araştırmaları Dergisi 51, 92-93, dipnot: 118.

⁹² Akal, Modern Düşüncenin Doğuşu (n 72) 35.

⁹³ Vladimir Đuro Degan, Sources of International Law (Martinus Nijhoff Publishers 1997) 21-22.

Tanrı'nın önceden bildiği şeyleri yönetmesine dair düzendir. Bu hukuk, Tanrı'nın bizzat kendisidir; her şeyin yönetiminin Tanrı'nın bilgisi ile gerçekleşmesidir ve hatta doğal süreçlerdeki aksaklıklar bile kendi kuralları dahilindedir. Yine de bu hukuk, Tanrı'nın ihtiyari seçimlerinde bağlı değildir; aksine gerçeğin bizzat kendisi Tanrı olduğu için mantıksız ve kendisiyle çelişkin davranamaz. İnsan akli, Tanrı'nın emrinin Tanrı'nın aklındaki gerçek anlamını tam olarak kavrayamaz. Bu sebepten, Sonsuz hukukun bir kısmı, Tanrısal pozitif hukuk şeklinde kutsal metinlerde bildirilmiştir. Hz. Musa'ya indirilen on emir, bunun bir örneğidir. Vahiy dışında ise, Sonsuz hukuku bilmenin başka bir yolu daha vardır: bu da Sonsuz hukukun zeki yaratıklar tarafından paylaşılması yoluyla doğal hukuktur. Hayvanlar ve diğer akıldan yoksun canlılar ilahi iradeye bilinçsiz bir şekilde itaat yoluyla hizmet ederler. Ancak sadece düşünen hayvan olan insan, en azından doğal hukukun genel ilkelerine dair Sonsuz hukuktan kısıntılar yakalar. Aquinolu'ya göre, sadece “iyilik peşinde koşulmalı, kötülükten kaçınılmalıdır” ilk emri üzerine doğal hukukun emirleri inşa edilmiştir.⁹⁴

Aquinolu Tommaso, insanın, sosyal ve politik bir hayvan olarak, doğası gereği topluluk halinde yaşaması gerektiğini ifade eder ve ortak bir sosyal yaşamın, ortak çıkarları gözetilen bir otorite olmadan ortaya çıkamayacağını belirtir. Yani, düşünürü göre, yönetimler, ortak çıkarları korumak üzere ortaya çıkmışlardır. Yönetim, dolayısıyla, vatandaşları arasında, gerektiğinde yaptırım gücüyle, iç barışı korumak; topluluğun savunmasını sağlamak, vatandaşların ahlak seviyesini yüksek tutmak ve maddi ihtiyaçlarına yeterli kaynağı sağlamak için ortaya çıkarlar. Böylece insan hukuku/pozitif hukuka gelmiş olur: pozitif hukukun bazı hükümleri doğal hukuktan süzölmüş emirlerdir. Örneğin, “kimseye zarar vermemelisin” emrinden “cinayet işlememelisin” hükmü çıkarılır. Diğerleri ise, doğal hukuka eklenmişlerdir. Örneğin, doğal hukuk, cezanın şu veya bu olmasını belirtmeden, suçun cezalandırılmasını emreder; belirlenen ceza, doğal hukuka belli bir şekil verilmesine benzer. Sonuç olarak, pozitif hukukun asıl işlevi, doğal hukuku açık bir şekilde tanımlamak ve süreli yaptırımlarla desteklemektir.⁹⁵

Aquinolu Tommaso'nun iyi bir takipçisi olan -ancak yeri geldiğinde onun düşüncelerini de revize etmeyi ihmal etmeyen- Vitoria'nın çalışmalarını yaptığı dönem, Katolik dünyanın da Protestan hareketlerle sarsıldığı ve Kilise'nin etkinlik sahasını sürdürmesi adına gözlerin teologlara döndüğü bir dönemdir. Düşünür, yukarıda yer verilen uluslararası hukukla ilişkilendirilebilecek *relectio*'larının yanında, siyasi iktidara (*De potestate civili*⁹⁶), *Kilise iktidarına* (*De potestate ecclesia*⁹⁷) ve *Thomas*

⁹⁴ Degan (n 93) 22-23.

⁹⁵ Ibid (n 93) 23-24.

⁹⁶ İngilizce çeviri için bkz Gwladys L. Williams, 'Relectio of the Reverend Father, Brother Franciscus de Victoria Concerning Civil Power' in James Brown Scott (ed), *The Spanish Origin of International Law, Francisco de Vitoria and his Law of Nations - Appendix C* (The Lawbook Exchange Ltd. 2000) lxxi-xci.

⁹⁷ İngilizce çeviri için bkz Gwladys L. Williams, 'Relectio of the Reverend Father, Brother Franciscus de Victoria Concerning The Power of The Church', Scott, *Spanish Origin of International Law*, Appendix D xciii-cx.

Aquinas'ın Summa Theologica'sına (De Jure Gentium et Naturali⁹⁸ ve De Bello⁹⁹) dair dersler de vermiştir.

Francisco de Vitoria'nın, Dominiken tarikatına mensup bir ilahiyatçı olarak, düşüncelerini oluştururken ve aktarırken kullandığı yöntem de, skolastik yöntemdir. Skolastik yöntemde, düşünür gerçeği araştırırken, önce bir görüş/iddia ya da tez sunar ve bu görüşün sağlam temelli olup olmadığını inceler. Buna yönelik, bu tezi doğrulayan bütün görüşleri gözden geçirirken, bu tezi çürütebilecek itirazları da değerlendirmeyi ihmal etmez. Bu itirazların hepsini sırasıyla değerlendirir ve bu faaliyeti, herhangi bir itiraz gelmeyecek argümanı ortaya koyana kadar devam eder. Argümanlar, diğerleriyle karışmaması adına ayrı ayrı ele alınır ve hem itirazlar hem de bunlara karşı ortaya konulan argümanlar, çoğunlukla, her birinin değeri kolayca görülebilir diye, numaralarla verilir. Böylece, düşüncenin kanıtlanması genel bir kanıdan veya duygudan sağlanmayacak, bunun yerine, akla hitap eden açık ve net argümanlarla yapılması olacaktır.¹⁰⁰

2. Siyasi İktidar ve *jus gentium*

Vitoria'ya göre, Dünya hâkimiyeti, yalnızca Tanrı'ya aittir. Vitoria, Aquinolu Tommaso ve Aristoteles'e referansla, monarşinin en iyi sistem olduğunu ifade etmektedir; dolayısıyla dünyanın da bir imparatorunun olması, doğal hukukla uyumlu olacağı düşünülebilir.¹⁰¹ Ancak diğer yandan, yine doğal hukuka göre ne Papa ne de imparator evrensel iktidara sahip olamaz. Artık Ortaçağ Hristiyanlığının, halkların rızası çerçevesinde, bu kurumlara verdiği iktidarın çerçevesi kırılmış, yeni keşiflerle, Vitoria'ya göre, dünya Hristiyanlıkla özdeşleştirilemez bir duruma gelmişti.¹⁰² İspanyol düşünür, kimlerin haklı bir şekilde savaş ilanında bulunabileceğine dair açıklamalarını yaparken, sorun, *Respublica*'nın¹⁰³ ne olduğunu anlamaya ve kime "Prens" denilebileceğine gelir. Vitoria'nın bu soruya cevabı şudur: "(...) *Respublica*, kusursuz toplum olarak adlandırılabilir. Ancak asıl sorun, kusursuz toplumun ne olduğu sorusudur. Çözüm yöntemi olarak, bir şey tam olarak tamamlandığında buna kusursuz denir, bir şeye ihtiyaç duyulduğunda/bir şeyler eksik olduğunda

⁹⁸ İngilizce çeviri için bkz Francis Crane Macken, 'De Jure Gentium et Naturali on St. Thomas Aquinas Summa Theologica, Secunda Secundae, Question 57, Article 3.' Scott, Spanish Origin of International Law, Appendix E cxi-cxiv.

⁹⁹ İngilizce çeviri için bkz Gwladys L. Williams, 'De Bello on St. Thomas Aquinas Summa Theologica, Secunda Secundae, Question 40.', Scott, Spanish Origin of International Law, Appendix F cxv- cxxxii.

¹⁰⁰ J. Barthelemy, 'François de Vitoria', in Antoine Pillet (ed), Les Fondateurs du Droit International (V. Giard et E. Brière 1904) 4-5.

¹⁰¹ Francisco de Vitoria, 'De Jure Belli', John Pawley Bate, 'The Second Relectio of the Reverend Father, Brother Franciscus de Victoria on the Indians, or on the Law of War Made by The Spaniards on the Barbarians', James Brown Scott, The Spanish Origin of International Law, Francisco de Vitoria and his Law of Nations, New Jersey: The Lawbook Exchange Ltd., 2000, Appendix B, xvi-xvii.

¹⁰² Akal, Modern Düşüncenin Doğuşu (n 72) 39-40.

¹⁰³ Ele aldığım İngilizce çeviri metinde Vitoria'nın kullandığı *Respublica* kelimesinin karşılığı olarak State kullanılmaktadır ancak Akal'ın da takip ettiği yönetime uygun olarak, Vitoria için erken bir kavram olan Devlet'in kullanılmaması tercih edildi. Akal'ın açıklaması şu şekildedir: 'Vitoria bir devlet düşünürü sayılamayacağı için, onun herhangi bir siyasi bütünü anlatmak için kullandığı *Respublica* sözcüğünü, çevirmeden, olduğu gibi bırakmak daha doğru olacaktır.' Ibid 41.

ise kusurludur; ve, diğer yandan hiçbir şeye ihtiyacı yoksa/hiçbir şey eksik değilse kusursuzdur. Dolayısıyla, kusursuz bir topluluk veya *Respublica*, kendi içinde bir bütün oluşturan, yani, başka bir topluluğun parçası olmayan, ancak kendi kanunları, kendi meclisi, kendi yargıçları olan Kastilya ve Aragon Krallığı, Venedik Cumhuriyeti ve diğerleri gibidir.”¹⁰⁴

Bu tanımdan görüleceği üzere, Vitoria, egemen bir yapıyı, günümüzdeki biçimine benzer bir biçimde tanımlamıştır. Ancak Vitoria'nın egemenliğin tüm unsurlarını düşünebilmiş modern bir siyaset bilimi düşünürü olduğunu söylemek mümkün değildir. Çalışmanın önceki kısımlarında ifade edildiği üzere, egemenliğin eksiksiz tanımını Bodin yapacaktır. Vitoria, bölünmez bir yapıyı tanımlar ancak süreklilik unsurunu siyaset bilimine kazandıran Bodin olacaktır. Öte yandan, Vitoria, *Respublica* başlığında, siyasi bir bütünü, *üyelerin sayısıyla toplamının üstünde bağımsız bir corpus olarak sunmaktadır*.¹⁰⁵

Vitoria'nın, uluslararası hukuku anlatmak için kullandığı *jus gentium* ifadesi, ilk olarak Roma Hukuku'nda ortaya çıkmıştır. Roma Devleti, ilk zamanlarındaki istisnalar haricinde, diğer devletlerle olan ilişkilerinde eşitlik ve karşılıklı bağımsızlık ilkeleri temelinde bir ilişki kurmamıştır. Dünya hâkimiyeti düşüncesi, Romalıların, kendi hukuklarını diğer devletlere dayatmaları sonucunu doğurmuştur. Bu nedenlerle, Romalılar açısından, *jus gentium*, günümüzde Devletler Hukuku'nda olduğu gibi, eşit ve bağımsız devletler arasındaki ilişkileri yöneten birtakım hukuk kurallarını tarif etmek için kullanılmamıştır.¹⁰⁶ Roma, önceleri bir şehir devletidir ve şehrin hukuku, yani şehirlilerin hukuku da *jus civile*dir. Yabancılar, Roma vatandaşı olmadıkları için, *jus civilenin* sağladığı korumadan yararlanamıyorlardı.¹⁰⁷ *Jus gentium* kuralları, *praetor peregrinus* adı verilen ve Roma vatandaşları ile yabancılar veya bazen sadece yabancılar arasındaki ticari uyuşmazlıkları çözmekle görevli Roma yargıçlarının uygulamalarında ortaya çıkmış ve gelişmiştir. *Jus civilenin* aksine, *jus gentiumun* medeniyetlerin türü ve milliyetlerinden bağımsız olarak tüm insanlar tarafından tanınan evrensel karakterdeki hukuk normları olduğu kabul ediliyordu.

Institutiones adlı eserinde, Romalı hukukçu Gaius, hukuku, her toplumun kendi ihtiyaçları için yarattığı *jus civile* ve doğal akıl üzerine inşa edilmiş ve dolayısıyla tüm insanlarda ortak olan *jus gentium* şeklinde ikiye ayırır. Ona göre, Romalılar, kısmen kendi hukukları olan *jus civileye* ve kısmen de tüm insanlarda ortak olan *jus gentiuma* tabiidirler.¹⁰⁸ Vitoria da, Gaius'un tanımına uygun bir şekilde, bir anlamda siyasi topluluk olan bütün dünyanın, bütün insanlar için adil ve uygun

¹⁰⁴ Vitoria, De Jure Belli (n 101) liii.

¹⁰⁵ Akal, Modern Düşüncenin Doğuşu (n 72) 41.

¹⁰⁶ Degan (n 93) 19-20.

¹⁰⁷ Uzun-Uzun (n 88) 44.

¹⁰⁸ Degan (n 93) 20.

kanunlar yapmaya muktedir olduğunu ifade eder ve ona göre *jus gentium*'u bu kanunlar oluşturmaktadır.¹⁰⁹ Vitoria, *De Indis*'in üçüncü bölümünün başında Justinianus'un *Institutes*'ine referansla, “doğal aklın bütün milletler (*gentes*) arasında oluşturduğu kurallara *jus gentium*” denileceğini ifade eder. *Quod naturalis ratio inter omnes gentes constituit, vocatur ius gentium*. Düşünür, görüşlerine uygunluk taşıması adına, orijinal metindeki *homines*/insanlar ifadesini *gentes*/halklar ifadesi ile değiştirmiştir. Anlaşıldığı kadarıyla, Vitoria'nın amacı, *jus gentium* başlığındaki kuralları sadece bireylerle sınırlı olarak düşünmeyip, tüm dünya milletleri/halkları arasında uygulanabilir kurallar ortaya çıkarmaktır.¹¹⁰ Sonuçta Vitoria'nın kullandığı *jus gentium* ifadesi, modern uluslararası hukuk düşüncesini aşan, belirsiz bir nitelik taşımaktadır. Vitoria düşüncesinde söz konusu olan daha çok, dünya insanlarının oluşturduğu, aslında kesin sınırlarla belirlenmesi mümkün olmayan topluluklar ve bu insan topluluklarının oluşturduğu küresel-evrensel bütündür.¹¹¹

3. Yerliler Üzerinde Siyasi Hakimiyetin Meşruiyeti

Vitoria'nın *De Indis*'te incelemeye aldığı ilk sorun, inanmayanların ve dolayısıyla yerlilerin çocuklarının, ailelerinin rızaları hilafına, vaftiz edilip edilemeyeceği meselesidir.¹¹² Düşünür, bahsi geçen sorunun üç ayrı parçası olduğunu ifade eder. İlk olarak, yerliler, hangi hakla İspanyol egemenliği altına girmişlerdir? İkincisi, İspanyol egemenler, yerliler karşısında ne gibi iktidar yetkilerine sahiptirler? Üçüncüsü ise, dini ve ruhani konularda Kilise, yerliler üzerinde ne gibi yetkilere sahiptir?¹¹³

Düşünüre göre, barbarlara karşı İspanyolların konumu, ne haklılığından şüphe edilemeyecek bir biçimde kesin bir şekilde haksız ne de haksızlığından şüphe edilemeyecek bir biçimde kesin bir şekilde haksızdır: bakış açısına göre her ikisine de sahiptir. İlk bakışta, tüm faaliyetlerin iyi bir şekilde bilgilendirmiş kimselerce usulüne uygun ve haklı bir biçimde yerine getirildiğini düşünmek mümkündür. Ancak Vitoria, sonrasında, o kadar çok katliama, o kadar çok masum insanın mallarına karşı yağmaya, o kadar çok hükümdarın konumlarından edildiğine dair ulaşan haberlere dikkat çekerek, bu işlerin haklı veya haksızca yapıldığına dair şüpheye yer olduğunu ifade eder.¹¹⁴

Düşünür, bu faaliyetlerle ilgili şüphelerin bir dönem için var olduğu ancak “bilge” insanlar tarafından çözümlendiği ve verilen tavsiyelerle yürütüldüğü; artık konuşulacak bir şey olmadığı gibi bir düşüncenin akla gelebileceğini ifade ettikten

¹⁰⁹ Uzun-Uzun (n 88) 45.

¹¹⁰ Barthelemy (n 100) 7; Scott, *Catholic Conception of International Law* (n 87) 18; Vitoria, *De Indis*; John Pawley Bate, ‘The First Relectio of the Reverend Father, Brother Franciscus de Victoria on the Indians Lately Discovered’ in James Brown Scott (ed), *The Spanish Origin of International Law, Francisco de Vitoria and his Law of Nations - Appendix A* (The Lawbook Exchange Ltd 2000) xxxvi.

¹¹¹ Erkiner, *Erken Klasik Dönemdeki Öğreti* (n 91) 96; Akal, *Modern Düşüncenin Doğuşu* (n 72) 42.

¹¹² Vitoria, *De Indis* (n 110) i.

¹¹³ *Ibid* ii.

¹¹⁴ *Ibid* v.

sonra, ilk olarak böyle bir durum varsa memnuniyet duyacağını belirtir. Diğer yandan, bu meselenin çözümü, hukukçulara ya da sadece hukukçulara ait olamaz zira barbarlara ilişkin sorunlar, insan yaratısı olan pozitif hukukun değil, tanrısal hukukun çözüm alanına girer. Hukukçular, bu alandaki sorunları çözmekte yetersiz kalırlar. Vitoria, esasında kendisi de bir teolog olmasının yanında hukukçu da olmasına rağmen, burada teolog sıfatını öne çıkarır.¹¹⁵ Ona göre bu tür sorunlar, ilahiyatçıların ve Kilise'nin inceleme alanına girer.¹¹⁶

Vitoria, böylece ortaya koyduğu sorunları incelemeye başlar: Acaba, yerliler, İspanyolların kıtaya gelmelerinden önce özel hukuk ve kamu hukuku alanında hakları var mıydı; yani özel mülkiyetlere ve mallara sahip olabilirler ve bunlardan bazılarının diğerlerini yönetme yetkisi söz konusu olabilir miydi? Buna verilen cevap, kölelerin mal sahibi olamayacağı, tüm kazanımlarının efendilerine ait olduğu ve yerliler de köle olduklarına göre ortada bir sorun olmadığı şeklindedir zira, Aristoteles düşüncesinde de ifade edildiği üzere, “bazıları doğal kölelerdir, yani yönetmekten ziyade hizmet etmek için yaratılmışlardır.”¹¹⁷

Skolastik metot işletilmeye devam etmektedir: Vitoria, Aristo'nun doğal kölelik düşüncesini tartışmaya açmadan, argümanını, yerlilerin, İspanyollar gelmeden önce malik olabildikleri kanıtlanırsa, köle olmadıklarının ispatlanmış olacağı üzerinden kurar. Dolayısıyla, ne malları ne toprakları ne de kendileri mülkiyete konu edilemeyeceklerdir.¹¹⁸ Gerçekten de, bu insanların, hem kamu hem de özel alanda, barış içinde mülkiyetlerinin sahibi oldukları görülmektedir. Dolayısıyla, aksi kanıtlanmadığı sürece, nedensiz bir şekilde, mülkiyetlerinin sahibi olarak davranılmaları ve rahatsız edilmemeleri gereklidir.¹¹⁹

Vitoria, gelebilecek itirazları incelemeye devam eder: yerlilerin mülkiyet sahibi olamayacaklarına dair, bunların günahkar, inançsız, akılsız veya deli olmaları iddiaları öne sürülebilir. Bu iddiayı öne sürenlerin “günahkarların ve özellikle ölümcül günah işleyenlerin mülkiyet sahibi olmayacaklarına ve bu iddiayı sahiplenilenlerin, yerlilerin de günahkar olmaları dolayısıyla mülkiyet sahibi olamayacaklarına dair görüşlerine yer verdikten sonra, bu iddialara karşı ölümcül günahın ne kamusal ne de özel alanda mülkiyet sahibi olmayı etkilemeyeceğini öne sürer. Buradan itibaren, aslında günahkar olmalarına rağmen, Tanrı'nın *dominium*larını ellerinden almadığı örnekleri sıralar ve böylece, doğal hak sahipliğinin, günahkar olunsa da devam ettiğini gösterir: “*Tanrı, güneşini hem iyilerin hem de kötülerin üzerine doğdurur; yağmurunu hem haklının hem de haksızın üzerine yağdırır ve aynı şekilde malları*

¹¹⁵ Scott, Spanish Origin of International Law (n 96) 105.

¹¹⁶ Vitoria, De Indis (n 110) v.

¹¹⁷ Vitoria, De Indis (n 110) vi.

¹¹⁸ Uzun-Uzun (n 88) 48.

¹¹⁹ Vitoria, De Indis (n 110) vi.

*da hem iyilere hem de kötülere verir.*¹²⁰ Günahkar olmak, mülkiyet sahibi olmaya engel olmadığı gibi, inançsız olmak da, Vitoria'ya göre, bir engel oluşturmaz. Öncelikle, kutsal metinlerde, kral ünvanı taşıyan birden fazla inançsız kimsenin adı geçmektedir. Yine, Aquinolu Tommaso da, inançsızlığın, mülkiyet sahibi olmayı doğal hukuka göre ortadan kaldırmayacağı düşüncesine gönderme yapar. Düşünürü göre, inançsız oldukları gerekçesiyle Müslümanların (Sarazenlerin) veya Yahudilerin veya başka dinlerden olanların mallarını almak, bir Hristiyan açısından hırsızlıktan farksız bir durum olmayacaktır.¹²¹

Sonuç olarak, Vitoria'ya göre, “(...) *bahsi geçen barbarlar, hem kamu hukukunda hem de özel hukuk alanında, inançsızlık veya başka bir ölümcül günah sebebiyle gerçek malikler olmaktan alıkonamazlar ve yine böyle bir günah Hristiyanlara, bu kimselerin mallarına ve topraklarına el koyma yetkisi vermez.*”¹²²

Sıra yerlilerin akılsız ya da deli olmaları nedeniyle mülkiyet sahibi olamayacakları iddiasına gelmiştir. Bu da, aklın kullanımının, genel olarak mülkiyet sahibi olabilme yetisi konusunda ön koşul olup olmadığı sorusunu akla getirir. Vitoria, henüz aklını doğru bir şekilde kullanamayan ve akılsız hayvanlardan pek az farkı olan çocukların dahi, bir şeyler üzerinde haklara ve dolayısıyla *dominiuma* sahip olabileceğini ifade eder zira bunlar yanlışlardan zarar görebilirler.¹²³ Ne olursa olsun, yerlilerin akıllarını kullandıkları bir gerçektir, zira işlerinde belli metotlar izlerler, düzenli bir şekilde oluşturulmuş yönetimleri, belirgin evlilik kurumları, hakimleri, idarecileri, hukukları, çalışma alanları ve ticaret sistemleri ve kendilerine has dinleri vardır ve bunlar aklın kullanımına işaret eder. Düşünürü göre, bu kişilerin, günah içinde doğmaları ve Hristiyan olmamaları onların kabahati değildir. Dahası, Hristiyanlar arasında da vahşilerden pek az farkı olan bir çok köylü bulabilmek mümkündür. Sonuç olarak, şüphesiz yerlilerin hem kamusal hem de özel alanda, aynen Hristiyanlar gibi, gerçek malikler olabilecekleri kabul edilmelidir ve ne bunların yöneticileri ne de diğer kişilerin, mülkiyetin gerçek sahibi olmadıkları gerekçesiyle topraklarının ve mallarının alınmaması gerekir. Vitoria, ona göre Hristiyanların devamlı düşmanları olan, Müslümanlara ve Yahudilere verdikleri kendi mülkiyetine sahip olma yetkisini, hiçbir kötü şey yapmamış olan yerlilerden esirgememek gerektiğini söyler.¹²⁴

4. Fethi Haksız Kılan Gerekçeler

Yerlilerin mülkiyetlerinin gerçek sahipleri olduğu hükmüne varıldıktan sonra, İspanyolların hangi sıfatlarla bu insanları ve ülkelerini hâkimiyetlerine alabilecekleri

¹²⁰ Vitoria, De Indis (n 110) vii-viii.

¹²¹ Ibid viii-ix.

¹²² Ibid xi.

¹²³ Ibid xii-xiii.

¹²⁴ Ibid xiii.

sorusuna sıra gelir. Vitoria, ilk önce iddia edilen ancak kendisine göre yedi haksız başlığı inceleyecek; daha sonra da yedi veya sekiz yerlilerin topraklarının fethedilebileceğine dair meşru gerekçeyi sayacaktır. De Indis'in ikinci bölümü, Yeni Dünya yerlilerinin hangi haksız gerekçelerle İspanyol hâkimiyeti altına girdiklerini incelemeye ayrılmıştır ve sırasıyla bu 7 iddia incelenecektir.¹²⁵

1) Değerlendirilecek ilk iddia, İmparator'un bütün dünyanın hakimi/ımparatoru, dolayısıyla da yerlilerin de imparatoru olduğu iddiasıdır. Vitoria, öncelikle bu iddiayı destekleyen görüşleri sıraladıktan sonra, İmparator'un bütün dünyanın hakimi olduğu iddiasının yersiz olduğunu ifade eder: hâkimiyet (*dominium*) ya doğal hukuk ya tanrısal hukuk ya da pozitif hukukla temellendirilebilir ancak bunların hiçbirinde - düşünür hem tanrısal hukuk hem de insan yapımı pozitif hukuk açısından ayrı ayrı inceleyecektir- dünyanın hakimi bulunmaz. Doğal hukuk, babanın çocukları üzerinde ve kocanın karısı üzerindeki hâkimiyetinden başka bir hâkimiyet öngörmez; dolayısıyla da doğal hukukta kimsenin dünya hâkimiyeti bulunmaz.¹²⁶

2) Toprakların meşru bir şekilde ele geçirildiğine dair ikinci iddia, Papa'nın, tüm Dünya üzerinde, dünyevi monarşiye sahip olduğu ve buna dayanarak İspanya Kralı'nı yerliler üzerinde egemen ilan edebileceği üzerinedir. Yine bu iddia sahipleri, Papa'nın İspanya Kralı'nı atama yetkisi olmasa bile, yerlilerin Papa'nın kendileri üzerindeki dünyevi iktidar yetkisini reddetmeleri halinde, onlara karşı haklı savaş açabileceğini iddia etmektedirler. Vitoria, Papa'nın, dünya üzerinde dünyevi iktidara sahip olduğu iddiasını da reddetmektedir. İspanyol ilahiyatçı Torquemada ve Papa III. Innocent, Papalığın, sırasıyla, İspanya ve Fransa üzerinde dünyevi iktidarı olmadığını ifade etmişlerdir. Dolayısıyla İspanya ve Fransa üzerinde iktidarı olmayan Papa'nın, Dünya üzerinde de olmayacaktır zira bu iki ülke de Dünya'ya dahildir. Yine Aquinolu Tommaso'ya göre, Hz. İsa'nın tüm Dünya üzerinde iktidar yetkisi yoktur. Buna göre, yetkilerini Hz. İsa'nın vekili olarak alan Papa'nın da böyle bir yetkisi olamaz. Papa'nın, Hristiyan ülkeler üzerinde duruma göre dünyevi iktidar yetkileri olsa da, yerliler üzerinde veya diğer başka inançsızlar üzerinde bu türden yetkileri olmaz.¹²⁷

3) Üçüncü iddia, bahsi geçen topraklara keşif hakkıyla el konulmasına ilişkindir. Vitoria, *ius gentium*un kimseye ait olmayan bir yerin, ilk işgalciye ait olacağı kuralını kabul eder. Ancak burada söz konusu olan sahihsiz bir şeydir; oysa, yukarıda da açıklandığı üzere, Vitoria, İspanyollar gelmeden önce bu toprakların meşru sahipleridir.¹²⁸

4) Vitoria'nın incelediği dördüncü iddia, yerlilerin Hristiyan olmadıkları ve, kendilerine açık bir şekilde anlatıldığı ve kabul etmeleri önerildiği halde, Hristiyanlığı

¹²⁵ Vitoria, De Indis (n 110) xv-xvi.

¹²⁶ Ibid xvi-xx.

¹²⁷ Ibid xx-xxiv.

¹²⁸ Ibid xxiv-xxv.

kabul etmedikleri nedeniyle fethin meşru olduğu şeklindedir. Düşünür, öncelikle, yerlilerin, İspanyollar gelmeden önce Hristiyanlık adına bir şey duymadıkları, bu sebeple inançsızlık günahı işlediklerinin kabul edilemeyeceğini ifade eder. Yine, yerlilerin, kendilerine Hristiyanlık tanıtıldığı ve kabul etmeleri istendiği anda, açık bir işaret veya mucize veya kesin kanıtlar öne sürülmediği sürece, inanmak zorunda oldukları kabul edilemez ve bu sebeple yerlilere karşı savaş açılmaz.¹²⁹

5) Ciddi bir şekilde ileri sürülen bir başka iddia ise, yerlilerin işledikleri söylenen ve doğanın yasalarına aykırılık oluşturan bazı ölümcül günahlar nedeniyle kendilerine savaş açılacağı üzerinedir. Vitoria, bu iddiaları, hem Hristiyan prenslerin hem de Papa'nın yerliler üzerinde otorite sahibi olmadıkları argümanı ile reddeder. Ayrıca yerliler, Hristiyanlıktan haberdar da değildir ve bu sebeple bilmedikleri bu meselelerden sorumlu tutulamazlar.¹³⁰

6) Altıncı başlık, yerlilerin gönüllü tercihi şeklinde ifade edilebilir. Buna göre, İspanyollar, yeni kıtaya çıktıklarında, İspanya Kralı'nın kendilerini, yerlilerin iyiliği için gönderdiğini ve krallığını kabul etmelerini yerlilere tavsiye ettikleri ve onların da kabul ettikleri iddiası ileri sürülmektedir. Vitoria, böyle bir kabul iradesine dair beyanın korku ve cehaletle olacağını ve bu sebeple yok hükmünde olduğunu ifade eder. Kaldı ki, yerlilerin İspanyolların ne istediğini anladıkları bile şüphelidir. Ayrıca, İspanyolların karşılarında savaştan uzak ve türkek bir toplum bulunmaktadır. Dahası, yerlilerin gerçek hükümdarları zaten var olduğuna göre, halkın geçerli makul bir sebebe dayanmaksızın yeni hükümdarlar tayin etmesi mümkün olmaz. Aynı şekilde, diğer yandan, bu hükümdarlar, halkın rızası olmadan yeni hükümdarlar atayamazlar. Dolayısıyla tüm bunlar olmaksızın elde edilen bir ünvanın hukuka uygun olduğu söylenemez.¹³¹

7) Fethi doğrulamayan gerekçelerden sonuncusu ise, bu toprakların Tanrı tarafından, Kenan topraklarının Yahudilere verilmesi gibi, Hristiyanlara verildiği iddiasıdır. Vitoria, bu iddiadan pek de hoşlanmayacaktır zira Dominiken ilahiyatçıya göre, müşterek hukuka ve kutsal metinlerdeki kurallara aykırı olarak böyle bir kehanet ortaya atan birilerine itibar etmek, bu iddia bir mucizeyle desteklenmediği sürece, tehlikeli sonuçlar doğurabilir ve kabul edilemez.

5. Fethi Haklı Kılınabilecek Gerekçeler

De Indis'in bu bölümünde, Vitoria, yerlilerin hangi meşru sebeplerle İspanyol hakimiyetine girebileceğini inceleyecektir.

1) Vitoria, ilk başlık olarak doğal toplum ve işbirliğini öne çıkarır. Buna göre, İspanyolların, yerlilere zarar vermemek kaydıyla, bahsi geçen topraklara seyahat

¹²⁹ Vitoria, *De Indis* (n 110) xv.-xxxı.

¹³⁰ *Ibid* xxxı-xxxııı.

¹³¹ *Ibid* xxxııı-xxxıv.

etme ve buralara yerleşme hakları vardır ve yerliler bunu engelleyemez. Bu hak, kaynağını doğal hukuk olan veya doğal hukuktan türemiş olan uluslararası hukukta (*jus gentium*) bulur. Tüm milletlerde, ziyaretçilere ve yabancılara, özel bir neden olmaksızın, kötü davranmak insanlık dışıdır ve diğer yandan iyi davranmak insani ve doğru olanıdır. Tabii ki, yabancılar, diğer milletleri ziyaret ederken kötü davranışlar içinde iseler, durum değişecektir. Dünyanın başlangıcında, her şeyin ortak olduğu dönemde, insanlar istedikleri yerlere seyahat edebilirlerdi. Bu durum, mülkiyetlerin bölünmesi ile ortadan kalktı ancak insanların hiçbir zaman niyeti bu ortak kullanımın önüne geçmek olmamıştı.

Yasaklanmayan veya başkalarına zarar vermeyen her davranış hukuka uygundur. İspanyolların da -aksi bir durum yoksa- yaptıkları seyahat yerlilere zarar vermez; dolayısıyla hukuka uygundur. Fransızlar, İspanyolların Fransa'ya seyahatlerini yasaklayamayacağı gibi, yerlilerin de yasaklaması hukuka aykırıdır. Hiçbir suç olmayan yabancıların sınır dışı edilmeleri de hukuka aykırıdır. Dahası, bazı kimseleri düşman oldukları gerekçesiyle halihazırda buldukları şehre almamak veya oradan sürmek savaş eylemleridir. Yerliler, İspanyollara karşı bir haklı savaş açmadıklarına göre, İspanyolları bölgelerine almamaları hukuka uygun olamaz.

İspanyolların seyahat hürriyetleri, hem tanrısal hukuka hem de doğal hukuka göre mevcuttur. Pozitif hukuka göre de, eğer böyle bir hak, tanrısal hukuk veya doğal hukuka dayanmayan bir gerekçeyle ellerinden alınmışsa, bu kurallar da insanlık dışı ve mantık dışı olacaktır ve sonuç olarak kanun gücüne sahip olamayacaktır. Vitoria'ya göre, İspanyollar, yerliler arasında, ülkelerine zarar vermedikleri sürece, hukuka uygun bir şekilde ticaret yapabilirler. Yabancıların, vatandaşlara zarar vermedikleri sürece ticaret yapabilecekleri, uluslararası hukukun (*jus gentium*) açık bir kuralıdır.

Yerliler arasında, hem vatandaşlara hem de yabancılara ortak bir şekilde tanınmış bazı haklar varsa, yerliler, İspanyolların bunlar arasında iletişim kurma ve katılmalarını engelleyemezler. Yine, uluslararası hukukun bir kuralı olarak, keşfedilen bölgelerde ikamet eden bir aile bakımından, bir İspanyolun orada doğan bir çocuğu için vatandaşlık talebinde bulunması halinde, bu kişilerin vatandaşlıktan veya diğer vatandaşlarca yararlanılan faydalardan mahrum edilmeleri söz konusu olamaz.

Eğer yerliler, yukarıda bahsedilen hakları İspanyollara tanımayı reddedecek olurlarsa, Vitoria, İspanyolların öncelikle, oraya yerlilere zarar vermek için gelmediklerini ve barışçıl ziyaretçiler olduklarını, mantık ve ikna yöntemlerini kullanarak sadece sözle değil, kanıtlar ile de göstermeleri gerektiğini ifade eder. Ancak buna rağmen yerliler kabul etmeyi reddeder ve güç kullanımına başvururlarsa, İspanyolların kendilerini savunma hakları söz konusu olacaktır. Bunun da ötesinde, başka türlü sağlamaları mümkün değilse, savunma adına kaleler inşa edebilir ve

savunma tesisleri kurabilirler ve hükümdarlarının izniyle savaş açabilirler ve savaş haklarından yararlanabilirler.¹³²

2) Fethi meşru kılabilecek bir diğer gerekçe olarak Vitoria, yerlilerin ülkesinde Hristiyanlığın yayılmasını ve İncil'in tanıtılmasını saymaktadır. Bu hak, İncilde geçmesi yönüyle Tanrısal hukukta tanınmış olmasının yanında, yukarıda ifade edildiği haliyle, İspanyolların, yerliler arasında seyahat ve ticaret haklarıyla da ilişkilidir ve duymak isteyenlere doğruları öğretmek hakları vardır. Yerliler, İspanyolların Hristiyanlığı özgürce yaymalarına izin engel olmadıkları sürece, Hristiyanlığı kabul etsinler veya etmesinler, İspanyolların onlara karşı savaş açma veya başka bir yolla ülkelerini işgal etme hakkını ortadan kaldıracaktır. Eğer, İspanyolların dinlerini yaymaları engellenirse, bu durumda haklı savaş için gerekçe ortaya çıkmış olacaktır.¹³³

3) Eğer yerlilerden biri Hristiyanlığı seçer ve hükümdarı tarafından eski dinine dönmesi için korkutulur veya güç kullanılırsa, İspanyolların, diğer ikna metotlarının işe yaramaması halinde, savaş açmak ve bu davranışı güç kullanarak sonlandırmak ve hatta yerine göre bunun sonucunda bu hükümdarları yerlerinden indirmek hakları mevcuttur.¹³⁴

4) Yerlilerin büyük bir kısmının Hristiyanlığa geçmiş oldukları varsayımında, bu tercih hukuka uygun bir şekilde veya korku veya tehdit gibi hukuka uygun olmayan bir yolla yapılmış dahi olsa, gerçekten Hristiyan oldukları sürece, Papa, yerlilerin talebi olsun veya olmasın, başlarına bir Hristiyan yönetici atamak ve mevcut inançsız hükümdarlarının ünvanlarını ellerinden almak hakkına sahiptir.¹³⁵

5) Vitoria, Amerika yerlilerine hükmeden bir tiranın varlığı halinde veya buradaki masum halka zarar veren, masum kişilerin kurban edilmeleri veya yamyamlık içeren amaçlarla haksızca insanların öldürülmesi gibi tiranik kanunların meri bulunması durumunda, Papa'nın yetkilendirmesi olmaksızın, İspanyolların bu uygulamaları durdurma ve masum insanları kurtarma haklarının bulunduğunu ifade eder.¹³⁶

6) Yerlilerin gerçek ve iradi tercihleriyle, İspanyolların iyi yönetimlerine ve insancıl davranışlarına bakarak, hem yöneticileri hem de tebaa bakımından, İspanya Kralı'nı hükümdarları olarak seçmeleri de fethi meşru kılan bir gerekçe olacaktır. Vitoria, benzer şekilde, çoğunluğunu Hristiyanların oluşturduğu bir toplumun, Hristiyan bir yönetici atama haklarının bulunduğunu belirtir.¹³⁷

¹³² Vitoria, De Indis (n 110) xxxvi-xli.

¹³³ Ibid xli-xliiii.

¹³⁴ Ibid xliiii.

¹³⁵ Ibid xliiii-xliv.

¹³⁶ Ibid xliv.

¹³⁷ Ibid xliv-xlv.

7) Diğer bir başlık ise, müttefiklik ve dostluk üzerinedir. Yerliler, haklı gerekçelerle başka yerli gruplara savaş açabilirler ve İspanyolları yardıma çağırabilirler. Böyle bir durumda kazanılan savaştan elde edilen ganimetler ve yerine göre topraklar İspanyollara meşru bir şekilde geçebilecektir.¹³⁸

6. Savaş Hukuku

Vitoria, önceki *Relectio*'da, yerlilerin topraklarının ele geçirilmesinin ve İspanyol hakimiyetine girmelerinin hangi durumlarda haksız hangi durumlarda haklı bir şekilde gerçekleşeceğini açıkladıktan sonra, düşüncelerini tamamlamak adına, savaş hukuku üzerine ayrı bir *Relectio* irad eder. Düşünür, bu bölümde, dört temel sorunla ilgileceğini ifade etmektedir: İlk olarak, Hristiyanlar bir savaşa taraf olabilirler mi? İkincisi, savaş ilanına dair yetki kime aittir? Üçüncüsü; haklı savaşın gerekçeleri nelerdir? Ve son olarak, haklı bir savaşta düşmana karşı ne gibi ve nasıl önlemler alınabilir?¹³⁹

İlk soruya cevaben, Victoria, her ne kadar İncil'de aksi anlaşılacak ifadeler yer alsada da, Hristiyanların savaşta yer alabileceklerine ve savaşabileceklerine fetva verecektir. Ünlü ilahiyatçı, bu görüşünü de yine İncil'den ve çeşitli din adamlarından referanslarla ve hem de doğal hukukla destekler.¹⁴⁰ Savaş açma ve savaşma yetkisinin kime ait olduğuna dair soruda, Vitoria'nın ilk savı, herhangi bir kimsenin, bir gerçek kişinin dahi savaşı kabul etme ve savunma savaşı yapma hakkı olduğu şeklindedir. Buna göre, kimseden yetkilendirilmek zorunda olmaksızın herkes, sadece kendini değil, mallarını ve mülkiyetini savunmak adına, bu tür bir savaşa girişebilir. Kişiler gibi, *Respublica*'nın da savaş açma ve savaşma yetkisi vardır. Bununla birlikte, Vitoria, bu ikisi arasında bir farka işaret eder: gerçek kişiler, kendilerini savunma hakkına sahiptirler ancak meşru müdafaa'nın sınırı, kendini savunmakla ve tehlikenin giderilmesiyle sınırlıdır. Zaruret ortadan kalktığı anda, savaşın haklılığı da ortadan kalkacaktır. Bunun gibi, gerçek kişinin intikam alma şeklinde bir hakkı da bulunmaz. Ancak *Respublica*'nın hakları sadece kendini savunmakla sınırlı değildir; gerektiğinde kendisinin ve tebaasının intikamını almak ve haksızlıkları gidermek yolunu da seçebilir. Vitoria, burada, Aristo'nun *Respublica*'ya dair "kendi kendine yeten yapı" tanımına referansla, bunları yerine getirebilmenin *Respublica* olabilmenin koşulu olduğunu ifade eder. Üçüncü sava göre, *Respublica* gibi, onu yöneten hükümdar/prens de aynı yetkiye sahiptir. Vitoria, hükümdar, konumunu *Respublica*'nın seçimi sayesinde elinde tutmaktadır der. Dolayısıyla, hükümdar, *Respublica*'nın temsilcisidir ve eğer meşru bir hükümdar varsa, tüm yetki onun elindedir ve hem barışta hem de savaşta, onlar olmaksızın kamusal nitelikte hiçbir şey gerçekleşmez.¹⁴¹

¹³⁸ Vitoria, De Indis (n 110) xlv.

¹³⁹ Vitoria, De Jure Belli (n 101) xlix.

¹⁴⁰ Ibid xlix-li.

¹⁴¹ Ibid li-liii.

Bu noktada sorun, *Respublica*'nın ne olduğuna ve kimlere uygun bir şekilde egemen hükümdar denilebileceğine gelir. Vitoria'ya göre, *Respublica*, kusursuz toplum olarak adlandırılabilir. Ancak asıl sorun, kusursuz toplumun ne olduğu sorusudur. Çözüm yöntemi olarak, bir şey tam olarak tamamlandığında buna kusursuz denir, bir şeylere ihtiyaç duyulduğunda/bir şeyler eksik olduğunda ise kusurludur, ve, diğer yandan hiçbir şeye ihtiyacı yoksa/hıçbir şey eksik değilse kusursuzdur. Dolayısıyla, kusursuz bir topluluk veya *Respublica*, kendi içinde bir bütün oluşturan, yani, başka bir topluluğun parçası olmayan, ancak kendi kanunları, kendi meclisi, kendi yargıçları olan bir yapıdır.¹⁴²

Üçüncü soru, haklı savaşın gerekçelerinin neler olabileceği üzerinedir. Düşünürü göre, din farklılığı, daha önce de açıklandığı üzere, haklı savaş gerekçelerinden biri olamaz. Yine, imparatorluğun sınırlarının genişletilmesi veya hükümdarın kişisel olarak şanını duyurma veya başka bir avantaj elde etme arzusu, haklı bir savaş sebebi değildir. Savaş başlatmanın tek haklı sebebi, bir haksızlığın giderilmesi olabilir. Buna, bir yanlışlığın intikamının alınması ve düşmana karşı önlemler alınması da dahildir ancak bir haksızlığın olmadığı yerde intikam da olamaz. Dolayısıyla, doğal hukuka göre de, bize zarar vermeyen kimseye karşı kılıçlarımızı çekemeyiz ve masumları öldürmek yasaktır.¹⁴³

Haklı bir savaşta ne gibi yöntemlerin uygulanabileceğine dair dördüncü soruda ise, Vitoria, öncelikle *Respublica*'nın savunması için gereken her şeyin yapılmasının meşru olduğunu söyler. Aynı şekilde, kaybedilen her şeyin geri alınması da caizdir. Düşman eliyle uğranılan zararlar ve savaşın masraflarını karşılamak üzere düşmanların mallarına el koymak hukuka uygundur. Bunun da ötesinde, bir hükümdar, barışın korunması ve düşmandan korunmak adına gerekli her türlü önlemi alabilir; örneğin düşman kalesini yıkabilir veya düşman topraklarında, gelebilecek saldırılardan korunmak üzere bir kale inşa edebilir. Tüm bu izinlerin yanında, savaş kazanıldıktan ve barış sağlandıktan sonra, düşmanın yaptığı yanlışların intikamını almak ve yaptıklarına karşı gereken cezaları vermek de meşrudur.¹⁴⁴

Bu noktada ortaya çıkabilecek bir sorun, bir hükümdarın savaş için haklı sebebinin olduğunu düşünmesinin tek başına yeterli olup olmayacağıdır. Vitoria, böyle bir inancın tek başına yeterli olmayacağını söyler. Bir savaşın iki tarafı da her zaman kendisinin haklı savaş açtığını düşünür; kimse kötü niyetle savaştığını düşünmez. Eğer bu yeterli olsaydı, savaşan tarafların hepsi masum olurlardı ve karşı taraftakileri öldürmek her zaman haksız olurdu. Buna göre, haklı savaş için gerekli şartlar ayrıntılı bir şekilde incelenmeli; gerekirse daha sonra savaş başlatılmalıdır.

¹⁴² Vitoria, De Jure Belli (n 101) liii.

¹⁴³ Ibid liv.

¹⁴⁴ Ibid lv-lvi.

Diğer bir husus, tebaanın ya da savaşan askerlerin savaşın gerekçelerini bilme yükümlülüğüne ilişkindir. Düşünür, bir askerın savaşın hukuksuzluğuna ikan olması ihtimalinde, hükümdarın emri bile olsa, savaştan çekilmesi gerekir. Kimsenin masum bir insanı öldürmeye hakkı olmadığı gibi, düşmanın masum olması hakkında, onlar da öldürülemez. Böyle bir savaşı başlatan hükümdar günah işlemektedir. Ancak sadece bir kötülüğü işleyen değil, ona rıza gösteren de aynı derecede sorumludur; bu sebeple haksızlığını bildikleri bir savaştta savaşmaları halinde askerler de sorumludurlar.¹⁴⁵

Vitoria, savaş hukukuna dair açıklamalarını üç temel kural altında özetlemektedir:

1) Bir hükümdarın savaş açma yetkisi olduğu kabul edilebilir ise de, onun savaş fırsatlarını ve sebeplerini araştırmak yerine, mümkünse, tüm insanlarla barış içinde yaşamaya çalışması gerekir. Dahası, ötekilerin kendisinin komşuları olduğunu düşünmeli ve onları kendimiz gibi sevmemiz gerektiğini hatırlamalıdır. Sonuç olarak, sadece zorunluluk halinde savaşa başvurulabilir.

2) Bir savaş ortaya çıktığında, bu savaşın yöneldiği insanları yok etmek üzere değil, bir tarafın ülkesini savunması ve haklarını koruması için ve barışın yeniden tesisi için savaşılmalıdır.

3) Savaş kazanıldığında ve bittiğinde, zafer ölçülü ve Hristiyan tevazusuyla kullanılmalıdır ve zafer kazanan hükümdar, iki devlet arasında savcı değil, yargıç konumunda olduğunu bilmelidir. Buna göre, zarar gören tarafın zararları telafi edilmelidir ancak diğer tarafa da hukuk sınırları içinde davranılmalıdır.¹⁴⁶

B. Francisco Suárez (ve Uluslararası Hukuk)

Suárez, Vitoria'nın ölümünden iki yıl sonra dünyaya gelir. Dolayısıyla Suárez'in Vitoria'nın derslerine bizzat katılma imkânı olmamıştır. Ancak, Suárez'in Salamanca Üniversitesi'nde eğitim gördüğü dönem Vitoria'nın etkisinin yoğun olduğu dönemdir ve onun tilmizleri Suárez'in öğrenim gördüğü dönemde artık Salamanca'da hoca konumuna gelmişlerdir. Yukarıda ifade edildiği gibi Vitoria, Aquinolu Tommaso'yu Salamanca'ya taşımıştır ve bu etki Suárez üzerinde de devam eder.¹⁴⁷

Suárez, *De Legibus*'un ilk kitabında, genel olarak hukuk kavramı ile meşgul olduktan sonra, ikinci kitabı hukukun türlerine ayırır ve çalışmanın konusu açısından ilgilenecek kısım burasıdır. İlk başta ilgilenecek olan hukuk, sonsuz hukuk (*lex aeterna*) olacaktır zira - teolog düşünüre göre- onun diğerlerine göre üstünlüğü ve zerafeti vardır. Aynı şekilde, sonsuz hukuk olmaksızın diğerleri de olmaz. İkinci sırada doğal hukuk gelir -ki düşünüre göre, doğal hukuk, sonsuz hukukun insanlar

¹⁴⁵ Vitoria, *De Jure Belli* (n 101) lvii.

¹⁴⁶ *Ibid* lxx.

¹⁴⁷ Scott, *Catholic Conception of International Law* (n 87) 129.

tarafından uygulanabilir/bilinebilir halidir. Bu da, insan aklı veya doğal akılla ve ikinci olarak da Hz. Musa'ya indirilen On Emir üzerinden bilinir hale gelmiştir. Son olarak da uluslararası hukuk ya da Suárez'in kullanımıyla *jus gentium* tüm sistemler arasında doğal hukukla en çok ilişkisi olan sistem olarak ayrıca incelenecektir.¹⁴⁸

1. *Jus gentium vs. jure naturali*

Düşünür, ilk on altı bölümde sonsuz hukuk ve genişçe doğal hukuku ele aldıktan sonra, on yedinci bölümden itibaren, *jus gentium*la doğal hukukun karşılaştırılmasına yer verir. On dokuzuncu bölümün başlığı ise, "Pozitif insani hukuk gibi kolay bir şekilde, *jus gentium*un doğal hukuktan ayrılması mümkün müdür?" şeklindedir ve Suárez'in bu kısma kadar olan çıkarımlarını içerir. Düşünür, öncelikle *jus gentium* 'un, doğal hukukun bir parçası olmadığına dair düşüncelerine, aralarındaki uyuşan hususları göstererek başlangıç yapar:

"Buraya kadar söylenenler itibariyle, doğru kullanımıyla jus gentium, doğal hukukun sınırları içerisinde yer almaz, ancak bunun aksine, temel bir şekilde ondan ayrılır; her ne kadar bir çok yönden doğal hukukla uyuşmalar da, bununla beraber, bu ikisi, kendilerine has niteliklerindeki farklılıklar itibariyle birbirlerinden ayırdırlar.

Ius gentium ve doğal hukuk, ilk olarak, ikisinin de tüm insanlıkta bir anlamda ortak olması konusunda uyuşurlar. Ve bu sebeple, eğer sadece ilgimizi kavramlara hasredecek olursak, her birinin halklar hukuku/uluslararası hukuk (law of nations; droit des gens) (gentium) olarak adlandırılması mümkündür. Tüm milletlerde ortak olma niteliği, doğal hukuk bakımından çok açıktır, ve bu sebeple doğa hukukunun kendisine, Digest'te omnes populi kanununda, başka bir çok kanundaki isimlendirmede, jus gentium denilmektedir. Bununla birlikte, bu isim, daha ziyade, halkların teamülleriyle ortaya çıkan hukuka tahsis edilmiştir.

İkincisi, bu iki hukuk türü, jus gentium sadece insanlara uygulanırken, doğal hukukun da, tümüyle veya büyük bir kısmı itibariyle insanlara özgü olması konusunda uyuşurlar (...). Sonuç olarak, hukukçuların, sadece bu nitelik itibariyle jus gentium başlığı altında verdiği örnekler, doğru bir şekilde incelendiğinde, sadece isim olarak jus gentium altında yer alırlar. (...)

Üçüncüsü, jus gentium ve doğal hukuk, her iki sistemin de emirler, yasaklar ve ruhsatlar ve izinler içermesi konusunda uyuşurlar."¹⁴⁹

Benzerliklerin ardından, sıra, *jus gentium* ve doğal hukukun birbirinden ayrışan noktalarına işaret etmeye gelir:

"Diğer yandan, jus gentiumun doğal hukuktan birincil ve başlıca farkı, jus gentium olumlu emirler içerse de, bu emirlere, doğal ilkelerden yapılmış çıkarımlarla bu emrin bizzat doğasından kaynaklanan bir zorunluluk yüklemes zira bu nitelikteki her şey doğal hukuk

¹⁴⁸ Suárez, De Legibus, Scott (n 72) 143-144.

¹⁴⁹ Çalışmanın bu kısmında yer alan Suárez çeviri yapılırken iki farklı eserdeki İngilizce ve Fransızca çevirilerden birlikte yararlanılmıştır. Bu sebeple her bir atıfta iki esere birlikte referans verilecektir: Suárez, De Legibus, Chapter/Chapitre XIX; Scott (n 72) 341-342; Alfred Vanderpol, La Doctrine Scolastique du Droit de Guerre (Pedone 1919) 499-500.

kapsamına girer (...). Bu nedenle, böyle bir zorunluluk başka bir kaynaktan türetilmelidir. Benzer şekilde, *jus gentiumun* olumsuz emirleri, hiçbir şeyi, bu şeyin bizzat kendisi itibarıyla kötü olmasından dolayı yasaklamaz zira bu tür yasaklar da doğal hukukun kapsamındadır. Dolayısıyla, insan aklıyla bakıldığında *jus gentium* sadece kötü olanı göstermez, bunun aksine kötü olanı oluşturur; yani bu veya şu kötü davranışı bu şey kötü olduğu için yasaklamaz, bunun yerine, onun yasaklamasıyla bazı davranışlar kötü hale gelir. Bu farklılıklar, gerçekten de hukukta gerçek ve temel farklılıklardır; ve dolayısıyla bu bakış açısından doğal hukukla *jus gentium* arasında bir ayırım mevcuttur.

İkincisi, ve sonuç olarak *jus gentium*, doğal hukukla aynı derecede değişmez değildir, zira değişmezlik, zorunluluğun bir sonucudur. Kesinlikle gereklilik duyulmayan bir şey, kesinlikle değişmez değildir.

Üçüncüsü, yukarıdaki düşüncelerden hareketle, bu iki sistem, benzeştikleri düşünülen alanlarda dahi, tamamen aynı değildir. Nitekim, evrenselliği ve tüm insanlar tarafından ortak kabul edilmiş olması nedeniyle doğal hukuk herkes için ortaktır, ve sadece herhangi bir yerde gözlemlenmemesi hata ile olabilir. Diğer yandan *jus gentium* ne her zaman gözlemlenebilir ne de bütün milletlerde ortaktır; bunun yerine genel bir kuraldır ve hemen hemen bütün devletlerde ortaktır. Buna göre, bazı insanlar arasında *jus gentium* olarak kabul edilen bazı kuralların, diğer bir yerde gözlemlenmesi mümkün olmayabilir. (...)”¹⁵⁰

Sonuç olarak, doğal hukuk bir zorunluluğa ve değişmezliğe işaret ederken, *jus gentium* belli bir iradenin ürünüdür ve dolayısıyla gerekli durumlarda değiştirilebilir. Artık sıra, *jus gentiumun* doğru bir şekilde kavramsallaştırılmasına gelir:

“Dolayısıyla, *jus gentiumun*, basitçe, insani ve pozitif bir hukuk olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu önerme, pozitif hukuku, *jus gentium* ve *jus civile* olarak ikiye ayıran ve her ikisinin de doğal hukuktan türetilmiş insan hukuku olduğunu söyleyen Aquinolu Tommaso'nun düşüncesinden çıkarılabilir. Ancak, bu terimler doğal olarak karmaşık oldukları için, Tommaso'nun düşüncelerinin doğru anlamını çıkarmak ve bu karmaşayı gidermek gerekecektir. Hukuk bazen insani (insan hukuku) olarak adlandırılrsa da, bunun sebebi bu hukukun yapıcısının insan olması değil, konusunun ve ilgilendiği alanın insan ilişkileri olmasıdır; ve bu anlamda, doğal hukukun kendisi insanidir zira insan ırkını yönetir ve insanlığın eylemlerine yön verir.

Bu düşünce, *jus gentiumu* birincil ve ikincil olarak iki branşa ayıran ve ilkinin doğal hukuk, ikincisinin pozitif hukuk olduğunu söyleyen hukukçular tarafından da reddedilmemiştir. (...) Bu tür bir ayırım metodu, sadece terimlerin seçimi bakımından farklılık arz eder; öte yandan, yukarıda öne sürülen iddiayla da uyusmaktadır zira 'birincil' *jus gentium* denilen hukuk, esasında doğal hukuktur ve *jus gentium* denilmesinin tek sebebi milletlerin (*gentes*) ortak olarak sahip olmasıdır. Ancak bizim burada *jus gentium* olarak kullandığımız kavram, tam anlamıyla, kaynak ve yetki üzerine düşünülerek türetilmiş olan, hukukçuların pozitif *jus gentium* olarak adlandırdıkları hukuka karşılık gelmektedir.

Yukarıda ifade edilenler ışığında, hukukun doğal hukuk ve pozitif hukuk şeklinde veya yapıcılarına göre isimlendirildiklerinde tanrısal (ilahi) hukuk ve insan hukuku şeklinde ayrılması yeterli olacaktır zira açıktır ki, her bir terim diğerini dışarıda bırakır; ancak

¹⁵⁰ Suárez, De Legibus, XIX; Scott (n 72) 342-343; Vanderpol (n 149) 500-501.

görüldüğü üzere, jus gentium kuralları, titizlikle incelendiğinde, doğal hukuk kuralları değildir; ve sonuç olarak tanrısal hukuk kuralları da değildir; ve dolayısıyla pozitif ve insan hukukudur. Bu iddia, Cicero'nun da ifade ettiği üzere, doğal hukukun, insan düşüncesinden değil, bunun yerine doğadan elde edilen kanıtlardan doğduğu gerçeğiyle doğrulanmaktadır. Buna göre, bu yolla ortaya çıkmayan her hukuk, pozitif ve insanidir. Ve jus gentium da ikinci grup dahilindedir; çünkü doğal kanıtlar yoluyla değil, muhtemel çıkarımlar ve insanlığın ortak yargıları yoluyla varlık kazanır.”¹⁵¹

2. Jus gentium vs. jus civile

Doğal hukuk ve tanrısal hukuk dışarıda kaldığına göre, Suárez'in ele alacağı diğer mesele, jus gentium ve sivil hukuk arasında ne gibi farklılıklar olduğudur:

“Şimdi açıklamamız gereken diğer bir konu, jus gentiumun hangi yönlerden sivil hukuktan ayrıldığı konusudur. (...) Jus gentium ve sivil hukuktan, ikincisinin belli bir şehrin (devletin) veya krallığın hukuku olduğu ve ilkinin tüm insanların ortak hukuku olduğu söylenebilir. Bu cevaba gelecek bir itiraz, işaret edilen farklılığın sadece daha büyük ve daha küçük arasında bir farklılık olduğu ve temel bir farklılıktan çok uzak olduğu şeklinde olacaktır. Bir ikinci ve daha temel bir itiraz ise, jus gentiumun, kaynağını insan iradesi ve düşüncesinde bulması nedeniyle, tüm insanlarda ortak olmasının imkansız olduğu gerçeği üzerinedir. İnsan düşüncesine ve özgür iradesine dayanan konularda tüm insanların uyuşması pek olası değildir zira insanların doğaları gereği, neredeyse insan sayısı kadar farklı duygu ve düşünce vardır; ve dolayısıyla, ya jus gentium insan hukuku olamaz ya da sivil hukuktan farklılığı bahsedilen şekilde olamaz.

Bu sorunun çözümü için yapılacak uygun açıklamanın şu şekilde olduğunu düşünüyorum: Jus gentiumun emirleri, yazılı şekilde oluşmaları nedeniyle, sivil hukukun emirlerinden farklılaşırlar; bunlar, sadece bir veya iki şehrin (devletin) veya bölgenin değil, bütün veya neredeyse bütün milletlerin teamülleri yoluyla oluşurlar. İnsan hukuku iki türlü olabilir: yazılı veya yazılı olmayan. (...) Açık ki, jus gentium yazılı değildir ve bunun sonucu olarak, bütün yazılı sivil hukuklardan ve hatta tüm tebaaya uygulanan imparatorluk hukukundan dahi farklılaşır. Bunun da ötesinde, yazılı olmayan hukuk teamüllerle oluşur; ve eğer sadece belli bir milletin teamülüyle ortaya çıkmış ve sadece bu milletin davranışları üzerinde bağlayıcı ise, buna sivil hukuk da denilebilir; ancak diğer yandan, eğer bütün milletlerin teamülleriyle oluşmuş ve hepsi üzerinde bağlayıcı ise, bize göre, doğru isimlendirme jus gentium olacaktır. Bu ikinci sistem, dolayısıyla, doğal hukuktan farklılaşır çünkü doğadan ziyade teamüle dayanmaktadır; ve aynı şekilde, yukarıda açıklandığı üzere, kaynağı, temeli ve evrensel uygulanması konularında, sivil hukuktan da farklılaşır.”¹⁵²

Böylece Suárez, titiz bir biçimde daha sonra uluslararası hukuka dönüşecek olan jus gentiumu hem doğal hukuktan hem de sivil hukuktan ayırır. Düşünür, düşüncelerine kanıt olarak çeşitli örnekler ortaya koymayı da ihmal etmez. Örneğin elçilerin dokunulmazlığına ve güvenliğine ilişkin teamül kuralı doğal hukuktan doğan bir zorunluluğun sonucu olamaz zira herhangi bir toplumun bu kuralı çiğnemesi

¹⁵¹ Suárez, De Legibus, XIX; Scott (n 72) 344-345; Vanderpol (n 149) 501-502.

¹⁵² Suárez, De Legibus, XIX; Scott (n 72) 345; Vanderpol (n 149) 502-503.

mümkün olabilir, veya bu türden elçileri ülkelerinde istemiyor olabilirler. Bu tür kuralların ihlali *jus gentiumun* ihlalinin oluştursa da, doğal hukuka verilen bir zarar söz konusu değildir. Diğer bir örnek ise sözleşme veya ticari anlaşmalara ilişkin olabilir -ki bu türden bir anlaşmada üç ayrı faktör devreye girmektedir. İlki, sözleşmenin yapılmasına ilişkin belli yöntemlere dairdir ve bu konu sivil hukukun alanına girer. İkinci faktör yapılmasının ardından sözleşmeye uyulmasına ilişkindir -ki bu konu da açıkça doğal hukukun alanına girer. Üçüncü faktör ise, aktif bir şekilde düşman olmayan veya düşman olan yabancılarla ticari sözleşme yapma serbestliklerine ilişkindir. Bu serbestlik, *jus gentium* kaynaklıdır; zira doğal hukukta var olan bir zorunluluk mevcut değildir; zira bir devletin izole olması veya, herhangi bir düşmanlık olmasa bile, diğer bir devletle ticari ilişki kurmayı reddetmesi mümkündür; ancak *jus gentiuma* göre ticari ilişkiler serbest olmalıdır ve makul bir sebep olmaksızın bu türden ilişkilerin yasaklanması, bu hukuk sisteminin ihlalinin oluşturmaz.¹⁵³

3. *Jus gentium* vs. *jus gentium*

İspanyol düşünür, açıklamalarının bu kısmında, *jus gentiumun* kullanım şekillerinden yola çıkarak önemli bir ayrım noktasına varacaktır:

“Bu noktanın daha net anlaşılması için, belli bir konunun jus gentiuma iki yoldan biri ile konu olabileceğini eklemeliyim: birincisi, tüm farklı toplumların ve milletlerin birbirleriyle ilişkilerinde (inter se) izlemek zorunda oldukları hukuk temelinde; ikincisi, her bir şehrin (devletin) veya krallığın kendi sınırları içerisinde (intra se) izlemek zorunda oldukları hukuk kuralları bütününde, ancak bu ikincisine de jus gentium denilmiştir çünkü benzer ve genel kabul görmüşlerdir.

Birinci yorum, benim düşünceme göre, sivil hukuktan farklı olması nedeniyle, mevcut jus gentiuma daha uygun bir karşılık olarak görünmektedir. Yukarıda, elçiliklere ve ticari uygulamalara ilişkin verilen örnekler de birinci tanıma uygun düşmektedir.”¹⁵⁴

Suárez, *jus gentiuma* -ve artık net bir şekilde uluslararası hukuka- dair verdiği örnekleri geliştirir. Ona göre, savaş hukuku, kölelik, barış andlaşmaları ve ateşkesler de uluslararası hukukun/*jus gentiumun* alanına girer. Peki halklar arası *jus gentiumun* varlık sebebi nedir?:

“Böyle bir hukuk bölümünün var olmasının akli temeli, insan ırkının, ne kadar farklı toplumlara veya krallıklara bölünmüş olursa olsun, her zaman belli bir birliği, sadece tür olarak değil, aynı zamanda, karşılıklı sevgi ve merhamete ilişkin, herkese uygulanan ve hatta tüm milletlerden yabancılara dahi uygulanan bir doğal kaideden kaynaklanan ahlaki ve siyasi bir birliği koruması gerçeğinden ileri gelmektedir. Dolayısıyla, her ne kadar bir egemen devlet, respublica veya krallık kendi içinde, kendi üyelerinden oluşan, eksiksiz bir toplum oluştursa da, buna rağmen, bu devletlerden her biri, aynı zamanda, belli bir anlamda, insan ırkının bütününe karşılık gelen, evrensel toplumun bir üyesidirler; zira, hiçbir zaman,

¹⁵³ Suárez, De Legibus, XIX; Scott (n 72) 346-347; Vanderpol (n 149) 503-505.

¹⁵⁴ Suárez, De Legibus, XIX; Scott (n 72) 347-348; Vanderpol (n 149) 505.

bu devletlerin, kendilerinin daha fazla refaha kavuşması ve avantajına olduğu zamanlarda olabileceği gibi, aynı zamanda manevi ihtiyaç veya gereklilik zamanlarında da, karşılıklı yardım, işbirliği ve etkileşime ihtiyaç duymadan, tamamen kendilerine yeter bir şekilde ayakta durmaları mümkün değildir. Bu gerçek, tecrübelerle açıkça kendisini gösterir.

Bu gerekçelerle, bu tür topluluklar, bu türden işbirliği ve etkileşimlerini doğru bir şekilde sürdürmek adına bir çeşit hukuk sistemine ihtiyaç duyarlar; ve her ne kadar, bu rehberlik büyük oranda doğal akılla sağlansa da, (doğal hukuk) tüm konulara ilişkin yeterli araçları ve doğrudan yöntemleri sağlamaz; dolayısıyla, belli hukuk kurallarının, bu milletlerin uygulamaları yoluyla açığa çıkarılması mümkündür. Nasıl ki, sadece bir devletin veya bir şehrin hukuku teamül yoluyla ortaya çıkar; aynı şekilde, bir bütün olarak insan ırkı arasında, hukukun milletlerin yerleşik davranışlarıyla ortaya çıkması mümkün olmuştur. (...)

İkinci tür jus gentium (sivil hukuk - MEB) kendiliğinden ve doğrudan bütün insanlığı ilgilendirmeyen birtakım emirler, adetler ve yaşam şekillerinden oluşurlar; aynı şekilde, nihai amaçları da, bütün milletlerin birbirine saygı dahilinde uyumlu bir işbirliği ve etkileşim içerisinde olmaları değildir. Bunun aksine, bu adetler, her bir devletin kendi içinde, halihazırda kurulmuş hukuk sistemine uygun bir şekilde oluşturulurlar.”¹⁵⁵

4. Jus gentiumun Doğal Hukuktan Ayrılması ve Değiştirilmesi

Buraya kadar yapılan açıklamalar, jus gentiumu doğal hukuktan ayırırken, kendi içinde de uluslararası hukuku oluşturan jus gentium ve sivil hukuk biçimine dönüşecek jus gentium şeklinde ikili bir ayrıma işaret etmektedir. Cevaplanması gereken bir diğer sorun ise, tüm milletlerde ortak olan bir hukuk olarak jus gentiumun, doğal hukuktan ne şekilde ayrılacağıdır. Suárez'e göre uluslararası hukuka karşılık gelen jus gentium, basitçe, tüm dünya milletleri arasında yayılma ve karşılıklı taklitle gelişen adet ve geleneklerin ürünüdür. Bu kuralların doğayla öylesine yakın ilişkileri vardır ve bütün milletlere bireysel veya topluluk halinde öyle uyum gösterirler ki, neredeyse doğal bir süreçle yayılma gösterirler. Dolayısıyla yazılı şekilde ortaya çıkmazlar zira bir yasama organı tarafından dikte edilmezler; bunun aksine, uygulama yoluyla güçlenirler.

Burada düşünür doğal hukukla jus gentium arasındaki diğer bir farka daha işaret etmektedir: Doğal hukuk sadece iyi eylemleri tanımlamakla kalmaz; aynı zamanda hiçbir şekilde tolerans göstermeksizin kötü eylemleri de yasaklar. Öte yandan jus gentium -ki düşünür her iki türü için de bunun geçerli olduğunu ifade eder- insanlığın kırılğan karakteri, ticaret işleri gibi, tüm milletlerin rıza gösterdiği birtakım konularda, bazı kötü eylemlere göz yummak zorunda kalabilmektedir.

Jus gentiumun doğal hukuktan farklılaştığı önemli bir nokta ise, insanların rızalarına bağımlı olması nedeniyle jus gentiumun değişebilmesi mümkün iken, doğal hukukun her şart altında aynı kalmasıdır. Jus gentiumun yasakladığı şeyler kendiliğinden kötü

¹⁵⁵ Suárez, De Legibus, XIX; Scott (n 72) 348-349; Vanderpol (n 149) 506-507.

olmak zorunda değildir zira bu hukukun emirleri, doğal ilkelerden yapılan gerekli ve kesin çıkarımlar değildir ve ayrıca *jus gentium*dan doğan yükümlülükler de sadece insan aklının ürünü olmayıp, kaynaklarını genel bir teamülde bulurlar. Bunun sonucu olarak, yeterli yetkiye sahip olanlar tarafından değiştirilmeleri mümkündür.

Eğer iç hukukları ilgilendiren anlamda *jus gentium*dan bahsediliyorsa, bunun bir krallık veya devlet içerisinde değiştirilmesi mümkündür zira sadece bu krallığı veya devleti ilgilendirir. Diğerlerinin rıza göstermelerine ihtiyaç yoktur. Ancak uluslararası hukuka karşılık gelen *jus gentium* söz konusu olduğunda, bu kuralların değiştirilmesi, tüm milletlerde ortak bir hukuku içermesi ve hepsinin ortak yetkisiyle ortaya çıkmış olmaları dolayısıyla daha zordur ve kaldırılmaları, hatta bir parçalarının değiştirilmesi, evrensel rıza olmadan mümkün değildir. Yine de, tüm devletlerin değişiklik konusunda anlaşması veya uluslararası hukukun yerleşik bir kuralına aykırı bir teamülün ortaya çıkması ve uygulanarak üstün gelmesi hallerinde bahse konu bir kuralın değişmesine engel yoktur. Böylece sivil hukukla, *jus gentium* (uluslararası hukuk) arasında bir fark daha ortaya çıkmış olur: sivil hukuk bütünüyle değiştirebilirken -zira bireylere ilişkin kurallar içerirler ve tümünden değişime açıktırlar-, *jus gentium* ancak kısmen değiştirilebilir.¹⁵⁶

C. Hugo Grotius

Modern Devletler Hukuku bilimi, ileride “uluslararası hukukun kurucusu” olarak anılacak olan Grotius’un¹⁵⁷ 1625 yılında yayımlanan “*De Jure Belli ac Pacis Libri*

¹⁵⁶ Suárez, *De Legibus*, XX; Scott (n 72) 351-357; Vanderpol (n 149) 508-513.

¹⁵⁷ Grotius, 10 Nisan 1583'te, Hollanda'nın Delft şehrinde dünyaya gelir. Hukukçu kimliğinin yanında, siyasetçi ve devlet adamı, ilahiyatçı ve şair olarak da tanınmaktadır. Hem baba hem de anne tarafından aristokrat ve eğitilmiş bir aileye mensuptur. Henüz 8 yaşındayken Latince şiirler yazmaya başlar. Leyden Üniversitesi'ne kaydolar ve filoloji eğitimi yanında matematik ve fizik gibi dersler de alarak on dört yaşında mezun olur. 1598'de Fransa kralı IV. Henri'ye elçi olarak giden Johan van Oldenbarnevelt'e eşlik eder. Heyetle görüşmesi sırasında Fransa kralı IV. Henry, kendisine “Hollanda mucizesi” diye hitap eder. Aynı dönemde, Orléans Üniversitesi'nde hukuk doktoru sıfatını kazanır. Aynı yıl yayımladığı Pontifex Romanus (Roma Başrahibi), altı monologdan oluşan bir siyasal durum değerlendirmesidir. Genç Grotius, 1599 yılında Lahey'de yemin ederek avukatlık mesleğine adım atmıştır. 1601'de, devletin resmî tarih yazarlığına getirilmiş; özellikle Felemenk Cumhuriyeti'nin İspanya'ya karşı ayaklanmasını anlatan bir çalışma hazırlaması istenmiştir. Romalı Tarihçi Tacitus'un üslûbuyla yazdığı *Annales et historiae de rebus Belgicis*'e (Belçika Üzerine Araştırmalar ve Kronikler) aynı yıl başlamıştır. Dilbilim ve şiir alanlarında da pek çok ürün vermiştir. 1601 yılında, Doğu Hindistan Şirketi donanmasının bir Portekiz gemisine el koyması olayı üzerine, 1604 yılında kendisinden mütalaa yazması istenmiştir ve Grotius'un ünü gittikçe yayılır. 1607 yılında, Holland, Zeeland ve West-Friesland'dan sorumlu başsavcılık görevine getirilmiştir. 1613 yılında ise, Birleşik Hollanda'nın başsavcılığı görevine atanmıştır. Söz konusu dönemde, Hollanda, Leyden Üniversitesi'nin iki ayrı profesörünün önderliğinde, iki temel dini ekol arasında bölünmüştü: Franciscus Gomarus önderliğinde Kalvenistler ve üniversite rektörü Jacob Arminius önderliğinde Arminiusçular. Grotius, bu çatışmada Arminiusçuların safında yer almıştır. Kader nosyonu üzerine çıkan bu tartışma, zaman içinde Holland Eyaleti ile Felemenk Millet Meclisi'nin vali Maurits önderliğindeki katı Kalvenci çoğunluğu arasında bir çatışmaya dönüşmüştü. Hristiyanlar arasında sürekli barış ve birliği savunmuş olan Grotius, eyalet hukuk temsilcisi (Landsadvocaat) Johan van Oldenbarnevelt'in etkisi altında kalmıştır. 1613'te Holland meclisinin isteğiyle, meclisin kilise politikası lehinde ateşli bir savunma yazdı. Maurits, 1618'de Grotius ve Oldenbarnevelt ile birlikte muhalefet liderlerini tutuklattı. Oldenbarnevelt vatana ihanet suçuyla idam edildi. Grotius ise ömür boyu hapse mahkûm edilerek Loevestein Şatosu'na kapatıldı. 23 Mart 1621'de kendisi için getirilen kitap sandığının içinde, eşinin de yardımıyla, hapisten kaçırıldı ve önce Belçika'nın Antwerp şehrine, daha sonra da Paris'e geçti. Grotius 1625'te Paris'te, en önemli eseri olan *De Jure Belli Ac Pacis*'i yayımladı. Sonraki dönemde önce kısa bir süreliğine Holland'a, sonra Almanya'ya yerleşti ve bir dönem İsveç'in Paris büyükelçiliği görevini yürüttü. Almanya'nın Rostock kentinde 1645 yılında öldü; Delft'e gömüldü.

Grotius'un, denizlerin serbestliğine ilişkin bilinen eseri *Mare Liberum* (Serbest Deniz), düşündürün özel avukatlık yaptığı dönemde yazdığı *De Jure Praedae Commentarius* (Ganimet Hukuku üzerine Yorum) adlı eserin bir kısmını ihtiva eder.

Tres” eseriyle başlatılır zira, her ne kadar kendisinden önce de Devletler Hukuku’nun farklı branşlarıyla ilgili eserler veren yazarlar olsa da, ayrı bir hukuk sistemi Uluslararası Hukuku tam anlamıyla ortaya koyan ilk eserdir.¹⁵⁸ Grotius da, eserinin girişinde - *Prolegomena*- savaş hukuku üzerine yazan düşünürlerden Vitoria dışında, özellikle Balthazar Ayala ve Alberico Gentili’nin isimlerine dikkat çekmektedir.¹⁵⁹ Esasında, Grotius da, kendisinden öncekiler gibi bir savaş hukuku kitabı yazmak niyetiyle eserine başlamıştır ancak çalışma sona erdiğinde sistemli bir uluslararası hukuk eseri ortaya çıkar.¹⁶⁰ Grotius’un *magnum opusu* üç farklı kitaptan oluşmaktadır. İlk kitapta hukukun kaynağı ve doğal hukukla birlikte diğer hukuk türleri, haklı savaş meselesi, egemenliğin doğası gibi meseleler ele alınmaktadır. İkinci kitap, mülkiyet haklarının kaynağı, doğası ve içeriği, haksız eylemlere verilecek cezalar veya onarım yöntemleri, andlaşmaların yerine getirilmesi gibi hususlarla ilgilenilir. Üçüncü kitap ise, savaş hukukuna ilişkindir. Bu bölümde, haklı savaşa ilişkin ilkelerin açıklanmasının yanında, savaşın sınırlarının ilişkin sorunlar ve barış andlaşmalarının yapılması ve yorumlanması konuları ele alınır.¹⁶¹

De Jure Praedae 1604-1605 yıllarında yazılmış olsa da, tam halinin baskısı 1864 yılında keşfedilmiştir. Portekiz’in Doğu Hindistan adalarında ticareti tekeline alma çabalarına karşılık, 25 Şubat 1603 tarihinde, Grotius’un da kuzenlerinden olan Amiral van Heemskereck, *Santa Caterina* adlı Portekiz gemisine Japonya dönüşünde el koyar. Portekiz, bu davranışa karşılık bazı yaptırımlara başvurur. Bunun üzerine, Doğu Hindistan Ticaret Şirketi (Verenigte Oostindische Compagnie), Grotius’u, uluslararası hukuk bağlamında olayın hukuka uygunluğuna dair bir rapor hazırlaması için vekil olarak tayin eder.

Grotius, yazdığı eserde, Vitoria’yla benzer şekilde, serbest ticaret hakkını savunur ve herkesin kendini koruma hakkı, doğal hukukun bir gereğidir. Denizlere açılma ve diğer milletlerle ticaret yapma hakkının engellenmesi, bu olayda Portekiz tarafından yapıldığı gibi, bir deniz haydutluğu faaliyetidir ve uygun bir şekilde cevaplandırılabilir. Genelde cezalandırma yetkisi egemenliği kullanana aittir ancak açık deniz kimsenin egemenlik alanı olmadığına göre, buradaki cezalandırmaya müdahale edecek kamu otoritesi de bulunmaz. Düşünür, açık denizlerin insanlığın tümünün ortak malı olduğu tezini de, serbest ticaretin lehine olarak ortaya sürmüştür ve Portekiz’in gemisine el konulmasının meşruluğunu savunur. Açık denizlerin serbestliğine ilişkin önemli bilgiler içeren 12. Bölüm, Doğu Hindistan Ticaret Şirketi’nin talebi üzerine ayrı bir eser olarak *Mare Liberum* başlığıyla 1609 yılında yayınlanacaktır. Ayrıca “*De Jure Belli ac Pacis Libri Tres*” dışında Grotius’un genç yaşında başladığı ve Romalı Tarihçi Tacitus’un üslubuyla yazdığı *Annales et historiae de rebus Belgicis*’e (Belçika Üzerine Araştırmalar ve Kronikler) eseri 1657 yılında yayımlanmıştır. Grotius, 1636-37 yıllarında *Historia Gothorum, Vandalarum et Langobardom* (Gotlar, Vandallar ve Lombardlar Tarihi) adlı yapıtı üzerinde çalışmış ve ayrıca Tacitus’un yapıtlarını derlemiştir. Ayrıca, Grotius, teoloji üzerine, *De Veritate Religionis Christianae* (Hristiyanlık İnanıcının Doğruluğu Üzerine) ve *Defensei Fidei Catholicae* (Katolik İnanıcının Savunması) gibi eserler vermiştir. Bunların da dışında şiir ve tiyatro türünde yazdığı birçok eser bulunmaktadır.

Bu bölümde yararlanılan kaynaklar için bkz Jules Basdevant, ‘Grotius’, in Antoine Pillet (ed), *Les Fondateurs du Droit International* (V. Giard et E. Brière 1904) 127-155; William Rattigan, ‘Hugo Grotius’, in John Macdonell and Edward Manson (eds), *Great Jurists of the World* (Little Brown and Company 1914) 169-176; Ali Taşkın, ‘Hugo Grotius’ in Ahu Tunçel ve Kurtul Gülenç (eds), *Platon’dan Zizek’e Siyaset Felsefesi Tarihi* (2. Bası, Doğu-Batı Yayınları 2014) 197-199; Hakkı Hakan Erkiner, ‘Uluslararası Hukuk Düşüncesinde Klasik Öğretinin Kuruluşu: Hugo Grotius ve Post-Grotien Yazarlar Samuel Von Pufendorf, Richard Zouche, Cornelius Van Bynkershoek ve Samuel Rachel’e İlişkin İnceleme ve Değerlendirme’ (2012) 18(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi – Hukuk Araştırmaları Dergisi 3, 7-10; Firdes Şeyda Türkay Kahraman, ‘Hugo Grotius Anlayışının Uluslararası Uyuşmazlıkların Çözüm Yollarına Etkileri’ (2009) 25(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 925-947; Stefan Kadelbach, ‘Hugo Grotius: On the Conquest of Utopia by Systematic Reasoning’ in Stefan Kadelbach ve diğerleri (eds) *System, Order, and International Law* (Oxford University Press 2017) 136-138.

¹⁵⁸ Lassa Oppenheim, *International Law - A Treatise - Vol I. Peace* (Longmans, Green and Co. 1905) 76.

¹⁵⁹ Hugo Grotius, ‘*De Jure Belli ac Pacis Libri Tres - Volume II*’ in James Brown Scott (ed), *The Classics of International Law* (The Clarendon Press, 1925) 22-23.

¹⁶⁰ Oppenheim (n 158) 77.

¹⁶¹ Grotius (n 159) 21-22.

1. Egemenlik ve Modern Siyaset Hukuku

Grotius, egemenlik teorisine katkı sunar ancak bunu bir siyasetbilimci olarak değil, hukukçu olarak yapmaktadır. Amacı, okuyucuyu iktidarın niteliği hakkında aydınlatmak değil, iktidarı hukukla doğrulamaktır. Böylece Grotius, egemenlik kavramını ele alarak, bu kavramdan yola çıkmak suretiyle modern hukuki yapıyı bütünüyle inşa etmektedir.¹⁶² Hollandalı düşünürü göre, insan hem emreden hem de uyan bir yapıdadır. İnsan sosyal yapıdadır ve dolayısıyla bu sosyallik kendi aralarında birtakım düzenlemeleri gerektirir. Bu düzenlemeler de toplulukların ihtiyaç duyacakları hukuksal norm ve ilkelerin sonucu olarak ortaya çıkar. Hukuk ve onun kurallarını belirlediği yönetim olmaksızın hiçbir toplum olmayacağı gibi, insanların meydana getirdiği bir yapılanma olan Devlet de, temelinde hukuk olmadan yürümez.¹⁶³ Grotius'a göre Devlet ise, özgür bireylerin haklarından faydalanmak ve ortak çıkarları için oluşturdukları eksiksiz bir topluluktur.¹⁶⁴

Düşünür, egemenlik kuramı üzerinde, Bodin'in izlerini takip etmektedir: egemen güç, eylemleri ve kararları başka hiç kimsenin kontrolüne tabi olmayan ve dolayısıyla başka hiçbir kimsenin iradesiyle bu eylemlerin geçersiz kılınmayacağı güçtür. Grotius, egemen gücün kendisinin bu kararları değiştirebileceğini ifade ettikten sonra, süreklilik ilkesine vurgu yaparak, egemenin varisinin de bu yetkiye sahip olduğunu zira başka bir gücü değil aynı gücü kullandığını ifade eder. Gücün konusu ortak/genel veya özel olabilir. Nasıl ki vücut bir bütündür/ortak alandır, göz ise görme gücünün özel bir öznesidir; devlet de, eksiksiz topluluk olarak egemenliğin ortak öznesidir. Özel özneler ise, her bir milletin hukukuna ve teamüllerine göre bir veya birden fazla kişilerdir.¹⁶⁵ Bir diğer ihtimalde ise, birden fazla devletin, konfederasyon altında bir araya gelmesi durumudur -ki bu durumda, bu üye devletlerden her biri "eksiksiz devlet" statülerini koruyamazlar.¹⁶⁶

Grotius'un, egemenlik kuramıyla mülkiyet arasında ilişki kurduğu görülmektedir. Yazara göre, egemenlik hükümdarın sahibi olduğu bir şeydir. Dolayısıyla, meşru bir savaşta kişilere ait zenginliklere sahip olunabileceği gibi, sivil mülkiyet ya da her türlü güçten bağımsızca devleti yönetme hakkı da elde edilebilir. Böylece, iktidar da, her türlü mülkiyet gibi devredilebilir bir kavram olarak düşünülmektedir.¹⁶⁷ "*Bununla birlikte, bir halk devredildiğinde, bu durum, açıkçası, bireylerin devri olmayıp, bunların toplum halinde tümünü sürekli olarak yönetme hakkının devridir.*"¹⁶⁸

¹⁶² Mairet (n 1) 235-236.

¹⁶³ Taşkın (n 157) 204.

¹⁶⁴ Grotius (n 159) 44.

¹⁶⁵ Ibid 102-103.

¹⁶⁶ Ibid 103.

¹⁶⁷ Mairet (n 1) 237.

¹⁶⁸ Grotius (n 159) 116.

2. *Jus naturae vs. jus gentium*

Grotius, dönemine uygun olarak düşüncelerini doğal hukuk üzerine inşa etmektedir zira amacı, sonsuz, değişmez ve Devletlerin her birinin özel rızalarından bağımsız bir Devletler Hukuku kurallar bütünü oluşturmaktır. Vitoria’da da görüleceği üzere, Grotius’tan çok öncesinde, insan yaratusı hukuk ya da pozitif hukuk denilebilecek hukukun üzerinde kaynağı insan aklında bulunabilecek bir doğal hukuk düşüncesi mevcuttu. Grotius ise bu geçmişten gelen doğal hukuka ilişkin birikime muazzam bir katkı sunacaktır.¹⁶⁹

Grotius da, yukarıda Aquinolu Tommaso’da ifade edildiği gibi, doğal hukuk ve tanrısal hukuk arasında açık bir ayırım yapmaktadır. Öyle ki, düşünüre göre, doğal hukuk değiştirilemez ve hatta Tanrı tarafından dahi değiştirilemez. Tanrı’nın gücü ölçülemez olsa da, onun da değiştiremeyeceği şeyler vardır. Nasıl ki, Tanrı, iki kere ikinin dört etmesini engelleyemez; öyle de doğası gereği kötü olanın kötü olmasını sağlayamaz.¹⁷⁰ Grotius’a göre, Tanrı hiç olmasaydı dahi, doğal hukuk tam ve eksiksiz bir biçimde var olurdu.¹⁷¹

Grotius’un kurucusu olduğu günümüz Uluslararası Hukuk sistemi, doğal hukuk teorisine çok şey borçludur. Bilindiği üzere, özellikle klasik pozitivistler için, uluslararası hukuk saf bir biçimde Devletlerin iradesine bağlıdır ve yalnızca temel iki kaynağı bulunmaktadır: uluslararası andlaşmalar ve devletlerarasında gelişen teamül kuralları. Grotius da devletlerin davranışlarını yönlendiren birtakım teamül kurallarının farkındaydı. Ancak düşünür bilinçli bir şekilde doğal hukuktan süzülüğünü düşündüğü kuralları bunlardan ayırt tutmuştur. Dolayısıyla Grotius, doğal Devletler Hukuku ve teamüle dayanan Devletler Hukuku arasında ayırım yapar -ki bu ikincisini “iradi Devletler Hukuku” olarak adlandırmaktadır. Her ne kadar Grotius’un hedefinde doğal Devletler Hukuku yer alsın ve buna dair kuralları ortaya dökmeye çabalasa da; diğer yandan iradeye daha az önem verse de tamamen göz ardı etmez ve farklı konulara ilişkin Devletlerin iradi kurallarına da yer verir.¹⁷²

İradeye dayanan hukuka dair Grotius’un ikili bir ayırma daha yer verdiği görülmektedir: İbraniler gibi bazı insanlara özel olarak verilen veya bütün insanlar için vazedilen Tanrı buyruklarını içeren tanrısal iradi hukuk (*jus voluntarium divinum*) ve insan iradi hukuku (*jus voluntarium humanum*). İnsan hukuku içinde en başta *jus civile* gelir ve kamu gücünden kaynaklanan ve devlet yönetimine dayanan bir hukuka işaret eder. Bunun dışında Grotius’a göre iki çeşit daha insan hukuku vardır -ki bunlardan biri *jus civile*den daha dar, diğeri daha geniştir. Bunlardan ilki daha

¹⁶⁹ Oppenheim (n 158) 79-80.

¹⁷⁰ Grotius (n 159) 40.

¹⁷¹ Stephen J. Neff, *Justice Among Nations - A History of International Law* (Harvard University Press 2014) 160.

¹⁷² Oppenheim (n 158) 80.

dar çerçeveli olan ve kamu gücüne dayanmayan babanın oğluna veya bir efendinin kölesine emirleridir.¹⁷³

*Jus civile*den daha geniş kapsamlı hukuk ise, iradi Devletler Hukuku veya *jus gentium*dur. Bu hukuk türü, bağlayıcı karakterini bütün milletlerin veya birçok milletlerin iradeleri yoluyla kazanmaktadır. Grotius, “birçok millet” demesinin sebebini, doğal hukuk dışında -ki çoğu zaman bu da *jus gentium* olarak anılır der tüm milletlerde ortak bir hukuk bulmanın zor olmasıyla açıklamaktadır. Bu noktada üçüncü kitapta açıklayacağı savaş esirliği müessesine referansla, Dünya'nın bir yerinde geçerli olan uluslararası hukuk kurallarının sıklıkla diğer bir yerde geçerli olmadığını ifade etmektedir. Düşünür *jus gentiuma*, yazılı olmayan *jus civile* olduğu gibi, teamül niteliğindeki uygulama ve uzman görüşlerinden ulaşılabileceğini belirtir. Dolayısıyla *jus gentium*, zaman ve uygulamanın ürünüdür.¹⁷⁴

Grotius, *Prolegomena*'da Devletler Hukuku'na dair bir açıklama getirmektedir: “(...) ancak, nasıl ki her bir Devletin hukuku, o Devletin çıkarlarına uygun olarak yapılır; aynı şekilde, karşılıklı rıza ile bazı hukuk kurallarının tüm Devletler veya birçok Devlet arasında ortaya çıkabilmesi mümkündür ve bu yolla oluşan hukuk sadece belli Devletlerin değil, aksine bunların oluşturduğu büyük topluluğun çıkarına olacaktır.”¹⁷⁵

Yukarıda yer verilen yirminci yüzyılın başında Oppenheim'in yaptığı ayrıma¹⁷⁶ uygun bir şekilde, uluslararası hukuk yazarı Degan, Grotius'un, *Prolegomena*'nın ilk satırlarında teamülü, kişiler arasında yapılan zımnî anlaşmalarla birlikte saymasından yola çıkarak, iradeye dayanan Devletler Hukuku'ndan bahsederken düşünürün aklında, bütün Devletlerin veya birçok Devletin zımnî rızalarına dayanan teamül hukukunun yer aldığı çıkarımını yapmaktadır.¹⁷⁷ Neff ise, Grotius'un teamülü tek taraflı iradeye dayanan bir işlem olarak nitelendirdiğini ve dolayısıyla karşılıklı rızaya dayanan Devletler Hukuku alanında teamülü bir kaynak olarak görmediğini yazmaktadır.¹⁷⁸ Bunun ötesinde, Degan, Devletler veya hükümdarlar arasında yapılan andlaşmaları ise düşünürün iradeye dayanan Devletler Hukukuna dahil etmesinin muhtemel olmadığını zira Grotius düşüncesinde, herkesin sözlerini yerine getirmesinin iradi hukuka değil doğal hukuka dayandığını ifade etmektedir.¹⁷⁹

Doğal hukukun kanıtlanması sorununa Grotius'un bulduğu çözüm, eski düşünürlerin, şairlerin, tarihçilerin ve hatiplerin düşüncelerinden yararlanmak şeklindedir. Bunlardan her biri kendi hizbine, amacına veya konuya göre yorum

¹⁷³ Grotius (n 159) 44.

¹⁷⁴ Ibid 44.

¹⁷⁵ Ibid 15.

¹⁷⁶ Oppenheim (n 158) 80.

¹⁷⁷ Degan (n 93) 27-28.

¹⁷⁸ Neff (n 171) 161.

¹⁷⁹ Degan (n 93) 28.

yapmaları dolayısıyla güvenilir gibi görünseler de, farklı zamanlarda ve farklı yerlerde aynı şey üzerinde uzlaşılma sağlanmışsa, bu tür yorumlar ya doğanın ilkelerinden süzölmüşlerdir ya da ortak rızanın ürünüdürler. Dolayısıyla da ya doğal hukuka ya da *jus gentiuma* işaret ederler. Şüphesiz bu iki hukuk türü arasındaki ayrım düşünürlerin ifadelerinde yapılmayacaktır -zira çoğunlukla bunlar *jus naturae* ve *jus gentiumu* birbirine karıştırırlar- bunun yerine konunun niteliğinden çıkarılacaktır. Kesin bir mantık sürecinden süzölemeyen ancak her yerde görülebilen birtakım kurallar, kaynağını mutlaka özgür insan iradesinde bulmaktadır.¹⁸⁰

Grotius'un kullandığı bağlamda *jus gentium*, Roma Hukuku'nda yer alan veya Aquinolu Tommaso'nun işaret ettiği *jus gentiumdan* farklıdır. Zira Roma Hukuku'nda *jus gentiumun* evrensel nitelikteki bir takım hukuk kurallarından müteşekkil olduğu düşünülüyordu, dolayısıyla bir anlamda Grotius'un *jus naturae* olarak nitelendirdiği kurallara karşılık gelmekteydi. Grotius düşüncesinde ve günümüze kadar ulaşan bağlamda ise *jus gentium* bir kamu hukuku dalı olarak, Devletlerin rıza gösterdiği ve aralarındaki ilişkileri düzenleyen kurallardır.¹⁸¹

Grotius sonrasındaki dönemde, uluslararası hukuk üzerine yazan düşünürler üç ayrı grupta ele alınabilir. Bunlardan ilki, Devletler arasındaki andlaşmalara ve teamül kurallarına daha az önem veren ve Devletler Hukuku'nu değişmez birtakım doğal hukuk kuralları üzerine inşa eden, Pufendorf, Thomasius gibi yazarların temsil ettiği Naturalistlerdir. Diğer bir grup ise, ilk grubun tam zıddı bir yöne evrilen, uluslararası hukuk sistemini değişmez birtakım kurallardan arındırarak Devletlerin iradelerine ve bu iradelerle oluşturulan andlaşma ve teamül kurallarına indirgeyen Pozitivistlerdir. Bu grupta, Rachel ve Textor gibi Alman yazarların yanında, Bynkershoek, von Martens ve Moser gibi hukukçular sayılabilir. Üçüncü grup ise uluslararası hukukta Grotiusçular ya da Grotienler olarak adlandırılan ve hem doğal hukuka hem de iradi hukuka eşit önem veren -ki bu noktada Grotius'tan da ayrılırlar- uluslararası hukuk düşünürleridir. Bu grubun en önemli temsilcileri Alman hukukçu Wolff ve Fransız hukukçu Vattel'dir.¹⁸² Ondokuzuncu yüzyılın pozitivistlerin baskınlığıyla geçmesinin ardından, yirminci yüzyılın ilk yarısında özellikle Lauterpacht'ın ve kısmen Verdross'un başını çektiği yeni nesil hukukçular, doğal hukukla Devletlerin iradelerini uzlaştıran bir yöntemle, Grotiusçu geleneği yeniden canlandıracaklardır.

3. Savaş Hukuku

Grotius, *De Jure Belli ac Pacis* eserinin birinci kitabının başında, farklı *jus civile* altında yaşayan toplumlar arasındaki uyumsuzlukların ya savaş ya da barış zamanlarına ilişkin olduğunu ifade eder ve eserinin kapsamını önce savaş sonra

¹⁸⁰ Grotius (n 159) 23-24.

¹⁸¹ Degan (n 93) 28.

¹⁸² Oppenheim (n 158) 82-87.

da barış dönemlerindeki uyuşmazlıkların ele alınması olarak açıklar. Yazar, savaşı, Cicero'dan yararlanarak, “güç kullanmak yoluyla çekişme durumu” olarak tanımlamaktadır.¹⁸³ Birinci kitabın ikinci bölümü, savaş açmanın meşru olduğu herhangi bir durum olup olmadığıyla ilgilenmektedir. Grotius, sırasıyla doğal hukuka, iradi *jus gentium* ve Tanrısal hukuka göre bu soruyu inceler ve savaşın doğada var olduğunu ve doğal hukuka aykırı olmadığı sonucuna varır.¹⁸⁴ Öte yandan, toplumlar arasında zaman zaman savaşa başvurulması dolayısıyla iradeye dayanan uluslararası hukukta da savaşın yeri vardır.¹⁸⁵ Yine, kutsal metinlerden ve teologlardan yaptığı alıntılarla Tanrısal hukukta da savaşın tümüyle yasaklanmadığını ortaya koyar.¹⁸⁶

Birinci kitabın üçüncü bölümünde savaş türleri arasındaki ayrım ve egemenlik kavramı incelenmiştir. Grotius, kamusal savaş, özel savaş ve karma savaş şeklinde üçlü ayrıma yer verir -ki bunlardan ilki, iki egemen yapı arasında yapılan savaşı, ikincisi özel kişiler arasında yapılan savaşı ve sonuncu bir egemenle bir özel kişi arasında yapılan savaşı niteler.¹⁸⁷ Özel hukuk, meşru müdafanın bizatihi kabul edildiği doğal hukuka göre yasak değildir. Yargı yolunun var olduğu durumlarda özel savaş kabul görmese de, böyle bir yol yoksa veya başvurma olacağı ortadan kalkmışsa savaşa başvurmak meşrudur. Yine Tanrısal hukukta da, iradi *jus gentium*da da, özel savaş her durumda yasaklanmamıştır.¹⁸⁸

Kamusal savaşlar ya *jus gentium* bağlamında resmi ya da daha az resmi olan savaşlardır. Grotius, resmi ifadesiyle hukuka uygunluğu kastettiğini ifade eder -ki bunun da iki şartı vardır: Birincisi; savaşan tarafların her ikisi de egemen iradeye sahip olmalıdır ve ikincisi de, savaş belli formalitelere uygun yapılmalıdır. Daha az resmi olan savaşlar ise, ya bu formaliteleri karşılamaz, veya özel kişilere karşı yapılır ya da tam egemen olmayan bir yönetici eliyle başlatılır. Yukarıda da ifade edildiği gibi, egemen güç, davranışları başka kimsenin kontrolünde olmayan güce karşılık gelir.¹⁸⁹

Kendisinden önce gelen Ortaçağ düşünürlerini izleyerek, Grotius da, okuyucuya haklı savaşa dair şartlar sunmaktadır. *De Jure Belli ac Pacis*in ikinci kitabı, haklı savaş konusuna ayrılmıştır. Buna göre, doğal hukuk bağlamında haklı savaşın gerekçeleri üç tanedir: savunma, malların geri kazanılması ve cezalandırma. Barışçıl metodların tükendiği yerde savaş başlar. Kişinin kendisini gelecek ve gelmekte olan bir tehlikeden koruması -tehlike içeren davranışı işleyen kimsenin niyetinden bağımsız olarak- doğal hakkıdır.¹⁹⁰ Bu türden bir savaş, ancak gerçek bir saldırının varlığı

¹⁸³ Grotius (n 159) 33.

¹⁸⁴ Ibid 54-56.

¹⁸⁵ Ibid 57.

¹⁸⁶ Ibid 57 vd.

¹⁸⁷ Ibid 91.

¹⁸⁸ Ibid 92-96.

¹⁸⁹ Ibid 97 vd.

¹⁹⁰ Ibid 172-173.

halinde meşrudur. Ayrıca, saldırının varlığına dair basit bir kanaat yeterli değildir; saldırının yakın ve kesin olması gerekir.¹⁹¹ Grotius, Gentili'nin de savunduğu, komşu bir devletin -ilerde zarar verebileceği düşüncesiyle- gücünü zayıflatmak için yapılan savaşı meşru görmediğini belirtir.¹⁹² Yabancı bir devlet tarafından işgal altında olan bir bölgeyi geri almak adına bir devletin savaş açması da, haklı savaşa dair ikinci gerekçeye örnek olarak verilebilir. Yine geçmişte verilmiş bir zararın onarımı için açılan savaş da bu kategoride kabul edilebilir. Ayrıca, geçmişte bir devletin yanlış davranışlarına yönelik cezalandırma da üçüncü kategoride kabul edilebilir.¹⁹³

Grotius, İkinci Kitap'ın 22 ila 26. Bölümleri arasında, savaşların haklılık veya haksızlığına ilişkin düşüncelerine yer verir. Örneğin, bağımlı bir devlet veya bir kölenin özgürlüğünü kazanması için savaşa başvurması; bir halkı, iradelerine aykırı olarak ve onların yararına olduğunu iddia ederek hakimiyet altına almak için savaşma; ilk başta haklı bir sebebe dayanan bir savaşı kötü niyetle sürdürmeye devam etmek haksız savaş sebeplerine örnek olarak verilebilir. Savaşın haklılığı konusunda şüphenin varlığı halinde ya hiç savaşılmamalı, ya da en az zarar verecek şekilde savaşılmalıdır. Diğer yandan, kendi hakkı için savaşmak gibi, başkasının hakkı için de savaşmak meşrudur. Müttefike yardım etme ve bir tiranın halkına olan zulmünden ve baskısından o halkı kurtarmak için yapılan savaşlar da haklı savaştır.¹⁹⁴ Ortaçağ düşüncesiyle büyük uyumluluk içeren haklı savaş gerekçelerinin dışında, Grotius'un tiranın zulmünü önleme adına savaşa başvurulmasını meşru görmesi fikri, 20. yüzyılın ikinci yarısında "insancıl müdahale" doktrini olarak ortaya çıkmıştır. Buradaki haklı savaş sebebi, meşru müdafaa, kaybedilen malların geri alınması veya uğranılan zarardan dolayı cezalandırma kategorilerine girmez. Dolayısıyla burada söz konusu olan, Grotius'un insancıl kaygılarla bu türden bir müdahaleye cevaz vermesidir.¹⁹⁵

Sonuç

*"Devletler Hukuku veya Uluslararası Hukuk, uygar devletlerin birbirleri arasındaki ilişkilerinde bağlayıcı olan birtakım davranış kuralları ve ilkeleri bütünü olarak tanımlanabilir. Uluslararası hukuk kuralları olarak tanımlanabilecek kurallara hem antik dönemde hem de orta çağ dünyasında rastlanabilir; zira insanların ortak yaşamlarını siyasal topluluklar olarak organize etmeye başlamasından beri, topluluklar arasındaki ilişkilerini düzenlemek için, her ne kadar tam manasıyla gelişmemiş olsalar da, belli başlı kurallar sistemine ihtiyaç duymuşlardır. Ancak hukuk biliminin bir branşı olan ve bizim uluslararası hukuk olarak bildiğimiz sistem kökeni yalnızca onaltı ve onyedinci yüzyıllara dayanan modern bir sistemdir zira kendine has karakterini, Reform ve Rönesans'ın mayasıyla şekillenmiş olan modern Avrupa devletler sisteminden almıştır."*¹⁹⁶

¹⁹¹ Ibid 173-175.

¹⁹² Ibid 184.

¹⁹³ Neff (n 171) 164-165.

¹⁹⁴ Erkiner, Uluslararası Hukuk Düşüncesinde Klasik Öğretinin Kuruluşu (n 157) 55-56.

¹⁹⁵ Neff (n 181) 164.

¹⁹⁶ James L. Brierly, The Law of Nations, (5th Ed, Oxford University Press 1955) 1.

Geçmiş yüzyılın önemli uluslararası hukukçularından biri olan Brierly, *The Law of Nations* adlı eserini yukarıdaki paragrafla başlatır. Uluslararası hukuk, modern devletin varlığından doğan türev bir sistemdir. Post-modern bir dönem ortaya çıkacaksa ve modern devletler bir dönüşüme uğrayacaksa, uluslararası hukukun da bunun neticesinde dönüşüme uğraması kaçınılmazdır. Modern anlamda uluslararası hukuk, devletler arasındaki ilişkileri düzenler.

Modernitenin siyaset bilimi açısından gelişimi iki farklı kaynaktan açıklanabilir: Bunlardan birisi olguları anlatan sosyolojik/tarihi düzlem ve ikincisi ise teorik düzlem. Bu çalışmada teorik açıklamalara yer verilmiştir. Düşünsel açıdan modern devleti anlamakta kullanılacak anahtar kavram egemenliktir. Egemenlik, siyasal iktidarın gücü kullanırken dayandığı meşruiyet ilişkisinin modern yorumuna verilen addır. İktidarın meşruiyeti için Orta Çağ'da dışsal ya da diğer deyişle Tanrısal ilkelere başvuruluyordu. Egemenlik kavramının zaman içindeki gelişimiyle birlikte bütünüyle bir dindışı siyaset anlayışını getirmesi sonucunda yasa ve uygulama tek elde birleşmiş ve bu ortaya çıkan yapı sürekli ve mutlak hale dönüşmüştür.

Bu dönüşümü ilk görenlerden biri Machiavelli'dir. Machiavelli, *Il Principe* adlı eserinde, dışardan bir gözle hükümdarlıkların kuruluşunu ve yıkılışını gözlemler. Yazar, bu eserinde olması gerekenle ilgilenmez. Böylece Orta Çağ siyaset düşüncesinin *a priori* yargılarından da kendini soyutlar. Meşruiyet siyasetle özdeşleştirilir. İktidarın elde kalmasını sağlayan uygulama, bu amaca hizmet ettiği ölçüde meşrudur. Bu bakımdan, ayrıca meşruiyet arayışına ihtiyaç yoktur.

Machiavelli, siyasal iktidarı hükümdarın bünyesinde toplamakla, gücün meşrulaştırılmasında süreklilik unsurunu öngörememiştir. Bu eksikliği ise Bodin giderecek ve yasa ve uygulama arasında yeni bir meşruiyet bağı kuracaktır. Bodin, *Les six livres de la République* adlı eserinde devleti ailelerin ve bunlarda ortak olan şeylerin egemen erk tarafından yönetilmesiyle tanımlamıştır. Egemenlik devletin özünde vardır ve dolayısıyla devlet diğer topluluk biçimlerinden ayrılır. Bodin'e göre egemenlik mutlaktır, başka bir güç tarafından sınırlanamaz; sürekli, devlet hükümdarın bedeninden soyutlanmıştır; birdir, bölünmez ve devredilmez.

Bodin, bir monarşi savunucusu olarak, egemenliği nihai noktada kullandı ve bu kullanıcıyı da Tanrı'dan ayırtmadığı ölçüde, tabii hali de monarşi dışında düşünememiştir. Bu görüş laik devlet düşüncesine bir engeldi. Bu engeli aşma yolunda bir adımı bir teolog olan Suárez atacaktır. Düşünür, *Tractatus de legibus ac Deo legislatore* adlı eserinde, iki aşamalı yetkilendirme düşüncesiyle ortaya çıkar: siyasi iktidar, Tanrı tarafından öncelikle topluma verilmiştir -ki bu ilk yetkilendirme. Toplum bunu kullanma şekline kendisi karar verecektir. İster demokratik yapı devam ettirilir, isterse de bir monarka veya aristokrat yapıya devreder -ki bu da ikinci yetkilendirme. Böylece Yasa ve uygulama arasına halkı yerleştirerek sosyal sözleşme kuramını yetkinleştirir.

Dışsal meşruiyete ihtiyaç duymayan, meşruiyeti kendinden kaynaklanan bu yeni egemen yapıların her biri egemenliklerini içeride ve dışarda çeşitli biçimlerde gösterirler. Ortaya çıkan bu yeni modern devletler sistemi arasındaki ilişkiyi tanımlamak üzere bir kurallar bütününe ihtiyaç vardır. Uluslararası hukuk bu alanı düzenler. Bu hukuk sisteminin özneleri birbirine eşit yapılardır. Bunların üzerinde hiyerarşik bir üst otorite bulunmaz. Böyle bir otorite var olsaydı, Avrupa Kamu Hukuku olarak ortaya çıkan modern devletler hukuku veya uluslararası hukuk da var olmazdı. Modern anlamda uluslararası hukuku düşünebilen üç düşünür, bu alanın bugüne kadar ulaşan temel çerçevesini çizmiştir.

Vitoria, *Relectiones Theologicae*'de Roma Hukuku'ndan gelen ve kapsamı Roma vatandaşları ile yabancılar arasındaki hukuki konuları düzenlemekten ibaret olan *jus gentium* kavramını yeniden yorumlamış ve bugün "kavimler hukuku" olarak adlandırılabilir yeni bir sistem öngörmüştür. Vitoria'da söz konusu olan, modern anlamda devletler hukuku sisteminden de farklı olan, tüm dünya milletleri veya halkları veya kavimleri arasında uygulanabilir kuralların ortaya konulmasıdır. Bunu da özellikle İspanyol keşifleri ve yerlilerle ilişkiler üzerinden düşünür ve düşüncesini özellikle haklı savaş teorisi üzerinden kurgular.

Suárez de *jus gentium* terimini kullanır ancak artık bu kavram pozitif sınırlar içerisine çekilecektir. Düşünür, *De Legibus*'ta *jus gentiumun* diğer disiplinlerden farkını sırasıyla ortaya koyar. Hatta *jus gentiumla* ilgili farklı kullanımları da ayrıma tabi tutar ve *jus gentiumun* farklı toplumların ve milletlerin birbirleriyle ilişkilerinde izlemek zorunda oldukları hukuk disiplini olduğu sonucuna varır. Böylece düşünür tam olarak uluslararası hukuka ulaşabilmiştir. Bu alanın düzenlediği konulara örnek olarak da savaş hukuku, kölelik, barış andlaşmaları ve ateşkesleri sayar. Dahası *jus gentiumu*, rızaya bağlı olması ve dolayısıyla değiştirilebilmesi gibi noktalar üzerinden doğal hukuktan da ayrıştırır.

Vitoria, Suárez ve çalışmada sadece ismen değinilmiş olan Balthazar Ayala ve Alberico Gentili gibi öncül yazarların görüşlerini derlemek ve sistemli bir şekilde açıklamak görevini ise Hollandalı yazar Grotius yerine getirecektir. Üç kitaptan oluşan *De Jure Belli ac Pacis Libri Tres* adlı eserinde, kapsamlı bir uluslararası hukuk eseri olarak hukuk teorisi, haklı savaş, egemenlik gibi konulardan, mülkiyet, sorumluluk hukuku ve savaş hukuku konularına kadar geniş meseleleri ele almıştır. Grotius da artık *jus gentiumu*, egemen modern devletlerin rızalarına dayanan ve bunların aralarındaki ilişkileri düzenleyen kurallar olarak değerlendirmektedir.

Sonuç olarak Orta Çağ'ın devlet benzeri yapıları yerini moderniteyle birlikte egemen devletlere bırakırken, modernite öncesinin kendine özgü hukuk disiplinlerinden biri olan *jus gentium*, modern anlamda devletler arası ilişkileri düzenleyen uluslararası hukuka dönüşecektir.

Uluslararası hukukta, geçmiş dört yüzyılda çeşitli teorik görüşlerin baskınlığına şahitlik edilmiştir. Grotius'tan sonra bir dönem iradeci ve doğal hukukçu görüşlerin harmanlanmasıyla yorumlanan bu disiplin, 1. Dünya Savaşı'na kadar olan yüz yıllık süreçte baskın bir şekilde pozitivist teorinin etkisi altında kalmıştır. İki dünya savaşı arasındaki dönemde yeniden doğal hukukçu görüşlerin teorik düzlemde savunulduğu görülmektedir. 2. Dünya Savaşı'ndan sonra ise kurumsallaşma hızlanmış ve devletlerin iradelerini bireyler lehine sınırlandırmaya yönelik çabalar, özellikle insan hakları ve insancıl hukuk gibi alanlarda ağırlık kazanmıştır.

Uluslararası örgütlerin, uluslararası hukukun kişileri olduğu konusunda uzun süredir tartışma bulunmamaktadır. Bu husus Uluslararası Adalet Divanı kararıyla da teyit edilmiştir.¹⁹⁷ Ancak ilgili kararda da ifade edildiği gibi, bu örgütlerin kişilikleri türev kişiliklerdir. Dolayısıyla devletlerin kendilerini kurucu sözleşmelerinde yetkilendirdikleri alanlar dışında yetki kullanmaları söz konusu olmayacaktır.¹⁹⁸ Diğer yandan bireylerin uluslararası hukukun özneleri haline gelip gelmedikleri konusu, bugün uluslararası hukukta tartışma konusu olan meselelerden biridir. Özel hukuk kişilerinin de yatırım hukuku, uluslararası ceza hukuku veya insan hakları hukuku gibi birtakım alanlarda yer almaya başladıkları görülmektedir ancak bunlar da yine devletin yetkilendirmesine bağlı durumlardır.

Bu çalışmada uluslararası hukukun ortaya çıkışı teorik düzlemde açıklanmıştır. Açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, uluslararası hukuk, ortaya çıkan yeni meşruiyet ilişkisi olan egemenlikle donatılmış modern devletler arasındaki ilişkileri düzenleyen bir hukuk dalıdır ve kendine özgü niteliğini buradan alır. Bu bakımdan bu çalışmanın yazarı tarafından savunulan görüş, henüz modern meşruiyet bağlarının kopmadığı ve moderniteyle ortaya çıkan siyaset ilişkisinin değişmediği sürece gerçek kişilerin doğrudan uluslararası hukukun kurucu özneleri olamayacağı ancak bazı alanlarda devletlerin verdiği yetkiler çerçevesinde uluslararası örgütlere benzer şekilde türev kişilikler olarak yer almaya devam edecekleri şeklindedir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

¹⁹⁷ Bkz Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations (Advisory Opinion) (ICJ Reports 1949).

¹⁹⁸ Örneğin bkz Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict, (Advisory Opinion) (ICJ Reports 1996). Bu davada, Uluslararası Adalet Divanı, Dünya Sağlık Örgütü'nün yapmış olduğu danışma görüşü talebi konusunda yetkisiz olması nedeniyle başvurusunu reddetmiştir.

Bibliyografya/Bibliography

- Ağaoğulları MA ve Köker L, Kral Devlet ya da Ölümlü Tanrı (5. Bası, İmge Kitabevi 2018).
- Ağaoğulları MA, Sokrates'ten Jakobenlere Batı'da Siyasal Düşünceler, (7. Bası, İletişim Yayınları 2016).
- Akad M, Vural Dinçkol B ve Bulut N, Genel Kamu Hukuku (12. Bası, Der Yayınları 2016).
- Akal CB, Devlet Kuramı (4. Bası, Dost Kitabevi Yayınları 2013).
- Akal, CB, İktidarın Üç Yüzü (6. Bası, Dost Kitabevi Yayınları 2013).
- Akal CB, Hukuk Nedir? (1. Bası, Dost Kitabevi Yayınları 2017).
- Akal CB, 'Machiavelli, Makyavelizm ve Meşruiyet Sorunu' iç Cemal Bali Akal (ed), Machiavelli, Makyavelizm ve Modernite, (2. Bası, Dost Kitabevi Yayınları 2014).
- Akal CB, Modern Düşüncenin Doğuşu: İspanyol Altın Çağı, (4. Bası, Dost Kitabevi Yayınları 2010).
- Akal CB, Varolma Direnci ve Özerklik – Bir Hak Kuramı için Spinoza'yla, (1. Bası, Dost Kitabevi Yayınları 2004).
- Albayrak A ve Deveci C, 'Evrensel Hukuk Arayışı ve İnsan Hakları: Vitoria'nın Siyaset Kuramı', (2005) 33 Doğu-Batı (Ortaçağ Aydınlığı) 255-281.
- Barthelemy J, 'François de Vitoria', in Antoine Pilet (ed), Les Fondateurs du Droit International (V. Giard et E. Brière 1904).
- Basdevant J, 'Grotius', in Antoine Pilet (ed), Les Fondateurs du Droit International (V. Giard et E. Brière 1904).
- Bourgoin, SM ve Byers PK, Encyclopedia of World Biography, Volume 16, (2nd edn, Gale Research 1998).
- Bodin J, Les six livres de la République, (Un abrégé du texte de l'édition de Paris de 1583; Édition et présentation de Gérard Mairet) (Librairie Générale Française 1993).
- Brancourt JP, 'Estat'lardan devlete. Bir Sözcüğün Evrimi' iç Cemal Bali Akal (ed), Devlet Kuramı (4. Bası, Dost Kitabevi Yayınları 2013).
- Brett A, 'Francisco De Vitoria (1483–1546) and Francisco Suárez (1548– 1617)' in Bardo Fassbender ve Anne Peters (eds), The Oxford Handbook of the History of International Law (Oxford University Press 2012).
- Brierly JL, The Law of Nations, (5th Ed, Oxford University Press 1955).
- Degan VĐ, Sources of International Law (Martinus Nijhoff Publishers 1997).
- Erkiner HH, 'Grotius Öncesinde İlk Modern Uluslararası Hukuk Düşüncesinin Oluştugu Tarihsel Koşullar ve Erken Klasik Dönemdeki Öğreti' (2012) 18(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi – Hukuk Araştırmaları Dergisi 51-146.
- Erkiner HH, 'Uluslararası Hukuk Düşüncesinde Klasik Öğretinin Kuruluşu: Hugo Grotius ve Post-Grotien Yazarlar Samuel Von Pufendorf, Richard Zouche, Cornelius Van Bynkershoek ve Samuel Rachel'e İlişkin İnceleme ve Değerlendirme' (2012) 18(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi – Hukuk Araştırmaları Dergisi 3-140.
- Erözden O, 'Makyavelizm, Hikmet-i Hükümet ve Modern Devlet' iç Cemal Bali Akal (ed), Machiavelli, Makyavelizm ve Modernite, (2. Bası, Dost Kitabevi Yayınları 2014).
- Göze A, Siyasal Düşünceler ve Yönetimler (12. Bası, Beta Yayınevi 2009).
- Grotius H, 'De Jure Belli ac Pacis Libri Tres - Volume II' in James Brown Scott (ed), The Classics of International Law (The Clarendon Press, 1925).

- Gülenç K, 'Niccolo Machiavelli' iç Ahu Tunçel ve Kurtul Gülenç (edr), Platon'dan Zizek'e Siyaset Felsefesi Tarihi (2. Bası, Doğu Batı Yayınları 2014).
- Kadelbach S, 'Hugo Grotius: On the Conquest of Utopia by Systematic Reasoning' in Stefan Kadelbach ve diğerleri (eds) System, Order, and International Law (Oxford University Press 2017).
- Macaulay TB, 'Machiavelli' in Charles W. Eliot (ed) English Essays from Sir Philip Sidney to Macaulay with Introductions, Notes and Illustrations (PF Collier and Son 1910).
- Machiavelli N, Hükümdar, Necdet Adabağ (Çev) (10. Bası, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları 2006).
- Machiavelli N, The Prince, Luigi Ricci (Eng transl) (Oxford University Press 1921).
- Mairet G, 'Podovalı Marsilius'dan Louis XIV'e Laik Devletin Doğuşu' iç Cemal Bali Akal (ed), Devlet Kuramı (4. Bası, Dost Kitabevi Yayınları 2013).
- Neff SJ, Justice Among Nations - A History of International Law (Harward University Press 2014).
- Nys E, 'Les Publicistes Espagnols du XVI Siecle et les Droits des Indiens', Revue de Droit International et de Législation Comparée (1889) 21(1), 532-560.
- Nys E, 'Introduction', 'De Indis et De Ivre Belli Relectiones by Franciscus de Victoria', James Brown Scott (ed) The Classics of International Law (The Carnegie Institution of Washington 1917).
- Oppenheim L, International Law - A Treatise - Vol I. Peace (Longmans, Green and Co. 1905).
- Poggi G, Devlet: Doğası, Gelişimi ve Geleceği (4. Bası, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2014).
- Rattigan W, 'Hugo Grotius', in John Macdonell and Edward Manson (eds), Great Jurists of the World (Little Brown and Company 1914).
- Saygılı A, 'Jean Bodin'in Egemenlik Anlayışı Çerçevesinde Kralın İki Bedeni Kuramına Kısa Bir Bakış' (2014) 63(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 185-198.
- Scott JB, The Classics of International Law: Selection From Three Works of Francisco Suárez, Vol II, (Oxford University Press 1944).
- Scott JB, The Catholic Conception of International Law, (Georgetown University Press 1934).
- Taşkın A, 'Hugo Grotius' iç Ahu Tunçel ve Kurtul Gülenç (edr), Platon'dan Zizek'e Siyaset Felsefesi Tarihi (2. Bası, Doğu-Batı Yayınları 2014).
- Trelles CB, 'Francisco de Vitoria et l'école moderne du droit international', Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, Tome 17, 1927 (II) (Librairie du Recueil Sirey 1928).
- Serra Ty, 'Théorie du Droit International Public - Cours Général', Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, Tome 173, 1981 (IV), (Martinus Nijhoff Publishers 1992).
- Türkay Kahraman FŞ, 'Hugo Grotius Anlayışının Uluslararası Uyuşmazlıkların Çözüm Yollarına Etkileri' (2009) 25(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 925-947.
- Uzun E ve Uzun E, 'Uluslararası Hukukun Temelleri ve Francisco de Vitoria', (2009) 5(18) Uluslararası Hukuk ve Politika 39-60.
- Vanderpol A, La Doctrine Scolastique du Droit de Guerre (Pedone 1919).
- Vitoria Fde, De Indis; John Pawley Bate, 'The First Relectio of the Reverend Father, Brother Franciscus de Victoria on the Indians Lately Discovered' in James Brown Scott (ed), The Spanish Origin of International Law, Francisco de Vitoria and his Law of Nations (The Lawbook Exchange Ltd. 2000), Appendix A.

- Vitoria Fde, 'De Jure Belli', John Pawley Bate, 'The Second Relectio of the Reverend Father, Brother Franciscus de Victoria on the Indians, or on the Law of War Made by The Spaniards on the Barbarians' in James Brown Scott (ed), *The Spanish Origin of International Law, Francisco de Vitoria and his Law of Nations* (The Lawbook Exchange Ltd. 2000), Appendix B.
- Vitoria Fde, 'De Potestate Civili' Gwladys L. Williams, 'Relectio of the Reverend Father, Brother Franciscus de Victoria Concerning Civil Power' in James Brown Scott (ed), *The Spanish Origin of International Law, Francisco de Vitoria and his Law of Nations* (The Lawbook Exchange Ltd. 2000), Appendix C.
- Vitoria Fde, 'De Potestate Ecclesiae', Gwladys L. Williams, 'Relectio of the Reverend Father, Brother Franciscus de Victoria Concerning The Power of The Church' in James Brown Scott (ed), *The Spanish Origin of International Law, Francisco de Vitoria and his Law of Nations* (The Lawbook Exchange Ltd. 2000), Appendix D.
- Vitoria Fde, 'De Jure Gentium et Naturali'; Francis Crane Macken, 'De Jure Gentium et Naturali on St. Thomas Aquinas Summa Theologica, Secunda Secundae, Question 57, Article 3.' in James Brown Scott (ed), *The Spanish Origin of International Law, Francisco de Vitoria and his Law of Nations* (The Lawbook Exchange Ltd. 2000), Appendix E.
- Vitoria Fde, 'De Bello', Gwladys L. Williams, 'De Bello on St. Thomas Aquinas Summa Theologica, Secunda Secundae, Question 40.' in James Brown Scott (ed), *The Spanish Origin of International Law, Francisco de Vitoria and his Law of Nations* (The Lawbook Exchange Ltd. 2000), Appendix F.
- Yılmaz L, 'Machiavelli Galiba Büyük Bir Şaka' iç Cemal Bali Akal (ed), *Machiavelli, Makyavelizm ve Modernite*, (2. Bası, Dost Kitabevi Yayınları 2014).

YAYIN KURALLARI / PUBLICATION PRINCIPLES

1. İstanbul Hukuk Mecmuası, ESCI ve ULAKBİM tarafından taranan “Hakemli Dergi” statüsünde yılda dört sayı (Mart, Haziran, Eylül, Aralık) olarak yayımlanır.
Istanbul Law Review is a peer reviewed Journal that is published four times a year (in March, June, September and December) and indexed by ESCI and ULAKBİM.
2. Mecmua’ya gönderilen yazılar, başka bir yerde yayımlanmamış ve yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Bu hususta yazarlardan ayrıca taahhütname talep edilecektir.
The articles sent to be published in our journal should not be published elsewhere, nor be submitted to other journals simultaneously even with the purpose of evaluation. In this purpose, the authors shall also be required to sign a letter of undertaking.
3. Editörler Kurulu tarafından ilk değerlendirilmesi yapılan ve işbu yayının ilkelerine uygun olmadığı saptanan yazılar, hakeme gönderilmeden önce, buradaki kurallar doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir. Yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, incelenen konu bakımından gerekli olan yerli ve yabancı kaynakların tüketilmemiş olması, bilimsel ölçütlere ve akademik etik prensiplere uyulmaması, makale konusunun teori ve/veya uygulama açısından güncel bir değerinin/öneminin bulunmaması, yazının Editörler Kurulu tarafından reddi için yeterlidir.
Articles that are considered as unsuitable with the publication principles by the Editorial Board are sent back to the author without review. It is sufficient for the article to be rejected by the Editorial Board if the spelling errors are extraordinary, the domestic and foreign resources required for the subject being examined are not utilized, the scientific criteria academic ethical principles are not complied with, the article subject does not have an up-to-date significance in terms of theory and-or practice.
4. Yazı, hakemlere gönderilmeden önce özel bilgisayar programları yardımı ile intihal incelemesine tabi tutulur. İlgili yazılım raporunun editöryel incelemesi kapsamında, dijital benzerlik oranının % 20’nin üzerinde çıkması, yazının reddi için yeterlidir.
Before the article is sent to the referees, it is subjected to plagiarism examination with the help of special computer programs. If the digital similarity rate is above 20%, it is sufficient for the rejection of the article within the scope of the editorial review of the related software report.
5. Mecmua’da yayımlanacak makalenin, en üstün akademik standartlara uygun şekilde kaleme alınmış olması esastır. Bu çerçevede yazarlardan/yazılardan doktora/doçentlik tezi seviyesinde bir entelektüel çaba ve katkı beklenir.
The article to be published in the journal must be written following the highest academic standards. In this context, intellectual background and effort at the level of doctoral or associate professorship thesis are expected from the authors.

6. İlk değerlendirmede uygun bulunan yazılar, yazar adları metinden çıkarılarak hakemlere gönderilir. Yazarlara yazının hangi hakemlere gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakemlerden gelen raporlar doğrultusunda yazının yayımlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir. Hakem aşamasının asgari ve/veya azami bir süresi yoktur. Bu konunun takibi, münhasıran Editörler Kurulu'na ait bir görev ve yetki olup, yazı sahiplerinin doğrudan veya dolaylı şekilde bu aşamaya müdahale etmeleri etik ihlal sayılır.

Papers that are approved by the Editorial Board are submitted to reviewers in line with blind peer review principle. Authors are not informed about the identity of the referees. According to the assessments of the referees, the paper may be approved for publication, required to resubmission with amendments or rejected on the basis of inadequate quality. The referee phase does not have a minimum or maximum duration. The follow-up of this issue is a duty and authority exclusively belonging to the Editorial Board.

7. Hakem raporlarının sonucunda yazının/eserin nihai olarak yayımlanıp yayımlanmayacağı ve yayımlanacaksa yazının Mecmua'nın hangi sayısında yer alacağı hususunda nihai takdir yetkisi ve sorumluluğu, Editörler Kurulu'na aittir. Tek bir olumsuz hakem raporunun varlığı, makalenin yayımlanmaması için yeterlidir.

As a result of the referee reports, the final discretion and responsibility regarding whether the article will be finally published and if it will be published, in which issue of the Journal, the editorial board is responsible. The existence of a single rejection-negative referee report is sufficient to prevent the article from being published.

8. Hakem aşamasının tamamlanmış olması, yazarlara makalenin yayımlanacağını gösterir özel/resmi bir belge talep etme yetkisi vermez. Yazarlar, bu konunun bilincinde ve sorumluluğunda olarak makalelerinin Mecmua'da yayımlanması ve hakem incelemesine tâbi tutulması başvurusunda bulunmaktadır.

The completion of the referee stage does not give authors the authority to request a private or official document indicating that the article will be published. The authors, with the awareness and responsibility of this issue, apply for their articles to be published in Istanbul Law Review and to be subjected to peer review.

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

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

10. Mecmua'nın yazı dili Türkçe ve İngilizcedir. Makalelerde 250 kelimedenden oluşan Türkçe öz ve İngilizce abstract bölümlerine yer verilmeli ve en az 5 en çok 15 anahtar kelimenin de Türkçe ve İngilizce olarak yazıya eklenmesi gerekmektedir. Özetleri takiben Türkçe ve İngilizce dilindeki tüm makaleler için ayrıca 600-800 kelimelik İngilizce genişletilmiş özet yer almalıdır. Yayın başvurusuna konu edilen makalenin -dipnotlar dâhil olmak üzere- en fazla 20.000 kelimedenden oluşması gerekir. Asgari bir kelime sınırı yoktur.

The Review accepts and publishes articles written in Turkish and English. The articles must include Turkish and English abstracts consisting of at least 250 and at most 300 words and at least five and at most fifteen keywords must be added to the paper in Turkish and English languages. Following the abstracts, there must also be an extended summary of 600-800 words for all the articles both in English and Turkish. The article subject to the publication application must contain a maximum of 20,000 words, including footnotes. There is no minimum word limit.

11. Makale metni, Times New Roman yazı tipinde, 1,5 satır aralığı ve 12 punto, dipnotları ise, tek satır aralığı ve 10 punto olarak hazırlanmalıdır. Dipnotları sayfa altında gösterilir. Atıflar OSCOLA atıf sistemi esas alınarak yapılmalıdır. Aksi takdirde makale hakem ataması yapılmaksızın yazara düzeltmeleri yapması için geri gönderilir. Türkçe makalelerdeki kısaltmalar ve diğer hususların ilan edilen yazım kuralları uyarınca yapılması gerekmektedir. Söz konusu atıf kurallarına <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ihm> adresi üzerinden ulaşılabilir.

The main text and footnotes must be written in Times New Roman. Font size for the main text should be 12 with 1,5 line spacing while footnotes are written in font size 10 with 1 line spacing. Footnotes are to be shown at the bottom of the page. Citations must be made based on the OSCOLA citation system. Otherwise, the article is sent back to the author to make corrections without a referee assignment. Abbreviations and other issues in Turkish articles must be made following the announced spelling rules. The mentioned citation rules can be accessed at <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ihm>.

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

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

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

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

14. Fakülte tarafından yayımlanan nüshalarla sınırlı kalmak üzere; yayına kabul edilen makalenin Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ve ilgili mevzuat çerçevesinde çoğaltma, yayma, umuma iletim, işleme ve çeviri konusundaki mali hakları, basılı, görsel, işitsel, sayısal/dijital vb. ortamlarda yurt içinde ve yurt dışında kullanılmak üzere Fakülte'ye devredilmiştir. Telif ücreti ödenmeyeceği yazarlar tarafından kabul edilmiştir.

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

15. Mecmua'da, makalelerin yanı sıra çeviri de yayımlanabilir. Bu nitelikteki yazılar Editörler Kurulu tarafından kabul edilebilir veya geri çevrilebilir. Çeviri metni ile birlikte asıl metin ve hak sahiplerinin (asıl eser sahibi ve yayınevinin) muvafakati de iletilmelidir. Çeviriler de hakem değerlendirilmesine tâbi tutulur.

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

16. İstanbul Hukuk Mecmuası'nda yayımlanması istenen yazıların ihfdergiler@istanbul.edu.tr e-posta adresine Microsoft Word yazılımı formatında (*.doc, *.docx) ve işbu yayın kurallarına uygun şekilde gönderilmesi gerekmektedir.

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

17. Bir başvurucunun aynı yayın yılı içerisinde (4 sayılık süreçte) sadece bir makalesi hakem incelemesine konu edilebilir.

Only one article of an applicant in the same publication year (4 issues) could be subject to peer review.

18. Editörler Kurulu, derginin bir sayısında yer alacak makaleleri, Özel Hukuk – Kamu Hukuku dengesini koruma amacı, makalenin Mecmua'ya gönderilme ve hakem aşamasının tamamlanma tarihleri, makale konusun güncelliği, yazarların İstanbul Üniversitesi mensubu olup olmaması noktasındaki oransal denge gibi kriterleri gözeterek belirler.

The Editorial Board determines the articles to be included in one issue of the journal by considering criteria such as the purpose of maintaining the balance of Private Law-Public Law, the date of submission of the article to the Journal, the date of completion of the referee stage, the timeliness of the article subject, and the proportional balance on whether the authors are members of Istanbul University.

19. Editörler Kurulu, tüm sayıların mümkün olduğunca eşit sayıda makale ile çıkması noktasında azami gayreti gösterir. Bir sayının çıkma tarihi itibarıyla, mizanpaj aşaması da dahil olmak üzere, yayım için gerekli tüm aşamaları tamamlamış olan bir makale, makale sayısı itibarıyla ilgili sayıda yayımlanamaz ise, ancak bu şartla, ilgili sayıdan belli bir süre sonra Online-First adı verilen sistem çerçevesinde bir sonraki sayı çıkmadan önce dijital olarak yayımlanır.

The Editorial Board makes the utmost effort to publish all issues with the same number of articles as possible. An article that has completed all the necessary steps for publication, including the layout stage, as of the date of publication of an issue, could not be published in the relevant issue in terms of the number of articles, however, after a certain period after the relevant issue, within the framework of the system called Online-First it is published digitally before the issue is released.