

ISSN: 2146-1082

e-ISSN: 2667-5714



İNÖNÜ ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
İNÜHFD

Inonu University Law Review
InULR

Cilt: 13 – Sayı: 2
Temmuz – Aralık 2022

Vol: 13 – No: 2
July – December 2022



2010 Yılından itibaren TÜBİTAK - ULAKBİM tarafından taranan dergiler arasındadır.

2010 Yılından itibaren HEINONLINE tarafından taranan dergiler arasındadır.

2010 yılından itibaren EBSCOhost tarafından taranan dergiler arasındadır.

2018 yılından geçerli olmak üzere INDEX COPERNICUS tarafından taranan dergiler arasındadır.

2017 yılından geçerli olmak üzere INDEX TO FOREIGN LEGAL PERIODICALS tarafından indekslenmeye başlanmıştır.

2019 yılından geçerli olmak üzere DOAJ tarafından indekslenmeye başlanmıştır.

2010 yılından itibaren Cardiff Index to Legal Abbreviations tarafından taranan dergiler arasındadır.

2010 yılından geçerli olmak üzere ERIHPLUS tarafından indekslenmeye başlanmıştır.

2010 yılından geçerli olmak üzere WorldCat tarafından indekslenmeye başlanmıştır.

2010 yılından geçerli olmak üzere ile Scilit tarafından indekslenmeye başlanmıştır.

2010 yılından geçerli olmak üzere ile Google Scholar tarafından indekslenmeye başlanmıştır.

2010 yılından geçerli olmak üzere EuroPub tarafından indekslenmeye başlanmıştır.

2010 yılından itibaren Directory of Research Journals Indexing tarafından taranan dergiler arasındadır.

2010 yılından geçerli olmak üzere Crossref tarafından indekslenmeye başlanmıştır.

2010 yılından geçerli olmak üzere Sobiad tarafından indekslenmeye başlanmıştır.

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (İnÜHFD)

Tüm hakları saklıdır. İnÜHFD hakemli uluslararası bir dergidir. İnÜHFD'nin tamamı veya bu dergide yer alan bilimsel çalışmaların bir kısmı ya da tamamı 5846 sayılı yasanın hükümlerine göre İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığının yazılı izni olmaksızın elektronik, mekanik, fotokopi ve benzeri herhangi bir kayıt sistemiyle kopyalanamaz, çoğaltılamaz, yayımlanamaz. Dergide ileri sürülen görüşler yazarlara aittir, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni, Yayın Kurulu'nu veya Danışma Kurulu'nu bağlamaz.

Inonu University Law Review (InULR)

All rights reserved. InULR is a refereed international journal. No parts of the Inonu University Law Review reproduced, stored in a retrieval system or transmitted in any form or by any means electronic, mechanical, photocopying, recording and otherwise without the prior written permission of the Inonu University Faculty of Law. The views expressed in the Review are those of the individual authors and are not be taken as representing the views of the Inonu University Faculty of Law, the Boards of Editors and the Boards of Advisors

Basım/Yayın Yeri: İnönü Üniversitesi

İLETİŞİM ADRESİ:

İnönü Üniversitesi, Elazığ Yolu 15. km, 44280-Malatya-Türkiye

Tel: +90 422 377 46 80

Fax : +90 422 377 46 81

www.inonu.edu.tr/hukukdergi - <http://dergipark.gov.tr/inuhfd>

e-posta : hukukdergi@inonu.edu.tr

Sahibi - Owner

Prof. Dr. Ahmet KIZILAY

Baş Editör – Editor-in-Chief

Prof. Dr. Tamer BUDAK

Alanya Alaaddin Keykubat Üniversitesi

Editörler-Editors

Dr. Öğr. Üyesi Adem YELMEN

Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Aslıhan KAYIK AYDINALP

İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Kürşat AKÇA

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Murat Buğra TAHTALI

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Serdar DEMİRCİ

Çankırı Karatekin Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Elif ÇELİK

Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Burcu ERDİNÇ TAVİL

Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yabancı Dil Editörleri – Foreign Language Editors

Dr. Öğr. Üyesi Esra YILDIZ ÜSTÜN

Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Fatih ÖZTÜRK

İnönü Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Dr. Öğr. Üyesi Nurten İNCE AKMAN

Marmara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Sibel AKŞAHİN POLAT

Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Editör Yardımcılar- Co-Editors

Arş. Grv. Burak BİLGE

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Grv. Rümeyza SAVRAN

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Grv. Yunus YAVUZ

İnönü Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesi

Mizanpaj Editör - Layout-Editors

Arş. Grv. Selin HIŞIM

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Grv. Şeyma SAĞDIÇ GÜVEN

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Uzman Erol ŞAHİNGİL

İnönü Üniversitesi

Genel Yayın Kurulu - General Editors

Prof. Dr. Michael N. Schmitt

School of Law, University of Exeter, United Kingdom

Prof. Dr. Alan C. Neal

School of Law, University of Warwick, United Kingdom

Prof. Dr. Neil Boister

School of Law University of Canterbury, New Zealand

Prof. Dr. Thom Brooks

School of Law, Durham University, United Kingdom

Prof. Dr. Kathleen Elizabeth Mahoney

Faculty of Law, University of Calgary, Canada

Prof. Dr. Hakan Karan

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Jeffrey A. Van Detta

Atlanta's John Marshall Law School, USA

Prof. Dr. Jason Chuah

School of Law, City University London, United Kingdom

Prof. Dr. Jean Allain

School of Law, Queen's University, Belfast, United Kingdom.

Prof. Dr. Haluk Emiroğlu

Ankara Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Zheng Sophia Tang

School of Law, Newcastle University, United Kingdom.

Prof. Dr. Maurizio Borghi

School of Law, Bournemouth University, United Kingdom.

Prof. Dr. Tomoya Obokata

School of Law, Keele University, United Kingdom.

Prof. Dr. Petra Butler

Faculty of Law, Victoria University of Wellington, New Zealand

Doç. Dr. Hayri Keser

Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Danışma Kurulu / Advisory Board

Prof. Dr. Arslan KAYA	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Aydın GÜLAN	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ayşe HAVUTÇU	Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bilge ÖZTAN	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Devrim GÜNGÖR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Erol ULUSOY	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi.
Prof. Dr. Fatih UŞAN	Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Fırat ÖZTAN	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İsmail KIRCA	TOBB ETÜ Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. K. Emre GÖKYAYLA	Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet DEMİR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mertol CAN	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mustafa FADIL YILDIRIM	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Muharrem ÖZEN	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Müslüm AKINCI	Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Oguz Kürşat ÜNAL	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Süha TANRIVER	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Şahin AKINCI	İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Talat CANPOLAT	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Vahit DOĞAN	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Vedat BUZ	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yener ÜNVER	Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Zarife ŞENOCAK	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Oğuz S. AYDOS	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İpek SAĞLAM	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Murat TOPUZ	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Serkan AYAN	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Metin Ceylan	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Adem YELMEN	Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi İbrahim DURHAN	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Murat Buğra TAHTALI	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Elif ÇELİK	Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Ashıhan KAYIK AYDINALP	İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Serdar DEMİRCİ	Çankırı Karatekin Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Kürşat AKÇA	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Burcu ERDİNÇ TAVİL	Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İNÖNÜ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ - İNÜHFD YAYIM İLKELERİ

1. Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Dergide yayımlanan makaleler, Dekanlığın izni olmadan başka bir yerde yayımlanamaz.
2. Dergiye gönderilen yazıların, ilgili sayının yayımlanacağı ayın (Haziran- Aralık) ilk gününden en geç bir ay öncesine kadar aşağıda gösterilen iletişim adresine teslim edilmesi gerekir. Bu tarihten sonra gönderilen yazılar bir sonraki sayı için değerlendirilecektir.
3. Yayın Kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayım ilkelerine uygun olarak düzenlenmemiş olduğu tespit edilen yazılar, hakeme gönderilmeden önce, yayın ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir.
4. Yayın Kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayım ilkelerine uygun olan yazılar hakeme gönderilir, hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, yazardan rapor çerçevesince düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilir ve yazar en kısa sürede durumdan haberdar edilir.
5. Yayın Kurulu, ilgili sayıda yayımlanacak makale yoğunluğunu dikkate alarak, hakem incelemesinden olumlu rapor almış, kırk sayfadan uzun makaleleri derginin daha sonraki sayılarında yayımlama hakkını saklı tutar.
6. Yazıların Türkçe ve İngilizce özetinin yanı sıra, başlık ve anahtar kelimeleri de yine Türkçe ve İngilizce olarak gönderilmelidir.
7. Yazarlar unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve varsa e-mail adreslerini bildirmelidirler.
8. Yazılar bilgisayarda times (times new roman), ana metin 12 punto, dipnotu 10 punto, kaynakça 10 punto, yazı aralığı 1.5 aralık şeklinde hazırlanıp, DergiPark sistemi üzerinde yer alan (<http://dergipark.gov.tr/journal/1237/submission/start>) adresine gerekli formlar ile birlikte göndermeleri gereklidir. Ayrıca, dipnotların sayfa altında gösterilmesi derginin bütünlüğü açısından uygun olacaktır.
9. Yazının başlığı, siyah ve tümü büyük harf karakterinde olmalıdır. Başlığın hemen altında sayfa sağına yanaştırılmış olarak yazar adı belirtilmeli ve soyadın sonuna bir yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta ise, yazarın üniversitesi veya bağlı olduğu kurum ile unvanı belirtilmelidir.
Örn.: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
10. Metin içerisindeki kısaltmalarda, kısaltılacak isim veya başlık metinde ilk defa kullanıldığında kısaltılmadan ve parantez içinde kısaltması belirtilerek kullanılmalı veya kısaltılmış isim ya da başlık karşılıkları ile kısaltmalar cetvelinde gösterilmeli; dipnotlarda kullanılan kısaltmalara ise, sadece kısaltmalar cetvelinde yer verilmelidir.
11. Metin içerisinde kullanılan yabancı kelimeler italik olarak belirtilmelidir.
12. Yargıtay kararlarına yapılacak atıflar, aşağıdaki şekilde düzenlenmelidir:
Yarg. 11. HD, 17.10.2010, E. 2001, K. 9990.
13. Dipnotlarda, yazarın soyadı italik ve küçük harfle, ilk adı sadece baş harfi ile gösterilmeli; eser adı düz harfle yazılmalı; aynı yazara ait birden fazla esere yollamada bulunulması halinde kullanılan kısaltmalar kaynakçada gösterilmelidir. Eserlere yapılan ilk atıflar, yazarın soyadı, adının ilk harfi.; kitabın adı, yayın yeri ve tarihi, sayfa sayısı şeklinde yazılmalı; aynı esere yapılan sonraki atıflarda, yazarın soyadı, gerekliyse kitabın kısaltılmış adı ve sayfa numarası belirtilmelidir. Yabancı yayımlara yapılan atıflarda da aynı usul izlenmeli ve kullanılan kısaltmalar, kısaltmalar cetvelinde gösterilmelidir.
14. Yazar tarafından eklendiği takdirde kaynakça, eserlere yapılan ilk atıflara uygun olarak düzenlenmeli, ancak yazarın ad ve soyadı kalın ve küçük harfle belirtilmeli; süreli yayınlarda yer alan eserlerin ise ilk sayfa numaraları kaynakçada gösterilmelidir. Bir yazarın birden çok eserine atıf yapılması halinde, eserlerin anılışları kaynakçada gösterilmelidir.
15. Telif ücreti ödenmeyeceğini yazar kabul etmiştir.

PUBLICATION RULES OF INONU UNIVERSITY LAW REVIEW - InULR

1. Submissions should be accompanied by an assurance that the article has not been published, submitted, or accepted elsewhere previously. Articles cannot be published elsewhere without the permission of the Dean's Office.
2. All articles should be submitted 20 days prior to the first day of the month which the new issue is publishes (December - June). The articles sent after declared time will be considered for the next issue.
3. After the article is received, the editorial board will decide whether or not to send it back to the author to make necessary changes in accordance with the Journal's publication rules before the review procedure.
4. Submissions which are considered appropriate by the editorial board will be sent out for review. On the basis of the review reports, the author may be invited to revise and resubmit the article on the basis of the comments made by reviewers.
5. The articles, which pass review procedure and are more than 40 pages, may be publish in the next issue by the Editorial Board due to the workload.
6. Each article should include a summary, title and key words which are written in Turkish and English.
7. Each author must provide their educational profile such as their degrees, related intuition, contact information and e-mail address.
8. Citations should conform to APA style or Oxford Referencing Style (parenthesis or footnote).
9. The article should be written with 1.5 spaced and font type Times New Roman, font size 12 for main text, font size 10 for footnotes. The articles may also be sent to the editorial board via (<http://dergipark.gov.tr/journal/1237/submission/start>). The footnotes in the article should be given at the bottom of the page.
10. The title of the article should be capitalized and hyperlinked. Name of the author must be shown at the right bottom of the title with a footnote, which should state the university or the intuition of the author.

Example: Inonu University, School of Law

11. All the abbreviations in the text should be spelt out on first use with the abbreviation given immediately following in parentheses or the abbreviations should be shown on abbreviation list. The abbreviations which are used in footnotes must be shown only on abbreviation list.
12. All foreign words in the text must be written in italic font.
13. Turkish Supreme Court cases must be cited as follow:

Yarg. 11. HD, 17.10.2010, E. 2001, K. 9990.
14. Each author accepted that no royalty will be paid.

İÇİNDEKİLER/ CONTENTS

MAKALELER / ARTICLES

- ULUSLARARASI HUKUKTA KAVRAMLAR ARACILIĞI İLE OLGUDA MANİPÜLASYON**
MANIPULATION OF PHENOMENON THROUGH THE NOTIONS IN INTERNATIONAL LAW
Neyire AKPINARLI 255-271
- TÜRK HUKUKUNDA CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİNE İLİŞKİN SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ**
PROBLEMS REGARDING PRESIDENTIAL DECREES IN TURKISH LAW AND SUGGESTIONS FOR SOLUTIONS
Hayri KESER 272-289
- GÜNCEL İÇTİHAHLAR IŞIĞINDA ULUSLARARASI TAHKİM KARARLARININ DEVLET BANKALARI ALEYHİNE CEBRİ İCRASINDA BAĞIŞIKLIK SAVUNMASI**
EXECUTION OF INTERNATIONAL ARBITRATION AWARDS AGAINST STATE BANK ACCOUNTS AND STATE IMMUNITY DEFENSE IN THE LIGHT OF RECENT CASE LAW
Serhat ESKİYÖRÜK 290-305
- İVAZLI ALACAĞIN DEVRİNDE SÖZLEŞMEDEN DÖNME VE BUNA BAĞLI SONUÇLARIN TÜRK HUKUKU VE İSVİÇRE BORÇLAR KANUNU GENEL TASARISI ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ**
RECISSION OF A CONTRACT AT ONEROUS ASSIGNMENT OF CLAIM AND REVIEW OF THE CONSEQUENCES IN THE FRAMEWORK OF TURKISH LAW AND GENERAL DRAFT OF SWISS CODE OF OBLIGATIONS
Güray TÜRKER 306-322
- İŞ GÖRME BORCU DOĞURAN SÖZLEŞMELERDE TARAFLARDAN BİRİNİN ÖLÜMÜNÜN ASLİ EDİM YÜKÜMLÜLÜKLERİNİN İFASINA ETKİSİ**
THE EFFECT OF THE DEATH OF ONE OF THE PARTIES ON THE EXECUTION OF PRIMARY OBLIGATIONS IN CONTRACTS FOR SERVICES
Pelin ÇAVDAR - Sema AYDIN 323-339
- 4857 SAYILI İŞ KANUNU KAPSAMINDAKİ İŞÇİNİN İŞ İLİŞKİSİ DEVAM EDERKEN REKABET ETMEME BORCU**
THE NON-COMPETE OBLIGATION DURING THE EMPLOYMENT RELATIONSHIP UNDER THE LABOR CODE NUMBERED 4857
Artür KARADEMİR 340-355
- ALMAN HUKUKUNA GÖRE KASTEN İŞLENEN HAKSIZ FİLDEN KAYNAKLI ALACAK NEDENİYLE İCRA TAKİBİNDE İŞÇİ ÜCRETİNİN HACZEDİLEMEZ KISMININ MAHKEME TARAFINDAN BELİRLENMESİ**
DETERMINATION OF THE LIABLE PART OF THE WORKER'S WAGES BY THE COURT IN THE ENFORCEMENT BE PURSUED FOR A CLAIM ARISING FROM INTENTIONALLY COMMITTED TORT ACCORDING TO GERMAN LAW
Osman DURAN 356-366
- ÖMÜR BOYU GELİR SÖZLEŞMESİ**
LIFETIME INCOME AGREEMENT
Turan ŞAHİN 367-375
- ANAYASA MAHKEMESİ'NİN İŞ İLİŞKİSİNDE İŞVERENİN EŞİT DAVRANMA BORCUNA İLİŞKİN KARARI VE DÜŞÜNDÜRDÜKLERİ (2016/5824 NO.LU 28/12/2021 TARİHLİ BURCU REİS BAŞVURUSU)**
CONSTITUTIONAL COURT DECISION AND ITS THOUGHTS REGARDING EQUAL TREATMENT OF THE EMPLOYER IN EMPLOYMENT RELATIONSHIP (BURCU REIS APPLICATION NUMBERED. 2016/5824 DATED 28/12/2021)
Dilek DULAY YANGİN- Hatice Duygu ÖZER 376-389
- MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA LIBEL TOURISM**
LIBEL TOURISM IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW
Esra TEKİN 390-404

YAPAY ZEKÂNIN MAHKEME KARARLARINDA KULLANIMINA ULUSLARARASI BİR BAKIŞ VE ROBOT HÂKİMLER HAKKINDA DÜŞÜNCELER <i>AN INTERNATIONAL LOOK ON THE USE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN COURT DECISIONS AND OPINIONS ABOUT ROBOT JUDGES</i> Hikmet BİLGİN	405-419
KLASİK DÖNEM OSMANLI HUKUKUNDA HAYVAN SAHİBİNİN SORUMLULUĞU <i>THE LIABILITY OF THE ANIMAL OWNER IN THE CLASSICAL AGE OF OTTOMAN LAW</i> Melikşah AYDIN	420-432
7099 SAYILI KANUN İLE TTK M. 585 HÜKMÜNDE YAPILAN DEĞİŞİKLİĞİN ORTAKLARIN KÂR PAYI HAKKINA VE ALACAKLILARIN KORUNMASINA ETKİSİ <i>THE EFFECT OF THE AMENDMENT TO THE TCC ARTICLE 585 MADE BY LAW NUMBER 7099 ON THE DIVIDEND RIGHT OF THE PARTNERS AND THE CREDITOR PROTECTION</i> Aybüke DEMİR YEŞİLBAĞ	433-446
BORÇLUNUN TEMERRÜDÜNDE AYNEN İFA KAVRAMININ EDİM ÖZELLİKLERİ YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ <i>ASSESSMENT OF SPECIFIC PERFORMANCE CONCEPT IN TERMS OF EXECUTION PROPERTIES FOR THE DEBTOR'S DEFAULT</i> Derya ATEŞ	447-461
HUKUKİ ÇOĞULLUK OLGUSUNUN HUKUK DEVLETİ İLKESİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ <i>THE EXAMINATION OF THE LEGAL PLURALISM IN TERMS OF THE PRINCIPLE OF RULE OF LAW</i> Ezgi ARSLAN	462-475
KİŞİSEL VERİLERİN HUKUKA AYKIRI İŞLENMESİNDEN DOĞAN ZARARLARIN TAZMİNİ VE GÖREVLİ MAHKEME <i>COMPENSATION FOR DAMAGES ARISING FROM THE UNLAWFUL PROCESSING OF PERSONAL DATA AND THE AUTHORIZED COURT</i> Emel BADUR Nesibe- KURT KONCA	476-490
HYPERLINK "https://dergipark.org.tr/tr/pub/inuhfd/issue/71136/1117986" TÜRK MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKUNDA DEVLETİN MİRASÇILIĞI <i>THE ESCHEAT IN TURKISH PRIVATE INTERNATIONAL LAW</i> Hümeyra Zeynep NALÇACIOĞLU ERDEN	491-505
AİLE HUKUKUNDAN DOĞAN YÜKÜMLÜLÜKLERİN ÖNEMLİ ÖLÇÜDE YERİNE GETİRİLMEMESİ NEDENİYLE MİRASÇILIKTAN ÇIKARMA <i>EXHEREDATION DUE TO SIGNIFICANT VIOLATION OF OBLIGATIONS ARISING FROM FAMILY LAW</i> Ayşenur ŞAHİN CANER	506-518
İTİRAZIN İPTALİ DAVASININ TÜRK MİLLETLERARASI USUL HUKUKU YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ <i>EVALUATION ON ANNULMENT OF OBJECTION SUIT IN TERMS OF TURKISH INTERNATIONAL PROCEDURE LAW</i> Sinan Can KONYALI	519-533
ACENTENİN DENKLEŞTİRME İSTEMİ HAKKINDAKİ YARGI KARARLARINA İLİŞKİN BAZI DEĞERLENDİRMELER <i>EVALUATIONS ON THE JUDGMENTS REGARDING THE INDEMNITY RIGHT OF SELF-EMPLOYED COMMERCIAL AGENT</i> Burçak YILDIZ	534-548
JOHN LOCKE'UN SİYASET FELSEFESİ ANLAYIŞINDA DİRENME HAKKI <i>THE RIGHT TO RESIST IN JOHN LOCKE'S UNDERSTANDING OF POLITICAL PHILOSOPHY</i> Derya ORMANOĞLU- Furkan ÇİRKİN	549-562
YENİ BİR MESLEK GRUBU: E-SPOR OYUNCULARI VE ÇALIŞMA HAKLARI <i>A NEW OCCUPATIONAL GROUP: E-SPORTS WORKERS AND EMPLOYEE RIGHTS</i> Emre ÜNAL- Namık HÜSEYİNLİ	563-578

OTOBİYOGRAFİ / AUTOBIOGRAPHY

PROF. DR. METİN GÜNDAY Metin GÜNDAY	579-585
---	---------

ULUSLARARASI HUKUKTA KAVRAMLAR ARACILIĞI İLE OLGUDA MANİPÜLASYON

MANIPULATION OF PHENOMENON THROUGH THE NOTIONS IN INTERNATIONAL LAW

Neyire AKPINARLI*  

Makale Bilgi

Gönderi: 11/09/2020
Kabul : 07/04/2022

Anahtar Kelimeler

*Başarısız Devlet,
Yaptırım,
Ulusal Azınlık,
Kavram ve Olgu
Uyumsuzluğu,
Uluslararası Hukukta
Güç Olgusunun
Görünümü.*

Article Info

Received: 11/09/2020
Accepted: 07/04/2022

Keywords

*Failed State,
Sanction,
Minority,
Incompatibility
Between Notion and
Phenomena,
The Appearance of
the Phenomenon of
Power in
International Law.*

Özet

10.21492/inuhfd.793670 

İlk siyasi oluşumlardan bugüne insanoğlunun birikimleri üzerine inşa edilmiş mevcut uluslararası hukuk, Avrupa Bölgesel Hukukunun temel yapı taşları ile tanımlanmış ve I ve II. Dünya Savaşları, son olarak da Soğuk Savaş galiplerinin çıkarlarına göre şekillenmiştir. Bu şekillenme; uluslararası hukuk tarihinin yazımından uluslararası örgütlere ve uluslararası antlaşmalara kadar geniş bir alanda olmaktadır. Bu şekillenmenin önemli araçlarından biri de uluslararası hukuk kavramlarıdır. Kavramlar ile olguda manipülasyon yaratılmakta ve bu sayede güçlü devletlerin uluslararası kurum ve kuralları kendi lehlerine araçsallaştırarak uluslararası hukuka aykırı fiillerinin meşrulaştırılması ya da uluslararası hukuka uygun bir fiile dönüştürmesi sağlanmaktadır. Çalışmada başarısız devlet, yaptırım ve azınlık kavramları üzerinden bu uluslararası hukukta kavramların işlevi incelenecektir. Burada her bir kavram bağlamında kavramın başat anlamı ve kavram altında oluşturulan kurguda olgunun nasıl tanımlandığı, olgunun uluslararası hukukta görünümü ve kavram ile oluşturulan algı yanlışlığı ortaya konulacaktır. Araştırma verileri üzerinden temel çıkarımlar yapıldıktan sonra Türkçe uluslararası hukuk literatüründe uluslararası hukuk kavramlarına karşı eleştirel bakışı açısından varlığı sorgulanacaktır.

Abstract

Current public international law built on the accumulation of human beings from the first political formations to the present has been shaped according to the framework of the European Public Law and the interests of the winners of the Two World Wars and Cold War. This formation has taken place in a wide area, from the writing of the history of international law to the international organizations and international treaties. In this context, the notions used in international law emerge as one of the important tools of this formation. Through the notions, manipulation is created in the reality of facts, and by this means, powerful states instrumentalize international institutions and rules in their favour, legitimizing their unlawful acts or transforming them into an act by international law. In this study, the function of notions in international law is analysed through the notions of “failed state”, “sanction” and “national minority”. Here, in the context of each notion, the primary meaning of the notion and definition of the phenomenon according to the notion, the appearance of the phenomenon in international law, and the misconception about the phenomenon created with the notions are revealed. Aftermath, based on the data obtained in the study, basic inferences are made about the instrumentalization of the notions in international law, and finally, the existence of a critical point of view towards notions in the Turkish international law literature will be briefly questioned.

 Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

*Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Uluslararası Hukuk Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | Cite As: AKPINARLI Neyire, “Uluslararası Hukukta Kavramlar Aracılığı ile Olguda Manipülasyon”, İnÜHFD, 13(2), 2022, s.255-271.

İntihal | Plagiarism: Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via a plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

I. GİRİŞ

Modern uluslararası hukuk, bugün itibari ile üç temel yapı taşı üzerinde var olmaktadır. Birincisi; kökleri insanlığın ilk siyasi yapılarına kadar gitmesi vesilesiyle kadim bir olgu olan uluslararası hukukun, barış ile savaş sarkacında, farklı coğrafi ve kültürel gerçekliklerde ortaya çıkmış olan birikimidir. İkincisi; Vestfalya Antlaşmaları ile Avrupa siyasi, sosyal, kültürel ve ekonomik yapısı çerçevesinde şekillenen Avrupa Kamu Hukukunun kurum ve müesseseleridir. Üçüncü temel yapı taşı ise I. ve II. Dünya Savaşları ve Soğuk Savaş sonrasında uluslararası hukukun galiplerinin çıkarları çerçevesinde şekillenmesine vesile olan kural ve kurumlarıdır.

Modern uluslararası hukuk; her ne kadar evrensellik ve devletlerin egemen eşitliği ilkesi temelinde kurulmuşsa da evrensellik ilkesi esasen coğrafi uygulama alanı ile sınırlı kalmış, dünyada birçok medeniyetin varlığına karşın Avrupa'nın kültürel, ekonomik ve siyasi gerçekliği uluslararası hukukun belirleyeni olmuştur. Diğer taraftan, eşit egemen devlet ilkesine karşın mevcut uluslararası hukukta devletler iki grupta toplanmaktadır. Birinci grup devletler; uluslararası hukukun fiiliyatta asıl aktörü olma sıfatıyla, kendi siyasi, ekonomik ve diğer çıkarları çerçevesinde, uluslararası hukukun işleyişini belirleyenlerdir. İkinci grup devletler ise her ne kadar uluslararası hukukun aktörleri gibi görünseler de yetkileri, koyulan kurallara riayet etmekle sınırlanmış olanlardır.

Uluslararası hukukun, yukarıda bahsedilen bu işleyiş çetritli mekanizmalar ile gerçekleşmektedir. Bunlardan ilki; bugüne kadar Avrupalıların kaleme alma yetkisine sahip olduğu, diğer medeniyetlerin ise “aktaran” görevini üstlendiği uluslararası hukuk tarihi yazımıdır. Uluslararası hukuk tarihinin, çok uzun bir dönem Avrupa ile başlatılması, insanlığın bu tarihe kadarki birikiminin yok sayılması bu durumun hem somut bir görünümü hem de bir sonucudur. Çok önemli mekanizmalardan bir diğeri; uluslararası siyasi, finansal ve ticari faaliyetler yürüten uluslararası örgütlerdir. Bu örgütlerin amaç, yetki ve oluşumundan, organlarının işlevlerine ve devletlerin söz konusu organlardaki görev ve yetkilerini belirleyen kurallara kadar birçok husus yukarıda belirtilen işleyişe göre şekillenmektedir¹. Diğer önemli bir başka mekanizma; uluslararası hukukun kaynaklarıdır ve bunu uluslararası antlaşmaların ortaya çıkış nedenlerinden, antlaşma metinlerine ve antlaşmaların yorumlanmasına kadar birçok aşamada görmek mümkündür².

Uluslararası hukukun böyle şekillenmesinde önemli rol oynayan araçlardan biri de uluslararası hukuk kavramlarıdır. Burada, uluslararası hukukun kavramları ile “Arap Baharı” ve “gelişmiş, az gelişmiş ve gelişmekte olan ülkeler” gibi uluslararası ilişkilerin kavramlarını birbirinden ayırmak gereklidir. Uluslararası hukukta, olay ve olgulara bakış açısını az ya da çok belirlemesine rağmen bu kavramların doğrudan hukuki sonuçları yoktur. Buna karşın “insani müdahale” ve “önleyici meşru müdafaa” gibi ikinci grup kavramlar uluslararası hukukun kavramlarıdır ve bu vesileyle hukuki sonuçlar doğurmaktadır. Uluslararası hukuk kavramları ile çoğu kez olgu neden-sonuç bağlamından koparılmakta ve güçlü devletlerinin çıkarları çerçevesinde, yeni bir neden-sonuç bağlamı ile tanımlanmakta, bu çerçevede de söz konusu devletlerin hukuka aykırı eylemlerine ya hukuki zemin yaratılmakta ya da hukuka aykırı eylemleri meşrulaştırılmaktadır.

Makalede üç kavram üzerinden bu olgu incelenecektir. İlki; uluslararası ilişkiler menşei, Türkçeye “başarısız devlet” olarak tercüme edilmiş İngilizce “*failed state*” kavramıdır. İkincisi; hukuk menşei, Türkçeye “yaptırım” olarak tercüme edilmiş, İngilizce “*sanction*” kavramıdır. Bu kavram devletlerin çıkarları çerçevesinde bir başka ülkeye yönelik aldıkları ekonomik ve siyasi kararlar bağlamında incelenecektir. Üçüncüsü ise; I. Dünya Savaşı sonrasında konjonktürel şartlarında, uluslararası hukuk kavramı olarak ortaya çıkmış ve Türkçeye “ulusal azınlık” olarak tercüme edilmiş İngilizce “*national minority*” kavramıdır. Araştırmaya konu kavramların karşılık geldiği olgular ve söz konusu olgunun uluslararası hukukta iz düşümü çok kapsamlıdır. Makale içeriği; uluslararası hukuk kavramları aracılığı ile algı yanığı ve olguların manipüle edilmesi ile sınırlandırılmıştır.

¹ CHIMNI, Bhupinder: “The World Trade Organization, Democracy and Development: A View From the South”, *Journal of World Trade*, 40(1), 2014, s.5-36; POULANTZAS, Nicos: *Classes in Contemporary Capitalism*, I. Bası, New Left Books, New York 1975, s.70; CONFORTI, Benedetto/ FOCARELLI, Carlo: *The Law and Practice of the United Nations*, 4. Bası, Brill Yayınevi, The Hague 2010, s.250; PAHUJA, Sundhya: “Technologies of Empire: IMF Conditionality and Reinscription of the North/South Divide”, *LJIL*, 13(04), 2000, s.755.

² CHIMNI, Bhupinder: “Third World Approaches to International Law: A Manifesto”, in: Anghie, Antony/Chimni, Bhupinder/Mickelson, Karin/Okafor, Obiaora (ed.), *The Third World and International Order: Law, Politics and Globalisation, Development in International Law* 45, Martinus Nijhoff Yayınevi, The Hague 2003, s.47-75; BROCKWAY, Fenner: *The Colonial Revolution*, Hart-Davis, London 1973, s.598; SORNARAJAH, Muthucumaraswamy: “Economic-Neo-Liberalism and International Law on Foreign Investment”, in: Anghie, Antony/Chimni, Bhupinder/Mickelson, Karin/ Okafor, Obiaora (ed.), *The Third World and International Order: Law, Politics and Globalisation, Development in International Law* 45, Martinus Nijhoff Yayınevi, The Hague 2003, s.173-195; GARWOOD- GOWERS, Andrew: “Pre-Emptive Self-Defense: A Necessary Development or road to International Anarchy?”, *AYBIL*, 23, 2004, s.61.

Araştırmada; her üç kavramın başat anlamı, kavramın altında olgunun nasıl tanımlandığı, hangi olguyu tanımladığı ve kavram ile oluşturulan algı yanlılığı ve manipülasyon ortaya konulacaktır. Elde edilen veriler üzerinden temel çıkarımlar yapıldıktan sonra da Türkiye'deki akademisyenlerin, uluslararası hukukta kullanılan kavramları ele alışları söz konusu kavramlar üzerinden irdelenecektir.

II. “BAŞARISIZ DEVLET” KAVRAMI ALTINDA ARAÇSALLAŞTIRILAN ULUSLARARASI HUKUK MÜESSESELERİ

Uluslararası hukukta, kavram ile olgu uyumsuzluğunun en somut görünümünden biri; etkin devlet yönetimi yokluğu olgusu ve bu olgu için 1990'lı yılların başında kullanılmaya başlanılan, Türkçeye “başarısız devlet” olarak tercüme edilen “*failed state*” kavramı ve kavram altında olguyu neden-sonuç ilişkisi içinde yeniden tanımlamadan, çözüm önerilerine geniş bir yelpazede oluşturulan konsepttir.

1990'lı yıllardan bugüne uluslararası hukuk alanında yapılan birçok akademik çalışmada, “başarısız devlet” kavramına dair farklı tanımlamalar yapılmış ise de herkes tarafından kabul gören bir tanım bugüne kadar yapılamamıştır³. Bu sebeple, ilk zamanlar bu kavramın yanında “zayıf devlet (*weak state*)”, “çökmüş devlet (*collapsed state*)”, “kırılgan devlet (*fragile state*)” ve benzeri kavramlar kullanılmıştır⁴. Kavrama dair herkesin uzlaştığı bir tanımın yapılamamasının iki nedeni bulunmaktadır. Birincisi; etkin devlet yönetimi yokluğunun, her bir devletin tarihi, sosyal, ekonomik, kültürel özneliğinde, hatta farklı uluslararası siyasi konjonktürel şartlarda farklı bir görünüm almasıdır. İkinci ve daha da önemlisi; böyle bir kavramın uluslararası hukukta, devletlerin egemen eşitliği ilkesi çerçevesinde tanımlanmasının mümkün olmamasıdır. Söz konusu kavram ve kavram altında olgunun tanımlanma şekli ve bu çerçevede çözüm önerileri 1990'lı yıllardan bugüne, uluslararası hukukçular tarafından azımsanmayacak bir karşılık bulmuştur⁵. Buna karşın bazı akademisyenlerin kavram altında sunulan konseptte eleştirel yaklaşımları söz konusu ise de sadece sınırlı sayıda akademisyen kavramı ve kavram temelinde şekillenen konsepti, neo-kolonializm ile ilintilendirerek reddetmişlerdir⁶.

A. “Başarısız Devlet (*Failed State*)” Kavramı

“*Failed state*” kavramı; soğuk savaşın hemen sonrasında, bir taraftan BM'in insan hakları ve demokrasi şiarı ile kendisine faaliyet alanının açıldığına inandığı, diğer taraftan ABD'nin tek süper güç olarak dünya politikasını belirlemeye başladığı dönemde ortaya çıkmıştır⁷. Kavramın ve kavram altında oluşturulan konseptin mimarları, ABD'nin dış politikasında üst düzeyde görev almış Gerald Helman ve Steven Rathner'dir⁸. Helman ve Rathner, 1992 yılında Amerika'da yayımlanan Foreign Policy dergisinde kaleme aldıkları “*Saving Failed States (Başarısız Devleti Kurtarmak)*” başlıklı makalede, ilk kez kullandıkları “*failed state*” kavramını ABD'nin dış politikası çerçevesinde tanımlamışlardır. Makalenin ilk paragrafında yer alan “... *rahatsız eden yeni bir olgu ortaya çıkıyor: Kendini uluslararası toplumun bir üyesi olarak sürdürmekten tamamen aciz 'başarısız ulus-devleti'...*”⁹ ifadeleri, Batı'nın dünyayı tanımladığı “gelişmiş, az gelişmiş ve gelişmemiş” parametrelerine paralel bir temelde kaleme alınmıştır.

³ BARTL, Jurgen: Die Humanitäre Intervention durch den Sicherheitsrat der Vereinten Nationen im -Failed State-: Das Beispiel Somalia, I. Bası, Peter Lang AG Yayınevi, Frankfurt 1999, s.1-10; GEIß, Robin: “Failed State” Die normative Erfassung gescheiterter Staaten, Duncker & Humblot, Berlin 2005, s.15-21; LIEBACH, Ingo, Die unilaterale humanitäre Intervention im “zerfallenen Staat” (“failed state”), Heyman Yayınevi, Köln 2004, s.20; THÜRER, Daniel, Der Wegfall effektiver Staatsgewalt: “The Failed State”, Berichte DGVR Bd. 34, 1. Bası, Heidelberg 1996; THÜRER, Daniel: “The “Failed State” and international law”, Internationales Komitee vom Roten Kreuz, 81(836), 1999, S.731-761; RAIČ, David: Statehood and the law of Self-determination, I. Bası, Kluwer, London 2002, s.60-69; SIMPSON, Gerry J: “The Diffusion of Sovereignty”, SJIL, 32(2), 1996, s.255-260.

⁴ AKPINARLI, Neyire: The Fragility of the failed State Paradigm, A Different International Law Perception of the Absence of Effective Government, Martinus Nijhoff, Leiden 2010, s.94-97.

⁵ Dipnot 3'deki yazarların (BARTH, GEIß, LIEBACH, THÜRER, RAIČ, SIMPSON) yanında daha birçok yazar olguya “failed state” kavramı çerçevesinde yaklaşmışlardır. Max Planck Uluslararası Hukuk Enstitüsü'nün kütüphane kataloğunda “failed state” kavramı ile tarama yapıldığında diğer eserlerin bilgisine ulaşmak mümkündür. MPI für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, -Bibliothekhttps://aleph.mpg.de/F/AREDJ4PVFKYE1XUQH5EDC375EDJRF8GP8YGUDDJIH9G2HYQEJR-19050?func=short-jump&jump=000001, (Erişim: 18.06.2021)

⁶ GORDON, Ruth: “Saving Failed States: Sometimes a Neocolonialist Notion”, AULR, 12(6), 1997, s.903-974; RICHARDSON, Henry R: “Failed States,” Self-Determination, and Preventive Diplomacy: Colonialist Nostalgia and Democratic Expectations”, Temp. Int'l & Comp. L.J. 10(1), 1996, 1-11.

⁷ MINNEROP, Petra: „The Classification of States and the Creation of Status within the International Community“, Max Planck UNYB, 7, 2003, s 79-182.

⁸ HELMAN, Gerald B/RATNER, Steven R: Saving Failed States“, Foreign Policy, 89 (Winter, 1992-1993), s.3-20.

⁹ HELMAN/RATNER, s.3.

Yazarlar tarafından olgu için; II. Dünya Savaşı'ndan sonra yıkılan Alman devletine dair “kayıtsız şartsız teslim” anlamına gelen “*debellatio*”¹⁰ kavramının kullanıldığı makalede; “başarısız devlet” kavramı altında oluşturulan konseptin, üç sacayağı bulunmaktadır. Birincisi; uluslararası camiaya, özellikle II. Dünya Savaşı'ndan sonra katılan devletlerde görülen yönetme yetisizliğidir. Bu yetisizlik, Helman ve Rathner tarafından fiziksel ve akli yetisi olmayan insanlarla eşleştirilmiştir. Olgunun görünümü; iç çatışma, şiddet, anarşi, hükümetin çöküşü ve ekonomik yoksulluk olarak tanımlanmıştır. İkincisi; ülke içindeki bu durumun, insan hakları ihlali, mülteci akını ve istikrarsızlık gibi bölgesel ve terörizm gibi küresel yansımaları dolayısıyla, uluslararası güven ve istikrarı tehdit eden özelliğidir. Üçüncüsü ise; uluslararası topluluğun böyle bir “başarısız” devlet karşısında, kurtarıcı olarak devreye girmesi ve bu “başarısız” devleti kurtarmasıdır¹¹. Makalede bu bağlamda getirilen çözüm önerisi, Türkçeye “vasi”, “kayyum” olarak tercüme edilebilecek olan “*conservatorship*” müessesesidir. Makalede kullanılan ifadeler makalenin bakış açısını yansıtmaya açısından çok önemlidir.

“İç hukuk kendi başına faaliyetlerini hiç yürütemeyen kişiler için mağdurun işlerini yöneten bir rejim sağlar. Vesayet veya vesayet biçimleri, parçalanmış ailelere, ciddi zihinsel veya fiziksel hastalıklara, ekonomik yoksunluğa ortak bir çözümdür. Talihsiz birey, o kişinin çıkarlarını gözetmekle görevlendirilen bir müteveli veya vasinin sorumluluğu altına alınır¹²”

Makale, uluslararası camianın çözüm için devreye girmesinde egemenlik ilkesinin engelleyici bir unsur olduğunu belirtmiş ve bu duruma iki açılım getirmiştir. Birincisi; söz konusu devletlerin, ulus devlet olabilme yetisine sahip olmadan devlet olduklarıdır. İkincisi ise; egemenlik ilkesinin uluslararası hukukta doğru olarak tanımlanmadığıdır¹³. Yazarlar, savlarını destekleme amacıyla; BM Genel Sekreteri Boutros-Ghali'nin hazırladığı, 17 Haziran 1992 tarihli, BM Örgütü'nün etkin devlet yönetimi yokluğu olgusu karşısında konumlanmasında belirleyici olan, “Barış Gündemi (*Agenda for Peace*)” isimli raporuna atıfta bulunmuşlardır. Söz konusu raporda; etkin devlet yönetimi yokluğunun uluslararası güvenliği ve barışı bozduğunu, bu nedenle iki devlet arasında güvenliği tehdit eden veya bozan durumların varlığı halinde uygulanması öngörülen, BMS'nin VI'ncı ve VII'inci bölümünün, geniş yorum yoluyla, söz konusu devletlere de uygulanabileceği önerilmiştir¹⁴.

“Başarısız devlet” kavramı 1990'lı yılların başlarında, dönemin BM Genel Sekreteri Butros-Boutros Ghali ve halefi Kofi Annan'ın beyanlarında kullanmış ise de hiçbir zaman BM organlarının kararlarında yer almamıştır. Buna karşın, bu kavram altında oluşturulan, neden-sonuç ilişkisinden sorunun çözümüne kadar birçok unsuru içeren konsept; BM'in 1990'lı yıllardaki BMS'nin VII'inci bölümü çerçevesinde barışı koruma, barışa zorlama ve barışın tesisi faaliyetlerinde belirleyici olmuştur. Milletler Cemiyeti döneminde “*manda yönetimi*” ve BM döneminde “*vesayet yönetimi*”ne paralel bir kurguda devleti yeniden yapılandırmanın önemli unsuru olarak, bu kez, “Uluslararası Geçici İdare” öngörülmüştür. Söz konusu “kurtarma” faaliyeti, devlet inşa etmekten millet inşa etmeye kadar geniş bir yelpazede şekillenmiş, faaliyete devlet kurum ve müesseselerinin oluşturulmasından demokrasiyi yerleştirmeye, insan haklarını sağlamaktan anayasa yapımına kadar birçok hedef konulmuştur¹⁵. Bu faaliyet; etkin devlet yönetim yokluğu olgusu ile boğuşan Somali'de, “teröre karşı savaş” konsepti ile işgal edilerek etkisizleştirilmiş devlet yönetimlerine maruz bırakılmış Afganistan'da, Irak'ta ve diğer birçok ülkede farklı boyutta uygulama alanı bulmuştur¹⁶.

B. Kavram ile Tanımlanan Olgu

Helman ve Rathner'in makalesinde; “başarısız devlet” kavramı ile adlandırılmış olgu, her ne kadar yeni bir olgu olarak belirtilmiş ise de olgunun kökleri, aslında Avrupalılar tarafından Avrupa dışındaki coğrafyaların siyasi, ekonomik, kültürel, sosyal yapılarının darmadağın edildiği, kolonileşme dönemine kadar gitmektedir¹⁷. Bu süreç, 1920 yılından itibaren, Avrupa Kamu Hukukunun coğrafi bağlamda evrenselleştirilmiş bir görünümü olan uluslararası hukukun oluşumu ve Avrupa'nın siyasi, sosyal, ekonomik ve kültürel birikiminden kaynağını alan ulus devlet konseptine dünyanın diğer

¹⁰ABADAN, Nermin: “Kayıtsız Şartsız Teslim”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 6(1), 1951, s.252. Abadan, kavramı bir devletin başka bir devletin karşısında “yalnız mukavemetinin büsbütün kırılması değil, aynı zamanda siyasi ve idari müesseseler ve cihazlarının dağılıp galibin mutlak hâkimiyeti altına geçmesi” hali olarak tanımlamıştır.

¹¹ HELMAN/RATNER, s.3-5; 7-13.

¹² HELMAN/RATNER, s.12.

¹³ HELMAN/RATNER, s.9.

¹⁴ An Agenda for Peace, A/47/277 –S/2411, 17 Haziran 1992. 31 Ocak 1992 tarihli GK toplantısında Genel Sekreter'in görevlendirilmesi sonucu hazırlanmış olan rapor, BM'nin söz konusu olgu ile ilgili BMS'nin VI ve VII Bölümleri çerçevesinde çözüm önerisidir. https://www.un.org/ruleoflaw/files/A_47_277.pdf

¹⁵ FUKUYAMA, Francis: Devlet İnşası: Yirmi Birinci Yüzyılda Yönetişim ve Dünya Düzeni, II. Bası, Profil Yayınları, İstanbul, 2015; FUKUYAMA, Francis: Ulus İnşası, I. Bası, Profil Yayınları, İstanbul, 2008.

¹⁶ AKPINARLI, s.88-90.

¹⁷ AKPINARLI, s.71-87.

coğrafyalarının maruz kalması şeklinde de devam etmiştir. Bu devamlılıkta; I. Dünya Savaşı sonrası ortaya çıkan devletlerin birçoğu, Avrupalı devletlerin çıkar çatışmalarının yaşandığı süreç olan kolonizasyon dönemi ve manda sisteminden sonra, genellikle söz konusu devletlerin öngördüğü sınırlar çerçevesinde bağımsızlıklarını ilan etmişlerdir. ABD ve SSCB'nin arasında, 1991 yılına kadar süren Soğuk Savaş döneminde ise mücadele alanı, bu ülkelerin dışında Ortadoğu, Asya ve 1960'lı yıllar ile birlikte uluslararası camiaya yeni katılan Afrika ülkelerinin toprakları olmuştur. Bu dönemde dünya, birçok vekâlet savaşına ve savaşın bu iki aktörü tarafından desteklenen, baskıcı rejimlere sahne olmuştur¹⁸. Diğer taraftan, 1980'li yıllar ile birlikte uygulamaya konulan liberal ekonomi politikaları zayıf ülkelerin ekonomileri açısından "açık kapı" politikası çerçevesinde; güçlü devletlere pazar alanı, ucuz iş gücü ve ham madde kaynağı olma şeklinde cereyan etmiştir. Bu politikalar çerçevesinde Dünya Bankası, Uluslararası Para Fonu, Uluslararası Ticaret Örgütü gibi örgütler ve uluslararası ticaret ve ekonomi hukuku gibi hukuk sistemleri çok önemli bir fonksiyonu yerine getirmiştir¹⁹. 1990'lı yıllar ile birlikte, liberalizmin "siyasi ayağı" olarak sunulan "insan hakları", "demokrasi" kavramları, güçlü devletlerin bu ülkeleri kendi siyasi ve ekonomik çıkarları çerçevesinde şekillendirmelerinde önemli bir etkiye sahiptir²⁰.

Yukarıda, çok genel hatlarıyla tanımlanan bu gerçeklikte; her ne kadar etkin devlet yönetimi ile boğuşan coğrafyalardaki devletlerin "başarısız"lığının nedeni devletlerin kendisine yönlendirilmiş ise de hakikatte bu devletler sömürge döneminden günümüze kadar siyasi, sosyal, kültürel, coğrafi yapı taşlarına sürekli dışarıdan müdahale edilen devletler olmuşlardır. Dönemin güçlü devletlerinin, siyasi ve ekonomik müdahalelerinden kurtulamayan bu devletlerin yazgısı olan etkin devlet yönetimi yokluğunun, 1990 yılında çok daha kompleks ve geniş bir coğrafyaya yayılmış olması, esasen dönemin uluslararası siyasi ve ekonomik konjonktürü ile ilgilidir.

C. Kavram ile Yaratılan Algı Yanılgısı

Batı, çok uzun bir dönem boyunca egemenlik sıfatını kendi tekeline almış, bu sıfatı kendi coğrafyası dışındaki devletlere *bahşeden* pozisyonunu üstlenmiştir. Etkin devlet yönetimi yokluğunu, objektif kavramlar ile tanımlamak mümkün iken, "başarısız devlet kavramı" ile tanımlama bu kurgunun devamıdır. Bu kavramın uluslararası hukukta görünümü, yansımaları ve neticeleri şunlardır:

Öncelikle; bir devleti "başarısız" sıfatı ile tanımlama; uluslararası hukukta "hiyerarşi kurucu" niteliğe sahiptir ve devletlerin kategorize edilebileceği algısını yaratmaktadır²¹. Kendisinden bekleneni yerine getirememesi olgusunun karşılığı olarak kullanılan "başarısız" sıfatı²², durum tespiti yapan, objektif bir kavram değil "yargılayıcı" bir tanımlamadır. Bu tanımlamada; yargılayan bir özne ve yargılanan bir özne söz konusudur. Devletlerin egemen eşitliği üzerine inşa olmuş devletlerarası hukuk sisteminde hiçbir kural, müessese hatta uluslararası hukukun ruhu, bir devlete başka bir devleti veya o devletin halkını rencide edici tanımlama yetkisi vermemektedir. Kaldı ki devletlerin egemen eşitliği uluslararası hukukun emredici kuralları arasında yer almaktadır²³. Woolsey, her milletin itibar hakkı olduğunu ve söz konusu hakkın devletlere başka bir devletin şahsiyetini veya itibarını, dünya nezdinde zedeleyecek fiil ve sözlerden sakınma yükümlülüğü getirdiğini belirtmekte iken²⁴ Friedrich Berber, devletlerin itibarı hakkının 20. yüzyılda artık bir karşılık bulmadığından yakınmaktadır²⁵. Bu açıdan bakıldığında Milletler Cemiyeti Misakı'nın önsözünde; "Uluslararası adil ve onurlu ilişkiler" uluslararası barış ve güvenliğin ön koşuludur denilmiş iken BMS'de bu konuda hiçbir düzenleme bulunmaması Berber'in tespitini teyit etmektedir. Yine, Uluslararası Sürekli Adalet Divanı 1935 yılındaki kararında da devletlerin itibarı ile devletlerin egemen eşitliği arasında doğrudan bağ olduğunu vurgulamıştır²⁶.

İkinci olarak; söz konusu kavram ile olgunun neden-sonuç ilişkisinin dışında, başka bir neden-sonuç kurgusu oluşturulmaktadır. Yukarıda, olguya dair bilgilerde sunulduğu üzere; her ne kadar olgunun ülke içi nedensellikleri söz konusu ise de olgu, esasen uluslararası ekonomik ve siyasi konjonktür ile doğrudan ilgilidir. Bu gerçekliği göz ardı ederek, olguyu sadece devletlerin yetisizlikleri ile nedensellendirme iki çıkarıma neden olmaktadır: Uluslararası siyasi ve ekonomik sistemin mağduru olan devletlerin fail olarak gösterilmesi, sistemin aktörü olan fail devletlerin ise olgunun bölgesel ve

¹⁸ AKPINARLI, s.93.

¹⁹ CHIMNI, Bhupinder: "Third World Approaches to International Law: A Manifesto", s.47-75.

²⁰ GORDON, s.903-974.

²¹ AKTAŞ, Altan: "Başarısız Devlet Söyleminde Uluslararası Hiyerarşi Algısı" The Turkish Yearbook of International Relations, 50, 2019, s.141-179.

²² Cambridge Dictionary: <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/failed> (Erişim: 05.07.2021)

²³ SUR, s.56.

²⁴ BERBER, Friedrich: Lehrbuch des Völkerrechts, Allgemeines Friedensrecht, C.H. Beck Verlag, Munich, 1975, s.206.

²⁵ BERBER, s.205.

²⁶ Uluslararası Sürekli Adalet Divanı, Ser. A/B, Numara.64, (1935), 19.

uluslararası barış ve güvenliği tehdit eden etkilerinden dolayı mağdur olarak gösterilmesidir. Üçüncü olarak; başarısız kavramı aracılığında oluşan bu olgu ile boğuşan devletlerin; yetisiz oldukları, bu nedenle de egemenliği hak etmedikleri vurgulanmaktadır.

Son olarak; yukarıda belirtilen tüm bu kabullerin sonucunda, egemen eşitliğin doğrudan sonucu olan müdahale yasağı, güç kullanma yasağı ve halkların kendi kaderini tayin hakkı gibi uluslararası hukukun çok önemli ilkelerinin ihlal edilmesine hem hukuki gerekçe yaratılmakta hem de kavram ve oluşturulan konsept altında yapılan eylemler meşrulaştırılmaktadır. BMS Bölüm VII çerçevesinde askeri müdahale ve anayasa yapımı, hukuka aykırı eylemlere hukuki gerekçe yaratmanın en somut görünümü olduğu gibi, askeri müdahale sonrasında yaşanan insani, idari ve diğer zararlar için kullanılan “yan hasar” (*collateral damage*) kavramı da hukuka aykırı yapılan eylemin olumsuzluklarını meşrulaştırmada kullanılmaktadır. Bunu 1992 yılında ilk müdahale edilen ülke olan Somali, 2001 yılında Afganistan, 2003 yılında Irak, 2011 yılında Libya örneklerinde görmek mümkündür²⁷.

III. DEVLETLERİN “YAPTIRIM” KAVRAMI ALTINDA MEŞRULAŞTIRILAN HUKUKA AYKIRI EYLEMLERİ

Kavram ve olgu uyumsuzluğuna diğer bir örnek, uluslararası hukukta sıklığı, boyutu, kapsamı artan bir oranda kullanılan, bir veya birden fazla devletin ekonomik ve siyasi ilişkilerini sınırlamaya dair bir başka devlet veya devletler aleyhine aldığı karar ve uygulamalar için kullanılan, Türkçeye “yaptırım” olarak tercüme edilen “*sanction*” kavramıdır.

A. “Yaptırım (*Sanction*)” Kavramı

Kökene Latince “*sanctio*” kavramına giden İngilizcede *sanction* kavramının başat anlamı; “bir yasanın uygulanmasının aracı olarak, yasanın ihlaline öngörülen zarar veya zorlayıcı müdahale”dir²⁸. K. Gözler ise yaptırım kavramını hukukî açıdan; “hukuk kuralının ihlaline tepki olarak gösterilen “cebir” işlemi şeklinde tanımlamaktadır²⁹. Kavramın hukuk kavramı olarak, her iki dilde başat anlamından yola çıkıldığında, şu unsurları tespit etmek mümkündür: Bir kural koyanın ve kuralın varlığı, söz konusu kuralın ihlali halinde daha önceden tertip edilen bir sonuç ve kuralın ihlal edilmesi durumunda yaptırımı uygulayan bir müessese.

B. Kavram ile Tanımlanan Olgu

Yaptırım kavramı ile tanımlanan olgu; bir veya birden fazla devletin, bir başka devleti veya devletleri dış politika çerçevesinde bir eylemde bulunmaya veya bir eylemi sonlandırmaya zorlamak için bu devlet veya devletlerle ekonomik ve siyasi faaliyetlerini sınırlamaya dair aldığı kararları ve bu kararlar çerçevesindeki uygulamalarıdır³⁰. Bu olguda, yukarıda yapılan yaptırım tanımında görüldüğü üzere ne bir hukuk kuralı ne de söz konusu hukuk kuralının ihlali halinde önceden öngörülen düzenleme bulunmaktadır. Devlet veya devletler aldıkları karar ve uygulamaları için iki neden göstermektedirler:

Birincisi; devletlerin barışın tehdidi, bozulması gibi nedenlerle aldıkları kararlardır³¹. Bu kararlar, devletlerin BMS madde 41’e göre aldığı önlemlerinin yanında ya da bu maddeden bağımsız aldıkları ekonomik ve politik kararlar ve uygulamalarıdır. Birincisine örnek olarak BMGK’nin nükleer sorun ile ilgili olarak İran’a karşı madde 41’e göre aldığı önlemlerin yanı sıra ABD’nin aldığı kararlar³² gösterilebilir. İkincisine ise 1985 yılında, ABD’de çıkarılan yasa çerçevesinde, Başkanın, teröre veya terör örgütlerine destek veren herhangi bir devlete karşı mal ve hizmetlerin ihracatını yasaklayabilme yetkisi örnek olarak verilebilir³³.

Bir devletin, barışın tehdidinde, bozulmasına dayanarak aldığı karar ve uygulamalar uluslararası hukuka aykırıdır. Bilindiği üzere BM, barış ve güvenliğin sağlanmasında uluslararası hukuk sisteminin en önemli aktörüdür. BMS’nin “Barışın Tehdidi, Bozulması ve Saldırı Eylemi Durumunda Alınacak Önlemler” başlığı altında düzenlenen, VII’inci bölümün 39’uncu maddesinde tek yetkili organ BM Güvenlik Konseyi’dir³⁴. Bu durum; BMS’nin 51’inci maddesindeki meşru savunma hakkının

²⁷ Somali bağlamında GK’nin 733 (1992) kararından itibaren kararlar, özellikle 814 (1993) sayılı kararı; AKTAŞ, s.141-179.

²⁸ Merriam Webster: “Sanction” <https://www.merriam-webster.com/dictionary/sanction>. (Erişim: 01.09.2020)

²⁹ GÖZLER, Kemal: Hukuka Giriş, Ekin Yayinevi, Bursa, 2008, s.33.

³⁰ DİLEK, Şerif: “Uluslararası İlişkilerde Yaptırım Kavramı”, In İnât, Kemal/Duran, Burhanettin (Ed.), İran Yaptırımları, Hukuksal Boyut, Bölgesel ve Küresel Yansımalar, Türkiye’ye Etkileri SETA, İstanbul 2019, s.27.

³¹ WHITE, Nigel D./ABASS, Ademola: “Countermeasures and Sanctions”, in: Evans, Malcolm D. (der.), International Law, Oxford, Oxford 2014, s.550.

³² İNAT, Kemal/DURAN, Burhanettin: “İran Yaptırımlarının Bölgesel ve Küresel Yansımaları”, In İnât, Kemal/Duran, Burhanettin, İran Yaptırımları, Hukuksal Boyut, Bölgesel ve Küresel Yansımalar, Türkiye’ye Etkileri, SETA, İstanbul 2019, s.12 ve devamı.

³³ International Security and Development Cooperation Act of 1985” US Congress, <https://www.congress.gov/bill/99th-congress/senate-bill/960>, (Erişim: 16.11.2021); İNAT/DURAN, s.12 vd.

³⁴ PELLET/MIRON, parag 8.

kullanımı kapsamında da somut olarak görülmektedir. 41'inci madde; askerî olmayan önlemlerin hangi durumlarda alınacağını, 39'uncu madde çerçevesinde zımnen GK'nin kararına bırakırken, hangi önlemlerin alınacağını da örnekleme bazında düzenlemiştir³⁵.

Burada belirtilmesi gereken diğer önemli husus BMS'nin 41'inci maddesinde “yaptırım” değil “önlem” kavramının kullanılmış olmasıdır. Çünkü GK'nin karar alması için ön şart; bir uluslararası hukuk kuralının ihlali değil, “barışın tehdidi, bozulması ve saldırı eylemi durumları”ndan herhangi birinin olmasıdır. Bu temelde bugüne kadarki uygulamalarda da “hukuk kuralının ihlali” şeklinde, geniş kapsamda yorumlanmamıştır³⁶. Söz konusu önlemler ile amaçlanan ceza değil; barışı tehdit eden, bozan veya saldırı eylemlerinden herhangi birinde bulunan devleti, söz konusu eylemden caydırmaktır ve tedbirin ne olduğunu önceden değil; her olayın kendi özelinde belirlemektedir³⁷. BMS'nin 41'inci maddesinde öngörülen “önlemler” müessesesinin uluslararası literatürde “yaptırım” kavramı altında ifade edilmesinin tarihi, BMGK kararlarında “sanction” ya da “sanctions committee” kavramlarının kullanılmaya başladığı 1990'lı yıllara kadar gitmektedir³⁸. Bu yıllar; Soğuk Savaşın sona erdiği, ABD'nin uluslararası ilişkilerde en önemli aktör olarak devreye girdiği ve uluslararası hukuku kendi dış politikası çerçevesinde şekillendirdiği döneme denk gelmektedir.

İkincisi; bir veya birden fazla devletin, kendi politik ve ekonomik çıkarları çerçevesinde, bir başka devleti veya devletleri bir faaliyette bulunma veya yürüttükleri faaliyetleri sonlandırma amaçlı, ekonomik ve siyasi ilişkilerin sınırlandırılması bağlamında aldığı kararları ve uygulamalarıdır³⁹. Devletlerin bu tür kararlarının “yaptırım” kavramı altında tanımlanması yersizdir. Çünkü ne önceden mevcut bir hukuk kuralı vardır ne de o kuralın ihlali söz konusudur. Bir devletin bir başka devlet ile ekonomik ve siyasi faaliyetlerinin kapsamını belirlemesi, esasen devletlerin egemenlik vasıflarının bir yansımasıdır. Dolayısıyla devletler, istedikleri devletler ile ilişkiye girebilir ya da bu devletlerle ilişkilerini sınırlandırabilir veya sonlandırabilirler. Uluslararası hukukta devletlerin egemenlik haklarından kaynaklı bu tasarrufları ile ilgili herhangi bir düzenleme söz konusu değildir. Uluslararası teamül hukuku ve Uluslararası Sürekli Adalet Divanı (USAD)'nın Bozkurt-Lotus davasında verdiği karar doğrultusunda yasaklayıcı önlemler olmadığı sürece, devletlerin eylemlerinde özgür olduğu kabul edilmektedir⁴⁰.

Bu kabul karşısında temel soru; devletlerin bir başka devlete karşı kendi siyasi ve ekonomik çıkarları çerçevesinde aldıkları karar ve uygulamalarının uluslararası hukuk perspektifinden sınırlarının ne olacağıdır. Burada, BMGK'nin “önlem” müessesini uygulamaya koyarken dikkate alınan hususlar yol gösterici olacaktır. “GK'nin Görev ve Yetkileri” başlığı altında BMS'nin 24/2 maddesinde, Konsey'in kendisine tevdi edilen görev ve yetkileri kullanırken BM'nin amaç ve ilkelerine uygun hareket etmesi gerektiği belirtilmiştir⁴¹. Burada devletlerin egemen eşitliği, halkların kendi kaderini tayin hakkı⁴², insan hakları ve temel özgürlüklere saygı⁴³, sorunların çözümününün barışçı yollarla, adalet ve uluslararası hukuk ilkelerine uygun olarak yapılması ilkeleri belirtilebilir⁴⁴. BMS'nin madde 41 çerçevesinde bugüne kadarki uygulamalarda alınan önlemlerin sınırı bakımından önemli iki unsur; alınan önlemler ile ulaşılmaya hedeflenen sonuç arasındaki orantı ve bununla bağlantılı olarak insan haklarıdır⁴⁵. Bu nedenle GK, bütün ülkeyi kapsayan önlemlerin; uygulamada halka zarar vermesi ve insan hakları ihlallerine sebep olmasından kaynaklı zamanla bu tür önlemleri almak yerine; kişi, kurum veya belirli mal ve ürünlere yönelik kısmi önlemleri tercih etmeye başlamıştır⁴⁶. Bu

³⁵ PELLET, Alain/MIRON Alina:” Sanctions”, in: Wolfrum, R, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford, Oxford 2012., parag. 15-17,20; AKKUTAY, B. Lale: “Birleşmiş Milletler Andlaşması Çerçevesinde Ekonomik Yaptırımların Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetim”, TTB (11), 2014, 415, 422.

³⁶WHITE/ABASS, s.557.

³⁷ AKKUTAY, s.415; PELLET/MIRON, parag 15, 17.

³⁸ United Nations Security Council: “Sanction”, <https://www.un.org/securitycouncil/search/node/sanction>; (Erişim: 20.08.2020); AKKUTAY, s.414.

³⁹ MOHAMMAD, Rahmat, “Unilateral Sanctions in International Law”, Asian-African Legal Consultative Organization at T.M.C. Asser Instituut, (Erişim: 20.08.2020)

⁴⁰ SCHRÖDER, Meinhar: „Internationale Verantwortlichkeit, Völkerstrafrecht, Streitbeilegung und Sanktionen”, In: Vitzthum, Wolfgang G. (ed.), Völkerrecht, De Gruyter Lehrbuch, Berlin 2010, s.579-639.; WHITE/ABASS, s.537, 540, 551, 555; MOHAMMAD, s.3; Lotus Judgement, no.9, 1927, PCIJ, Ser. A No. 10 at p. 18.

⁴¹ KOKOTT, Juliane/SOBOTTA, Christoph, “The Kadi Case-Constitutional Core Values and International Law-Finding the Balance?”, EJIL, 23(4), 2012, s.1016; AKKUTAY, s.428. Kadi Decision by the European Court of Justice, (2008) C-402/05 and 415/05, [2008] ECR I-6351.

⁴² ICJ Reports, 1995, sayfa 90, 102; 105.

⁴³ Kadi Decision by European Court of Justice (2008) C-402/05, [2008] ECR I-6351.

⁴⁴ WHITE/ABASS, s.551.Lotus Judgement, no.9, 1927, PCIJ, Ser. A No. 10 s.18; SUR, s.56; REÇBER, Kamuran, Uluslararası Hukuk, III. Bası, Dora, Bursa, 2018, s.86.

⁴⁵ WHITE/ABASS, s.557; AKKUTAY, s.427, 428.

⁴⁶ PELLET/MIRON, parag. 22, 28; AKKUTAY, s.419, 426. bkncz “UN Sanctions”, Security Council Report, Special Research Report,<https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3->

sınırlamaların şu üç nedenden dolayı bir devletin bir başka devlete karşı aldığı kararlarda öncelikle uygulanması gerekmektedir:

Birincisi; BMS'ne bugüne kadar 193 ülkenin taraf olduğu dikkate alındığında, gerek uluslararası hukukun emredici kuralı olan ahde vefa ilkesinden gerekse Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 26'ncı maddesinden kaynaklı olarak, BM'nin amaç ve ilkeleri tıpkı organları olduğu gibi devletleri de bağlamaktadır⁴⁷. İkincisi; BMGK'nin madde 41 çerçevesinde aldığı kararlar ve BMS'nin 33'üncü maddesine göre, sorunu barışçıl yollarla çözmek için belirtilen tüm çabaların arkasından alınmak zorundayken, tek tek devletlerin aldığı kararlarda devletlerin kendi menfaati devreye girdiği için hukukun genel ilkelerine aykırı olarak hakkın kötüye kullanılması ve önlemlerde ölçülü olmama ihtimali çok yüksektir⁴⁸. Üçüncüsü; hem iç hukukun hem de uluslararası hukukun temel ilkesi olan "kimse kendi davasının yargıci olamaz"⁴⁹ ilkesinin ortaya çıkmasındaki kaygıdan kaynaklıdır. BMGK kararlarında, en azından teoride, üye devletleri temsilen 15 üye devletin ortak iradesi ile alınan karar söz konusudur. Devletlerin tek başına aldıkları kararlarda ise menfaati bulunan devlet ile kararı alan devlet aynıdır. Dördüncüsü; BM'nin önlemlerinde kararı uygulamaya koyan üye devletler iken, devletlerin kendi aldıkları kararı uygulamaya koyan yine söz konusu devletin bizzat kendisidir.

C. Kavram ile Yaratılan Algı Yanılgısı

Devletlerin, gerek barışın tehdidinde, bozulmasına gerekse ekonomik ve siyasi çıkarlarına dayanarak aldıkları karar ve uygulamalarını "yaptırım" kavramı altında tanımlanması hem algı yanılgısına hem de manipülasyona neden olmaktadır. Devletlerin kararlarının, barışın tehdidi, bozulması kapsamına giren konulara dayanılarak alınması esasen mevcut uluslararası hukuka aykırıdır. Çünkü BMS madde 24'e göre bu konuda tek yetkili organ BMGK'dir. Hukuki durum böyle iken devletlerin bu kapsama giren konularda kararlar alması BMS'ne aykırılık teşkil etmektedir.

Bir veya birden fazla devletin ekonomik ve siyasi çıkarları çerçevesinde bir başka ülke aleyhine aldığı karar ve uygulamaların objektif olarak tanımı "ekonomik ve siyasi ilişkilerin sınırlanması" iken, söz konusu karar ve uygulamaların "yaptırım" kavramı altında tanımlanması esasen hem algı operasyonu hem de manipülasyondur. Algı operasyonudur çünkü herhangi bir hukuk kuralı söz konusu olmamasına rağmen bir kural varmış algısı yaratılmakta, bu kararları alan devletler muktedir kılınmakta ve güçleri kutsanmakta bir başka söylemle söz konusu kavram ile karar alan devletler, uluslararası hukukta kural koyma ve yaptırım uygulama statüsüne sahipmiş gibi gösterilmektedir. Diğer taraftan söz konusu kavram ile alınan karara veya uygulamaya maruz kalan devlet açısından, devletin bir hukuk kuralını ihlal ettiği ve cezalandırmayı hak ettiği algısı oluşturulmaktadır.

Anadolu Haber Ajansı tarafından verilmiş bir haberin dört farklı şekilde sunumu söz konusu algı yanılgısını ortaya koymak bakımından değerlidir. Anadolu Haber Ajansı'nda verilen haber başlığı şöyledir: "*ABD'den Türkiye'ye S-400 yaptırım kararı. ABD, Rusya'dan S-400 sistemlerinin alımı nedeniyle Türkiye'ye bazı yaptırımlar uygulama kararı aldı*"⁵⁰. Bu cümlede yaptırım kavramı kullanılarak, yaptırım kavramının başat anlamından kaynaklı; ABD'nin kural koyan, kuralı ihlal edene ceza veren ülke olduğu, Türkiye'nin kurallara uymayan bu nedenle de cezalandırılmayı hak eden ülke olduğu algısı yaratılmaktadır. Haber, alınan kararın uluslararası hukuktaki niteliği dikkate alındığında şöyle ifade edilebilir: "*ABD, Rusya'dan S-400 hava savunma sistemlerinin alımı nedeniyle Türkiye ile ekonomik ilişkilerini sınırlama kararı aldı.*" Vakanın maddi gerçekliğine yakın üçüncü haber şekli ise şöyle ifade edilebilir: "*ABD, Rusya'dan S-400 sistemlerinin alımı nedeniyle Türkiye'ye çeşitli ekonomik dayatmaları uygulama kararı aldı.*" Vakanın kendi özgünlüğünde, "dayatma" kavramı kullanılarak kurulan bu cümlede, ABD'nin kendi ekonomik ve siyasi çıkarları çerçevesinde; herhangi bir hukuk kuralının ihlalinden bağımsız, egemenlik yetkisi ile tasarrufta bulunmak isteyen Türkiye devletini bir eylemde bulunmaya ya da bulunmamaya zorladığı bilgisi oluşacaktır ki bu daha farklı bir boyutu ortaya koymaktadır. İran Dışişleri Bakanı Muhammed Cevad Zarif, ABD'nin İran'a yönelik uygulamalarının boyutundan kaynaklı olarak söz konusu uygulamaları "*ekonomik savaş*" "*ekonomik terör*"⁵¹ olarak adlandırmıştır.

CF6E4FF96FF9%7D/special_research_report_sanctions_2013.pdf. DAM-DE JONG, Daniella: "Who is targeted by the Council's Sanctions? The UN Security Council and the Principle of the Proportionality", NJIL, 89, 2020, S.383-398.

⁴⁷ DENK, Erdem: "Uluslararası Antlaşmalar Hukukunda Jus Cogens Kurallar", Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 56(2), 2001, s.57.

⁴⁸ AYBAY, Rona/ORAL, Elif: Kamusal Uluslararası Hukuk, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2016, s.132

⁴⁹ AYBAY/ORAL, s.132.

⁵⁰ <https://www.aa.com.tr/tr/dunya/abdden-turkiyeye-s-400-yaptirim-karari-/2076666> (Erişim: 09.02.2021)

⁵¹ Tasnim News Agency: "US Economic Terror Fails to Halt Iran's Progress: Zarif", <https://www.tasnimnews.com/en/news/2019/10/22/2124976/us-economic-terror-fails-to-halt-iran-s-progress-zarif>, (Erişim: 17.09.2020); Tehran Times: "Economic war has targeted people's health, Zarif laments",

Manipülasyon ise; devletlerin aldıkları kararlarının, egemenlik yetkileri çerçevesinde ilişkilerini belirleme serbestisinin çok ötesine gitmesi ve uluslararası hukuka aykırı eylemlere dönüşmesinin manipüle edilmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bunu çok somut olarak ABD'nin 50 yıla yakın bir zamandır İran'a dair aldığı karar ve uygulamalarda görmek mümkündür. GK'nin, İran'ın nükleer faaliyetlerinden dolayı, BMS'nin 41'inci maddesi çerçevesinde aldığı önlemlerinin ardından, İran ile ABD, Çin, Fransa, Almanya, Rusya ve İngiltere arasında, 2015'te uluslararası önlemlerin kaldırılmasını da içeren bir antlaşma imzalanmıştır⁵². Buna karşın ABD eski Başkanı Trump, İran tarafından antlaşmanın ihlali ile ilgili hiçbir kanıt olmamasına rağmen antlaşmadan 8 Mayıs 2018 tarihinde, keyfi olarak tek taraflı çekilmiştir. Bu tarihten itibaren de İran'a yönelik pek çok alanda ekonomik sınırlamalara devam etmiştir⁵³. ABD bu karar ve uygulamalarında, İran ve Nükleer Antlaşmaya taraf devlet menşei ticari kuruluşları, banka sistemi gibi ekonomideki üstünlüğünü araçsallaştırarak kendi kararlarına uymaya zorlamaktadır⁵⁴. Bu uygulamanın hukukta karşılığı ilgili şirketler bakımından “tehdit” iken, şirketin tâbi (veya tabi) olduğu devlet açısından da egemenlik hakkı ihlal edilmektedir.

Dünya ekonomisinde çok önemli rol oynayan ABD'nin, yarım asra varan uygulamaları İran halkını ekonomik faaliyetlerin yürütülmesinin zorlaştırılması, hatta dönem dönem imkansızlaştırılması gibi çok ciddi ekonomik zorluklara maruz bırakmıştır. İlaç ve makine sektörüne yansıyan bu kararlar İran halkının yaşam hakkı gibi birçok insan haklarının ihlaline neden olmuştur. İran'da, son yıllarda yaşanan, birçok yolcu ve mürettebatın ölümüne neden olan uçak kazalarının en önemli nedenlerinden biri; İran devletinin, Amerika'nın politikası nedeniyle Batılı devletlerden uçak ve yedek parçaları almasının engellenmesidir⁵⁵. ABD, bu dayatmalarını sel felaketi gibi olağanüstü dönemlerde de devam ettirmiştir. İran'da, 2019 Nisan ayında yaşanan sel felaketinde, dışarıdan gelecek yardımlar ABD'nin yabancı bankalara dayatmalarından dolayı İran Kızılay Derneği'ne ulaşamamıştır⁵⁶. ABD'nin bu politikasından sadece İran'da yaşayan halk etkilenmemiş, İran toprakları dışında yaşayan İran vatandaşları, hatta İran vatandaşı olmamasına rağmen İran geçmişine sahip kişiler de etkilenmiştir⁵⁷. İran vatandaşı olması nedeniyle kişilerin, bir Avrupa ülkesinde banka hesabı açması ya da bir Avrupa şirketinden banka kayıtlarına yansıyan alışveriş yapması, dönem dönem engellenmiştir⁵⁸.

IV. ULUSAL AZINLIK KAVRAMI ALTINDA KENDİ TOPRAKLARINDA ÖTEKİ KILINAN MİLLETLER

Uluslararası hukukta kavram ve olgu uyumsuzluğunun somut örneklerinden bir diğeri ise ulus devlet kurgusunun bir yan ürünü olan ve ulus devletini meşrulaştırmak için kullanılan, İngilizcede “*national minority*” kavramına karşılık gelen “ulusal azınlık” kavramıdır. Mevcut uluslararası hukukta bugün üçüncü kuşak haklar kapsamında değerlendirilen azınlık hakları hukuku; I. Dünya Savaşı sonrası yapılan antlaşmalara dek giden bir asırlık geçmişe sahiptir. Azınlık hakları hukuku; kimin azınlık olduğu ve azınlıkların hangi haklar ile koruma altına alınacağı hususunda, geçtiğimiz yüz yıllık zaman diliminde dönemsel, ülkesel ve halklar bağlamında birçok sübjektifliği içinde barındırmıştır⁵⁹,

<https://www.tehrantimes.com/news/440972/Economic-war-has-targeted-people-s-health-Zarif-laments>, (Erişim: 15.09.2020).

⁵² İran'ın nükleer programına ilişkin ortak geniş aksiyon planı (JCPOA), 14 Temmuz 2015, Arms Control Association, <https://www.armscontrol.org/factsheets/JCPOA-at-a-glance.BMGK> 20 Temmuz 2015 tarihli 2231 sayılı kararı, <http://unscr.com/en/resolutions/doc/2231>.

⁵³ “Trump Abandons Iran Nuclear Deal He Long Scorned”, New York Times, 08.05.2015, <https://www.nytimes.com/2018/05/08/world/middleeast/trump-iran-nuclear-deal.html>.

⁵⁴ WHITE/ABASS), s.550.

⁵⁵ “Iran's Aging Airliner Fleet Seen as Faltering Under U.S.Sanctions”, <https://www.nytimes.com/2012/07/14/world/middleeast/irans-airliners-falter-under-sanctions.html>, (Erişim: 15.07.2021) Bknz. <https://www.arabnews.com/node/1806416/middle-east> (Erişim: 19.07.2021)

⁵⁶ Bu konuda basında çıkmış haberlere dair bir kaç örnek: the New York Times, “Iran Says Trump's Sanctions Have Frustrated Flood Relief Efforts”, <https://www.nytimes.com/2019/04/02/world/middleeast/iran-floods-trump-sanctions.html>, (Erişim: 21.08.2020); Reuters: “Flood-hit Iran getting no financial aid from abroad due to U.S.sanctions: statement”, <https://www.reuters.com/article/us-iran-floods-redcrscent/flood-hit-iran-getting-no-financial-aid-from-abroad-due-to-u-s-sanctions-statement-idUSKCN1R10GY>, (Erişim: 18.08.2020).

⁵⁷ SCHRÖDER, s.632.

⁵⁸ TAZ “Embargo trifft Privatkunden: Keine Konten für Iraner”, <https://taz.de/Embargo-trifft-Privatkunden/!5077111/>, (Erişim: 20.08.2020)

⁵⁹ GILBERT, Geoff: Religo-Nationalist Minorities and the Development of Minority Rights Law, RIS, 25, 1999, s.389, 391; ORAN, Baskın: Türkiye’de Azınlıklar, Kavramlar, Teori, Lozan, İç Mevzuat, İçtihat, Uygulama, 5. Bası, İletişim, Ankara, 2008, s.21; TOIVANEN, Reetta: “Das Paradox der Minderheitenrechte in Europa”, SWS-Rundschau 45(2), 2005, s.191; STRACK, Helga: “Über das Leben von Minderheiten in Europa”, http://www.gpi-online.de/upload/pdfs/esec_0405/internetpublikation/5_eurokulturelle_und_ethische_bildung/hu-strack1-ber_das_leben_von_minderheiten-europa.pdf, s.4. (Erişim: 27.08.2020).

çalışma ulusal azınlık kavramı ve kavramla kavram altında tanımlanan olgu arasındaki kopukluk ile sınırlanmıştır⁶⁰.

A. “Ulusal Azınlık (*National Minority*)” Kavramı

Uluslararası hukukta, 1895 yılında “bir kolektifte veya gruptaki en az sayıda insan veya nesne” anlamında da kullanılan “*minority*” kavramının, bugün “bir topluluğun geri kalanından ırk, din, dil vb. ile ayrılmış bir grup insan” anlamıyla Fransızca’da 1908 yılında⁶¹, İngilizcede 1919 yılında⁶² kullanılmaya başlandığı belirtilmektedir. Türk Dil Kurumu sözlüğünde “azınlık” kavramı; “bir toplulukta kendine özgü nitelikler bakımından ayrı ve ötekilerden sayıca az olanlar, azlık, ekalliyet, çoğunluk karşıtı” olarak tanımlanmıştır⁶³.

“Ulusal azınlık” kavramı, uluslararası hukukta azınlık kavramından çok daha farklı bir boyutta şekillenmiştir. Uluslararası hukuk, bugün herkes için bağlayıcı olan bir ulusal azınlık tanımından yoksundur⁶⁴. Azınlık hukukunun gerek ulus devletler üzerine oluşturulmuş bugünkü uluslararası hukuk sisteminde var edilmesi gerekse uluslararası arenada, her defasında kendisi dışındaki tarihi ve siyasi faktörlerle belirlenmesi uluslararası hukukta genel kabul gören bir azınlık tanımı yapılmasına engel olmuştur⁶⁵. Bugüne kadar, birçok bağlayıcı olmayan uluslararası hukuk belgesinde her ne kadar azınlıkların korunması hususunun devletlerin içişlerine karışmak olarak algılanamayacağı, azınlıkların varlığının veya yokluğunun devletlerin tek başına belirleyebilecekleri bir husus olmadığı belirtilmiş ise de⁶⁶ her etnik, kültürel, dil ve dinsel farklılığın azınlık oluşturmayacağı dile getirilmiştir⁶⁷. Sonuçta devletler, kimlerin azınlık olduğunu belirleme yetkisini egemenliklerinin bir parçası olarak gördüklerinden azınlık kavramının kapsamının belirlenmesinde henüz çok yol kat edilmemiştir⁶⁸.

Bağlayıcı bir ulusal azınlık tanımının yokluğundan ötürü Avrupa hukukunda, Francesco Capotorti’nin 1978’deki azınlık tanımının Jules Deschênes’in 1985’teki azınlık tanımı⁶⁹ ile değiştirilmiş hali, referans olarak genel kabul görmüştür. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi’nin AİHS Ek Protokolü ile ilgili 1993 ve 1995 yıllarındaki tavsiye kararlarında da bu tanımdan yola çıkmıştır⁷⁰. AİHS Ek Protokolü’nde yapılan azınlık tanımına göre, azınlıktan bahsedilebilmesi için altı unsur belirtilmiştir. O grup üyelerinin; 1) söz konusu devletin sınırları içerisinde ikamet etmesi 2) o devletin vatandaşı olması 3) o ülke ile uzun yıllara dayanan sağlam ve sürekli bir ilişkisinin olması 4) farklı etnik, kültürel, dinsel ya da dilsel özellikler taşıması 5) sayısal olarak az olması veya toplumda hiçbir politik ya da sosyal hâkimiyetinin bulunmaması 6) grup içinde dilsel, kültürel, geleneksel ve dinsel kimliklerini korumaya yönelik bir dayanışma duygusu taşıması gerekmektedir, denilmektedir⁷¹.

⁶⁰ PIRCHER, Erich H.: Der Vertragliche Schutz von Ethnischen, Sprachlichen und Religiösen Minderheiten, Stämpfli, Bern 1979, s.43. TUNÇ, Hasan: “Uluslararası Sözleşmelerde Azınlık Hakları Sorunu ve Türkiye”, GÜHF Dergisi, 8(2), 2004, s.18.

⁶¹ (Huysmans, En route, t.2, 1895, s.147) <https://www.cnrtl.fr/definition/minorite%C3%A9>

⁶² Online Etymology Dictionary: “Minority”, https://www.etymonline.com/word/minority_2 (Erişim: 25.08.2020).

⁶³ Türk Dil Kurumu Sözlükleri, <https://sozluk.gov.tr/>. (Erişim: 22.07.2021)

⁶⁴ GILBERT, Geoff: “Religio-Nationalist Minorities and the Development of Minority Rights Law”, s.389.

⁶⁵ HEINTZE, Hans-Joachim: Selbstbestimmungsrecht und Minderheitenrechte im Völkerrecht, Herausforderungen an den Globalen und Regionalen Menschenrechtsschutz, I. Bası, Nomos-Verl-Ges, Baden-Baden 1994, s.167-168.

⁶⁶ GILBERT, Geoff: “The Burgeoning Minority Rights Jurisprudence of the European Court of Human Rights” Human Rights Quarterly, (24), 2002, s.738. Office of the High Commissioner for Human Rights, “General Comment no.23: The Rights of minorities (Art. 27), 08.04.1994.CCPR/C/21/Rev.1/Add.5”, ([www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/fb7fb12c2fb8bb21e12563ed004df111?Opendocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/fb7fb12c2fb8bb21e12563ed004df111?Opendocument)), (Erişim: 25.08.2020); Office of the High Commissioner for Human Rights: “General Recommendation no.24: reporting of persons belonging to different races, national/ethnic groups, or indigenous peoples (Art.1): 27.08.1999”, <http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/%28Symbol%29/9ce4cbfde77a452a8025684a0055a2d0?Opendocument>, (Erişim: 15.08.2020); ORAN, s.25-6. HEINTZE, s.168.

⁶⁷ HEINTZE, s.167.

⁶⁸ Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht: “Völkerrechtliche Praxis der Bundesrepublik Deutschland im Jahre 1997”, <https://www.mpil.de/en/pub/publications/archive/prax/pr97.cfm>, (Erişim: 28.08.2020); STRACK, s.4; ÇAVUŞOĞLU, Naz: Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Azınlık Hakları, 2. Baskı, İstanbul: Su Yayınları 2001, s.34; TOIVANEN, s.191; TERZIOĞLU, Süleyman S./ÖZARSLAN Bahadır B.: “Azınlıklar Açısından Türkiye–Avrupa Birliği İlişkileri”, In: Mehmet Seyfettin Erol/Ertan Efegil (ed.), Türkiye – AB İlişkileri: Dış Politika ve İç Yapı Sorunsalları, Alp, Ankara 2007, s.286.

⁶⁹ Francesco Capotorti, Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities, UN Doc. E/CN.4/Sub2/384/Rev.1/§568. Jules Deschênes, Proposal concerning a Definition of the Term ‘Minority’, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1985/31 §181.

⁷⁰ AK Parlamenter Ansemblesi’nin 01.02.1993 tarihli 1201 (1993) sayılı ve 31.01.1995 tarihli 1255 (1995) sayılı kararları; <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta93/EREC1201.htm>,

<http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta95/EREC1255.htm>; THEURER, Daniel:

Grundrechtsgemeinschaft ohne Grenzen?, Nomos, Baden Baden 2009, s.85-87; ERMİSCH, Harald: Minderheitenschutz ins Grundgesetz?, Lid, Münster 2000, s.127.

⁷¹ Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi Tavsiyesi No:1201, İnsan Haklarının Korunması ve temel özgürlükler ilgili Sözleşme, Ulusal Azınlıklar ve Mensuplarına Dair ek Protokol Taslağı. Tanım, madde 1, <https://dsserver.bundestag.de/btd/12/045/1204572.pdf#page=12>

Yukarıdaki tanımda, çalışmanın konusu kapsamında tartışmalı olan hususlar 3, 5 ve 6'ncı maddelerdir⁷².

B. Kavram ile Tanımlanan Olgu

Azınlık kavramının en temel unsuru olan “sayıca az olma” durumu ulusal azınlık kavramının olmazsa olmazı değildir. Yukarıda belirtilen AİHS Ek Protokolü’nde yapılan ulusal azınlık tanımındaki 5’inci maddeden yola çıkıldığında; söz konusu grubun toplumda hiçbir politik ya da sosyal hâkimiyetinin bulunmaması durumunda artık, sayıca az olma durumu tanımın bir unsuru olmaktan çıkmaktadır. Protokol’de yapılan azınlık tanımda 3’üncü maddede yer alan “o ülke ile uzun yıllara dayanan sağlam ve sürekli bir ilişkinin olması” ibaresi, hangi grupların potansiyel olarak “azınlık” kabul edilebileceğinde bir başka belirleyendir⁷³. Literatürde, bir ilişkinin “uzun yıllara” dayanması olgusuna dayanılarak iki grubun kapsam dışı olduğu belirtilmiştir. Söz konusu gruplar, işçi göçmenler ve mültecilerdir⁷⁴. Avrupa’nın 1960’lı yıllardan itibaren göçmen işçi olgusu ile yüzleşmesine rağmen bu kıtadaki göçmen işçilerin, bugüne kadar azınlık olarak kabul edilmemesi literatürdeki bu bilgiyi doğrulamaktadır. Almanya, Azınlıkların Hakları Çerçeve Sözleşmesi ile ilgili “her devletin kendi sınırları içinde azınlık kavramını tanımlama hakkının var olduğunu dile getirerek” bugüne kadar kendi ülkesinde dili, dini, gelenek göreneği ve tarihi ile farklı bir kimliğe sahip olan göçmen işçiler için entegrasyon kavramı çerçevesinde çözüm arayışına gitmiş, bu kişilerin azınlık statüsünü tartışmaya hiç açmamıştır⁷⁵. Yine, özellikle son çeyrek asırdır, çok ciddi olarak kitlesel göç olgusu ile boğuşan bir dünya gerçeğine karşın göçmenlerin hukuki statüsü birey temelli Uluslararası Mülteci Hukuku ile düzenlenmeye çalışılmış, söz konusu kitlesel göçe rağmen azınlık statüsüne sahip olma durumları, göçmenler ile ilgili tartışmalarda konunun dışında kalmıştır.

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Anabilim Dalı tarafından yapılan, “İnsan Haklarında Güncel Tartışmalar” isimli proje çerçevesinde 45 ülkeden 69 akademisyen ile yapılan 12 soruluk mülakat çalışmasının 3 sorusu azınlık hakları ile ilgilidir⁷⁶. Hem bu üç soru bağlamında hem de cevapların bütününe dair iki tespitin yapılması mümkündür: Birincisi; bugün dünyadaki devletlerin az ya da çok, kültürel, dilsel, dinsel farklılıkları içlerinde barındırdığı gerçeğidir. İkincisi ise devletlerde, sadece, “ulus devlet” kurulmadan önce etnik, dinsel kimlikler bakımından o topraklarda var olmuş, geçmiş yüzyıllara dayanan, başat kimlik dışındaki halkların azınlık olarak kabul edilme potansiyelinin olduğudur. Bir başka söylemle; azınlık kavramı ile bahsedilen halk grubu herhangi bir insan grubu değildir, sadece o toprakların kadim halklarıdır. Söz konusu gerçeklik ülkelerin anayasalarında da kendini somut olarak göstermektedir. 202 ülkenin anayasasında yapılan araştırma sonucuna göre; “azınlık” kavramına yer veren anayasa sayısı 49’dur⁷⁷. Araştırılan ülkelerin yaklaşık dörtte birine denk gelen ülkelere bakıldığında, 20 ülkenin anayasasının Dünya tarihinin dört temel olgusu olan, I. Dünya Savaşı, II. Dünya Savaşı, Soğuk Savaş ve Etkin Devlet Yönetimi Yokluğu çerçevesinde şekillendiği görülecektir⁷⁸. Bu bağlamda Ekvator, Uganda, Bolivya, Venezüella gibi Güney Amerika ülkelerinin anayasalarında ise “yerli halk” kavramının kullanıldığı görülmektedir⁷⁹.

Azınlık kavramını göreceleştiren bir başka unsur ise AİHS Ek Protokolü’nün ulusal azınlık tanımındaki 6’ncı maddesinde belirtilen “grup içinde dilsel, kültürel, geleneksel ve dinsel kimliklerini korumaya yönelik bir dayanışma duygusu taşınması” hususudur. Bir başat kimlik üzerine inşa edilen ulus devleti bir halkı asimile etmekte başarılı olmuş ise artık o halkın azınlık olma durumu söz konusu değildir.

⁷² THÜRER, Grundrechtsgemeinschaft ohne Grenze, s.85 vd. HESELHAUS, F. Sebastian: “Minderheitenschutz und Vielfalt der Kulturen, Religionen und Sprachen”, Carsten Nowak (Hrsg), Handbuch der Europaischen Grundrechte, Beck, München, 2006., §46, Kenar Notu 37 vd.

⁷³ THÜRER, Grundrechtsgemeinschaft ohne Grenze, s.85 vd. HESELHAUS, §46, Kenar Notu 37 vd.

⁷⁴ STRACK, s.3; ÇAVUŞOĞLU, s.34. Thüerer, Grundrechtsgemeinschaft ohne Grenze, s.85 vd

⁷⁵ Völkerrechtliche Praxis der Bundesrepublik Deutschland im Jahre 1997, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht,

http://www.mpil.de/ww/en/pub/research/details/publications/institute/prax/pr97.cfm?fuseaction_prax=act&act=pr97_19.

STRACK, s.4; ÇAVUŞOĞLU, s.34; TOIVANEN, s.191; SUR, Melda: Uluslararası Hukukun Esasları, 14. Bası, Beta, İstanbul 2020, s.126; TERZİOĞLU/ÖZARSLAN, s.286.

⁷⁶ Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, İnsan Hakları Hukukunda Güncel Tartışmalar, <https://humanrightsproject.asbu.edu.tr/>. (Erişim: 22.11.2021).

⁷⁷ Söz konusu ülkelerin anayasaları için Constitute: <https://www.constituteproject.org/>, (Erişim: 02.09.2020)

⁷⁸ I. Dünya Savaşı bağlamında 1920 Avusturya Anayasası; II. Dünya Savaşı bağlamında 1947 İtalya Anayasası, Soğuk Savaş sonrası yeni kurulan devletlerin anayasaları: Ermenistan Anayasası; Bosna Hersek Anayasası; Çek Cumhuriyeti Anayasası madde 3, 24, 25/1; Estonya Anayasası madde 37. ve 51; Etkin Devlet Yönetimi Yokluğu çerçevesinde Somali Anayasası.

⁷⁹ İlgili ülkelerin anayasaları için Constitute: <https://www.constituteproject.org/>, (Erişim: 02.09.2020)

C. Kavram ile Yaratılan Algı Yanılgısı

“Ulusal azınlık” kavramı ile ifade edilen halk aslında, ulus devletin inşası öncesi, var olan o toprakların kadim halkı iken halkları “azınlık” kavramı ile tanımlamak, doğrudan ulus devletine meşruluk kazandırma temellidir. Azınlık kavramı birçok açıdan yanıltıcıdır. Öncelikle özü itibari ile yanıltıcıdır çünkü mevcut ulus devletteki farklı etnik, kültürel, dinsel ve dilsel özellikler taşıyan her grubun potansiyel azınlık olabileceği algısı yaratabilmektedir ki bu doğru değildir. Çünkü sadece söz konusu ülkenin kadim halkları bağlamında o ülkelerde bu husus tartışılmaktadır. Bu durum ayrıca, her kadim halkın azınlık statüsüne haiz olduğu anlamına da gelmemektedir. Söz konusu halkın azınlık statüsüne haiz olması; kendilerinin farklı bir kimliğe sahip olmalarının dışında, buldukları ülkedeki güçleri ve uluslararası arenada himaye edilmeleri gibi birçok faktöre bağlıdır.

Kadim halkları azınlık olarak tanımlamak; ulus devlete, üzerinde inşa olduğu kimlik üzerinden meşruluk kazandırırken bu halkları ötekileştirmektedir. Yukarıda belirtilen mülakata, İran’dan katılan Javid; azınlık kavramının özü itibari ile ayrımcılığa neden olduğunu belirtmekte iken Avusturya’dan katılan Emorton; Avusturya yerli halklarının, kendilerinin azınlık kavramı altında tanımlanmalarına şüphe ile yaklaşıklarını belirtmektedir⁸⁰. Mülakatlardan elde edilen verilerde; azınlık kavramının negatif bir kavram olduğu ve her defasında ekonomik, sosyal olarak toplumun dışına itilmiş gruplar ve halklar için kullanıldığı görülmektedir⁸¹.

V. ANALİZ

Çalışmada elde edilen veriler çerçevesinde şu tespitler yapılabilir: Uluslararası hukuk kavramları; uluslararası ilişkiler kavramlarının uluslararası hukuka sokulması (“başarısız devlet”), konjonktürel şartlarda yeni bir kavramın ortaya çıkarılması (“ulusal azınlık”) ya da bir hukuk kavramının farklı bir bağlamda sunulması (“yaptırım”) gibi farklı metodlar ile ortaya çıkmaktadır. Özellikle tek kutuplu dünya düzeninin başlangıcı olan 1990’lı yıllardan itibaren ABD’nin, ekonomik ve siyasi çıkarları çerçevesinde uluslararası hukukta kullanılan kavramlarda bazen “mimar” bazen de “yönlendiren” olarak ortaya çıktığı somut bir gerçekliktir⁸².

Kavramların başat anlamları aracılığı ile uluslararası hukuka konu olay ve olgular; nedensellik, gerçeklik ve etkileri kapsamında birçok açıdan kendi gerçekliğinden koparılarak, güçlü devletlerin ekonomik ve siyasi çıkarları çerçevesinde, başka nedensellik ve görünümde sunulmaktadır. Bu durum, “başarısız devlet” kavramında; olguya kendi bağlamından kopuk nedensellik inşa edilerek, “ulusal azınlık” kavramında; azınlık kavramının başat anlamından yola çıkılarak söz konusu halkların sayıca az olduğu ve sayıca az olan her halkın bu kapsama girdiği algıları yaratılarak yapılmaktadır. “Yaptırım” kavramı ile de kavramının hukukta kullanılan başat anlamından kaynaklı bir hukuk kuralının varlığı, söz konusu hukuk kuralının ihlali ve bu ihlal karşısında cezalandırma yetkisinin oluşacağı yanılsamaları yaratılmaktadır.

Bu kavramlar; uluslararası hukukun kurum ve kurallarına yön veren güçlü devletler tarafından, kendi faaliyetlerini ya uluslararası hukukun çerçevesine sokmak ya da uluslararası hukuk çerçevesinde meşrulaştırmak amacıyla araçsallaştırılmaktadır. Etkin devlet yönetimi yaşayan devletlere güç kullanma ve müdahale; “başarısız devlet” kavramı ve kavram altında oluşturulan konsept yoluyla bu devletlerin yetisiz olduğu, bu halleriyle insan hakları ihlalleri veya bölgesel/uluslararası barış ve güvenliği tehdit ettikleri temellendirmesi üzerinden BMS Bölüm VII çerçevesinde nedenselleştirilmiştir. “Yaptırım” kavramının, devletlerin egemenlik yetkilerinin görünümü olarak sunulan, aslında dönem dönem hem kapsamı itibari ile hem de muhatap hususunda uluslararası hukuka aykırı boyutlara giden faaliyetlerini meşrulaştırmak için araçsallaştırıldığı görülmektedir. “Ulusal azınlık” kavramında ise ulus devlet konsepti üzerine inşa edilmiş olan uluslararası toplum düzeninde, başat kimlik dışında kalan halkların sayıca azınlık olmasalar bile başat kimliğin sahip olduğu hukuki statüden farklı bir statüye sahip olmalarının “azınlık” kavramı ile nedenselleştirildiği görülmektedir.

Bir diğer husus; bu kavramlar yoluyla uluslararası hukukta direksiyonu elinde tutanların barış, demokrasi, insan hakları ve benzeri kavramlarla kendilerini “güzelleme” yoluyla aktör olarak sunmaları, diğer taraftan ise hukuka aykırı eylemlere maruz kalan mağdurları, yetisizliklerinden eylemlerinin hukuka aykırılığına kadar çok geniş bir yelpazede yargılamaları ve suçlu göstermeleridir. Etkin devlet yönetimi yokluğu ile boğuşan devletleri “başarısız” diye tanımlayan devletler esasen bu olgunun baş aktörlerinden iken kendilerini “kurtarıcı”, bu olguya boğuşan devleti ise “yetisiz” olarak

⁸⁰ Human Rights Project: <https://humanrightproject.asbu.edu.tr/tr/akademisyenler-tarafından-verilen-cevaplar>, (Erişim: 05.09.2020).

⁸¹ Human Rights Project.

⁸² DUNN, David Hastings, “Bush, 11 September and the Conflicting Strategies of the ‘War on Terrorism’”, *Irish Studies in International Affairs*, 16, 2005, s.11-33; ANDREIAS, V.A.V “Anticipatory self-defense in International Law: Legal or Just a Construct for Using Force”, <https://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=122935>, (Erişim: 01.12.2021).

göstermektedirler. Yaptırım kavramı ile hukuka aykırı eylemlerine rağmen güçlü devletlerin güçleri kutsanırken, bu uygulamalara maruz kalan devletler suçlu gösterilmektedir⁸³. Azınlıklar konusu ise bir taraftan insan hakları çerçevesinde ele alınırken diğer taraftan azınlık kavramının süjesi olabilecek halklar, siyasi konjonktüre göre “terörist” kavramından “yerli halka” kadar çok geniş bir alanda tanımlanmıştır.

Akademisyenler, uluslararası hukukta kavramların altında oluşturulan konseptlere karşı eleştirel yaklaşımlar sergilemiş olsalar da söz konusu eleştirilerin kapsamına kavramların girmediği, genel itibari ile görülmektedir. Her şeyin, adlandırma ile başladığı bir gerçeklikte; olguya karşılık olarak öngörülen kavramın kabul edilip kullanılmasının ardından kavramın altında inşa edilen konseptte dair eleştirel her ne söylenirse söylesin, bu söylemler kavramın yarattığı algının arkasında kalmak gibi bir durum ile karşı karşıyadır. Hakikatte bu kavramlar, uluslararası hukukta tartışılması gereken birçok hususun önüne geçmektedir. “Yaptırım” olarak tanımlanan olgu çoğu kez güçlü devletlerin ekonomik ve siyasi çıkarları çerçevesinde güçsüz devletlere karşı ortaya çıkmaktadır. Yaptırım kavramı; egemenlik yetkisinin bir tezahürü olarak kabul edilen bu kararların mevcut küresel ekonomide nasıl yorumlanacağı ve egemenliğin böyle mutlak görünümü olup olamayacağı sorularının sorulmasına başat anlamından kaynaklı engel olurken; başarısız devlet kavramı başat anlamından kaynaklı, etkin devlet yönetimi yaşayan devletlerde egemenliğin mutlak olmaması gerektiği algısını yaratmaktadır. Böylece bir taraftan etkin devlet yönetimi yokluğu olgusuna, BMS bölüm VII’nin yeniden yorumu ile müdahalede hukuki zemin yaratılmaktadır. Diğer taraftan da “yaptırım” kavramı altında yapılan faaliyetlerin bazen dayatma ve zorlamaya, bazen ekonomi ve finans alanındaki güçten kaynaklı “tehdide” dönüştüğü gerçeğine ve uygulamanın hukuka aykırı boyutunun ne olduğuna dair birçok verinin varlığına rağmen söz konusu ekonomik veya siyasi sınırlamaların kapsamının ve sınırının ne olacağına uluslararası hukuk sessiz kalmaktadır.

VI. TÜRKÇE ULUSLARARASI HUKUK LİTERATÜRÜNDE “BAŞARISIZ DEVLET”, “YAPTIRIM” VE “ULUSAL AZINLIK” KAVRAMLARININ KULLANILIŞI

Türkçe uluslararası hukuk literatüründe araştırma konusu kavramlar diğer birçok uluslararası hukuk kavramı gibi İngilizcede kullanılan kavramların birebir tercümesidir. Bu durum; uluslararası hukuk kavramlarına karşı yeterli eleştirel bakış açısı geliştirememeye durumunun somut bir göstergesidir⁸⁴. Bu tutum; kavram altında yapılan tanım ve tespitlerin olguya uygunluğuna dair eleştirel yaklaşımı olan akademisyenlerde dahi görülmektedir⁸⁵.

Çalışmaya konu örnek kavramlara, bu kavramlar ile tanımlanan olgu ve uygulamaya Türkiye özelinde bakıldığında şu tespitleri yapmak mümkündür: Türkiye 2017 yılında, Rusya’dan S-400 hava savunma sistemleri satın aldığı için Amerika tarafından “Amerika’nın Hasımlarıyla Mücadele Yasası” çerçevesinde, “ikincil yaptırımlar” denilen uygulamaya maruz kalmıştır⁸⁶. ABD’nin Türkiye üzerinde “zorlayıcı kararları” veya “dayatma kararları” ifadeleri somut duruma daha uygun iken “yaptırım” kavramı kullanıldığında kavramın birincil anlamından kaynaklı, Türkiye yapmaması gereken bir eylemde bulunmuş ve cezalandırma yetkisine sahip olan ABD de Türkiye’yi cezalandırmış algısına ulaşılacaktır. Hakikatte ise ABD; ekonomik gücünden kaynaklı kendi istenci doğrultusunda, Türkiye’yi eylemde bulunmaya zorlayarak Türkiye’nin egemenlik hakkını ihlal etmektedir⁸⁷.

Türkiye, “başarısız devlet” kavramının uluslararası hukukta nasıl araçsallaştırıldığını, Afganistan ve Irak üzerinden çok somut olarak tecrübe etmiştir. Gerek devlet olarak ortaya çıktıkları tarihten bugüne kadarki geniş tarihlerinde gerekse 2000’li yıllarda askeri müdahale ve arkasından maruz kaldıkları siyasi, ekonomik ve kültürel müdahalelerle bu iki devlet “etkin devlet yönetimi

⁸³ Countering America’s Adversaries Through Sanctions Act <https://www.govinfo.gov/content/pkg/PLAW-115publ44/pdf/PLAW-115publ44.pdf>

⁸⁴ TAŞ, Burak, “Etkin Otorite Yokluğunda Devlet Dışı Silahlı Aktörlerin İnsan Hakları İhlallerinden Doğan Sorumluluk Halleri”, Ankara Barosu 79(1), 2021, s.145-173.

⁸⁵ AKTAŞ, s.141-179; ÖGÜT, Selman, “Başarısız Devlet Kavramının İncelemesi”, MÜHF-HAD, 19(31), 2013, s.163-177; TAŞDEMİR, Fatma, “Başarısız Devletler ve Uluslararası Hukuk Açısından Ortaya Çıkardığı Sorunlar”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 8(1), 2013, s.405-423; KARADELİ, Cem, “Failed State Concept and the Sub-Saharan African Experience”, Cankaya University Journal of Law, 12(2), 2009, s.111 – 126; BATIR, Kerem, “Uluslararası Hukukta Devlet ve Başarısız Devletler: Somali Örneği”, Onsekiz Mart Üniversitesi Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi, 2(4), 2017, s.81 - 102; ŞAFAK, Erdi, “Uluslararası Hukukta Yaptırım Kavramı Ve Devletler Açısından Bağlayıcılığı Meselesi”, ESAM 2(2), 2021, s.310-337.

⁸⁶ US Department of State, “CAATSA Section 231 ‘Imposition of Sanctions on Turkish Presidency of Defence Industries’” [,https://2017-2021.state.gov/caatsa-section-231-imposition-of-sanctions-on-turkish-presidency-of-defense-industries/index.html](https://2017-2021.state.gov/caatsa-section-231-imposition-of-sanctions-on-turkish-presidency-of-defense-industries/index.html), (Erişim: 01.12.2021); ÇOKİŞLER, s.71-86.

⁸⁷ <https://www.bloomberght.com/abd-s-400-nedeniyle-turkiye-ye-yaptirim-karari-aldi-2270616>

yokluğu”ndan öte “etkisizleştirilmiş devlet yönetimi” olgusuyla boğuşmuştur⁸⁸. Bugün Türkiye, ABD düşünce kuruluşu olan Barış Fonu tarafından “fragile states” (Kırılgan Devletler) Endeksi (eski adıyla Failed State Index)’nde 59’uncu sırada gösterilmektedir⁸⁹.

“Ulusal azınlık” kavramının çok daha özgün bir yeri vardır. Burada, birbiri ile ilintili dört hususun altını çizmek gerekmektedir. Bu kavram; Osmanlı İmparatorluğu’nun, Avrupa Kamu Hukuku sistemine “intibak” sürecinde, Avrupa dillerinden tercüme ile geçmiş olan “ekalliyet” kavramından gelmektedir⁹⁰. Osmanlı İmparatorluğu’nda olguya denk gelen kavram, millet kavramıdır ve millet sistemi Osmanlı İmparatorluğu’nda önemli bir müessesedir. “Ulusal azınlık” kavramı ile karşılaştırıldığında millet kavramının olguya çok daha denk düştüğü bir gerçekliktir. İlbey Ortaylı “Millet” başlıklı makalesinde millet ve azınlık kurgularının bu gruplara mensup kişilerde farklı davranış modeline neden olduğunu belirtilmektedir. Ortaylı, millet kelimesi bağlamında bu gruba mensup olan kimsenin içinde bulunduğu çoğunluk olarak tanımlanacak toplum ile azlık çokluk bakımından ilişki kurmadığı, mensup olduğu gurubun kendi özgün değerleri ile kendini var ettiğini belirtmiştir. Buna karşın azınlık kurgusunun ferdi, çoğunluktan farklı olması gerçeği ile çoğunlukla ile yarışma, asimile olma kaygıları nedeniyle çatışmaya ittiğini belirtmektedir⁹¹.

Olguya denk düşen “millet” kavramının yerine Osmanlı İmparatorluğu’nda “ekalliyet”, bugün de “azınlık” kavramının kullanılması, bu kavrama sahip çıkılamamış olmasını göstermektedir ki bu durum esasen diğer iki kavrama göre daha olumsuz bir durumdur.

VII. SONUÇ

Uluslararası hukukta daha dinamik bir yapıya sahip olan uluslararası hukuk kavramları en az uluslararası hukuk müessesleri kadar güçlü devletlerin kendi ekonomik ve siyasi çıkarları çerçevesinde araçsallaştırılmaktadır. Kavramlar ve kavramlar çerçevesinde oluşturulan ve konseptler yoluyla uluslararası hukuka konu olay ve olgular neden ve gerçeklikler bağlamında kendi mecrasında uzaklaştırılmakta, uluslararası hukukun konjonktürel gerçeğinde yeni nedensellikler ve gerçekliklerle sunulmaktadır. Bu sayede de güçlü devletlerin uluslararası hukukun genel ilkelerine, kural ve müesseselerine aykırı eylemleri ya uluslararası hukuka uygun bir işleme dönüştürülmekte ya da meşrulaştırılmaktadır.

Kavramlarla uluslararası hukuk müessesesi ve kurallarının kendi özünden farklı bir mecrada sunulması sürecinde egemenlik olgusunun iki yönde göreceleştirildiğine tanık olunmuştur. Bir taraftan “yaptırım”, “önleyici meşru müdafaa” gibi kavramlarla güçlü devletlerin egemenlik yetkilerinin kapsamı genişletilmiştir. Diğer taraftan ise “başarısız devlet”, “insani müdahale” gibi kavramlarla fiiliyatta uluslararası hukukun edilgen konumundaki devletlerin egemenlik yetkilerinin daraltıldığı görülmektedir.

Uluslararası hukuk literatüründe kavramlara karşı yeterli eleştirel bir yaklaşım gösterilmemektedir. Bu tutum kavram altında yer alan tanımlamalar ve uygulamalara dair eleştirel bakış açısı geliştirilen akademik çalışmalarda da görülmektedir. Türkçe uluslararası hukuk literatüründe de söz konusu bu genel tavrın kendisini tekrarladığı görülmektedir.

Devletlerin egemen eşitliği ilkesinin uluslararası hukukta emredici hukuk kuralı olarak kabul edilmiş olması bir kazanımdır. Güçlü devletlerin ekonomik ve siyasi yapıları çerçevesinde belirlenen, çoğu kez de oldubitti tarzında sunulan uluslararası kurum ve kurallara karşı bu sistemin daha edilgeni olan devletlerin karşı durabilmesindeki zorluklar anlaşılabilir. Buna karşın uluslararası hukuk kavramlarına eleştirel yaklaşım söz konusu güçten bağımsız bir duruştur ve güçlü devletlerin uluslararası hukukun kurum ve müesseselerini ihlali faaliyetlerini meşrulaştırmalarının önünde değerli bir çabadır. Bu çaba ülke bazında oluşturulacak bu konuya hasredilmiş uluslararası hukuk uzmanlardan oluşan bir komisyon tarafından verilebileceği gibi tek tek akademisyenlerin bu kavramlara eleştirel yaklaşımları da çok önemlidir.

⁸⁸ AKPINARLI, s.157-171; ÖZER, Hüseyin, 11 Eylül Sonrası ABD Müdahaleciliği ve BM Sistemi Temelinde Uluslararası Hukuk, AÜSBE Kamu Hukuku (Uluslararası Kamu Hukuku) Anabilim Dalı Doktora Tezi, <https://dspace.ankara.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12575/37267/273336.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, (Erişim: 01.12.2021).

⁸⁹ The Fund for Peace: “Fragile States Index”, <https://fragilestatesindex.org/data/> (Erişim: 30.08.2020)

⁹⁰ Osmanlıca Türkçe Sözlük: “Ekalliyet”, <http://www.osmanlicaturkce.com/?k=Ekalliyet&t=@>, (Erişim: 29.08.2020)

⁹¹ ORTAYLI, İlbey “Millet”, İslam Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/millet>, (Erişim: 25.08.2020).

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazar Neyire AKPINARLI bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Neyire AKPINARLI who is author, has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini ve yayınlanmadığını beyan etmektedir. | The author declares that she complies with the scientific, ethical, and quotation rules of İnULR in all processes of the paper and that she does not make any falsification of the data collected. In addition, she declares that both İnönü University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated and published in any academic publication environment other than İnönü University Law Review.

KAYNAKÇA

- ABADAN, Nermin: "Kayıtsız Şartsız Teslim", AÜSBF Dergisi 6(1), 1951, s.244-275.
- AKKUTAY, B. Lale: "Birleşmiş Milletler Andlaşması Çerçevesinde Ekonomik Yaptırımların Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetim", TTB (11), 2014, s.412-448.
- AKPINARLI, Neyire: The Fragility of the failed State Paradigm, A Different International Law Perception of the Absence of Effective Government, I. Bası, Martinus Nijhoff, Leiden 2010, s.94-97.
- AKTAŞ, Altan: "Başarısız Devlet Söyleminde Uluslararası Hiyerarşi Algısı", The Turkish Yearbook of International Relations, (50), 2019, 141-179.
- ANDREIAS, V.A.V: "Anticipatory self-defense in International Law: Legal or Just a Construct for Using Force", <https://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=122935>, (Erişim: 01.12.2021).
- AYBAY, Rona/ORAL, Elif: Kamusal Uluslararası Hukuk, İBU Yayınları, İstanbul, 2016.
- BARTL, Jürgen: Die Humanitäre Intervention durch den Sicherheitsrat der Vereinten Nationen im Failed State: Das Beispiel Somalia, I. Bası, Peter Lang AG Yayınevi, Frankfurt, 1999.
- BATIR, Kerem: "Uluslararası Hukukta Devlet ve Başarısız Devletler: Somali Örneği", ÇOMÜ USB Dergisi, 2(4), 2017, s.81-102.
- BERBER, Friedrich: Lehrbuch des Völkerrechts, Allgemeines Friedensrecht, Volume I, C.H. Beck Verlag, Munich, 1975.
- BROCKWAY, Fenner: The Colonial Revolution, MacGibbon, London, 1973.
- CHIMNI, Bhupinder: "The World Trade Organization, Democracy, and Development: A View From the South", JWS, 40(1), 2014, s.5-36
- CHIMNI, Bhupinder: "Third World Approaches to International Law: A Manifesto", in Anghie, Antony/Chimni, Bhupinder/Mickelson, Karin/Okafor, Obiaora (ed.), The Third World and International Order: Law, Politics and Globalisation, Development in International Law 45, Martinus Nijhoff Yayınevi, The Hague, 2003, s.47-75.
- ÇOKIŞLER, Elvan: "Uluslararası Hukukta İkincil Yaptırımlar Açısından Amerika'nın Hasımlarıyla Mücadele Yasası", Uluslararası İlişkiler Dergisi, 18(69), 2021, s.71-86.
- CONFORTI, Benedetto/FOCARELLI, Carlo: The Law and Practice of the United Nations, IV. Bası, Brill Yayınevi, The Hague, 2010.
- ÇAVUŞOĞLU, Naz: Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Azınlık Hakları, Su Yayınları, İstanbul, 2001.
- DAM-DE JONG, Daniella: "Who is targeted by the Council's Sanctions? The UN Security Council and the Principle of the Proportionality", NJIL, 89, 2020, s.383-398.
- DENK, Erdem: "Uluslararası Antlaşmalar Hukukunda Jus Cogens Kurallar", AÜSBF Dergisi, 56(2), 2001, s.43-70.
- DİLEK, Şerif: "Uluslararası İlişkilerde Yaptırım Kavramı", in İnät, Kemal/Duran, Burhanettin (ed.), İnan Yaptırımları, Hukuksal Boyut, Bölgesel ve Küresel Yansımalar, Türkiye'ye Etkileri, SETA, İstanbul, 2019, s.27-63.
- DUNN, David Hastings: "Bush, 11 September and the Conflicting Strategies of the 'War on Terrorism'", Irish Studies in International Affairs, 16, 2005, s.11-33
- ERMISCH, Harald: Minderheitenschutz ins Grundgesetz?, Lid, Münster 2000.
- FUKUYAMA, Francis: Devlet İnşası: Yirmi Birinci Yüzyılda Yönetişim ve Dünya Düzeni, II. Bası, Profil Yayınları, İstanbul, 2015.
- FUKUYAMA, Francis: Ulus İnşası, Profil Yayınları, I. Bası, İstanbul, 2008.
- GARWOOD- GOWERS, Andrew: "Pre-Emptive Self-Defense: A Necessary Development or road to International Anarchy?", AYBİL, (23), 2004, s.51-72.
- GEİB, Robin: "Failed State", Die normative Erfassung gescheiterter Staaten, I. Bası, Duncker& Humblot, Berlin 2005.

- GILBERT, Geoff: "Religio-Nationalist Minorities and the Development of Minority Rights Law", *RIS*, (25), 1999, s.389-410.
- GILBERT, Geoff: "The Burgeoning Minority Rights Jurisprudence of The European Court of Human Rights", *Human Rights Quarterly*, (24), 2002, s.736-780.
- GORDON, Ruth: "Saving Failed States: Sometimes a Neocolonialist Notion", *AUILR*, 12(6), 1997, s.903-974.
- GÖZLER, Kemal: *Hukuka Giriş*, 5. Bası, Ekin Yayınevi, Bursa, 2008
- GUILLAUMIN, Colette: "Sur la notion de minorité", *L'Homme et la société Année*, 77(1), 1985, s.101-109.
- HELMAN, Gerald B/RATNER, Steven R: „Saving Failed States“, *Foreign Policy*, (89), 1992-1993, s.3-20
- HESELHAUS, F. Sebastian: "Minderheitenschutz und Vielfalt der Kulturen, Religionen und Sprachen", Carsten Nowak (Hrsg), *Handbuch der Europäischen Grundrechte*, München, 2006, s.1220-1269.
- HEINTZE, Hans-Joachim: *Selbstbestimmungsrecht und Minderheitenrechte im Völkerrecht*, Herausforderungen an den Globalen und Regionalen Menschenrechtsschutz, I. Bası, Nomos-Verl-Ges, Baden-Baden 1994.
- İNAT, Kemal/DURAN, Burhanettin: "İran Yaptırımlarının Bölgesel ve Küresel Yansımaları", in İnât, Kemal/Duran, Burhanettin (ed.), *İran Yaptırımları, Hukuksal Boyut, Bölgesel ve Küresel Yansımalar, Türkiye'ye Etkileri*, I. Bası, SETA, İstanbul 2019, s.12-37.
- KOKOTT, Juliane/SOBOTTA, Christoph: "The Kadi Case-Constitutional Core Values and International Law-Finding the Balance?", *EJIL*, 23(4), 2012, s.1015-1024.
- LIEBACH, Ingo: *Die unilaterale humanitäre Intervention im "zerfallenen Staat" ("failed state")*, I. Bası, Heyman Yayınevi, Köln 2004.
- MINNEROP, Petra: „The Classification of States and the Creation of Status within the International Community“, *Max Planck UNYB*, (7), 2003, s.79-182.
- MOHAMMAD, Rahmat: "Unilateral Sanctions in International Law", *Asian-African Legal Consultative Organization at T.M.C. Asser Instituut*, <http://www.aalco.int/SGStatements2013/Unilateral%20Sanctions%20Text%20-%20The%20Hague%2011%20July%202013.pdf>, (Erişim: 20.08.2020).
- ORAN, Baskın: *Türkiye’de Azınlıklar, Kavramlar, Teori, Lozan, İç Mevzuat, İçtihat, Uygulama*, 5. Bası, İletişim, Ankara, 2008.
- ORTAYLI, İlbey: "Millet", *İslam Ansiklopedisi*, <https://islamansiklopedisi.org.tr/millet>, (Erişim: 25.08.2020).
- ÖĞÜT, Selman, "Başarısız Devlet Kavramının İncelemesi", *MÜHF-HAD*, 19(31), 2013, s.163-177.
- ÖZER, Hüseyin, 11 Eylül Sonrası ABD Müdahaleciliği ve BM Sistemi Temelinde Uluslararası Hukuk, AÜSBE Kamu Hukuku (UKH) Anabilim Dalı Doktora Tezi, <https://dspace.ankara.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12575/37267/273336.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, (Erişim: 01.12.2021).
- PAHUJA, Sundhya: "Technologies of Empire: IMF Conditionality and Reinscription of the North/South Divide", *LJIL*, 13(04), 2000, s.749-813.
- PELLET, Alain/MIRON Alina: "Sanctions", in: Wolfrum, R (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford 2012.
- PIRCHEER, Erich H.: *Der Vertragliche Schutz von Ethnischen, Sprachlichen und Religiösen Minderheiten*, Stämpfli, Bern, 1979.
- POULANTZAS, Nicos: *Classes in Contemporary Capitalism*, I. Bası, New Left Books, New York, 1975.
- RAIĆ, David: *Statehood and the Law of Self-determination*, I. Bası, Kluwer, London, 2002.
- REÇBER, Kamuran, *Uluslararası Hukuk*, III. Bası, Dora, Bursa, 2018.
- RICHARDSON, Henry R: "Failed States," Self-Determination, and Preventive Diplomacy: Colonialist Nostalgia and Democratic Expectations", *Temp. Int'l & Comp. L.J.* 10(1), 1996, s.1-11.
- SCHRÖDER, Meinhar: „Internationale Verantwortlichkeit, Völkerstrafrecht, Streitbeilegung und Sanktionen“, In: Vitzthum, Wolfgang G. (ed.), *Völkerrecht*, 5. Bası, De Gruyter Lehrbuch, Berlin 2010, s.579-639.
- SIMPSON, Gerry J: "The Diffusion of Sovereignty", *SJIL* 1980- 32(2), 1996, s.255-286.
- SORNARAJAH, Muthucumaraswamy: "Economic-Neo-Liberalism and International Law on Foreign Investment", in Anghie, Antony/Chimni, Bhupinder/Mickelson, Karin/Okafor, Obiaora (ed.), *The Third World and International Order: Law, Politics and Globalisation, Development in International Law* 45, I. Bası, Martinus Nijhoff Yayınevi, The Hague 2003, s.173-195.
- STRACK, Helga: "Über das Leben von Minderheiten in Europa", http://www.gpi-online.de/upload/pdfs/esec_0405/internetpublikation/5_eurokulturelle_und_ethische_bildung/hu-strack1-ber_das_leben_von_minderheiten-europa.pdf, (Erişim: 27.08.2020).
- SUR, Melda: *Uluslararası Hukukun Esasları*, 14. Bası, Beta, İstanbul, 2020.
- TAŞ, Burak, "Etkin Otorite Yokluğunda Devlet Dışı Silahlı Aktörlerin İnsan Hakları İhlallerinden Doğan Sorumluluk Halleri", *Ankara Barosu*, 79(1), 2021, s.145-173.
- TERZIOĞLU, Süleyman S./ÖZARSLAN, Bahadır B.: "Azınlıklar Açısından Türkiye-Avrupa Birliği İlişkileri", In: Erol, M. Seyfettin/Efegil, Ertan (ed.), *Türkiye – AB İlişkileri: Dış Politika ve İç Yapı Sorunsalları*, I. Bası, Alp, Ankara, 2007, S.285-303.

- THÜRER, Daniel, Der Wegfall effektiver Staatsgewalt: "The Failed State", Berichte DGVR Bd. 34, 1. Bası, Heidelberg, 1996.
- THÜRER, Daniel: Grundrechtsgemeinschaft ohne Grenzen?, Nomos, Baden Baden, 2009.
- THÜRER, Daniel: "The "Failed State" and international law", Internationales Komitee vom Roten Kreuz, 81(836), 1999, s.731-761.
- TOIVANEN, Reetta: "Das Paradox der Minderheitenrechte in Europa", SWS-Rundschau 45(2), 2005, s.185-207.
- TUNÇ, Hasan: Uluslararası Sözleşmelerde Azınlık Hakları Sorunu ve Türkiye, GÜHF Dergisi, 8(2), 2004, s.1-58.
- WHITE, Nigel D./ABASS, Ademola: "Countermeasures and Sanctions", in: Evans, Malcolm D. (der.), International Law, Oxford, 2014, s.521-547.

**TÜRK HUKUKUNDA CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİNE İLİŞKİN
SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ****PROBLEMS REGARDING PRESIDENTIAL DECREES IN TURKISH LAW
AND SUGGESTIONS FOR SOLUTIONS**Hayri KESER* **Makale Bilgi**Gönderi: 04/07/2022
Kabul : 29/08/2022**Anahtar Kelimeler***Cumhurbaşkanlığı
Kararnamesi,
Münhasır Düzenleme
Yetkisi,
Anayasa Mahkemesi,
Yürütme,
Anayasallık Denetimi.***Article Info**Received: 04/07/2022
Accepted: 29/08/2022**Keywords***Presidential Decree,
Exclusive Regulatory
Authority,
Constitutional Court,
Executive,
Constitutional Review.***Özet**[10.21492/inuhfd.1155732](https://doi.org/10.21492/inuhfd.1155732) 

2017 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile Türk Tipi Başkanlık sistemi kabul edilmiş ve Anayasanın 104/17. maddesi ile Cumhurbaşkanına, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi (CBK) çıkarma yetkisi tanınmıştır. Böylelikle Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisi alanı içerisinde yer alan tüm konularda CBK çıkarma yetkisi ile donatılmıştır. CBK'lar olağan ve olağanüstü dönemlerde olmak üzere iki şekilde çıkarılabilmektedir. Olağan dönem CBK'ların hukuki rejimi Anayasanın 104/17. maddesinde, olağanüstü dönemlerde çıkarılacak CBK'lar ise Anayasanın 119/6-7. maddelerinde düzenlenmiştir. Ayrıca CBK'lara ilişkin düzenlemeler Anayasanın özel hükümlerine de serpiştirilmiştir. Türk Tipi Başkanlık sistemi anlayışı ile kuvvetler arasında sert ve net ayrılık benimsenmiştir. Bu yönü ile Cumhurbaşkanına tek başına kararname çıkarma yetkisi tanınmıştır. Bakanlar kurulu, Cumhurbaşkanlığı kabinesi olarak nitelendirilmektedir. Bakanların Cumhurbaşkanı tarafından atanması ve görevlerine son verilmesi kabul edilmiş, bakanların parlamentoya karşı bireysel ve kolektif sorumluluğu kaldırılmıştır. Parlamento üyesinin bakan olarak atanması halinde parlamento üyeliği düşmekte ve parlamento çalışmalarına katılımları sona ermektedir. Dolayısı ile bakanlar kurulunun kanun önerme yetkisi de kalkmıştır. Halk tarafından seçilen Cumhurbaşkanı, yürütmenin tek hâkim unsuru haline gelmiştir. Ayrıca Cumhurbaşkanının seçim vasıtasıyla işbaşına gelmesi, gücünü, dayanağını ve meşruluğunu halktan alması anlamına da gelmektedir. Cumhurbaşkanının CBK çıkarabilmesi için parlamento tarafından yetkilendirilmesine gerek yoktur.

Abstract

With the adoption of the Turkish Type Presidential System in 2017, Article 104/17 of the Constitution issues a presidential decree on the authority of the president. It's about removing the CBK. It can be used in two ways, CBKs and special cases. It can be designed for the maturation of ordinary CBKs. It is also interspersed with the special selection of the constitution to transform it into CBKs. With the understanding of the Turkish Type Presidential system, a sharp and clear separation between the forces has been adopted. In this respect, the President has been given the authority to issue decrees on his own. The Council of Ministers is described as the Presidential Cabinet. The appointment and dismissal of ministers by the President of the Republic have been accepted, and the individual and collective responsibility of the ministers to the parliament has been abolished. If a member of the parliament is appointed as a minister, their membership in parliament is reduced and their participation in parliamentary work ends. Therefore, the authority of the council of ministers to propose laws has been abolished. The President, elected by the people, has become the sole dominant element of the executive. In addition, the President's coming to power through elections means that he takes his power, support and legitimacy from the people. There was no need for the parliament to be authorized by the President to issue a Presidential decree.

Bu eser [Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/) ile lisanslanmıştır.

Doç. Dr., Akdeniz Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | Cite As: KESER Hayri, "Türk Hukukunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri", inÜHFD, 13(2), 2022, s.272-289. İntihal | Plagiarism: Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via a plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

Presidential decrees were first included in Article 107 of the 1982 Constitution. The President could issue a decree for the Presidency General Secretariat, with a different content and nature than the current decree authority. Considering the content of Article 107, the establishment, organization and working principles of the Presidency General Secretariat, and personnel assignment procedures were regulated by the Presidential decree. With the constitutional amendment dated April 16, 2017, Article 107 was abolished and the General Secretariat of the Presidency was abolished. With the constitutional amendment in 2017, the Turkish Type Presidency system was adopted. In addition, Article 104/17 of the Constitution includes a regulation that the President can issue a Presidential decree on matters related to executive power. Thus, the President has been given the authority to issue presidential decrees on all matters within the scope of executive power.

With the understanding of the Turkish Type Presidential system, a sharp and clear separation between the forces has been adopted. In this respect, the President has been given the authority to issue decrees on his own. The Council of Ministers is described as the Presidential Cabinet. The appointment and dismissal of ministers by the President of the Republic have been accepted, and the individual and collective responsibility of the ministers to the parliament has been abolished. If a member of the parliament is appointed as a minister, their membership in parliament is reduced and their participation in parliamentary work ends. Therefore, the authority of the council of ministers to propose laws has been abolished. The President, elected by the people, has become the sole dominant element of the executive. In addition, the President's coming to power through elections means that he takes his power, support and legitimacy from the people. There was no need for the parliament to be authorized by the President to issue a Presidential decree.

The generality of the legislative power means that the legislative body's area of regulation is not limited in subject, provided that the legislature is not unconstitutional. The legislature can regulate a subject in detail or in general terms as it wishes. In addition, the generality of the legislative power is realized in the form of not leaving a reserved and reserved area to the executive body. There are three important provisions regulating the relationship between laws and presidential decree. These; Presidential decree cannot be issued on matters that are clearly regulated in the law, in case of different provisions between the Presidential decree and the laws, the provisions of the law are applied and if the legislature enacts a law on the same subject, the CBK becomes null and void. Presidential decrees have the same characteristics as laws.

Since the presidential decree is issued by the popularly elected body of the single-headed executive, it is an organic executive process. It is debatable whether the presidential decree is a legislative act in functional terms. It can be examined in terms of the criteria whether the presidential decree is drawn up at first hand, whether it has the force of law and whether it is subject to constitutionality control.

The position of the presidential decree in the hierarchy of norms is controversial. The vast majority in the doctrine states that the Presidential decree does not have the force of law, but is under the law. Presidential decree by the President derives from constitutional authority and is issued firsthand. Although the Presidential Decree is first hand drawn up by the President, the spontaneous (*ipso iure*) invalidation of a Presidential Decree rule that regulates the same issue with a law later adopted by the legislature can be considered as a sign that the laws are above the Presidential Decree.

Article 6 of the Constitution includes the provision that no state body can exercise a state authority that does not derive its source from the constitution. The executive body must fulfill a legislative function in a material sense, and it must be separately and clearly regulated by the constitution and law. Otherwise, it may result that the executive body does not have the authority to act in a material sense.

In case the legislature determines the duties and powers of the President by law, there are two possibilities if there is a provision regarding the making of the regulations within the scope of the authority determined by the law, with the Presidential Decree. First of all, the legal regulation can be realized in the form of pointing out the issues that can be regulated by the Presidential decree. It can be said that such a legal provision is not a founding but an explanatory provision for the President to issue a presidential decree. There will be no unconstitutionality of explanatory law provisions. Secondly, after the legislature first makes a legal regulation, it is the case that a mandatory or prohibitive provision is made to make or not make the secondary regulations with the Presidential Decree.

148/1 of the Constitution. According to the article, the judicial review of the Presidential decree, which is a legislative act in functional terms, is carried out by the Constitutional Court. The presidential decree does not derive from the law. It can be regulated at first hand with the authority taken directly from the constitution. With the allegation that the presidential decree is unconstitutional, not the law, an application can be made to the Constitutional Court through an action for annulment or an objection or plea.

In the event of the emergence of the reasons for the state of emergency stipulated in the Constitution, the state of emergency must first be declared. After the declaration of the state of emergency, the executive body should make an effort to eliminate the reasons that require the declaration of the state of emergency and to return to the normal legal order.

I. GİRİŞ

Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, ilk olarak 1982 Anayasasının 107. maddesinde yer almıştır. Cumhurbaşkanı, şu anki kararname yetkisinden farklı içerik ve nitelikte olmak üzere Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği için kararname çıkarabilmekteydi. 107. madde içeriğine bakıldığında Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu, teşkilat ve çalışma esasları, personel atama işlemlerinin CBK ile düzenlenmesi söz konusu olmaktaydı. 16 Nisan 2017 tarihli Anayasa değişikliği ile 107. madde ilga edilerek, Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği kaldırılmıştır. 2017 tarihli Anayasa değişikliği ile Türk Tipi Başkanlık sistemi kabul edilmiştir. Ayrıca Anayasanın 104/17. maddesi Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir düzenlemesini içermektedir. Böylelikle Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisi alanı içerisinde yer alan tüm konularda CBK çıkarma yetkisi verilmiştir.

Türk Tipi Başkanlık sistemi anlayışı ile kuvvetler arasında sert ve net ayrılık benimsenmiştir. Bu yönü ile Cumhurbaşkanı tek başına kararname çıkarma yetkisi tanınmıştır. Bakanlar Kurulu, Cumhurbaşkanlığı kabinesi olarak nitelendirilmektedir. Bakanların Cumhurbaşkanı tarafından atanması ve görevlerine son verilmesi kabul edilmiş, bakanların parlamentoya karşı bireysel ve kolektif sorumluluğu kaldırılmıştır. Parlamento üyesinin bakan olarak atanması halinde parlamento üyeliği düşmekte ve parlamento çalışmalarına katılımları sona ermektedir. Dolayısıyla bakanlar kurulunun kanun önerme yetkisi de kalkmıştır. Halk tarafından seçilen Cumhurbaşkanı, yürütmenin tek hâkim unsuru haline gelmiştir. Ayrıca Cumhurbaşkanının seçim vasıtasıyla işbaşına gelmesi, gücünü, dayanağını ve meşruluğunu halktan alması anlamına da gelmektedir. Cumhurbaşkanı'nın CBK çıkarılması için parlamentonun yetkilendirilmesine gerek kalmamıştır.

Kararname, hukukumuza ilk olarak 1876 tarihli Kanun-u Esasi ile girmiştir. Kanun-u Esasi'nin 36. maddesi, kanunu muvakkat (geçici kanun) düzenlemesini içermektedir. Kanunu muvakkat, doğrudan anayasadan kaynaklanmakta ve olağanüstü dönemlerde çıkarılan kanun hükmünde olan yürütmenin düzenleyici işlemidir. Meclis-i Umumi toplantı halinde olmadığı zamanlarda Devleti bir tehlikeden veya genel güvenliğin bozulmasını önlemek için bir zorunluluğun belirmesi ve bu konuda çıkarılmasına lüzum görülecek kanunun görüşülmesi için Meclisin toplantıya çağırılmasına süre elverişli olmadığı takdirde, Kanun-u Esasi hükümlerine aykırı olmamak şartıyla, Bakanlar Kurulu Padişahın onayıyla, Heyet-i Mebusanın toplanıp vereceği karara kadar geçerli olmak üzere, kanun hüküm ve kuvvetinde kararname çıkarabilir¹. Bu dönemde çıkarılan nizamnameler, 1961 Anayasası döneminde AYM tarafından kanun gücünde nitelendirilerek anayasallık denetimine tabi tutulmuştur².

1921 ve 1924 Anayasalarında kararnamelere yer verilmemiş, 1961 Anayasasında ise 20.09.1971 tarihinde 1488 sayılı Anayasa değişikliğine ilişkin kanun ile yürütme organının güçlendirilmesi için Kanun Hükmünde Kararname (KHK) çıkarma yetkisi tanınmıştır. KHK çıkarma yetkisi 1982 Anayasasının 91 maddesi³ ile devam etmiştir. 1982 Anayasasında olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnameleri de düzenlenmiştir. 1876 Kanuni Esasisinde yer alan hüküm 1982 Anayasasında da yer almıştır. Anayasanın mülga 91/5, 121/3 ve 122/2-3 maddelerinde olağanüstü dönemlerde çıkarılacak KHK'lara yer verilmiştir. Nihayet 2017 Anayasa değişikliği ile günümüzdeki şekline ulaşmıştır. Anayasada CBK'lar iki farklı şekilde düzenlenmiştir. Bunlar olağan dönem CBK'lar ve olağanüstü CBK'larıdır⁴.

Olağan dönem CBK'ların hukuki rejimi Anayasanın 104/17 maddesinde⁵, olağanüstü dönemlerde çıkarılacak CBK'lar ise Anayasanın 119/6-7 maddelerinde⁶ düzenlenmiştir. Ayrıca CBK'lara ilişkin düzenlemeler özel hükümlere de serpiştirilmiştir.

Üst kademe kamu yöneticilerinin atanması (AY, 104/9), bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görev ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması (AY, 106/son), Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri (108/son), Kamu tüzel

¹ Meclisi Umumi mün'akit olmadığı zamanlarda devleti bir muhataradan veyahut emniyeti umumiyeyi halelden vikaye için bir zarureti mübremeye zuhur ettiği ve bu bapta vaz'ına lüzum görünecek kanunun müzakeresi için meclisin celp ve cem'ine vakit müsait olmadığı halde Kanunu Esasi ahkâmına mugayir olmamak üzere heyeti vükelâ tarafından verilen kararlar Heyet-i Mebusanın içtima ile verilecek karara kadar ba iradei seniye, muvakkaten kanun hüküm ve kuvvetindedir. Ayrıca bkz., ÖZBUDUN, Ergun: 1961 ve 1982 Anayasalarında Kanun Hükmünde Kararnameler, <https://ayam.anayasa.gov.tr/media/6351/ergun.pdf>, (Erişim: 08.07.2022)

² Bkz. AYM kararı için E.1976/31, K.1976/30, 03.06.1976.

³ Mülga Anayasanın 91. maddesi Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisi Verme kenar başlığını taşımakta idi.

⁴ GÖZLER, Kemal: Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Genişletilmiş 26. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2021, s.365.

⁵ Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Ayrıca CBK çıkarılmayacak alanlar belirlenmiştir.

⁶ Olağanüstü hallerde Cumhurbaşkanı, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda CBK çıkarma yetkisi düzenlenmiştir.

kişiliğinin kurulması (AY, 123/3), Merkezi yönetim bütçesi ile verilen ödeneğin aşılammaması (AY, 161/7), Hukuka aykırı emrin yerine getirilmemesi (AY, 137), düzenlemelerinde CBK'lerden bahsedilmektedir.

CBK'ların yargısal denetimine ilişkin olarak, AYM'nin CBK'ları şekil ve esas bakımından denetlemesi (148/1), Olağanüstü dönemlerde çıkarılan CBK'lar hakkında AYM'ye dava açılmaması, CBK'ların belli madde ve hükümlerinin anayasaya aykırılığı iddiası ile iptal davası açılabilmesi (AY, 150), CBK'lar hakkında iptal davasının RG'de yayımından itibaren 60 gün sonra düşmesi (AY, 151), CBK hükümlerinin davaya bakmakta olan mahkemece anayasaya aykırılığının iddia edilmesi (AY, 152/1), AYM'nin CBK'nın tümünün ya da bir hükmünü iptal eder iken kanun koyucu gibi hareketle yeni bir uygulamaya yol açamaması, CBK'ların Anayasa Mahkemesince iptal edilmesi halinde, iptal kararının RG'de yayınlandığı tarihte yürürlükten kalması konuları düzenlenmiştir. Cumhurbaşkanının CBK çıkarma yetkisi doğrudan Anayasadan kaynaklanmaktadır.

II. OLAĞAN DÖNEM CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİ

Cumhurbaşkanı olağan dönemlerde temel haklar, kişi hakları ve siyasi haklar dışında yürütme alanına giren konularda CBK çıkarabilir.

A. Hukuksal Nitelik

Yasama yetkisinin genelliği, yasama organının anayasaya aykırı olmamak şartıyla, kanunla düzenleme alanının konu itibarıyla sınırlı olmaması anlamına gelmektedir. Yasama organı bir konuyu dilediği gibi ayrıntılı veya genel hatları ile düzenleyebilir⁷. Ayrıca yasama yetkisinin genelliği yürütme organına saklı, mahfuz bir alan bırakılmaması şeklinde de gerçekleşmektedir. Yasama yetkisinin asliliği ise yasama organının bir konuyu herhangi bir metnin ön iznine tabi olmaksızın doğrudan doğruya, direkt düzenleyebilmesidir. Yürütme organı ise kanundan doğmakta, güç ve yetkilerini kanundan almakta, kanunla kaldırılmaktadır. Kural olarak yürütme organının düzenleme yetkisi kanundan kaynaklanmakta ve ona aykırı olmaması gerekmektedir. Bu yönüyle yürütme organının düzenleme yapma yetkisi türevsel bir nitelik taşımaktadır. Dolayısı ile yürütme organı kendisini yetkilendiren bir anayasal ve yasal düzenleme olmaksızın düzenleyici ya da bireysel işlem yapmamalıdır.

Yasama ile yürütme organının düzenleyici işlemlerinin ayırt edilmesinde maddi/içeriksel ve şekli/organik kriterler kullanılmaktadır. CBK'lar genel, soyut, objektif, sürekli ve kişilik dışı kurallar ihtiva etmesi halinde maddi/içeriksel açıdan yasama işlemlerine benzetilebilir.⁸ Yürütme organını tek başına temsil eden Cumhurbaşkanının işlemi olduğu için de organik/şekli açıdan yürütme işlemidir. Yasama organının yetkisi temel olarak, kanun koyma değiştirme, kaldırma (AY, 87), yürütme yetkisi ise kanunları uygulamaktır (AY, 8). Kanun koyma, değiştirme ve kaldırma asli bir yetki iken, yürütme yetkisi, kanunları uygulama yani türevsel bir yetkidir. Eğer bir işlem kanunlar üzerinde değişiklik meydana getirebiliyorsa, kanun hüküm ve kuvvetinde olduğu, asli düzenleme yetkisini içermesi halinde ise yasama işlevine sahip olduğunu göstermektedir⁹.

AYM Âsarı Atika Nizamnamesinin anayasaya uygunluğunu denetler iken, yasama yetkisinin asliliği, yürütme yetkisinin ise türevsel yetki olmasından hareket etmiştir¹⁰. AYM, Zabıta Saydiye Nizamnamesini denetler iken de maddi kanun ve yasama yetkisinin asliliği ölçütlerinden yararlanmışır¹¹. AYM, denetlemiş olduğu Nizamnamelerin kanun hüküm ve kuvvetinde olduğunu, konuyu ilk elden düzenlediğini ve maddi mahiyeti yönünden kanunları değiştirme ve kaldırma kuvvetine sahip olması yönüyle kanunlarla eşdeğer olduğunu belirleyerek denetim kapsamı içerisinde değerlendirmiştir¹².

Türk Anayasasında Kanun Hükmünde Kararname (KHK) uygulamasına ilk defa 1971 yılında 1488 sayılı anayasa değişikliğine ilişkin kanun ile başlanmıştır. 1961 Anayasasının değişik 64. maddesine göre "TBMM belli konularda Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebilir. Yetki veren kanunda, çıkarılacak kararnamelerin amacı, kapsamı ve ilkeleriyle bu yetkiyi kullanma süresinin ve yürürlükten kaldırılacak kanun hükümlerinin açıkça gösterilmesi ve

⁷ TAŞDÖĞEN, Salih: "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", AÜHFD, 65(3), 2016, s.941.

⁸ Cumhurbaşkanlığı kararnameleri açısından Türk-ABD Anayasa Hukuku karşılaştırması için bkz. ÇOLAK, Çağrı: "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Yetkisinin Amerikan Sistemi Üzerinden Karşılaştırmalı Analizi", Strategic Public Management Journal, 3(Özel Sayı), 2017, s.52 vd.

⁹ EREN, Abdurrahman: Anayasa Hukuku Dersleri, Genel Esaslar Türk Anayasa Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 3.B., Ankara-2021, s.943.

¹⁰ AYM, E.1965/16, K.1965/41, 06.07.1965.

¹¹ AYM, E.1966/4, K.1966/25, 03.05.1966.

¹² EREN, s.945; Gözler Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin isimlendirmesinin yanlış olduğunu, bunun yerine işlemin düzenleyici niteliğinin vurgulanması için nizamname ya da tüzük isminin kullanılmasını önermektedir. Bkz. GÖZLER, s.366.

kanun hükmünde kararnamelerde de yetkinin hangi kanunla verilmiş olduğunun belirtilmesi lazımdır.” 1961 Anayasası döneminde çıkarılan KHK’ları, organik bakımdan idari, fonksiyonel bakımdan ise düzenleyici işlem olarak nitelendirilmiştir.

Doktrinde Özbudun, KHK’ları fonksiyonel bakımdan yasama işlemi olarak kabul etmektedir. Yazar KHK’ları kanuna eşit güçte görmekte, KHK çıkarma yetkisini, kanun koyma değiştirme, kaldırma yetkisi olarak nitelendirmektedir¹³. Teziç, Yüzbaşıoğlu ve Duran ise, KHK’ları organik bakımdan idari, fonksiyonel bakımdan düzenleyici işlem olarak kabul etmektedirler. KHK’lar yasama organı tarafından verilen yetki kanununa dayanmalıdır. Doktrinde KHK’lar için iki ölçüt belirlenmiştir. Bunlardan birincisi, ilk elden düzenleme, ikincisi de kanunları değiştirebilme ve kaldırabilme kuvvetidir. 1982 Anayasasında ise KHK çıkarma yetkisinin belli konularda verilmesi ve yürürlükten kaldırılacak kanun hükümlerinin açıkça gösterilmesi hükmü kaldırılmıştır¹⁴.

Kanunlar ile CBK arasındaki ilişkiyi düzenleyen üç önemli hüküm bulunmaktadır. Bunlar; kanunda açıkça düzenlenen konularda CBK çıkarılamaz, CBK ile kanunlar arasında farklı hükümlerin bulunması durumunda kanun hükümleri uygulanır ve yasama organının aynı konuda kanun çıkarması durumunda CBK’nın hükümsüz hale gelmesidir. CBK’lar kanunlarla aynı özelliklere sahiptir¹⁵.

AYM, KHK’ların hukuki niteliğini, organik bakımdan yürütme işlemi, fonksiyonel açıdan ise yasama işlemi olarak kabul etmektedir¹⁶. AYM, yasama organının yetki kanunu ile Bakanlar Kuruluna KHK çıkarma yetkisi verilmesini, kanun ile düzenlenmesi gereken konuların yasama alanından çıkarılıp, yürütme alanının mahfuz düzenleme alanına bırakılması anlamına gelmediğini ve yasama yetkisinin devri olarak nitelendirilmemesi gerektiğini vurgulamıştır. Ayrıca KHK’lar fonksiyonel açıdan yasama yetkisinin kullanılması şeklinde değerlendirilmiştir. Buna gerekçe olarak da yürürlükteki kanun hükümlerinin değiştirilmesi, kaldırılması ile kanunların hukuksal gücüne sahip olması ölçütlerini kullanmıştır. AYM, ayrıca KHK yetkisinin kullanılmasını yetki kanununa dayandığı için türevsel yetki olarak belirtmiştir¹⁷.

AYM, KHK’lerin hukuki niteliğini özellikle denetim açısından yasama işlevine sahip olmasına vurgu yapmaktadır. AYM, KHK’ların fonksiyonel açıdan yasama işlemi olarak nitelendirmesinde üç ölçüt kullanmaktadır. Bunlar, ilk el düzenleme yetkisi, kanunları değiştirme kaldırma gücü ve AYM’nin denetimine tabi olmasıdır. AYM, KHK’ların yetki kanununa dayanması nedeniyle ilk elliği kabul etmez iken, kanunları değiştirme, kaldırma ve anayasallık denetimine tabi olma açısından fonksiyonel anlamda yasama işlemi olarak kabul etmektedir¹⁸.

CBK’lar tek başlı yürütmenin halk tarafından seçilmiş organı tarafından çıkarıldığı için organik bakımdan yürütme işlemidir. CBK’ların fonksiyonel bakımdan yasama işlemi olup olmadığı ise tartışmalıdır. CBK’ların ilk elden düzenlenip düzenlenmediği, kanun hükmünde olup olmadığı ve anayasallık denetimine tabi tutulup tutulmadığı ölçütleri açısından incelenilebilir.

CBK’lar ilk el düzenleme yetkisi içerisinde yer almaktadır. 2017 değişikliği ile CBK çıkarılabilmesi için yetki kanununa gereksinim duyulmamaktadır. Cumhurbaşkanının CBK çıkarma yetkisi doğrudan doğruya anayasadan kaynaklanmakta ve yasal bir çerçeveye ihtiyaç yoktur.¹⁹ Dolayısı ile Cumhurbaşkanı herhangi bir yasal dayanağa gerek olmaksızın ve yasama organının onayını almaksızın yürütme alanına ilişkin bir konuyu ilk elden düzenleme yetkisine sahip olduğu sonucu çıkarılabilir. Nitekim Anayasanın 153/2. maddesi Anayasa Mahkemesinin CBK’yu anayasaya uygunluğunu denetler iken kanun koyucu gibi hareketle yeni bir uygulamaya yol açacak hüküm tesis edemez hükmünü ihtiva etmektedir. Bu yönüyle Cumhurbaşkanının CBK çıkarma yetkisi kanun koyuculuk kavramı içerisinde değerlendirilebilir.

¹³ Özbudun’a göre Anayasa, Bakanlar Kuruluna ancak yetki kanunu çerçevesinde KHK çıkarma yetkisi vermektedir. Bu yetkinin dışına çıkılması, KHK’yi sakatlar ve onun Anayasa Mahkemesi’nce iptal edilebilmesini mümkün kılabilir. İdari yargılama makamlarının, KHK’ye dayanılarak yapılan uygulama işlemlerinin KHK’ye uygunluğunu inceleme yetkisi bulunmaktadır. Mahkemelerde görülmekte olan bir dava sırasında dava konusu olaya uygulanacak KHK’nın yetki kanununa aykırılığı iddiası ile karşılaşılması veya buna kendiliğinden kanaat getirilmesi halinde, bu durum bir Anayasaya aykırılık sorunu olarak görülmeli ve konu Anayasa Mahkemesi ne intikal ettirilmelidir. Bkz., ÖZBUDUN, “1961 ve 1982 Anayasalarında Kanun Hükmünde Kararnameler”, <https://ayam.anayasa.gov.tr/media/6351/ergun.pdf>, s.227. (Erişim: 21.07.2022); EREN, s.947-948.

¹⁴ EREN, s.947-948; DOĞAN, Bayram: “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yasama Yetkisinin Devredilmezliği İlkesi Bağlamında Değerlendirilmesi”, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1278104>, s.974, (Erişim: 05.05.2022).

¹⁵ YENİAY, s.119.

¹⁶ Bkz., AYM, E. 1999/22, K. 1992/6, 05.02.1992.

¹⁷ AYM, E.1999/22, K.1992/6, 05.02.1992.

¹⁸ EREN, s.950.

¹⁹ ÜLGEN, Özen: “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018/1, s.7.

Bir hukuki metin kendisi ile eşdeğer bir hukuki metinle değiştirilebilir veya kaldırılabilir. CBK'lar organik açıdan yürütme işlemidir. Fonksiyonel açıdan ise genel, soyut, objektif, sürekli ve kişilik dışı nitelik taşıyan kural işlemler içerdiği takdirde yasama işlemi olarak kabul edilebilir.²⁰ Ancak CBK'ların kanunları değiştirme ve kaldırma özelliği bulunmadığından kanun hükmünde sayılmamaktadır. CBK'lar normlar hiyerarşisi içerisinde kanunların altında²¹ yer almaktadır. Buna rağmen anayasaya göre ilk el düzenleme yetkisi içerdiğinden ve kanun alanı dışında düzenleme getirerek yasama fonksiyonu içerisinde değerlendirilebilir. Anayasanın 104/17 maddesinde münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda CBK çıkarılamaz. Temel hak ve hürriyetler, kişi hak ve hürriyetleri ile siyasi hak ve hürriyetler CBK'nın düzenleme alanı dışında yer almaktadır.²² CBK'lara karşılık münhasır kanun alanının belirlenmesi, CBK'ların yasama işlevini ihtiva ettiğini göstermektedir.

CBK'ların yasama işlevine sahip olduğunu gösteren diğer anlayış ise anayasallık denetimine tabi olmasıdır. AYM, üstü kapalı olarak CBK'ların işlevsel açıdan yasama işlemi olduğunu ve yargısal denetim yapma yetkisinin Anayasa Mahkemesine verildiğini belirtmiştir.²³ AYM, CBK'ların ilk elden düzenleme yetkisini içerdiğini kabul etmekle beraber, işlevsel açıdan henüz yasama işlemi olduğunu açıkça beyan etmemiştir.

2017 yılında gerçekleşen anayasa değişikliği ile anayasanın 104/9 ve 17, 106/11, 108/4, 118/6, 119/6 ve 7, 123/3, 124/1, 137/1, ve 148/1, 150, 151, 152/1, 153/2 ve 3, 161/7, Geçici Madde 21/B maddelerinde Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine yer verilmiştir. KHK'ların yerine Cumhurbaşkanlığı kararnameleri şeklinde değişiklik yapılmıştır. Anayasada metin, dipnotlar ve geçici maddeler birlikte ele alındığında 36 defa (ki bunlardan 11 tanesi dipnotta yer almaktadır) CBK, 496 defa ise kanun ismi zikredilmiştir. Cumhurbaşkanına yürütme yetkisine ilişkin konularda geniş yetkiler tanınmıştır. Yürütme yetkisine ilişkin konularda yasama organı da yasama yetkisinin genelliği²⁴ ilkesi çerçevesinde düzenleme yapması da mümkündür. Yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK ile kanun arasında çatışma olması durumunda aynı konuda iki farklı düzenlemenin bulunması mümkün hale gelmiştir. Yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK ile kanun hükümleri arasında çatışma olması durumunda kanuna öncelik ve üstünlük tanınmalıdır. Yasama organının CBK'lar ile aynı konuda kanun çıkarması halinde CBK'ların anayasanın 104/17. maddesi uyarınca geçersiz olması gerekmektedir. CBK'lar ile kanunların yürütme alanına ilişkin konularda aynı konuda farklı hükümler içermesi durumunda kanunların üstünlüğü kabul edilmeli, uygulamada kanunlara öncelik verilmelidir. Yürütme alanı konusunda önceki düzenlemenin kanun sonraki düzenlemenin ise CBK olması durumunda CBK'nın aynı konudaki kanunu ilga etmediği kabul edilmeli, kanuna aykırılıktan ziyade anayasallık açısından denetim yoluna başvurulmalıdır. Aynı konuda farklı düzenlemenin bulunması durumunda sonraki CBK'nın daha özel hükümler içermesi halinde kanundan farklı hüküm içeren CBK'ların uygulama alanı bulması da mümkündür. Kanunu genel, CBK'ında özel hüküm içermesi halinde CBK hükümleri uygulanmalıdır. Bu durumda her iki düzenlemenin de yürürlükte olması söz konusudur.

B. Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Normlar Hiyerarşisindeki Konumu

CBK'ların normlar hiyerarşisindeki konumu tartışmalıdır. Öğretideki büyük çoğunluk CBK'ların kanun hükmünde olmadığını, kanunların altında yer aldığını ifade etmektedir.²⁵ Cumhurbaşkanınca CBK'lar anayasal yetkiden kaynaklanmakta ve ilk elden düzenlenmektedir.²⁶ Her ne kadar CBK'lar Cumhurbaşkanınca ilk elden düzenlense de yasama organınca sonradan kabul edilen bir kanun ile aynı konuyu düzenleyen CBK kuralının kendiliğinden (ipso iure) hükümsüz hale gelmesi, kanunların CBK'dan üstte yer aldığının işareti olarak nitelendirilebilir. Ayrıca kanundan sonra aynı konuda çıkarılacak CBK'lar ile ilgili anayasada herhangi bir yaptırım (geçersizlik, değişiklik, mülga vb) öngörülmemiştir. Bu yönüyle olağan dönem CBK'ların aynı konuda kanun üzerinde herhangi bir

²⁰ TANÖR, Bülent/YÜZBAŞIOĞLU, Necmi: 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Yayınları, 17. B., İstanbul-2018, s.437.

²¹ GÖZLER, s.377; YENİAY, s.199.

²² GÖZLER, s.368.

²³ AYM, E.2018/125, K.2020/4, 22.02.2020; AYM, E.2019/31, K.2020/5, 23.01.2020; AYM, E.2019/78, K.2020/6, 23.01.2020.

²⁴ Yasama yetkisinin genelliği, yasama organının kanunla düzenleme alanının konu itibarıyla sınırlı olmaması anlamına gelmektedir. Yasama organı dilediği her konuda kanun çıkarma yetkisi bulunmaktadır. Yasama organı bir konuyu dilediği ölçüde ayrıntılı düzenleyebilir. Yasama yetkisinin genelliği yürütme organına bırakılmış mahfuz bir alan olmaması anlamına da gelmektedir. Yasama yetkisinin genel olmaması ise, yasama organı tarafından düzenleme yapılamayacak alanların bulunması anlamına gelmektedir. Bkz., YENİAY, Lokman/YENİAY, Gülten: "Türk Hukukunda Yürütme Organının Düzenleme Yetkisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", Anayasa Yargısı İçinde, 36(1) Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara-2019, s.112-113.

²⁵ EREN, s.953.

²⁶ TAŞDÖĞEN, s.962.

etkisinin olmaması gerekmektedir. O halde kanundan sonra çıkarılabilecek CBK'lar kanunlarda bir değişiklik meydana getiremeyeceği için aynı değerde görülmemesi sonucu da çıkarılabilir²⁷.

Eren'e göre CBK'lar bakımından münhasır alan görüşü kabul edilse dahi kanunlarla eş değer kabul edilemez. CBK'ların bir kısmının kanun hükmünde sayılması, bir kısmının ise kanunun altında kabul edilmesi anayasanın lafzı ile uyuşmamaktadır. Anayasa koyucu istese idi, olağanüstü hal (OHAL) CBK'larında olduğu gibi olağan CBK'lar için de kanun hükmünde olduğunu açıkça kabul ederdi. Ayrıca CBK'lar için mahfuz alan görüşünün kabul edilmesi halinde, aynı konuda çıkarılan CBK'lar ile kanunların çatışması da söz konusu olmayacaktır. Çatışmanın olmadığı bir alanda normlar hiyerarşisinin belirlenmesine de gerek bulunmamaktadır. Bununla birlikte CBK'ların tümünün anayasaya uygunluk denetimi yapma yetkisi AYM'ye verilmiştir²⁸.

Doktrinde Özbudun CBK'ların normlar hiyerarşisindeki yerini kanunların altında olduğunu ifade etmiştir. CBK'ların düzenleme alanı Anayasa ile sınırlandırılmıştır. Cumhurbaşkanının CBK'lar ile asli düzenleme yapma yetkisi genişletilmiştir. CBK'ların kanunlara aykırı hükümler taşıyıp taşımadığı hususunun AYM tarafından çözümlenmesi gerekmektedir²⁹. Temel haklar, kişi hakları ve siyasi hak ve hürriyetlerin CBK'lar ile düzenlenmesi ve dolayısı ile kanunlarda değişiklik yapması anayasa ile yasaklanmıştır. Anayasada kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda CBK çıkarılmamalıdır³⁰. AYM'de CBK'ların normlar hiyerarşisindeki konumu hakkında açık bir tespit bulunmamasına rağmen kanunların altında olduğunu ima etmektedir.

C. Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinde Münhasır Alan

Anayasanın 6. maddesi, hiçbir devlet organı kaynağını anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanamaz hükmünü ihtiva etmektedir. Yürütme organının maddi anlamda yasama işlevi yerine getirmesinin anayasa ve kanun ile ayrıca ve açıkça düzenlenmesi gerekir. Aksi takdirde yürütme organının maddi anlamda kural işlem yapma yetkisine sahip olmadığı sonucu ortaya çıkabilmektedir.

Anayasalarda münhasır alan oluşturulur iken yetkinin konusu bakımından kullanılacak yetkiler hususunda ilk olarak sayma yoluna gidilebilir. Bakiye yetkiler ise diğer devlet organı tarafından kullanılır, diğer organlar sayılan yetkileri kullanamamaktadır. İkinci olarak da yetki tahdidi olarak sayılmamış ise münhasır yetkiden bahsedilebilmesi için ancak, sadece, yalnızca gibi inhisari yetki olduğunu gösteren kelimeler kullanılabilir. Bu durumda ilgili makamın münhasır yetki sahibi olduğundan söz edilebilir³¹.

Anayasanın 104/17. maddesi anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz hükmünü ihtiva etmektedir. Ancak anayasada münhasıran kanunla düzenlenebilecek konuların neler olduğu ise belirtilmemiştir. Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına yönelik Anayasanın 13. maddesinin gerekçesinde ise maddenin birinci fıkrasında ancak kanunla denilmek suretiyle, hak ve hürriyet sınırlamalarının münhasıran kanun konusu olduğu; yani yasama tasarrufundan başka bir düzenleyici tasarrufla (tüzük, yönetmelik vb.) hak ve hürriyetlerin sınırlanamayacağı belirtilmiştir. Bu açıklamada salt yürütmenin düzenleyici işlemleri ile temel hak ve hürriyetlerin sınırlanamayacağı ifade edilmiştir.

AYM, KHK'lar bakımından anayasada emredici ve yasaklayıcı (ancak, sadece, yalnız vb.) bir hüküm olmadıkça kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda kanuna eşit hukuki güce sahip KHK'lar ile düzenleme yapılabileceği yönünde hüküm tesis etmiştir³². Buna karşılık AYM, anayasada kanunla düzenlenir denilen konuları münhasır kanun alanı olarak kabul etmemiştir.³³ AYM, münhasır kanun

²⁷ ŞİRİN, Tolga: “İşlemeyen Sistemlerin Fonksiyonel Olmayan Yanıtı”: Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, <http://anayasader.org/wp-content/uploads/2020/04/%C5%9Eirin-AYHD-14.pdf>, s.344, (Erişim: 05.05.2022); DOĞAN, Bayram: “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yasama Yetkisinin Devredilmezliği İlkesi Bağlamında Değerlendirilmesi”, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1278104>, s.973, (Erişim: 05.05.2022).

²⁸ EREN, s.954-955.

²⁹ ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, 2017 Anayasa Değişikliklerine Göre Gözden Geçirilmiş 17 Basım, Yetkin Yayınları, Ankara-2017; s.249-250.

³⁰ “...Anayasa’da hangi konuların münhasıran kanunla düzenleneceğine ilişkin özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadında anayasa koyucunun kanunla düzenlenmesini öngördüğü konuların bu kapsamda görülmesi gerektiği kabul edilmelidir.” Bkz., AYM, E.2016/180, K.2018/4, 18.01.2018.

³¹ EREN, s.957; GÖZLER, s.370.

³² “... Anayasa’nın yasayla düzenleme yapılacağını öngören her maddesini, mutlak ve yalnız yasa çıkarılmasını gerektiren bir zorunluluk sayıp KHK’yı sakıncalı bulmak, 91. maddeyi bunlar dışında geçerli görmek olanaksızdır... Anayasa’nın bir maddesinin yasayla düzenleneceğini öngördüğü bir konunun, Anayasa’nın 91. maddesinin birinci fıkrasının açıkça yasakladığı hükümler ile ilgili olmadıkça, ya da KHK ile düzenlenmeyeceği Anayasa’da özel olarak belirtilmedikçe KHK ile düzenlenmesi Anayasa’ya aykırı değildir.” AYM, E.1989/4, K.1989/23, 16.05.1989.

³³ YILDIRIM, Turan: “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 23(2), s.20.

alanını, anayasada açıkça KHK ile düzenleme yasağının konulduğu veya kanuni düzenleme yapmanın emredici hükümlerle belirlendiği durumlar olarak belirlemiştir. Ayrıca kanun hüküm ve kuvvetinde olmayan idarenin düzenleyici işlemleri yönünden ise kanuni düzenlemeye atıf yapan tüm hükümleri mahfuz alan olarak nitelendirmiştir³⁴.

AYM, CBK'lar hakkında verdiği ilk kararda, CBK'ları kanun hüküm ve kuvvetinde kabul etmemiştir. AYM, anayasada kanunla düzenleneceği belirtilen alanlarda, Cumhurbaşkanının CBK çıkarma yetkisi bulunmadığını hüküm altına almıştır³⁵. AYM'ye göre Anayasada CBK'larla düzenleneceği özel olarak belirtilen konularda CBK'larla düzenleme yapılabilir³⁶. Ancak AYM Cumhurbaşkanlığı merkez teşkilatına ilişkin olarak Anayasa'nın 106/11. maddesinde CBK'ile düzenleneceği özel olarak belirtilen konular arasında yer almamasına rağmen Cumhurbaşkanlığı merkez teşkilatının CBK ile düzenlenebileceğine içtihat yolu ile karar vermiştir³⁷. AYM, Cumhurbaşkanlığı merkez teşkilatını yürütme alanı içerisinde değerlendirmiştir.

Anayasanın ikinci kısmının üçüncü bölümünde yer alan sosyal ve ekonomik haklara ilişkin olarak CBK ile düzenleme yapılabileceği sonucuna ulaşılmaktadır.³⁸ Anayasanın 104/17. maddesi sosyal ve ekonomik hak ve hürriyetlere ilişkin olarak düzenleme yapma yasağı içermediği gibi, düzenleme yapılabileceği yönünde de bir anlam taşımamaktadır. Sosyal ve ekonomik hak ve hürriyetler ile ilgili olarak kanunla düzenleme yapılacağı belirtilen konularda CBK ile düzenleme yapılmamalıdır³⁹. Sosyal ve ekonomik hak ve hürriyetler ile ilgili olarak kanunla düzenleme yapılmasının öngörüldüğü durumlarda münhasır kanun alanı kabul edilmeli ve CBK ile düzenleme yapılmamalıdır. Özellikle kanunla düzenleme yapılması öngörülmemiş durumlarda CBK ile düzenleme yapılabilir. Kanuni bir düzenleme bulunmayan hallerde Cumhurbaşkanı tarafından CBK çıkarılması ve daha sonra da yasama organı tarafından kanuni bir düzenleme yapılması durumunda CBK'ların kanuni düzenleme yapılan konularda kendiliğinden geçersiz hale gelmesi de savunulabilir. Ancak iki ayrı düzenlemeden hangi konunun CBK ile kanun arasında çelişki oluşturduğunun tespiti de son derece karmaşık hale gelmesi de muhtemeldir⁴⁰. Bu nedenle yasama ve yürütme organlarının düzenleyici işlemler yapması açısından birleşik bir komisyon tarafından konunun tespiti ve geçersiz olacak CBK'larında açıkça gösterilmesi önem kazanmaktadır. Aksi takdirde uygulayıcıların tereddüt yaşaması halinde kanuna öncelik verilmesi kanuni bir düzenlemenin bulunmaması durumunda CBK'ların uygulama alanı bulması da söz konusu olabilir. Sonraki kanunun önceki CBK'dan farklı hükümler içermesi halinde de her iki düzenlemenin uygulama alanı bulacağı da söylenebilir.

Kanunla düzenlenmesi öngörülen tüm konular, münhasır kanun haline dönüşmüştür. Bu nedenle CBK ile münhasır kanun alanında düzenleme yapılmaması, aksi durumda CBK'ların kanunun altında yer aldığı benimsenmesi ve hukuki boşlukların doldurulmasında CBK'lardan yararlanılması düşünülebilir. Ayrıca CBK'ların anayasallık denetiminde olması, hukuk devleti ilkesinin hayata geçirilmesi hususunda da önemli bir rol oynamaktadır. CBK'ların kanuna aykırılığı değil de anayasaya uygunluğu söz konusu olacaktır. Çünkü kanundan farklı hüküm içeren CBK'lar uygulama alanı bulacaktır.

Anayasada CBK ile düzenlenecek konular açık bir şekilde ve münhasır alan oluşturacak şekilde belirtilmemiştir. Cumhurbaşkanınca yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK çıkarılabileceği kabul edilmiş, özel hükümler ile belli konuların CBK ile düzenlenebileceği ya da düzenlenemeyeceği ifade

³⁴ Azaklı Anayasanın 104/9, 106/11, 108/son, 118/son maddelerinin Cumhurbaşkanına mahfuz düzenleme alanı bıraktığından bahsetmektedir. Bkz., AZAKLI, Murat: "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Somut Norm Denetimi Yoluyla İncelenmesi", Anayasa Yargısı İçinde, 36 (1) Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara-2019, s.77; Gözler, ancak kanunla ibaresi Anayasanın 13, 38/3, 66/3 v e 68/6 maddelerinde zikredildiğini, bu ibarenin kullanılmasının tutarlı olmadığını, anayasa değişikliklerini kaleme alanların ehliyetsizliği ve dikkatsizliğinden kaynaklandığını belirtmektedir. Ayrıca Türkiye'de münhasır kanun alanının bulunmadığını vurgulamaktadır. Bkz., GÖZLER, s.370-371.

³⁵ Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda CBK çıkarılamayacağı hüküm altına alınmıştır. Ancak Anayasa'da hangi konuların münhasıran kanunla düzenleneceğine ilişkin özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadında anayasa koyucunun kanunla düzenlenmesini öngördüğü konuların bu kapsamda görülmesi gerektiği kabul edilmektedir...Buna göre Anayasa'da kanunla düzenleneceği belirtilen alanlarda Cumhurbaşkanı'nın CBK çıkarma yetkisi bulunmamaktadır. Aynı kararda Anayasa'da Resmî Gazete'nin yayımına ilişkin usul ve esasların kanunla düzenleneceğine dair herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Bu nedenle Resmî Gazete'nin basılı ortamda yayımını lüzum görmemesi şartına bağlayan kuralın Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen bir konuyu düzenlediğinden bahsedilemez. Bkz., AYM, E.2018/127, K.2021/18, 18.03.2021.

³⁶ AYM, E.2018/127, K.2021/18, 18.03.2021.

³⁷ AYM, E.2019/71, K.2020/82, 30.12.2020.

³⁸ YILDIRIM, s.24; ÇOLAK, s.56.

³⁹ Örneğin Anayasanın 42/2, 6 ve 9, 43/3, 44, 46, 47, 50/4, 51/2-3 ve 4, 53/2-5, 54, 56/5, 61/3, 63/2 maddelerinde kanuni düzenlemelerden bahsetmektedir.

⁴⁰ Çelişkili ve belirsiz hükümler, anayasacılığın özüne aykırıdır ve kötü kullanılmaya müsaittir. ŞİRİN, s.344.

edilmiştir.⁴¹ CBK ile düzenleme yasağı getirilen hükümlerden hareketle münhasır alan belirlenmesi yapılamamaktadır. Anayasanın 104/17. maddesi genel hüküm niteliğini taşımaktadır. Bu hüküm, yetki tanıyıcı bir hükümdür ve Cumhurbaşkanına CBK çıkarma hususunda takdir yetkisi tanımaktadır.

Anayasa ile Cumhurbaşkanına yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK çıkarma yetkisinin verilmesi, yasama organının kanun çıkaramayacağı anlamına gelip gelmediği konusunun tartışılması gerekmektedir. Yasama yetkisinin genelliği, yasama organının düzenleme alanına konu itibari ile sınırlama getirilmemesi, yasama organının ayrıntılı veya genel hükümler içeren düzenleme yapabileceği, yürütme alanına bırakılmış mahfuz bir alan bırakılmadığı anlamına gelmektedir. Şayet yürütme organına mahfuz bir alan bırakılır ise yasama yetkisinin genelliğinden de bahsedilemez. Anayasada CBK ile düzenleneceği belirtilen konularda kanun çıkarılmaz şeklinde bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısı ile yasama organı anayasaya aykırı olmamak şartı ile dilediği her konuda kanun çıkarabilir. Yasama organının CBK'lar ile farklı düzenleme getirmesi kanunun CBK'ya aykırılığı gibi bir sonuç ortaya çıkarılmaması gerekmektedir. Sadece kanunun anayasaya aykırılığı ileri sürülebilir. Ayrıca yasama organının sonradan CBK ile aynı konuda çelişik hükümler içeren bir kanun çıkarması durumunda ise kanunun uygulanması gerektiği anayasal bir buyruk olarak karşımıza çıkmaktadır. Her ne kadar Cumhurbaşkanınca yürütme yetkisine ilişkin konularda özellikle üst kademe kamu yöneticilerinin atanması (AY, 104/9), bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görev ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması (AY, 106/son), Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri (108/son), Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin Teşkilatı ve görevleri (AY. 118/6), Kamu tüzel kişiliğinin kurulması (AY, 123/3), Merkezi yönetim bütçesi ile verilen ödeneğin aşılarmaması (AY, 161/7), Hukuka aykırı emrin yerine getirilmemesi (AY, 137), gibi konularda CBK çıkarılabilir de yasama organının bu alanlarda kanuni düzenleme yapamayacağına ilişkin emredici bir hüküm anayasada bulunmamaktadır. Yasama ve yürütme organları arasında düzenleme alanının belirlenmesine ilişkin bir ihtilafın bulunması durumunda anayasayı değiştirme gücü yasama organındadır. Kurumsal ihtilafların ortaya çıkması durumunda anayasayı değiştirme gücüne sahip olan yasama organı lehine anayasa değişikliği yapılması da gündeme gelebilecektir. Her ne kadar anayasa değişiklikleri konusunda Cumhurbaşkanının Anayasanın 175. maddesine göre geri gönderme ve halkoyuna sunma yetkisi bulursa da süreci başlatma yetkisi yasama organına aittir. Demokratik açıdan Cumhurbaşkanı ile yasama organı arasında uzlaşma olması tercih edilebilir bir yaklaşımdır.

Anayasada CBK'lar bakımından mahfuz bir alan oluşturulup oluşturulmadığı hususu öğretide tartışmalıdır.⁴² Münhasır alan görüşünü benimseyenlere göre; anayasada özel düzenlemelerde yer alan “düzenlenir” ibaresi kanunla düzenleme yapılamaz şeklinde yasaklayıcı bir hüküm içerdiğini savunmaktadır. Sadece veya ancak vb. inhisari ibareler kullanılmamış olsa bile, Anayasada CBK ile düzenlenmesi öngörülen konularda kanuni düzenleme yapılamayacağı savunulmaktadır. CBK ile düzenlenir demenin CBK dışındaki işlemleri dışladığını yani kanuni düzenleme yapılamayacağı ifade edilmektedir. Bir şeyi zikretmek diğerini dışlamak anlamına gelmektedir. Anayasa koyucunun düzenlenebilir yerine düzenlenir ibaresi koyması CBK'lar hususunda mahfuz bir alan oluşturduğu yani kanuni bir düzenleme yapılamayacağı anlamına geldiği belirtilmektedir. Anayasanın 123/3. maddesinde olduğu gibi kamu tüzel kişiliği kanunla veya cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kurulur düzenlenmesi CBK'lar için mahfuz bir alan oluşturduğunun ispatı olarak ileri sürülmektedir. Anayasa koyucunun bilinçli bir tercihte bulunduğu öne sürülmektedir⁴³. Üst kademe kamu yöneticilerinin atanmasına ilişkin usul ve esaslar (AY. 104/9), bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması (AY. 106/11), Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri (AY. 108/son), Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin Teşkilatı ve görevleri (AY. 118/6) CBK ile düzenlenir hükmünü ihtiva etmektedir. Bu konular yürütme organının mahfuz alanının oluşturmakta ve kanunla düzenleme yapılmamalıdır⁴⁴.

CBK'lar için münhasır alan tezi genel-özel hüküm ilişkisi ile açıklanmaktadır. AYM'nin vermiş olduğu ilk kararda da CBK'lar ile düzenlenmesi öngörülen konuların özel hüküm olduğu belirtilmiştir⁴⁵. Cumhurbaşkanına Anayasanın 104/17. maddesi ile genel olarak yürütme yetkisine

⁴¹ ARDIÇOĞLU, M. Artuk: “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi” Ankara Barosu Dergisi, 75(3), 2017, s.32-34; Şirin'e göre, Anayasa'da özerk (münhasır) CBK alanı bulunmadığını ve yasama organının düzenleme yapamayacağı bir konu olmadığını belirtmektedir. Bkz., ŞİRİN, s.344.

⁴² ÜLGEN, s.17 vd.

⁴³ EREN, s.967.

⁴⁴ GÖZLER, s.364 ve 373.

⁴⁵ “...Anayasa'nın 104. maddesinin dokuzuncu fıkrasında üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esasların; 106. maddesinin on birinci fıkrasında bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat

ilişkin konularda CBK çıkarma yetkisinin verilmesi, özel maddelerde de çıkarılacak CBK konuları belirlenmiştir. CBK ile düzenleneceği öngörülen konular, aynı konuda münhasır kanuni düzenleme öngören genel hükümlerin karşısında özel hüküm niteliğini taşımaktadır. Anayasanın 123/1. ve 128/2. maddelerinde hem kanun hem de CBK'lerden bahsetmektedir. Kanunla düzenlemenin genel, CBK ile düzenlemenin ise özel nitelik taşıdığı ileri sürülmektedir. Buna göre Anayasanın 123/1. maddesi idarenin kuruluş ve görev bakımından bir bütün olduğunu ve kanunla düzenlenmesini yasama organına bırakılmış genel bir hüküm iken, idari yapı içerisinde yer alan bakanlıklar, Milli Güvenlik Kurulu, Devlet Denetleme Kurulu'nun özel olarak CBK ile düzenlenmesi öngörülmektedir. Anayasanın 128/2. maddesi memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hak ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işlerinin kanunla düzenlenmesi genel hüküm niteliğini taşır iken, Anayasanın 104/9. maddesine göre Cumhurbaşkanınca üst kademe yöneticilerinin atanması, görevlerine son verilmesine yönelik usul ve esasları belirleyen CBK çıkarılması ise özel hüküm niteliğini taşımaktadır. Bir şeyi zikretmek diğerini dışlamak anlamına gelmektedir. CBK ile düzenlenebilecek alanların Anayasa ile belirlenmesi, kanunla düzenleme yapılmaması anlamına da geldiği savunulabilir. Anayasal organların görev ve yetkileri şüpheye mahal bırakmayacak şekilde açık ve net olarak belirlenmelidir. Açıklık durumunda ise yorum yapılmamalıdır.

Anayasada özel hükümlerle öngörülen CBK'lar münhasır kanun alanına giren bir kısmı münhasır CBK alanına dönüşmektedir. Özel hükümle genel hükmün düzenleme alanı dışına çıkarılmış konularda genel hükmün uygulanmaması gerekmektedir. Anayasa ile hem yasama hem de yürütme organlarına düzenleme yapma yetkisi verilse idi, Anayasanın 123. maddesinde olduğu gibi kanunla veya CBK ile düzenleneceği hüküm altına alınırdı. Genel kural, istisna getirilmemiş bütün kurallar açısından uygulanma özelliğine sahiptir. Özel hüküm genel hükme üstün gelir ilkesi gereğince CBK ile düzenlenmesi öngörülen konularda kanunla düzenleme yapılmamalıdır. Bununla birlikte CBK ile düzenlenebilecek alanlarda kanuni düzenleme yapılamaz şeklinde yasaklayıcı bir hükme de gerek bulunmamaktadır.

Anayasanın geçici 21/B. maddesi, CBK ile düzenleneceği belirtilen değişikliklerin, Cumhurbaşkanının göreve başlama tarihinden itibaren en geç 6 ay içerisinde Cumhurbaşkanı tarafından düzenlenmesi gerektiği hükmünü ihtiva etmektedir. CBK ile düzenlenmesi öngörülen alanlarda yürürlükte olan kanunlar bulunsa bile, bu alanların münhasıran CBK ile 6 ay içerisinde düzenlenmesi öngörülmüştür. Nitekim CBK ile düzenlenmesi öngörülen alanlarda yer alan kanunlar yürürlükten kaldırılarak Cumhurbaşkanına münhasır düzenleme alanı sağlanmıştır.

Anayasanın 108, 113 ve 118 maddelerinde yer alan kanun ibaresi CBK ya dönüştürülerek, Cumhurbaşkanına CBK çıkarma alanı oluşturulmuştur. Böylelikle anayasa koyucu yasama ve yürütme organları arasında yetki çatışması yaşanmasını istememiş, kanun veya CBK yerine, sadece CBK deyimini kullanmıştır. Anayasa koyucu daha önce kanunla düzenlenmesi gereken bir alanı Cumhurbaşkanınca CBK ile düzenlenmesi gerektiğini hüküm altına almak suretiyle münhasıran CBK alanı oluşturulmuştur⁴⁶.

Üst Kademe Kamu Yöneticileri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usullerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin uygulanmayacak hükümler kenar başlıklı 12. maddesi üst kademe kamu yöneticileri hakkında bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenen hususlara ilişkin olarak, diğer mevzuatın bu Cumhurbaşkanlığı kararnamesine aykırı hükümlerinin uygulanmayacağı vurgulanmıştır. Bu düzenleme ile Anayasanın 104/17. maddesinde konu bakımından getirilen sınırlamaların ve çatışma kurallarının özel olarak CBK ile düzenleneceği belirtilen hükümler bakımından uygulanmaması öngörülmüştür. CBK'lar yasama tasarrufu olan kanunlar hakkında yürürlükten kaldırma ya da değişiklik yapma hususunda etkili olamayacağı için çözüm olarak mevzuatın CBK'ya aykırı hükümlerinin uygulanmaması yönünde bir düzenleme yapılmıştır. Mevzuat kavramı geniş yorumlanabilir. Bu durumda kanun KHK, tüzük ve yönetmelikler mevzuat kavramı içerisinde değerlendirilebilir. Hukuki güç olarak CBK'lar tüzük ve yönetmeliklerin üzerinde, kanunların altında olduğu kabul edilecek olursa, CBK'ya aykırı tüzük ve yönetmeliklerin uygulanmaması doğal karşılanabilir. Nitekim CBK'ya aykırı yürütmenin bu düzenleyici işlemlerinin değiştirilmesi ya da kaldırılması veya idari yargı organlarınca da iptal edilmesi mümkündür. Mevzuat kavramı içerisine meri kanunlarda girmektedir. CBK'lar ile kanunların çatışması durumunda,

yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulmasını; 108. maddesinin dördüncü fıkrasında Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işlerinin; 118. maddesinin altıncı fıkrasında Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevlerinin CBK'larla düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. Anayasa'nın 123. maddesinin üçüncü fıkrasında ise kamu tüzel kişiliğinin kanunla veya CBK ile kurulacağı belirtilmiştir." Bkz., AYM, E.2019/78, K.2020/6, 23.01.2020.

⁴⁶ YENİAY, s.114 ve 117.

kanunların altında yer alan CBK'ların öncelikle uygulanması gerektiği düzenlemesi gerçekler ile örtüşmemektedir. Bu yaklaşım, CBK'lar ile kanunların eş değer güce sahip olduğunun kabul edilmesi durumunda savunulabilir.

Yasama organının kanunla Cumhurbaşkanının görev ve yetkisini belirlemesi durumunda, kanunla belirlenmiş yetki kapsamındaki düzenlemelerin CBK ile yapılmasına ilişkin bir hüküm bulunması iki ihtimal dahilinde gerçekleşebilir. İlk olarak kanuni düzenleme CBK ile düzenlenebilecek konulara işaret etmek şeklinde gerçekleşebilir. Bu şekildeki kanuni hükmün, Cumhurbaşkanının CBK çıkarması hususunda kurucu değil, açıklayıcı bir hüküm niteliğini taşıdığı söylenebilir. Açıklayıcı nitelik taşıyan kanun hükümlerinin anayasaya aykırılığı da söz konusu olmayacaktır.

İkinci olarak yasama organının öncelikle kanuni bir düzenleme yaptıktan sonra, ikincil nitelik taşıyan düzenlemelerin CBK ile yapılması ya da yapılmaması yönünde emredici veya yasaklayıcı hüküm konulması durumudur. Bu nitelikte kanuni bir düzenlemenin yapılması, Anayasanın CBK çıkarma konusundaki cumhurbaşkanının takdir yetkisine müdahale niteliğini taşıyabilir. Anayasa tarafından Cumhurbaşkanına tanınan bir yetkinin kanunla görev haline dönüştürülmesi ya da Anayasal yetkinin kullanılmasının engellenmesi Anayasanın 104/17. maddesine aykırılık oluşturabilir. Cumhurbaşkanının yürütme yetkisine ilişkin konularda kanunla düzenlenen konular dışında CBK ile ilk elden düzenleme yetkisini kullanabileceği gibi, aynı düzenleme içerisinde ikincil nitelik taşıyan düzenlemelere de yer verilebilir. Cumhurbaşkanı yürütme yetkisine ilişkin konularda takdir yetkisini CBK'dan yana kullanması halinde, anayasallık denetiminin yapılması mümkündür.

Cumhurbaşkanının daha önce kanunla düzenlenmiş bir alanda CBK çıkarması durumunda yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi gündeme gelebilir. İkincil nitelik taşıyan düzenlemelerin CBK ile ya da yönetmelik ile yapılması arasında bir fark bulunmamaktadır. Sadece yargısal denetim yapacak organlar değişiklik gösterecektir. Örneğin yönetmeliklerin yargısal denetimi idari yargı organlarının yapılması mümkündür.

AYM, yasama yetkisinin TBMM'ye ait olduğunu ve bu yetkinin devredilmezliğini kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir gereği olarak görmektedir. Anayasanın açıkça kanunla düzenleme yapılmasını öngördüğü durumlarda, yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yapma yetkisi verilmemelidir. Yürütme organına düzenleme yetkisi veren kanun hükmünün Anayasanın 7. maddesine uygun olabilmesi için, temel ilkelerin belirlenmesi ve çerçevenin çizilmesi gerekir. Sınırları belirsiz geniş bir alan yönetimin düzenleme alanına bırakılmamalıdır⁴⁷.

D. Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yargısal Denetimi

Anayasanın 148/1. maddesine göre, işlevsel açıdan bir yasama işlemi olan CBK'ların yargısal denetimi AYM tarafından yapılmaktadır. CBK'lar kanundan kaynaklanmamaktadır. Doğrudan anayasadan alınan yetki ile ilk elden düzenlenebilmektedir. CBK'ların kanunlara değil, anayasaya aykırı olduğu iddiası ile AYM'ye iptal davası veya itiraz (defi) yolu ile başvuruda bulunulabilir. Nitekim Anayasanın İptal davası açma kenar başlıklı 150. maddesine göre Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin, belirli madde ve hükümlerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiası ile Anayasa Mahkemesine doğrudan doğruya iptal davası açabilme hakkı, Cumhurbaşkanına, Türkiye Büyük Millet Meclisinde en fazla üyeye sahip iki siyasi parti grubuna ve üye tam sayısının en az beşte bir tutarındaki üyelere ait olduğu hükmü düzenlenmiştir. Ayrıca anayasaya aykırılığın diğer mahkemelerde ileri sürülmesi kenar başlıklı Anayasanın 152. maddesine göre bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin hükümlerini anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varması halinde itiraz yoluna başvurabilmektedir. CBK'ların anayasaya aykırılığı iddiası ile soyut ve somut norm denetimi yapılması mümkündür. CBK'ların kanunlara aykırılığı iddiası ile soyut ve somut norm denetimi yapılması mümkün değildir. Somut norm denetimi için bakılmakta olan bir dava olmalı, davaya bakmakta olan mercii mahkeme olmalı, uygulanacak hüküm olmalı, mahkeme uygulanacak hükmü anayasaya aykırı görmeli veya aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına ulaşmalıdır. CBK'lar uyuşmazlığa uygulanacak hüküm niteliğini taşıyabilir. AYM, CBK'ların belli madde ve hükümlerinin anayasaya aykırılığı ile yapılan başvuruları 5 ay içerisinde sonuçlandırmalıdır. AYM, 5 ay içerisinde kararını vermez ise mahkeme davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırmalıdır. Bu durumda kanun hükümlerine öncelik ve üstünlük tanınmaktadır. AYM, işin esasına girerek vermiş olduğu ret kararları R.G'de yayımlanmasından itibaren 10 yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün anayasaya aykırılığı iddiasında bulunulamamaktadır. Bu on yıllık süre AYM'nin ilk inceleme sonucunda vermiş olduğu ret kararları için geçerli değildir⁴⁸.

⁴⁷ E. 2016/47, K. 2018/10, K.T. 14.02.2018.

⁴⁸ AZAKLI, s.82.

Anayasanın 148. maddesine göre CBK'ların anayasaya şekil ve esas bakımından denetiminden bahsedilmektedir. AYM, CBK'lara ilişkin vermiş olduğu ilk kararda Cumhurbaşkanlığı Kararnemelerinin Anayasal Çerçevesi ve Yargısal Denetimi başlığı altında yargısal denetimde izlenecek yöntemleri belirlemiştir⁴⁹.

AYM birinci olarak, 21/1/2017 tarihli ve 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile Anayasa'nın 8. maddesine göre, yürütme yetkisi ve görevinin tek başına Cumhurbaşkanı'na verildiğini, daha önce Bakanlar Kuruluna ait olan görev ve yetkiler Cumhurbaşkanı tarafından yerine getirilecektir.

İkinci olarak, Cumhurbaşkanı'na "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi" adı altında ilk elden, Anayasa'da belirlenen yetki çerçevesinde herhangi bir kanuna dayanmadan ya da yasama organının onayı olmadan düzenleme yapma yetkisinin tanınmıştır.

Üçüncü olarak, Anayasa'nın 104/17. maddesi ile Cumhurbaşkanının yürütme yetkisine ilişkin konularda genel bir yetki ile CBK çıkarabileceği, maddenin gerekçesinde, yeni hükümet sistemi gözetilerek Cumhurbaşkanı'nın genel siyasetin yürütülmesinde yürütme yetkisi ile ilgili olarak ihtiyaç duyduğu konularda CBK çıkarabilmesine imkân tanınmıştır.

Dördüncü olarak, Cumhurbaşkanı'na yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK çıkarma yetkisinin genel olarak verilmesinin yanı sıra Anayasa'nın bazı özel maddelerinde CBK ile düzenlenecek konular belirlenmiştir. Bu kapsamda Anayasa'nın 104/9. maddesinde üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esasların; 106/11. maddesinde bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulmasının; 108/4. maddesinde Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri; 118/6. maddesinde Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevlerinin CBK'larla düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. Anayasa'nın 123/3. maddesinde ise kamu tüzel kişiliğinin kanunla veya CBK ile kurulacağı belirtilmiştir.

Beşinci olarak, Anayasa'nın 148. maddesine göre CBK'ların şekil ve esas bakımından Anayasa'ya uygunluğunun denetlenmesi öngörülmüş, yargısal denetim görev ve yetkisi AYM'ye verilmiştir.

Altıncı olarak, Anayasa'da Cumhurbaşkanı'na CBK çıkarma yetkisi verilmekle birlikte bu yetki sınırsız değildir. Kanunlardan farklı olarak Anayasa'da CBK'yla düzenlenecek konular sınırlandırılmıştır. Yürütme yetkisine ilişkin konular dışında CBK ile düzenleme yapılması mümkün değildir. "Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler" in CBK'yla düzenlenemeyeceği belirtilmiştir.

Yedinci olarak, Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda CBK çıkarılmayacağı hüküm altına alınmıştır. Ancak Anayasa'da hangi konuların münhasıran kanunla düzenleneceğine ilişkin özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadında anayasa koyucunun kanunla düzenlenmesini öngördüğü konuların bu kapsamda görülmesi gerektiği kabul edilmektedir⁵⁰. Buna göre Anayasa'da kanunla düzenleneceği belirtilen alanlarda Cumhurbaşkanı'nın CBK çıkarma yetkisi bulunmamaktadır.

Sekizinci olarak, Cumhurbaşkanı'nın, yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK çıkarabilmesi için CBK'yla düzenlenecek konunun kanunlarda açıkça düzenlenmemiş olması gerekir.

Dokuzuncu olarak, CBK'ların konu bakımından yetki kurallarına uygun olarak çıkarılması gerekir. Aksi takdirde içeriği Anayasa'ya aykırılık oluşturmasa bile bu düzenlemelerin Anayasa'ya uygunluğundan söz edilemez. Dolayısıyla CBK'ların yargısal denetiminde öncelikle Anayasa'nın 104/17. maddesinde belirtilen konu bakımından yetki kurallarına uygunluğunun ele alınmalıdır. Anılan fıkra yönünden herhangi bir aykırılık tespit edilmemesi durumunda ise bu defa CBK'lar hakkında içerik yönünden Anayasa'ya uygunluk denetimi yapılmalıdır.

AYM, CBK kurallarını denetler iken Anayasanın 104/17. maddesinde yer alan ilk dört cümleyi konu bakımından yetki incelemesi olarak ele almaktadır. Buna karşılık, CBK ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde kanun hükümlerinin uygulanacağına yönelik hüküm uyarınca TBMM'nin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, CBK'ların hükümsüz hale gelmesine yönelik düzenlemeleri CBK'ların denetiminde ölçü norm olarak kullanmamaktadır.

⁴⁹ AYM, E.2018/125, K.2020/4, 22.01.2020.

⁵⁰ AYM, E.2018/125, K.2020/4, 22.01.2020; AYM, E.2016/150, K.2017/179, 28.12.2017; AYM, E.2016/180, K.2018/4, 18.01.2018; AYM, E.2016/139, K.2016/188, 14.12.2016; AYM, E.2013/47, K.2013/72, 06.06.2013.

AYM, 104/17. maddesinin birinci cümlesinde yer alan yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK çıkarılabileceğini, yürütme yetkisi dışındaki konularda CBK çıkarılmasının mümkün olmadığını ifade etmektedir.

Anayasanın 104/17. maddesinin son fıkrasında ise Cumhurbaşkanına ayrıca Anayasada ve kanunlarda verilen seçme ve atama görevleri ile diğer görevleri yerine getirir ve yetkileri kullanır hükmünü ihtiva etmektedir. Bu hüküm, Cumhurbaşkanına Anayasada verilen görev ve yetkiler dışında, kanunla görev ve yetkiler verilebileceği sonucu çıkmaktadır. Cumhurbaşkanına kanunla görev ve yetkiler tanınabilecektir.

AYM, Yüksek Askeri Şuranın (YAŞ) Kuruluş ve Görevleri Hakkındaki Cumhurbaşkanlığı Kararnamesini denetler iken, YAŞ'ın herhangi bir bakanlığın merkez ve taşra teşkilatına dahil olmadığını, YAŞ'ın görev ve yetkilerinin Anayasanın 106/11. maddesi kapsamında olmadığını gibi, CBK ile özel olarak düzenlenecek ya da düzenleme yasağı olan konulardan olmadığını, Anayasanın 123/1. maddesi kapsamında münhasıran kanunla düzenleme yapılması gereken konulardan da olmadığını tespit etmiştir. Ayrıca Anayasanın 104/17. maddesi kapsamında kanunla açıkça düzenlenen konularda CBK çıkarılamaz hükmü açısından da inceleme yapılmıştır. YAŞ'ın kuruluş ve görevlerini düzenleyen 1612 Sayılı kanunun 703 Sayılı KHK ile yürürlükten kaldırıldığı gözetilerek YAŞ'ın sekreteryaya hizmetlerini yürütecek merciin CBK ile belirlenmesinde herhangi bir engel bulunmadığı yönünde hüküm tesis etmiştir⁵¹.

AYM'ne göre, YAŞ'ın merkez ve taşra teşkilatına dahil olmaması, CBK ile düzenleme yasağının bulunmaması, kanunla düzenlenmesi gereken konulardan olmaması, aynı konuyu düzenleyen bir kanun hükmünün bulunmaması ölçütlerinden hareket etmiştir.

CBK'nın Anayasaya aykırılığı iddiası ile açılan davadan sonra, yasama organının aynı konuda kanun çıkarması durumunda, AYM, CBK'nın hükümsüzlüğüne karar verebilir. Bu durumda geçerli bir kuralı iptal etme yetkisi, aynı kuralın geçerliliğini tespit etme yetkisini de içinde barındırmaktadır. AYM'nin hükümsüzlük yönünde karar vermesi hususunda Anayasada açıkça bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak yine de AYM'nin hükümsüzlük kararı vermesine engel bir durum da bulunmamaktadır⁵². Buna rağmen 6216 sayılı kanuna AYM'nin verebileceği kararlar hususunda hükümsüzlük kararı verme noktasında ekleme yapılabilir.

Somut norm denetimi usulü ile AYM'de incelemeye başlanan bir kuralın yasama organınca değiştirilmesi veya kaldırılması durumunda itiraz davası, konusuzluk sebebi ile sonlandırılmamalıdır. Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılan ve R.G.'de yayımlanan CBK, daha sonra çıkarılan bir kanunla hükümsüz hale gelinceye kadar hukuki geçerliliğini devam ettirmektedir. Bu nedenle hükümsüzlük kararı kanunun kabul edildiği tarihten itibaren CBK'nın hükümsüzlüğüne ilişkin bir tespit kararı olacaktır.

AYM'nin konu bakımından yetki incelemesi, hangi konuların CBK ile düzenlenebileceğine ilişkin bir tespit içermektedir. Kanunla düzenleme alanı dışında ve yürütme alanına ilişkin konularda CBK çıkarılabilir. Cumhurbaşkanının Anayasa ve kanunla yetkili kılınmadığı bir konuda CBK çıkarması, konu bakımından yetki kuralını ihlal edecektir. CBK'nın konu bakımından yetki kuralına uygun çıkarılması halinde de içerik bakımından Anayasaya uygun olması gerekmektedir. İçerik bakımından Anayasaya aykırılığın tespit edilmesi halinde kuralın iptal edilmesi sonucu ortaya çıkacaktır.

Anayasanın 104/17. maddesinde Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin “yürütme yetkisine ilişkin konularda” çıkarılabileceği belirtilmiştir. Peki ama “yürütme yetkisi” nedir? Nasıl tanımlanır? “Yetki” terimi kullanıldığına göre burada maddî anlamda yürütme, yani yürütme fonksiyonu anlaşıldığı düşünülebilir. Ama Türk hukukunda yasama, yürütme ve yargı maddî kriterle değil, organik ve şekli kritere göre birbirinden ayrılmaktadır. Yasama yetkisi ile yürütme yetkisi birbirinden maddî kritere göre ayrıldığı söylenememektedir. Her konu, yasama yetkisine veya yürütme yetkisine ilişkin olarak görülebilmektedir⁵³.

Anayasa Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için “mahfuz alan” oluşturmuştur. Yani Anayasada mahfuz alan olarak belirlenen hususlardaki düzenlemeler, sadece Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle yapılmalıdır. Zaten böyle bir mahfuz alan olmadıkça Cumhurbaşkanlığı kararnamesi kurumuna yer

⁵¹ “...YAŞ'ın sekreteryaya hizmetlerini yürütecek merci bakımından herhangi bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır. YAŞ'ın kuruluş ve görevlerini düzenleyen 1612 sayılı Kanun'un 703 sayılı KHK ile yürürlükten kaldırıldığı gözetildiğinde YAŞ'ın sekreteryaya hizmetlerini yürütecek merciin CBK'yla belirlenmesinde bir engel bulunmamaktadır.” Bkz., AYM, E.2018/125, K.2020/4, 22.01.2020.

⁵² EREN, s.987-988.

⁵³ GÖZLER, Kemal: Anayasa Madde 104/17 deki Kusurlar, <https://www.anayasa.gen.tr/cbhs-ek-1.pdf>, (Erişim: 08.07.2022).

verilmesinin pek bir anlamının olmayacağı da söylenebilir. Bununla birlikte Anayasanın 104/17 maddesinde CBK ile kanunlarda farklı hükümlerin bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır” hükmüne yer verilmiştir.

III. OLAĞANÜSTÜ HAL CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİ

Anayasada öngörülen olağanüstü hal (OHAL) sebeplerinin ortaya çıkması halinde öncelikle olağanüstü hal ilan edilmelidir. OHAL ilan edildikten sonra, OHAL ilan edilmesini gerektiren sebeplerin ortadan kaldırılması ve normal hukuk düzenine geçilmesi hususunda yürütme organının çaba sarfetmelidir. Bu nedenle yürütme organına OHAL’in gerekli kıldığı konularda ve OHAL süresince kararname çıkarma yetkisi tanınmaktadır. 2017 yılında Türk Tipi Başkanlık sistemine geçilmesi ile OHAL ilan etme ve kararname çıkarma yetkisi, tek başına Cumhurbaşkanına ait olmuştur. OHAL kararname konusu sınırlamasına tabi değildir. OHAL kararname kanun hükmündedir. Yasama organınca çıkarılabilecek tüm konular OHAL kararname ile düzenlenebilir. OHAL kararname geçici bir nitelik taşımaktadır. Bu nedenle OHAL kararname RG’de yayımlandıktan belli bir süre içerisinde yasama organınca onanmalıdır. Aksi takdirde OHAL kararname kendiliğinden geçersiz hale gelecektir⁵⁴.

OHAL CBK’sı çıkarılabilemesi için öncelikle usulüne uygun olarak ilan edilmiş bir OAL olmalıdır. İlan edilmiş bir OHAL olmadan Cumhurbaşkanının OHAL CBK’sı çıkarması durumunda, çıkarılan CBK sebep unsuru bakımından anayasaya aykırı olacaktır⁵⁵.

A. Olağanüstü Hal Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Genel Özellikleri

Cumhurbaşkanı, OHAL kararname ile olağanüstü halin gerektirdiği tüm konularda düzenleme yapma yetkisi ile donatılmıştır. OHAL CBK’ları Resmi Gazete’de yayımlandığı gün TBMM’nin onayına sunulmalıdır. OHAL CBK’ları 3 ay içerisinde TBMM’de görüşülmediği takdirde kendiliğinden yürürlükten kalkacaktır. Bu düzenleme, OHAL CBK’larının geçicilik özelliğine uygundur. Ayrıca temel hak ve hürriyetler açısından güçlü bir güvence oluşturmaktadır.

OHAL CBK’ları kanun hükmündedir. Bununla birlikte OHAL CBK’ları konu bakımından da sınırlandırılmamıştır. Bu dönemde temel haklar, kişi hak ve ödevleri ile siyasi hak ve ödevler düzenleme kapsamı içerisinde yer almaktadır. Anayasanın 119/6. maddesinde Cumhurbaşkanı olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda Anayasanın 104/17. maddesinin ikinci cümlesinde belirtilen sınırlamalara tabi olmaksızın CBK çıkarabilir. Anayasanın 119/6. maddesinde bu CBK’ların kanun hükmünde olduğu vurgulanmaktadır.⁵⁶ Dolayısıyla OHAL CBK’larının hukuki niteliğinin kanun hükmünde olduğu belirtilmiş ve açıklığa kavuşturulmuştur. OHAL CBK’ları R.G’de yayımlanmakta ve aynı gün TBMM’nin onayına sunulmalıdır. Böylelikle bu dönemde çıkarılan CBK’lar açısından parlamentonun siyasal denetimi sağlanmış olmaktadır. Parlamento bu dönemde çıkarılan CBK’ları değiştirebilir, onaylayabilir ya da reddedebilir. TBMM’nin değiştirerek ya da onaylayarak CBK’lar üzerinde kendi iradesini giydirecek bunları kanun haline dönüştürebilir⁵⁷. Red yönündeki iradesinin de R.G’de yayımlanması ile birlikte CBK yürürlükten kalkacaktır. Ayrıca OHAL döneminde çıkarılan CBK’ların 3 ay içerisinde TBMM’de görüşülmemesi halinde kendiliğinden yürürlükten kalkacağı hüküm altına alınmıştır.

Anayasanın 119/5. maddesi vatandaşlar için getirilecek para, mal ve çalışma yükümlülükleri, Anayasanın 15. maddesinde düzenlenen ilkeler doğrultusunda temel hak ve hürriyetlerin nasıl sınırlandıracağı veya geçici olarak durdurulacağı, hangi hükümlerin uygulanacağı ve işlemlerin nasıl yürütüleceği kanunla düzenlenmelidir. Anayasanın bu açık hükmü karşısında vatandaşlar için getirilecek para, mal ve çalışma yükümlülükleri yasama organının çıkaracağı kanun ile gerçekleşmelidir. Cumhurbaşkanı, CBK ile vatandaşlar için para mal ve çalışma yükümlülükleri getirmemelidir. Nitekim AYM de Anayasanın 119/5. maddesinde düzenlenen konuların OHAL KHK’ları ile düzenlenemeyeceği görüşündedir⁵⁸. Anayasada kanun ile yapılması emredilen bir konunun CBK ile düzenlenmesi konu ve yetki bakımından anayasaya aykırılık oluşturacaktır. Bir şeyin zikredilmesi diğerinin dışlanması anlamına gelmektedir. Bu nedenle kanunla düzenlenmesi öngörülen bir konunun CBK ile düzenlenmesi fonksiyon gaspı anlamına gelecektir. Fonksiyon gaspı ise yasama, yürütme ve

⁵⁴ Anayasa’nın 119 maddesi OHAL yönetimi üst başlığını taşımaktadır.

⁵⁵ GÖZLER, s.381

⁵⁶ ARDIÇOĞLU, s.34.

⁵⁷ Gözler, TBMM’nin OHAL CBK’larının onay yetkisini kanun değil parlamento kararı biçiminde kullanılması gerektiğini savunmaktadır. GÖZLER, s.382.

⁵⁸ Eren ise Anayasanın 104/17. maddesine göre Cumhurbaşkanının vatandaşlar için para, mal ve çalışma yükümlülüklerinin OHAL CBK’sı ile düzenlenebileceği görüşündedir. Bu görüşünü desteklemek için de Anayasanın 119/5. maddesinin münhasır kanun konusu olmadığını, OHAL’in gerekli kıldığı tüm konularda Cumhurbaşkanının OHAL CBK’sı çıkarabileceğini ileri sürmektedir. Bkz., EREN, s.993.

yargı organlarından herhangi birisinin, bir diğ erinin yetkisini hakk ı olmad ığı halde kullanması anlamına gelmektedir.

OHAL CBK'larının konu bakımından tabi oldu ğ u sınırlamalar ise gereklilik, ölçü lülük, Milletlerarası hukuktan doğ an yükümlülükleri ihlal etmeme ve sert çekirdek alana dokunmama olarak sıralanabilir. OHAL'in gerekli kıld ığı konular d ışı nda CBK çıkarılmamalıdır. Temel hak ve hürriyetler durumun gerektirdi ğ i ölçüde sınırlanabilir. CBK ile ö ngörülen tedbirler, amacın gerçekleştirilmesine elverişli olmalı, amaç gerekli olmalı, tedbirler amaç ile ölçüsüz bir oran içerisinde bulunmamalıdır. OHAL CBK'ları ile milletlerarası hukuktan doğ an yükümlülükler ihlal edilmemelidir. Anayasanın 15. maddesinde belirtilen sert çekirdek alana⁵⁹ dokunulmamalıdır.⁶⁰

B. Olağanüstü Hal Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yargısal Denetimi

Anayasanın 148/1 maddesi, olağanüstü hallerde ve savaş hallerinde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin şek il ve esas bakımından anayasaya aykırılı ğ ı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava aç ılmasını yasaklamaktadır. Dolayısı ile OHAL CBK'ları yargısal denetime kapalıdır⁶¹.

2017 yılında gerçekleş en Anayasa de ğ iş ikli ğ i ile sıkıyönetim kaldırılmış, sıkıyönetim ilan edilmesini gerektiren sebepler olağanüstü hal yönetimi kapsamına alınmıştır. OHAL KHK'larının yerini OHAL CBK'ları almıştır. OHAL CBK'ları TBMM tarafından onaylanıp ya da de ğ iş tirilerek onaylanıp kanunlaşmı ş aya kadar AYM'nin denetimine kapalıdır. Ayrıca TBMM tarafında 3 ay içerisinde görü ş ülmeyen CBK'lar da kendili ğ inden yürürlükten kalkacaktır. TBMM'nin reddetti ğ i CBK'lar ise ret kararının R.G'de yayımlanması ile birlikte yürürlükten kalkacaktır.

Anayasanın 148. ve 6216 sayılı Kanun'un 19. maddesine göre Cumhurbaşkanınca OHAL döneminde çıkarılan CBK'ları Anayasa Mahkemesinin yargısal denetiminin d ışı na çıkarılmış tır. Anayasa ve 6216 sayılı kanun CBK'lara karşı şek il ve esas bakımından dava aç ılamaz hükmü getirilerek yargısal denetim yasa ğ ı oluşturulmuştur.

OHAL döneminde çıkarılan CBK'lar üzerinde TBMM'nin siyasal denetimi bulunmaktadır. Anayasanın 119. maddesi ile OHAL CBK'ları R.G'de yayımlandığı gün TBMM'nin onayına sunulmalıdır. Meclis CBK'ları 3 ay içerisinde görü ş erek, de ğ iş tirerek onaylayabilir, tümüyle onaylayabilir ya da reddedebilir. Ş ayet TBMM de ğ iş tirerek ya da tümüyle OHAL CBK'larını onaylaması halinde bu kararnamelere meclisin iradesi giydirilmekte ve dolayısı ile kanun haline dönüşmektedir. TBMM, OHAL CBK'larını 3 aylık süre içerisinde görü ş erek bir sonuca ulaşmalı ve kendi iradesini R.G'de yayımlamalıdır. Aksi takdirde OHAL CBK'ları 3 aylık süre sonunda kendili ğ inden yürürlükten kalkacaktır.

OHAL CBK'ları süre bakımından sınırlıdır. Çünkü Cumhurbaşkanı ancak OHAL süresince ve OHAL'in gerekli kıld ığı konularda CBK çıkarılabilir. OHAL kalktıktan sonra OHAL tedbiri ö ngören kararnamenin de uygulama kabiliyeti kendili ğ inden kalkacaktır⁶².

OHAL CBK'ları üzerinde AYM'nin denetim yetkisi TBMM'nin aynen veya de ğ iş tirerek bu CBK'ları kabul etmesi halinde, bu CBK'lar kanun haline dönüşecek ve AYM'nin denetim kapsamı içerisinde yer alacaktır. OHAL CBK'larının denetim yasa ğ ı, bu CBK'ların kanunlaşmadan önceki dönem için geçerlidir. Bu durumda OHAL CBK'ları için kanunlaşmadan önce TBMM'nin siyasal denetimi, kanunlaştıktan sonra ise Anayasallık denetimine tabi oldu ğ u söylenebilir.

AYM, olağanüstü hâl düzenlemelerinin yargısal denetimine ilişkin olarak ş u tespitlerde bulunmuştur⁶³.

İlk olarak, 2/11/2016 tarihli ve E.2016/171, K.2016/164 sayılı kararında olağanüstü hâl KHK'larının Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenebilmesi için bu yöndeki bir anayasal yetkinin açıkça tanınması gerekmektedir. Anayasanın 148. maddesinin lafzı, Anayasa koyucunun amacı ve ilgili yasama belgeleri göz önünde bulundurulduğ unda olağanüstü hâl KHK'larının herhangi bir ad altında yargısal denetiminin mümkün olmadığına karar vermiştir. OHAL KHK'larının TBMM tarafından onaylanarak kanunlaşması hâlinde bu kanun hükümlerinin anayasaya aykırılı ğ ı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde dava aç ılmasının önünde bir engel bulunmamaktadır.

⁵⁹ Sert çekirdek alan ise Anayasanın 15/2. maddesinde düzenlenmiştir.

⁶⁰ GÖZLER; s.382-383.

⁶¹ OHAL CBK'larının yargısal denetime kapalı olması, hukuk devleti ilkesiyle bağdaştırılmamakta ve kişi hak ve özgürlüklerini tehlikeye düşürdü ğ ü için Anayasanın en çok eleştirilen hükümlerinden birisi olarak nitelendirilmektedir. Bkz., ÖDEN, Merih: "Anayasa Mahkemesi ve Olağanüstü Hal ve Sıkıyönetim Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Anayasaya Uygunluğ unun Yargısal Denetimi", <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/625637>, s.661 ve 688, (Erişim: 05.05.2022).

⁶² GÖZLER, s.383.

⁶³ AYM, E.2018/73, K.2019/65, 24.07.2019.

İkinci olarak, OHAL dönemlerinde temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması veya kullanılmasının durdurulması özel olarak Anayasanın 15. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre savaş, seferberlik veya olağanüstü hâllerde temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının kısmen veya tamamen durdurulması ve bunlar için anayasanın diğer maddelerinde öngörülen güvencelere aykırı tedbirlerin alınması mümkündür. Ancak Anayasanın 15. maddesine göre bu hususta tanınan yetki de sınırsız değildir. Anayasanın diğer maddelerinde öngörülen güvencelere aykırı tedbirler milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükleri ihlal etmemesi ve durumun gerektirdiği ölçüde olmalıdır. Ayrıca bu durumlarda dahi kişinin yaşam hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulması, din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanması ve bunlardan dolayı suçlanması yasaklanmış; suç ve cezaların geriye yürümemesi ilkesi ile masumiyet karinesinin bu hâllerde de geçerli olduğu kabul edilmiştir.

Üçüncü olarak, OHAL yönetim usullerine başvurulmasındaki temel amaç, bu yönetim rejiminin uygulanmasına neden olan tehdit veya tehlikelerin bertaraf edilmesini sağlamaktır. Devletin veya toplumun varlığının ya da kamu düzeninin ağır tehdit veya tehlikeler altında bulunması nedeniyle olağanüstü yönetim usulünün uygulandığı dönemlerde söz konusu tehdit veya tehlikelerin bertaraf edilmesi için temel hak ve hürriyetlerin olağan döneme kıyasla daha fazla sınırlandırılması sonucunu doğuran tedbirler alınması gerekebilir. Bu nedenle Anayasa'nın 15. maddesinin uygulanabilmesi için kuralın olağanüstü hâlin gerekli kıldığı durumla ilgisinin bulunması gerekir.

Dördüncü olarak, OHAL KHK'larının kanunlaşmasından sonra bu kanun hükümlerinin anayasaya uygunluğunun denetlenmesinde ilgili kuralın tabi olduğu sınırlama rejimi tespit edilmelidir. Zira söz konusu düzenlemelerde olağanüstü hâl ile ilgili kuralların yanında olağanüstü hâl ile ilgili olmayan kurallara da yer verilebilmesi bu tespiti yapılışını zorunlu kılmaktadır.

Beşinci olarak, kanunlaştırılarak yargısal denetime açılan bir kuralın anayasanın olağanüstü dönem için öngördüğü yönetim rejimine tabi olabilmesi için kural, OHAL'in ilanına sebep olan tehdit veya tehlikelerin bertaraf edilmesine yönelik olmalı ve OHAL süresiyle sınırlı uygulanmalıdır. Dolayısıyla ancak bu iki niteliği taşıyan bir kuralın anayasaya uygunluk denetiminde OHAL'lerde temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının sınırlandırılması ve durdurulmasını düzenleyen anayasanın 15. maddesi esas alınabilir.

Altıncı olarak, kuralın OHAL'in ilanına neden olan tehdit veya tehlikelerin bertaraf edilmesine yönelik olmadığı ya da olağanüstü hâlin süresini aştığı durumlarda ise söz konusu kuralın anayasaya uygunluk denetiminde anayasanın 15. maddesi dikkate alınmaz. Bu durumda kurala ilişkin inceleme sınırlamaya konu hakkın düzenlendiği anayasa maddesi başta olmak üzere anayasanın ilgili hükümleri ile olağan dönemde hak ve özgürlükleri sınırlama ve güvence rejimi bakımından temel öneme sahip olan anayasanın 13. maddesi bağlamında yapılmalıdır. Ancak buradaki anayasallık denetiminde varılan sonuç böyle bir düzenlemenin olağanüstü dönemde dahi yapılamayacağı şeklinde anlaşılamaz.

Yedinci olarak, dava konusu kurallar OHAL süresince uygulanma özelliğini aşan bir niteliğe sahip oldukları ve olağan dönemde geçerli olan kanunlarda değişiklik yapmaları sebebi ile sürekli bir etkiye sahiptir. Bu durum kurallara olağanüstü hâlin dışına taşan genel düzenleme niteliği vermektedir. Bu nedenle kuralların anayasallık denetiminde anayasanın olağanüstü hâllerde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimini düzenleyen 15. maddesi uygulama alanı bulamamaktadır. Kurallara ilişkin incelemenin sınırlama yapılan hakkın düzenlendiği anayasa maddesi başta olmak üzere anayasanın ilgili diğer hükümleri ve olağan dönemde hak ve özgürlükleri sınırlama ve güvence rejimi bakımından temel öneme sahip olan anayasanın 13. maddesi bağlamında yapılması gerekir.

AYM, OHAL dönemlerinde çıkarılan KHK'ların olağan dönem kanunlarında değişiklik yapmadığını ve sürekli bir etkiye sahip olup olmadığını hususlarını dikkate almaktadır⁶⁴. OHAL'in dışına taşan genel düzenleme niteliğine sahip olup olmadığını test etmektedir. Bu durumlarda AYM anayasallık denetiminde anayasanın olağanüstü hâllerde temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması rejimini düzenleyen 15. maddeyi değil, olağan dönemlerde temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması rejimini düzenleyen 13. maddeyi esas almaktadır.

AYM, OHAL KHK'larının kanunlaşmadan önceki evresini belirli koşullar altında denetleyebileceğine karar vermiş, fakat daha sonra bu görüşünden vazgeçmiştir.

AYM, 3.7.1991 tarihli kararında 430 Sayılı OHAL Valiliği ve OHAL'in Devamı Süresince Alınacak İlave Tedbirler Hakkında KHK'nın bazı maddelerine karşı açılan iptal davasında OHAL KHK'larının denetlenebileceğine karar vermiştir. Özellikle OHAL KHK'larının OHAL'in gerekli

⁶⁴ Gözler OHAL döneminde çıkarılan CBK'lar ile kanunda değişiklik yapılamayacağını ileri sürmektedir. Buna sebep olarak OHAL kanununun OHAL bölgesinin dışında ve OHAL süresi sona erdiğinde uygulanmamasıdır. GÖZLER, s.384. OHAL kanunu yürürlükte olmasına rağmen OHAL ilan edilmedikçe uygulanamamaktadır.

kıldığı konularda çıkarılması gerektiği, bu niteliği taşımayan OHAL KHK'larının denetiminin zorunlu olduğuna karar vermiştir⁶⁵. AYM, Anayasanın 148/1. maddesinde yer alan OHAL KHK'ları için şekil ve esas bakımından dava açılmaz hükmünü OHAL'in gerekli kıldığı konular dışında görülmesi, OHAL süresini ve OHAL ilan edilen yerlerle sınırlı olmaması hallerinde denetlenebileceği yönünde hüküm tesis etmiştir.

AYM, 12.10.2016 tarihinde vermiş olduğu karar ile önceki içtihadından dönerek, OHAL döneminde çıkarılan KHK'ların iptal istemini Anayasanın 148/1. maddesinde yer alan şekil ve esas bakımından dava açılmaz hükmünün AYM açısından bağlayıcı olduğunu belirterek reddetmiştir⁶⁶.

AYM, OHAL CBK'larının denetimini hususunda OHAL KHK'ları hakkında vermiş olduğu içtihadını devam ettirebilir. OHAL döneminde çıkarılacak CBK'lar açısından anayasallık denetim CBK kanunlaşana kadar devam edecektir. OHAL CBK'ları kanunlaştıktan sonra denetlenebileceği hususunda herhangi bir engel bulunmamaktadır. OHAL CBK'larının denetimsizlik durumu, yayım ile TBMM'nin onayı arasındaki 3 aylık süre için söz konusudur.

IV. SONUÇ

Yasama ve yürütme organları arasında düzenleme alanının belirlenmesine ilişkin bir ihtilafın bulunması durumunda anayasayı değiştirme gücü yasama organındadır. Kurumsal ihtilafların ortaya çıkması durumunda anayasayı değiştirme gücüne sahip olan yasama organı lehine anayasa değişikliği yapılması da gündeme gelebilecektir. Her ne kadar anayasa değişiklikleri konusunda Cumhurbaşkanının anayasanın 175. maddesine göre geri gönderme ve halkoyuna sunma yetkisi bulursa da süreci başlatma yetkisi yasama organına aittir. Demokratik açıdan Cumhurbaşkanı ile yasama organı arasında uzlaşma olması tercih edilebilir bir yaklaşımdır.

Anayasada özel hükümlerle öngörülen CBK'lar münhasır kanun alanına giren bir kısmı münhasır CBK alanına dönüşmektedir. Özel hükümle genel hükmün düzenleme alanı dışına çıkarılmış konularda genel hükmün uygulanmaması gerekmektedir. Anayasa ile hem yasama hem de yürütme organlarına düzenleme yapma yetkisi verilse idi, anayasanın 123. maddesinde olduğu gibi yürütme alanına ilişkin bir konunun kanunla veya CBK ile düzenleneceği hüküm altına alınır. Genel kural, istisna getirilmemiş bütün kurallar açısından uygulanma özelliğine sahiptir. Özel hüküm genel hükme üstün gelir ilkesi gereğince CBK ile düzenlenmesi öngörülen konularda kanunla düzenleme yapılmamalıdır. Bununla birlikte CBK ile düzenlenebilecek alanlarda kanuni düzenleme yapılamaz şeklinde yasaklayıcı bir hükme de gerek bulunmamaktadır.

Bir şeyi zikretmek diğerini dışlamak anlamına gelmektedir. Anayasada CBK ile düzenlenebilecek alanların belirlenmesi, kanunla düzenleme yapılmaması anlamında da yorumlanabilir. Anayasal organların görev ve yetkileri şüpheye mahal bırakmayacak şekilde açık olarak belirlenmelidir. Açıklık durumunda yoruma gerek yoktur. Bu nedenle Anayasada yasama ve yürütme organları arasında hangi konularda düzenleme yapılacağı açık bir şekilde belirtilmelidir. 1958 Fransız Anayasasının 34 vd. maddelerinde olduğu gibi hangi organın hangi konularda düzenleme yapacağını açık bir şekilde belirtilmelidir. Yasama organının hangi konularda kanun çıkaracağını tek tek belirlenip, bakiye yetkilerin ise yürütme organına bırakılması düşünülebilir.

AYM, Anayasanın 104/17. fıkrasına aykırılık iddiası ile yapılan başvurularda, ilgili CBK hükmü dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Aynı konuda bir kanun hükmü olup olmadığı ilk inceleme esnasında değil, esas aşamasında dikkate alınmalıdır. AYM, CBK'ların kanuna değil, Anayasaya aykırılığı yönünden inceleme yapmalıdır. CBK'ların esas incelemesi, kanunların esas incelemesindeki benzer benzer kurallara göre işletilmelidir.

Anayasada yürütme organına bırakılan münhasır alanların açık bir şekilde belirlenmesi gerekmektedir. Aksi takdirde AYM üyeleri arasındaki görüş farklılıkları içtihat değişikliğine de yol açabilecektir. Hukuki istikrarın korunması hukuk devleti açısından son derece önemlidir.

CBK çıkarma yetkisinin Anayasal sınırlarını, münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konular oluşturmaktadır. Ayrıca kanunla açıkça düzenlenen konularda CBK çıkarılmamalıdır. Yasama organının aynı konuda kanun çıkarması durumunda CBK'da yer alan düzenlemelerin hükümsüz hale gelmesi mümkündür. Bu düzenlemeler ışığında özellikle yasama yetkisinin devri niteliği taşıyan CBK çıkarılmasından kaçınılması gerekmektedir.

⁶⁵ "... yaygın şiddet hareketlerinin ortaya çıkmadığı bir bölgede, olağanüstü hâl rejimi uygulamasının ne gerekçesi ne hukuksal dayanağı vardır. Bkz., AYM, E.1991/6, K.1991/20, 03.07.1991.

⁶⁶ "...Olağanüstü hâl KHK'larının Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenebilmesi için bu yöndeki bir anayasal yetkinin açıkça tanınması gerekir. Anayasa'nın 148. maddesinin lafzı, Anayasa koyucunun amacı ve ilgili yasama belgeleri göz önünde bulundurulduğunda, olağanüstü dönem KHK'larının herhangi bir ad altında yargısal denetime tabi tutulamayacağı açıktır." Bkz., AYM, E.2016/166, K.2016/159, 12.10.2016; Gözler, KHK tecrübelerinden esinlenerek, OHAL kararlarının yargısal denetime tabi olması gerektiğini savunmaktadır. GÖZLER, s.384.

OHAL döneminde çıkarılan CBK'lar kanun hükmündedir. Dolayısı ile bu dönemde çıkarılan CBK'ların hukuki niteliği hususunda bir tartışma bulunmamaktadır. Ancak OHAL'in gerektirdiği konularca CBK çıkarılıp çıkarılmadığının AYM tarafından denetlenmesi hukuk devleti ilkesi açısından uygun olacaktır.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Atıf Şekli: Yazar Hayri KESER, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Hayri KESER who is author, has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar Hayri KESER, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini ve yayınlanmadığını beyan etmektedir. | Hayri KESER who is author, declares that he complies with the scientific, ethical, and quotation rules of İnULR in all processes of the paper and that he does not make any falsification of the data collected. In addition, he declares that both İnönü University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated and published in any academic publication environment other than İnönü University Law Review.

KAYNAKÇA

- ARDIÇOĞLU, M. Artuk: "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi" Ankara Barosu Dergisi, 75(3), 2017, s.19-51.
- AZAKLI, Murat: "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Somut Norm Denetimi Yoluyla İncelenmesi", Anayasa Yargısı İçinde, 36(1) Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara-2019, s.73-103.
- ÇOLAK, Çağrı: "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Yetkisinin Amerikan Sistemi Üzerinden Karşılaştırmalı Analizi", Strategic Public Management Journal, 3(Özel Sayı), 2017, s.51-65.
- DOĞAN, Bayram: "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yasama Yetkisinin Devredilmezliği İlkesi Bağlamında Değerlendirilmesi", <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1278104>, s.965-1003, (Erişim: 05.05.2022).
- EREN, Abdurrahman: Anayasa Hukuku Dersleri, Genel Esaslar Türk Anayasa Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 3. B., Ankara 2021.
- GÖZLER, Kemal: Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Genişletilmiş 26. Baskı, Ekin Yayımevi, Bursa 2021.
- GÖZLER, Kemal: "Anayasa Madde 104/17 deki Kusurlar", <https://www.anayasa.gen.tr/cbhs-ek-1.pdf>, (Erişim: 08.07.2022).
- İBA, Şeref/SÖYLER, Yasin: "Yeni Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Cumhurbaşkanlığı Kararnının Nitelik Farkı ve Hukuki Sonuçları", Anayasa Yargısı İçinde, 36(1) Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara-2019, s.195-223.
- ŞİRİN, Tolga: "İşlemeyen Sistemlerin Fonksiyonel Olmayan Yanıtı: Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", <http://anayasader.org/wp-content/uploads/2020/04/%C5%9Eirin-AYHD-14.pdf>, s.289-356, (Erişim: 05.05.2022).
- ÖDEN, Merih: "Anayasa Mahkemesi ve Olağanüstü Hal ve Sıkıyönetim Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi", <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/625637>, s.659-691, (Erişim: 05.05.2022).
- ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, 2017 Anayasa Değişikliklerine Göre Gözden Geçirilmiş 17 Basım, Yetkin Yayınları, Ankara 2017.
- ÖZBUDUN, Ergun: 1961 ve 1982 Anayasalarında Kanun Hükmünde Kararnameler, <https://ayam.anayasa.gov.tr/media/6351/ergun.pdf>, (Erişim: 08.07.2022).
- TANÖR, Bülent: Yüzbaşıoğlu, Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Yayınları, 17. B., İstanbul 2018.
- TAŞDÖĞEN, Salih: "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri" AÜHFD, (65)3, 2016, s.937-966.
- ÜLGEN, Özen: "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018/1, s.3-39.
- YENİAY, Lokman/YENİAY, Gülden: "Türk Hukukunda Yürütme Organının Düzenleme Yetkisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Anayasa Yargısı İçinde, 36(1) Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2019, s.105-138.
- YILDIRIM, Turan: "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 23(2), s.13-28.

GÜNCEL İÇTİHATLAR IŞIĞINDA ULUSLARARASI TAHKİM KARARLARININ DEVLET BANKALARI ALEYHİNE CEBRİ İCRASINDA BAĞIŞIKLIK SAVUNMASI

EXECUTION OF INTERNATIONAL ARBITRATION AWARDS AGAINST STATE BANK ACCOUNTS AND STATE IMMUNITY DEFENSE IN THE LIGHT OF RECENT CASE LAW

Serhat ESKİYÖRÜK*  [10.21492/inuhfd.1090308](https://doi.org/10.21492/inuhfd.1090308) 

Makale Bilgi

Gönderi: 19/03/2022
Kabul : 01/08/2022

Anahtar Kelimeler

Tahkim Kararı,
Tanuma ve Tenfiz,
Yargı Bağışıklığı,
İcra Bağışıklığı,
Bağışıklıktan
Feragat,
Merkez Bankası
Hesapları,
Konsolosluk Banka
Hesaplarının Haczi.

Article Info

Received: 19/03/2022
Accepted: 01/08/2022

Keywords

Arbitration Awards,
Recognition and
Enforcement,
State Immunity from
Jurisdiction,
State Immunity from
Execution,
State's Waiver from
Immunity,
Central Bank
Accounts,
Attachment of
Consular Bank
Accounts.

Özet

Kamu kurum ve kuruluşların uluslararası ticaret ve yatırım sözleşmelerine taraf olmasının bir sonucu olarak, bu hukuki ilişkilerden doğan bazı ihtilaflarda tahkim yolu karşımıza çıkmaktadır. Devletler, tahkim yargılamasına karşı ve tahkim yargılama sonucu verilen kararların tanınması ve tenfizi aşamasında yargı bağışıklığı savunması ileri sürebilmektedir. Ayrıca devletler, tahkim yargılaması neticesi verilen kararların cebri icrası aşamasında icra bağışıklığını iddia edebilmektedir. Tahkim kararın yabancı bir devlet aleyhine tenfiz ve icra başvurusunda, ev sahibi devletin yabancı devlet egemenliğine doğrudan ve geniş müdahalesi eleştirilebilir. Alacaklının alacağına kavuşması amacıyla dengeli bir yaklaşım ihtiyacı doğmaktadır. Makalede özellikle, tahkim anlaşmasının yargı ve icra bağışıklığı üzerine etkisi değerlendirilmekte, devlet bağışıklığına ilişkin uluslararası uyum çalışmaları, uluslararası anlaşmalar ve farklı ülke içtihatlarında konunun yorumu incelenmektedir. Çalışmada ayrıca, tahkim kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin New York ve ICSID Sözleşmelerinin konuya etkileri, devletlerin yargı ve icra bağışıklıklarından feragati, feragatin usulü ve kapsamı, özel koruma altında bulunan devlet malları, yabancı devletlerin banka hesapları, konsolosluk hesapları ve merkez bankası hesaplarının cebri icrası yer almaktadır.

Abstract

As the state and state entities increasingly deal with commercial and investment relationships, it is not uncommon to refer the dispute arising out of these relationships to arbitration. State may present the defense of immunity from jurisdiction during the arbitration proceeding, and recognition and enforcement stage of the arbitration award. In addition, immunity from execution might be raised as an objection at execution stage of international awards. Enforcement measures are criticized to intervene in a direct and broad way of sovereignty of a state. On the other hand, there should be a balance for access to justice for the creditor. The paper mainly discusses the impact of arbitration agreement on waiver of juridical and execution immunity of state. The article highlights the harmonization attempts on state immunity, related international treaties and interpretation of the issue by case law in different jurisdictions. The article also reviews the provisions of international instruments namely New York and ICSID Conventions, the general approach of common and civil law countries, waiver from state immunity and its procedure, state assets under special protection and the potential target of foreign state bank accounts, particularly consular and central bank accounts.

 Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

* Dr. Öğr. Üyesi, Adana Alparslan Türkeş Bilim ve Teknoloji Üniversitesi, Siyasal Bilgiler Fakültesi, Uluslararası İlişkiler Bölümü, Uluslararası Hukuk Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | **Cite As:** ESKİYÖRÜK Serhat, "Güncel İchtihatlar Işığında Uluslararası Tahkim Kararlarının Devlet Bankaları Aleyhine Cebri İcrasında Bağışıklık Savunması", InÜHFD, 13(2), 2022, s.290-305. **İntihal** | **Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via a plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

Introduction and Research Purpose: States and state entities have been increasingly participating in international commerce and foreign investment contracts. The conflicts involving states have a distinct character. The most significant problem on recognition, enforcement or execution of the arbitration award or foreign court decisions can be the defense on state immunity when a state actor included. State immunity is one of the fundamental principles of the international law. State's immunity might be a significant barrier where the decision or award is not complied with voluntarily by the state or state entity. The paper discusses the enforcement of foreign arbitration awards against state and state entities; examines the resistance of foreign states on the basis of state immunity.

The paper will first discuss the major doctrines on state immunity, namely absolute and restrictive immunity. The current trend deems that states' all activities are not exercises of their sovereignty, and recognizes the restriction theory. State immunity can be seen at both levels, as an issue of jurisdiction and execution. The immunity from jurisdiction is about a limitation of the juridical authorization of the local courts on a foreign state; whereas immunity from execution restrains the execution powers of domestic courts, execution offices and other state bodies. Arbitration agreement is deemed as an acceptance on the finality and binding nature of the award on the given dispute irrespective of a party's' nature.

Enforcement measures intervene in a direct and larger way of sovereignty of a state. The New York Convention and the ICSID Convention do not provide a waiver of state immunity from execution measures. These major instruments leave the question to local laws and public international law. There have been harmonization attempts on state immunity in order to formulate a universally acceptable regime, such as ILA Draft Articles for a Convention on State Immunity. State immunity has been expressly recognized in several international treaties, such as the European Convention on State Immunity of 1972, as well as the 2004 UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property. Many common-law countries such as the United States, the United Kingdom, Australia and Canada have legislation governing the issue of sovereign immunity. On the other hand, most civil law countries including Turkey, France, Germany and Switzerland, refer the issue to the international law principles.

Regarding the immunity of execution, public purpose or commercial purpose of a property of state has impact, as well as the waiver from immunity and property for the satisfaction of the underlying claim. In principle, both immunity from jurisdiction and immunity from execution are deemed waivable. The waiver is generally required in express and clear manner. In addition, the waiver might be need to specifically refer to the so called earmarked property or particular measure. On the other hand, there are some properties that are considered to have non-commercial purpose and subjected to exclusive protection such as diplomatic assets, military equipment and cultural centers, under international agreements such as Brussels Convention for the Unification of Certain Rules relating to the Immunity of State- Owned Vessels, 1926, The Rome Convention for the Unification of Certain Rules relating to the Precautionary Attachments of Aircrafts, 1933.

The main purpose of paper is to focus on the state's bank accounts that might be the main target for enforcement of international arbitration awards. Some may need special protection namely, embassy accounts and central banks. Vienna Convention on Diplomatic Relations and Vienna Convention on Consular Relations may have direct impact on national court decisions. Mixed embassy accounts that are used for both official and commercial purposes need particular attention, whether these bank accounts are immune from execution and whether separation of the funds is possible. In case of ambiguity on the public or commercial nature of an embassy account, the head of the foreign state's diplomatic mission might issue a certificate which is generally accepted as convincing evidence for the nature of the account. Regarding the assets of central banks and other monetary authorities, they are accepted to have non-commercial purposes, thereby immune from executional measures.

Literature Review: The paper reviewed the case law of major developed countries, in order to highlight the lack of consistency even in the European Union.

Methodology and Findings: This a critical evaluation of countries' approach to the issue of state immunity in execution of arbitration awards.

Conclusions, Limitations, and Recommendation: The current trend of a restrictive theory to state immunity is significant for the private parties to be able to access to justice. The enforcement of arbitration awards in state arbitrations has potential to cause problems on the grounds of state's immunity. Civil law countries usually rely on case law and international law; whereas many common-law countries have specific legislations on the subject matter. The practice of state immunity is not harmonized, even within the European countries and that might impair the predictability and certainty of the legal system.

I. GİRİŞ

Uluslararası hukukun en temel ilkelerinden birisi devletlerin eşitliği ilkesidir¹. Devletlerin bağımsızlığı 1972 tarihli Devlet Bağımsızlığına İlişkin Avrupa Sözleşmesi² (ECSI), 2004 tarihli Devletlerin Yargı Bağımsızlığı ve Mülkiyetlerine İlişkin BM Sözleşmesi³ (BM Sözleşmesi) gibi birçok uluslararası anlaşma ile tanınmaktadır. Devletin yargı bağımsızlığı kavramı ile, egemen devletin rızası dışında, başka egemen devletin yargı yetkisine tabi olmamasını, bu sebeple ulusal mahkemelerin yabancı devlet üzerinde yargı yetkisinin sınırlanmasını ifade etmektedir⁴. Bu ilke, Diplomatik İlişkilere İlişkin Viyana Sözleşmesi ve Konsolosluk İlişkilerine İlişkin Viyana Sözleşmesi gibi çok uluslu anlaşmalarla güvence altına alınan diplomatik ve konsolosluk hukukuna da dayanmaktadır⁵. Uluslararası Daimi Adalet Divanı (PCIJ), diplomatik korumanın “uluslararası hukukun temel bir ilkesi” olduğunu vurgulamıştır⁶.

Uluslararası ticaret ve yatırım sözleşmelerinde kamu kurum ve kuruluşlarının yer almasıyla birlikte, devletlerin taraf olduğu ihtilafların çözümünde tahkim yolu artarak karşımıza çıkmaktadır⁷. Uluslararası tahkim, yabancı yatırımcıları ve uluslararası finans kuruluşlarını tarafsız ve bağımsız bir yargı yolu sunulmak suretiyle teşviki amacıyla birçok ikili ve çok taraflı anlaşmalarda, imtiyaz sözleşmelerinde ve ulusal mevzuatlarda yerini almıştır. Ülkemiz halihazırda 108 ülke ile Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması (YKTK) Anlaşması olarak bilinen ikili yatırım anlaşmasına taraf olmuştur⁸.

Devletin bağımsızlık savunması, tahkim yargılaması, tanınması, tenfizi ve icra aşamalarında ayrı ayrı ileri sürülebilmektedir⁹. Şöyle ki; davalı devlet tanıma ve tenfiz davasında, yargı bağımsızlığı talep edebileceği gibi kararın icra aşamasında da icra bağımsızlığı savunması ileri sürerek yasal süreçleri aksatabilir¹⁰. Gerçekten de devletin icra bağımsızlığı, tahkim kararının rızaen icra edilmediği hallerde, kararın cebri icra aşamasında önemli bir engel teşkil etmektedir¹¹.

Devletlerin tüm faaliyetlerinin egemenlik faaliyeti olmadığı yönünde yeni eğilim bulunmaktadır¹². Devletlerin iki farklı kişiliğe haiz olduğu; diğer bir ifade ile, devletin ticari

¹ Birleşmiş Milletler Antlaşması madde 2(1), Uluslararası Adalet Divanı, Devletin Yargı Bağımsızlığı kararı, 03.02.2012. SHAW, Malcolm: International Law, 6. Bası, Cambridge UP, Cambridge, 2008; PAZARCI, Hüseyin: Uluslararası Hukuk, Turhan, 20. Bası, Ankara, 2021; SUR, Melda: Uluslararası Hukukun Esasları, 15. Bası, Beta, İstanbul, 2021; AKSAR, Yusuf: Uluslararası Hukuk, Temel Metinler ve Davalarla, 2. Bası, Seçkin, Ankara, 2021.

² Avrupa Devlet Bağımsızlığı Sözleşmesi, (European Convention on State Immunity), European Treaty Series- No. 74, Basle, 16.V.1972, <https://rm.coe.int/16800730b1>. Sadece sekiz ülke (Almanya, Avusturya, Belçika, Hollanda, Güney Kıbrıs, İsviçre, İngiltere, Lüksemburg) tarafından kabul edilmiştir.

³ Devletlerin Yargı Bağımsızlığına ve Mülkiyetlerine İlişkin BM Sözleşmesi (United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property 2004), Adopted by the General Assembly of the United Nations on 2 December 2004. General Assembly resolution 59/38, annex, Official Records of the General Assembly, Fifty-ninth Session, Supplement No. 49 (A/59/49). Henüz yürürlüğe girmemiştir.

https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/4_1_2004.pdf

⁴ SHAW, Malcolm: International Law, 7. Bası, Cambridge UP, Cambridge, 2008, s.373.

⁵ Diplomatik İlişkiler hakkındaki Viyana Sözleşmesi (Vienna Convention on Diplomatic Relations 1961) madde 3.1(b) ('protecting in the receiving State the interests of ... its nationals'); Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi (Vienna Convention on Consular Relations) madde 5(a) ve (e) ('protecting in the receiving State the interests ... of its nationals, both individuals and bodies corporate...' and 'helping and assisting nationals...').

⁶ Daimi Uluslararası Tahkim Mahkemesi, Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v United Kingdom), (1924) A (2) PCIJ 11.

⁷ BISHOP, Doak R./REISMAN, W. Michael/CRAWFORD, James R.: Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary, Kluwer Law International, Lahey, 2005, s.10. ŞANLI, Cemal/ESEN, Emre/ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, 9. Bası, Beta, İstanbul, 2021.

⁸ <https://www.sanayi.gov.tr/anlasmalar/ytkk>

⁹ BLESSING, Marc: "State Arbitrations: Predictably Unpredictable Solutions?", Journal of International Arbitration, 8(6), 2005, s.435. "The possible defences of a state are in seventeen headings:

No Jurisdiction Over the State; No Capacity; No Governmental Approval; No Arbitrability Objection; Antisuit Injunction Prohibiting Arbitration; Direct Government Interference Impeding Arbitration; Government Interference affecting the Performance under the Contract; Hard and Soft Threats Against the Arbitrator; Interference from Local Population, Riots, Unfit or Unsafe Site; State Disclaims Responsibility; State's Change of its Law; State Interference Blocking the Performance under the Contract; State's Transfer of All Rights and Obligations to a Local Operating Company by Decree; Dissolution of the State Entity; Bureaucracy Defence; Immunity from Suit; Immunity from Execution and Enforcement."

¹⁰ SCHREUER, Christoph H.: State Immunity: Some Recent Developments, Grotius Publications, Cambridge, 1988, s.63.

¹¹ STOCKFORD, Christine/WELLS, Ben: "YUKOS – the First Instalments in the Post-Award Story", International Energy Law Review, 3, 2016, s.101.

¹² CEYDA, Süral: Yabancı Devletlerin Sınırlı Yargı ve İcra Muafiyeti, Adalet, 2015, s.15.

faaliyetleri (*acta jure gestionis*) ile egemen faaliyetleri (*acta jure imperii*) arasındaki ayrımın kabul edildiği kısıtlı devlet bağımsızlığı teorisi artık kabul edilmektedir¹³.

Devletlerin icra bağımsızlığına ilişkin yeknesak bir uygulama bulunmamakta, uyumlaştırma çalışmaları bir neticeye varamamıştır. “Devletlerin Yargı Bağımsızlığına ve Mülkiyetlerine İlişkin 2004 Birleşmiş Milletler Sözleşmesi” yürürlüğe girmemiştir¹⁴. 1972 yılında hazırlanan “Avrupa Devlet Bağımsızlığı Sözleşmesi” geniş uygulama alanı bulamamıştır¹⁵. Uluslararası Hukuk Birliği (ILA), 1982’de Montreal Konferansı’nda Devlet Bağımsızlığı Sözleşmesi Taslağını sunmuştur¹⁶. Daimi Tahkim Mahkemesi (PCA), ticari tahkimin desteklenmesi amacıyla 1962 yılında “Yalnızca Biri Devlet olan İki Taraf Arasındaki Uluslararası Uyuşmazlıkların Çözümü için Tahkim ve Uzlaştırma Kuralları”nı hazırlamıştır, ancak bu Kurallar yaygın uygulama alanı bulamamıştır¹⁷. Kıta Avrupa hukuk sistemlerinde genelde, yabancı devletlerin bağımsızlığına ilişkin özel kanuni düzenleme bulunmamakta, yüksek yargı uluslararası sözleşmeler ve uluslararası örf ve adet hukuku çerçevesinde konuyu değerlendirmektedir. Anglo-Sakson hukukun en önemli ülkeleri olan Amerika Birleşik Devletleri¹⁸ ve İngiltere’de¹⁹ ise yabancı devlet bağımsızlıklarına ilişkin özel mevzuat bulunmaktadır. Bu kanunlardaki düzenlemelere yeri geldikçe atıf yapılacaktır.

Yabancı devletlerin bağımsızlığına ilişkin ilk özel düzenleme, Amerika Birleşik Devletleri Yabancı Devletlerin Bağımsızlığı Kanunu 1976 yılında federal kanunların kodifiye edildiği Birleşik Devletler Kanunları’nın (*United States Code*) 27. Bölümünde, 1602 ile 1611’inci maddelerinde yer almıştır²⁰. İlk madde kanunun amacı, sonraki madde tanımlar; 1604 maddesi yabancı devletlerin yargı bağımsızlığı ilkesi; 1605 maddesi yargı bağımsızlığının istisnalarını düzenlemektedir. 1606 maddesi sorumluluk, 1607 maddesi karşı dava, 1608 maddesi usule ilişkindir. 1609’uncu maddesi yabancı devlet mallarının ihtiyati haciz ve cebri icradan muafiyetini; 1610 maddesi ise bu muafiyetten istisnaları hüküm altına almaktadır. 1611 maddesi ise özel koruma altında olan devlet mallarına ilişkindir.

İngiltere’de 1978 yılında yürürlüğe giren Devlet Bağımsızlığı Kanunu (SIA)²¹ 23 maddeden teşekkül olup; İlk Bölüm birinci madde genel bağımsızlık ilkesini; iki ila onbirinci maddeler arasındaki altbölüm devletin bağımsızlıktan istisnalarını; sonraki altbölüm usulü; son altbölüm ek hükümleri içermektedir. İkinci Bölüm, Avrupa Devlet Bağımsızlığı Sözleşmesine taraf ülkelerde Birleşik Krallık aleyhine mahkeme kararlarının tanınmasını; Üçüncü Bölümde Çeşitli ve Diğer Hükümler yer almaktadır.

Yabancı devletlerin bağımsızlığı konusu oldukça geniş bir konu olup, bu makale yalnızca yabancı tahkim kararlarının tenfizi ile yabancı devletlerin tahkim yargılamasına ilişkin yargı ve icra bağımsızlığına dayalı itirazlarını değerlendirmekte; yargı bağımsızlığı ile icra bağımsızlığı arasındaki farklılığı, bağımsızlık hakkından feragati, devletin malının kamu veya ticari amacının cebri icra tedbirlerine etkisi, konuya ilişkin uluslararası kılavuz ilkeleri ve yabancı ülkelerin içtihatları ile varsa mevzuatları mukayeseli olarak incelemektedir. Yabancı ülke kanunlarında ve mahkeme kararlarında aynı amaçla farklı terminolojiler kullanılabilen olup, çalışmamızda terimlerin ilgili yabancı diller olan İngilizce, Almanca veya Fransızcadan doğrudan çevirisi yapılmıştır.

II. DEVLETİN YARGI BAĞIMSIZLIĞI VE TAHKİM ANLAŞMASI

Devlet bağımsızlığı her iki düzeyde, yani hem yargı hem cebri icra aşamasında görülebilir²². Yargı bağımsızlığı, yerel mahkemelerin yabancı bir devlet üzerindeki yargı yetkisinin

¹³ ÇELİKEL, Aysel/ERDEM, Bahadır: Milletlerarası Özel Hukuk, 17. Bası, Beta, İstanbul, 2021, s.632.

¹⁴ https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtmsg_no=III-13&chapter=3&clang=_en

¹⁵ Avrupa Devlet Bağımsızlığı Sözleşmesini, İngiltere, İsviçre, Hollanda, Lüksemburg, Almanya, Güney Kıbrıs, Belçika ve Avusturya olmak üzere 8 ülke kabul etmiştir.

¹⁶ Uluslararası Hukuk Kurumu (ILA) Yabancı Devlet Bağımsızlığına İlişkin Taslak Sözleşme, Uluslararası Hukuk Kurumu (ILA) Devlet Bağımsızlığına İlişkin Bir Sözleşmenin Taslak Maddelerini Gözden Geçirilmesi (The Buenos Aires Revised Draft Articles for a Convention on State Immunity), ILA Report (1994) 21; International Law Association Draft Convention provides three exceptions to sovereign immunity; where there is a waiver, the property is in use for commercial purposes, or the property was taken in violation of international law.

¹⁷ BLANKENSTEIN, Allaart van: “Enforcement of an Arbitral Award Against a State: With Whom are you Dealing”, Leiden Journal of International Law, 6(2), 1993, s.357.

¹⁸ ABD Yabancı Devletlerin Bağımsızlığı Yasası (FSIA Yasası), 28 USC s 1330, madde 1602-1611, (1976) 15 ILM 1388, 1988 tarihli değişiklik, (1989) 28 ILM 396, 1996/7, (1997) 36 ILM 759.

¹⁹ Birleşik Krallık Devlet Bağımsızlığı Yasası (SIA Yasası) 1978, (1978) 17 ILM 1123.

²⁰ Amerika Birleşik Devletler r Kanunları (United States Code) 27. Bölüm, Yabancı Devletlerin Bağımsızlığı Kanunu, <https://web.archive.org/web/20150627110441/http://usun.state.gov/documents/organization/218088.pdf>

²¹ Birleşik Krallık Devlet Bağımsızlığı Kanunu (SIA), <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1978/33>

²² AKSAR, Yusuf: Uluslararası Hukuk, Temel Metinler ve Davalarla, 2. Bası, Seçkin, Ankara, 2021, s 332, PAZARCI, Hüseyin: Uluslararası Hukuk, Turhan, 20. Bası, Ankara, 2021, bölüm 6.ç, KILINÇ, Ümit: Uluslararası Hukukta Yargı

sınırlandırılmasına ilişkindir²³; cebri icra bağışıklığı ise yerel mahkemelerin, icra dairelerinin ve diğer devlet organlarının icra yetkilerini kısıtlamaktadır²⁴.

Devletin yargı bağışıklığı kavramı, faaliyetin *iure imperii* (egemen olarak) veya *iure gestionis* (özel şahıs gibi) olmasına göre sınıflandırılmaktadır. Eyleminin niteliği *iure imperii* ise, devlet hem yargı hem de icra bağışıklığına sahip olmaktadır. Ancak devletin faaliyeti ticari nitelikte ise, bu faaliyetle ilgili yargı bağışıklığı savunması ileri sürülemez²⁵.

Tahkim anlaşması ile tarafların kişiliklerine bakılmaksızın, tahkim kararının kesin ve bağlayıcı olduğu kabul edilmektedir²⁶. Buna göre taraflar, tahkim kararını gecikmeksizin tanımak ve ifa etmekle yükümlüdür²⁷. Bu ilke kapsamında tahkim anlaşması, devletin yargı bağışıklığından zımni bir feragat olarak kabul edilmektedir²⁸. Uluslararası Hukuk Komisyonu (*International Law Commission-ILC*) Devletlerin Yargı Bağışıklığı ve Mallarına İlişkin Taslak Maddeleri²⁹, ve Uluslararası Hukuk Birliği'nin (*International Law Association- ILA*) Devlet Bağışıklığına İlişkin Taslak Sözleşmesi³⁰, tahkim anlaşması akdedilmesini zımni bir yargı bağışıklığından feragat olarak kabul etmektedir. Avrupa Devlet Bağışıklığı Sözleşmesi, tahkim anlaşmasına taraf olan bir devletin, tahkim yargılaması sırasında bağışıklık savunmasını ileri sürme hakkına sahip olmadığını kabul eder³¹ Devletlerin Yargı Bağışıklığı ve Mallarına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 17. Maddesi de benzer hüküm içermektedir³². Ülke mevzuatlarında örneğin; Amerika Birleşik Devletleri Yabancı Devlet Bağışıklığı Yasası (FSIA1976), tahkim anlaşması ile yargı yetkisi üzerindeki egemen bağışıklığının kaldırıldığını kabul etmektedir³³. Fransız Yüksek Mahkemesi, tahkim şartının tarafların yargı bağışıklığından vazgeçme niyetini gösterdiğini kabul etmiştir³⁴. Neticeten, bir devletin tahkim anlaşmasına taraf olması ile, yargı bağışıklığından zımni olarak bir feragat ettiği genel ilke olarak kabul edilmektedir.

III. DEVLETİN İCRA BAĞIŞIKLIĞI

Yabancı devlet mallarının cebri işlem uygulanması, devlet egemenliğine ilişkin önemli ve doğrudan bir müdahale doğurmakta olup³⁵, ev sahibi devletlerin konuya yaklaşımı sosyal, ekonomik ve politik yapısına paralel değişkenlik gösterebilmektedir³⁶. Egemenlik veya kamu işlevlerini yerine getiren devlet varlıklarının icradan muaf olduğu genel olarak kabul edilmektedir³⁷, Devlet malvarlıklarının gerçek niteliğini (egemen veya ticari) tespit etmek amacıyla genelde 'amaç' testi kullanılmaktadır³⁸. Örneğin İsviçre yüksek mahkemesi, egemenlik amacına hizmet eden devlet

Bağışıklığı ve AİHM, Oniki Levha, İstanbul, 2019, s 37.

²³ ERSOY ASAR, Bilge: Yabancı Devletlerdeki Yargılamalar Açısından Uluslararası Hukukta Devlet Görevlilerinin Yargı Bağışıklığı, Oniki Levha, İstanbul, 2016, s 42, SAK, Yıldırım: Devletin Yargı Bağışıklığı ve Temel Hakların Korunması, Seçkin, İstanbul, 2015, s 27. AYBAY, Rona: “Yargıtay İçtihatlarına Göre Yabancı Devletin Yargı Bağışıklığı”, TBB Dergisi, 72, 2007, s.109.

²⁴ NÖMER, Ergin: Devletler Hususi Hukuku, 23. Bası, Beta, İstanbul, 2021, s.56; ÇELİKEL, ERDEM, s.646.

²⁵ ŞANLI, Cemal/ESEN, Emre/ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, 9.B, Beta, 2021, s.334.

²⁶ Örneğin, ISTAC Tahkim Kuralları madde 36.4

²⁷ Örneğin, ICC 2021 Tahkim Kuralları madde 35.6

²⁸ Avrupa Devlet Bağışıklığı Sözleşmesi madde 12.1; FOX, Hazel: The Law of State Immunity, The Oxford International Law Library, Oxford, 2002 para 3.1; SÜRAL, Ceyda: Yabancı Devletlerin Sınırlı Yargı ve İcra Muafiyeti, Adalet, İstanbul, 2015, s.182.

²⁹ Uluslararası Hukuk Komisyonu (ILC) Devletlerin Yargı Bağışıklığına ve Mülkiyetlerine İlişkin Taslak Maddeleri (International Law Commission's (ILC) Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and their Property) m.19.

³⁰ Uluslararası Hukuk Kurumu (ILA) Yabancı Devlet Bağışıklığına İlişkin Taslak Sözleşme (ILA Draft Articles for a Convention on State Immunity 1982, ILA Draft Convention) 22 ILM (1983) 287, madde III.

³¹ Avrupa Devlet Bağışıklığı Sözleşmesi madde 12 (1).

³² Devletlerin Yargı Bağışıklığına ve Mülkiyetlerine İlişkin BM Sözleşmesi (UN Convention on Jurisdictional Immunity of States and their Property) UN GAOR, 59th Session, 16.12.2004, Supp No 22 (A/59/22).

17. madde tahkim anlaşmasının etkisine ilişkindir; “If a State enters into an agreement in writing with a foreign natural or juridical person to submit to arbitration differences relating to a commercial transaction, that State cannot invoke immunity from jurisdiction before a court of another State which is otherwise competent in a proceeding which relates to: (a) the validity, interpretation or application of the arbitration agreement;(b) the arbitration procedure; or (c) the confirmation or the setting aside of the award, unless the arbitration agreement otherwise provides.”

³³ Amerika Birleşik Devletleri Yabancı Devlet Bağışıklığı Yasası (FSIA Yasası) madde 1605 (a)(6)

³⁴ French Stat and Others v Societe Europeene D'atudes ET D'entreprises ET Autes, Cour de Cassation, 18.11.1986, RDA (1987).

³⁵ BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz: Arbitration and State Enterprises, Kluwer, Holland, 1989, s.50.

³⁶ BERNINI, Giorgio/VAN DEN BERG, Albert Jan: “The Enforcement of Arbitral Awards against States: The Problem of Immunity from Execution”, in LEW, Julian D. M.(ed.), Contemporary Problems in International Arbitration, Martinus Nijhoff, Lancaster, 1987, s.360.

³⁷ FOX, Hazel: The Law of State Immunity, The Oxford International Law Library, Oxford, 2002, para.III.10

³⁸ FOX, para. III.12.i.

mallarının korunması gerektiğine karar vermiştir³⁹. Hollanda yüksek mahkemesi, “kamu hizmeti varlıklarının başka bir ülkede icra tedbirlerinden muaf olduğunu” teyit etmiştir⁴⁰. Alman Anayasa Mahkemesi, malvarlığı “tenfiz işlemlerinin gerçekleştiği sırada yabancı devletin egemen amaçlarına hizmet etmekte ise bu mallar, yabancı Devletin onayı olmaksızın, cebri icra işlemlerine bahis konu edilemeyeceğine” karar vermiştir⁴¹. Fransız yüksek mahkemesi ispat yüküne ilişkin, devlet mallarının kamusal amaçla kullanıldığı karinesinin kabul edildiğini, “davacının, malların özel hukuka tabi bir faaliyetle ilgili olduğunu, ekonomik veya ticari faaliyete dayalı olduğunu kanıtlama yükümlülüğünde” olduğunu belirtmiştir⁴².

A. Özel Koruma Altındaki Devlet Malları

Diplomatik ve konsolosluk varlıkları münhasıran 1961 tarihli Diplomatik İlişkiler hakkındaki Viyana Sözleşmesi⁴³ tarafından korunmaktadır⁴⁴ ve bu koruma büyükelçiliğin binalarını, tefrişini ve araçlarını kapsamaktadır⁴⁵. Birleşmiş Milletler Sözleşmesi⁴⁶, Uluslararası Hukuk Komisyonu Taslak Maddeleri⁴⁷, Amerika Birleşik Devletleri FSIA⁴⁸, Birleşik Krallık Devlet Bağımsızlık Yasası⁴⁹ ve Avustralya Devlet Bağımsızlık Yasası⁵⁰ gibi ulusal mevzuatlar, diplomatik bağımsızlığı açıkça kabul etmektedir. Yine Fransız Loi Sapin II yasaının ile değişik Hukuk Usulü Muhakemeleri Usul Yasası L111-1-3 maddesi, diplomatik varlıkların cebri icrasının ancak açık ve özel bir feragat ile mümkün olabileceğini belirtmektedir⁵¹.

Ayrıca devlete ait gemiler,⁵² uçaklar⁵³ savaş gemiler ile askeri teçhizat⁵⁴, özel uluslararası anlaşmalar ile korumaya haizdir. BM Sözleşmesine göre, diplomatik mülkiyet (madde 21(1)(a)), askeri nitelikteki malvarlıkları (madde 21(1)(b)) ve kültürel malvarlıkları (madde 21(1)(d)) özel kapsamdadır.

B. New York ve ICSID Sözleşmeleri

Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi hakkında New York Sözleşmesi ile Devletler ve Diğer Devletlerin Uyuşmaları arasındaki Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözümü hakkında Washington Sözleşmesi (ICSID Sözleşmesi), yabancı tahkim kararlarının tanınması ve tenfize ilişkin en önemli uluslararası kaynaklardır. New York Sözleşmesinde devletin yargı veya icra

³⁹ République Arabe d’Egypte v Cinetel, İsviçre Federal Mahkemesi (1979) 65 ILR 425.

⁴⁰ Cabolent v NIOC, Lahay Temyiz Mahkemesi, 28.11.1968, 1 NYIL (1970) 225, 148.

⁴¹ Philippine Embassy Bank Account Case, 164 (ILR).

⁴² Societe Eurodif v Islamic Republic of Iran, 23 ILM 1984.

⁴³ Diplomatik ve Konsolosluk mallarına ilişkin; Diplomatik İlişkiler hakkındaki Viyana Sözleşmesi (The Vienna Convention on Diplomatic Relations 1961) 500 UNTS 95, Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi (The Vienna Convention on Consular Relations 1963), 596 UNTS 261, Özel Görevler hakkında New York Sözleşmesi (The New York Convention on Special Missions, 1969) (1970) ILM 127; Evrensel Nitelikteki Uluslararası Örgütlerle İlişkilerinde Devletlerin Temsilcileri Dair Viyana Sözleşmesi (The Vienna Convention on the Representative of States in Their Relations with International Organisations of a Universal Character) 1975 UN Doc A/Conf67/16.

⁴⁴ AKSAR, Yusuf: Uluslararası Hukuk, Temel Metinler ve Davalarla, s.356.

⁴⁵ Diplomatik İlişkiler hakkındaki Viyana Sözleşmesi madde 22(3), Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi madde 25(3).

⁴⁶ Devletlerin Yargı Bağımsızlığına ve Mülkiyetlerine İlişkin BM Sözleşmesi madde 21(1)(a).

⁴⁷ ILC Taslak Maddeleri madde 19(1)(a): açık koruma altındaki belirli malları saymaktadır: “property, including any bank account, which is used or intended for use for the purposes of the diplomatic mission of the State or its consular posts, special missions, missions of the State or its consular posts, special missions, mission of the State or its consular posts, special missions, missions to international organizations, or delegations to organs of international organisations or to international conferences.”

⁴⁸ Amerika Birleşik Devletleri FSIA Yasası madde 1610(a)(4)(B).

⁴⁹ Birleşik Krallık Devlet Bağımsızlık Yasası madde 16(1).

⁵⁰ Avustralya Yabancı Devletlerin Bağımsızlığı Yasası 1985, (1986) 25 ILM 715, madde 32(3)(a).

⁵¹ Fransa Loi Sapin II yasaı, Loi no. 2016-1691 du 9.12.2016, JO du 10.12.2016, 0287.

⁵² Gemiler hakkında; Devlete Ait Gemilerin Bağımsızlığına İlişkin Belirli Kuralların Birleştirilmesine Dair Brüksel Sözleşmesi (Brussels Convention for the Unification of Certain Rules relating to the Immunity of State-Owned Vessels, 1926), 176 LNTS 199, madde 1 ila 3; Karasuları ve Bitişik Bölge Hakkında Cenevre Sözleşmesi (The Geneva Convention on the Territorial Sea and Contiguous Zone, 1958) 519 UNTS 205, madde 18 ila 20; Açık Denizlere Dair Cenevre Sözleşmesi (The Geneva Convention on the High Seas, 1959) 450 UNTS 82, madde 8 ve 9; Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi (United Convention on the Law of the Sea, 1982) UN Doc A/Conf 62/121.

⁵³ Hava araçları hakkında; Hava Araçlarına İhtiyati Hacine İlişkin Belirli Kuralların Birleştirilmesi Hakkında Roma Sözleşmesi (The Rome Convention for the Unification of Certain Rules relating to the Precautionary Attachments of Aircrafts, 1933) 192 LNTS 289.

⁵⁴ Savaş gemileri ve ticari amaçlı olmayan devlet gemilerin bağımsızlığı ile ilgili başkaca sözleşmeler, örneğin Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi (UN Convention on the Law of the Sea of 1982) ve Nükleer Gemi İşletmecilerinin Sorumluluğuna İlişkin Sözleşme (The Convention on the Liability of Operators of Nuclear Ships of 1962). KAHRAMAN, Firdevs Şeyda Türkay: Devletin Askeri Faaliyetlerinde Yargı Bağımsızlığı, Onikilevha, İstanbul, 2013.

bağışıklığına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır⁵⁵. ICSID Sözleşmesinde, 54(1)ç maddesi akit devletlerin hakem kararını tanımasını ve tenfizini zorunlu kılmakta, akit devlet hakem kararını nihai bir karar olarak kabul etmelidir. Ancak ICSID Sözleşmesi 55. madde ise: “54. maddedeki hiçbir husus, herhangi bir Akit Devlette, o Devletin veya herhangi bir yabancı Devletin icradan bağışıklığına ilişkin yürürlükte olan kanuna aykırı olarak yorumlanmayacaktır.” ICSID kararının icrasına ilişkin Paris Temyiz Mahkemesi; “Tahkime rıza gösteren yabancı bir Devlet, bu suretle, kararın tenfiz edilebileceğini kabul etmiştir, bu haliyle, ilgili Devletin icra bağışıklığına ilişkin hususları gündeme getirebilecek bir icra tedbiri teşkil etmez” sonucuna varmıştır⁵⁶. Neticeten ne New York Sözleşmesi ne de ICSID Sözleşmesi, tahkim kararlarının cebri icrasına ilişkin devletin bağışıklığından feragat hükmü içermemektedir.

C. Türk Hukuku

İcra ve İflas Kanunu’nuzun 82. maddesi devlet mallarının haczedilemeyeceği hükmünü içermektedir⁵⁷. Anayasa Mahkememiz, devlet malları üzerindeki icra tedbirlerini kısıtlayan işbu mevzuatın, devletin düzenli ve sürekli olarak kamusal faaliyetini gerçekleştirmesi amacına hizmet etmesi nedeniyle, Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir⁵⁸. İcra ve İflas Kanununun salt Türk Devleti malları için mi, yoksa yabancı devletlerin malları için de geçerli olup olmadığını sorusunda Yargıtay’ımız, mevzuatın sadece Türk devlet malları için olduğunu, yabancı devlet malları için uygulama alanı bulmadığını belirtmiştir⁵⁹. Buna göre ülkemizde, diplomatik veya konsolosluk görevlerine ilişkin olmadıkça yabancı devlet mallarının cebri icraya muhatap olabileceği sonucuna varılabilir.

IV. DEVLETİN İCRA BAĞIŞIKLIĞININ İSTİSNALARI

A. Devletin Kamusal Amaç Dışındaki Malları

Devlet mallarının kamusal veya ticari amaçla kullanımı, malın icradan bağışığı kazanıp kazanmasında büyük önem taşımaktadır⁶⁰. Birleşmiş Milletler Sözleşmesi⁶¹, Uluslararası Hukuk Birliği-ILA Taslak Sözleşmesi⁶² yanında İngiltere Devlet Bağışıklığı Yasası⁶³ gibi ulusal mevzuatlar; ticari amaçlarla kullanılan veya kullanılması amaçlanan devlet varlıklarının cebri icrasında atıfta bulunmaktadır. Buna göre, ticari amaçlarla kullanılan devlete ait gemiler ve uçaklar, özel mülkiyet olarak değerlendirilebilir⁶⁴.

ABD Delaware Bölge Mahkemesi *Crystallex International v. Venezuela*⁶⁵ davasında Venezuela ulusal petrol şirketi Petrôleos de Venezuela’nın sahibi olduğu PDV Holding adlı Delaware şirketinin hisselerinin haczine ilişkin başvuruyu incelemiştir. Somut olayda PDVH, Delaware şirketi olan CITGO Petroleum’un da sahibi konumundadır. Mahkeme 9 Ağustos 2018 tarihli kararında hisselerin ticari amaçlarla kullanıldığına ve devlet bağışıklığına sahip olmadığına karar vermiştir. ABD Columbia Temyiz Mahkemesi, Bölge mahkemesinin kararını 14 Şubat 2019 tarihinde onamıştır. Amerika Birleşik Devletleri Üçüncü Bölge Temyiz Mahkemesi üst temyiz başvurusunu ise 18 Ocak 2022 tarihinde görevsizlik nedeniyle reddetmiş ve karar kesinleşmiştir.

Bazı ülkeler, yabancı devlet aleyhine icra takibi başlatmak için belirli ek koşullar aramaktadır⁶⁶. Yabancı bir tahkim kararının İsviçre’de cebri icrası için dava ile İsviçre arasında bir bağlantının (*Binnenbeziehung*) bulunması gerekmektedir⁶⁷. *LIAMCO v Libya* davasında tahkim yeri

⁵⁵ ORTA D M/HUSSAIN A K: “The Crossroads between Enforcement and Execution of Arbitration Awards and Sovereign Immunity- A Primer for In-House Counsel”, Arnold & Porter LLP website www.arnoldandporter.com.

⁵⁶ Société Ouest Africaine des Bétons Industriels v Senegal, Case No ARB/82/1.

⁵⁷ TUYGUN, Salih: ICSID Tahkime İlişkin Hakem Kararlarının İcra Edilmesi, Güncel, İzmir 2007.

⁵⁸ AYM, 20.10.1992; E. 92/13, K. 92/50.

⁵⁹ Yargıtay 12. HD, 24.05.2004, E. 6469, K. 1300.

⁶⁰ BOUCHEZ, Leo J.: “The Nature and Scope of State Immunity from Jurisdiction and Execution”, Netherlands Yearbook of International Law, 10, 1979, s.3; FOX, Hazel: The Law of State Immunity, The Oxford International Law Library, Oxford, 2002, s.399.

⁶¹ Devletlerin Yargı Bağışıklığına ve Mülkiyetlerine İlişkin BM Sözleşmesi madde 19(c).

⁶² Uluslararası Hukuk Kurumu (ILA) Taslak Maddeleri madde VIII A(2).

⁶³ Birleşik Krallık SIA Yasası madde 13(4).

⁶⁴ Birleşik Krallık SIA Yasası madde 3(3) ticari işlemlerin genel tanımını yapmaktadır; “(a) any contract for the supply of goods or services; (b) any loan or other transaction for the provision of finance and any guarantee or indemnity in respect of any such transaction or of any other financial obligations; and (c) any other transaction or activity (whether of a commercial, industrial, financial, professional or other similar character) into which a State enters or in which it engages otherwise than in the exercise of sovereign authority.”

⁶⁵ Delaware Bölge Mahkemesi CA No. 17-mc-151-LPS.

⁶⁶ BERNINI/VAN DEN BERG, s.359.

⁶⁷ Arab Republic of Egypt v CINETEL, İsviçre Fedetal Mahkemesi, 20.07.1979, (1984) 65 ILR 425.

Cenevre olmasına rağmen, İsviçre mahkemesi, tahkim yerinin yeterli yargısal bağı⁶⁸ gerçekleştirmediği, diğer bir ifadeyle, temel anlaşmazlık ile İsviçre arasında yakın iç ilişkiyi sağlamadığı gerekçesiyle, yabancı devletin İsviçre'deki mal varlıklarına el konulması başvurusunu kabul etmemiştir⁶⁹.

B. Devletin İcra Bağışıklığından Feragati

Devletin ticari varlıklarına ilişkin icra bağışıklıklarından feragat edebilmesi birçok hukuk sisteminde kabul edilmektedir⁷⁰. Bağışıklık hakkından feragat, bir sözleşme hükmü veya uluslararası bir anlaşma olarak gerçekleşebilir⁷¹. Feragatin açık mı olması gerektiği, yoksa zımni feragatin yeterli olup olmayacağına ilişkin İLA Taslak Sözleşmesi, bağışıklıktan zımni feragati kabul etmektedir⁷². BM Sözleşmesi'nin 18 ve 19. maddeleri, devletin cebri icradan feragati için açık muvafakat aramaktadır⁷³. Devlet Bağışıklığına İlişkin Avrupa Sözleşmesi⁷⁴ ve Devletlerin Yargı Bağışıklığına ve Mülkiyetlerine İlişkin BM Sözleşmesi 2004⁷⁵ icra bağışıklığından feragat etmenin şekli geçerliliği için açık bildirim olması gerektiğini ifade etmiştir. İngiltere Devlet Bağışıklığı Yasası -SIA, feragatin yazılı olması halinde izin vermektedir⁷⁶. Amerika Birleşik Devletler Yabancı Devlet Bağışıklıkları-FSI Yasası 1605(a)(1) maddesi, bir egemenin bağışıklığından “açıkça veya zımnen” feragat edebileceğini kabul etmektedir. Ancak, cebri icradan karar veya ilam öncesi feragat⁷⁷ ancak yabancı devletin açıkça feragati halinde kabul edilmektedir⁷⁸. Bazı devletler, ek olarak feragat beyanının mahkeme veya yetkili organ huzurunda sunulması gerektiğini belirtmektedir⁷⁹. Örneğin, Hong Kong Temyiz Mahkemesi, "mahkeme huzurunda" beyan edilmediği sürece, önceden yazılı olarak feragat edilmesinin devlet bağışıklığını kaldırmak için yeterli olmadığına karar vermiştir⁸⁰. Almanya Federal Anayasa Mahkemesi, “her şeyi kapsayan” bir bağışıklıktan feragatinin etkisizliğine vurgu yapmış ve mahkemenin yargı yetkisine giren mallara açıkça atf yapan belirli bir feragat olması gerektiğini belirtmiştir⁸¹.

Cebri icradan feragatin zımni olmasını kabul eden ülkelerde, hangi hallerin zımni feragat oluşturacağı sorusu ortaya çıkmaktadır. *Creighton v Qatar*⁸² davasında, Fransız yüksek mahkemesi⁸³, tahkim kararlarının gecikme olmaksızın taraflarca yerine getirilmesini öngören ICC (Uluslararası Ticaret Odası) Tahkim Kurallarının⁸⁴ devlet bağışıklığından zımni bir feragat sağlayıp sağlamadığını irdelemiştir. Fransız mahkemesi eleştirilen kararında, ICC tahkimi kabul etmesi ile yabancı devletin hem yargı hem de icra bağışıklığından feragat ettiği sonucuna varmıştır. Doktrinde, Fransız mahkemelerinin tahkim kurallarının amacını aşan şekilde yorumladığı, tahkim kararların nihai ve bağlayıcı niteliğinin icra bağışıklığından feragat olarak kabul edilemeyeceği

⁶⁸ Royaume de Grèce v Banque Julius Bär & Cie, İsviçre Fedetal Mahkemesi territorial nexus (Binnenbeziehung) ilkesine önceki kararlarında da atf yapmıştır: “In order that a legal relationship to which a foreign State is a party may be considered to be connected with Swiss territory, it must either have its origin in Switzerland or fall to be performed in Switzerland, or the debtor must have at least taken certain steps which make Switzerland a place of performance.” 06.06.1956, ATF 82 I 75, 18 ILR 195, 197.

⁶⁹ Lybie v. LIAMCO, İsviçre Fedetal Mahkemesi, 19.06.1980, ATF 106 Ia 142, 62 ILR 228.

⁷⁰ LEW, Julian D.M./MISTELIS, Loukas A./KRÖLL, Stefan M.: Comparative International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, Hollanda, 2003, s.754.

⁷¹ ROBIN, Guy, “Enforcement Immunities in the Domain of International Commercial Transactions”, International Business Law Journal, 1, 2002, s.131.

⁷² İLA Taslak Maddeleri madde VIII A.

⁷³ Devletlerin Yargı Bağışıklığına ve Mülkiyetlerine İlişkin BM Sözleşmesi madde 18(a) ve 19(a): “State has expressly consented”.

⁷⁴ Avrupa Devlet Bağışıklığı Sözleşmesi madde 23.

⁷⁵ Devletlerin Yargı Bağışıklığına ve Mülkiyetlerine İlişkin BM Sözleşmesi madde 18(a), 19(a). Benzer şekilde ILC Taslak Maddeleri madde 18.

⁷⁶ YU, Hong-Lin/OLMOS, Giupponi M.B: “Road to Nowhere? – A Comparative Legal Analysis on the Enforcement of Yukos Awards”, International Arbitration Law Review, 18(4), 2015, s.80.

⁷⁷ ABD FSIA Yasası madde 1610 (d) (i).

⁷⁸ ROBIN, s.131.

⁷⁹ STEWART, David P.: “The UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property”, The American Journal of International Law, 99(1), 2005, s.207.

⁸⁰ Hong Kong Yüksek Temyiz Mahkemesi (2011) 127 L.Q.R. 495; (2012) 128 L.Q.R. 6.

⁸¹ Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 06.12.2006, Dava No. 2 BvM 9/03, N.J.W. 2007, 2605.

⁸² Creighton case, Fransız Yargıtay Mahkemesi 1. Dairesi, 06.07.2000 (Pourvoi A 98-19.068); Creighton case 181 F. 3d 118 (1999), DC Cir (US) Creighton Ltd v Qatar (Unreported, 06.07.2000) (Cass (F)).

⁸³ Creighton Limited v Minister of Finance and Minister of Internal Affairs and Agriculture of the Government of the State of Qatar, (2000) XXV YCA 458.

⁸⁴ The Superseded International Chamber of Commerce, Rules of Conciliation and Arbitration. Eski ICC Tahkim Kuralları 1 Ocak 1988 ile 31 Aralık 1997 tarihleri arasında yürürlükte bulunmuştur.

belirtilmektedir⁸⁵. Şöyle ki, UNCITRAL (Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu) Model Hukuk, LCIA (Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi), AAA (Amerikan Tahkim Kurumu) ve birçok uluslararası kurumsal tahkim kuralı, ICC eski Tahkim Kuralları madde 24'e benzer hükme sahiptir⁸⁶. Kaldı ki, Fransız Yargıtaya kararı *Eurodif* davasındaki önceki kararları ile çelişmiştir. Neticeten karar, devletin cebri icra bağıışıklığından feragatin açık ve kesin olması ilkesine aykırılık teşkil etmiştir⁸⁷.

C. Dayanak Talebin Karşılanması İçin Tahsis Edilen Mülk

Kısıtlayıcı bağıışıklık ilkesinde, uyuşmazlık dayanağı ticari edimin ifası amacıyla tahsis edilen mülk aleyhine tahkim kararının icrası kabul edilmektedir⁸⁸. Bu yaklaşım, Devletlerin Yargı Bağıışıklığına ve Mülkiyetlerine İlişkin BM Sözleşmesi⁸⁹ ve birçok modern hukuk sistemi tarafından kabul edilmektedir⁹⁰. ILA (Uluslararası Hukuk Kurumu) Taslak Sözleşmesi, hacze konu malvarlığının, dava dayanağı ticari ilişkinin temini amacıyla kullanılmasına atf yapmaktadır⁹¹. Amerika Birleşik Devletleri FSIA Yasası⁹² ticari faaliyetten kaynaklanan bir alacak talebi ile hacze konu mal arasında bağlantı olması halinde, yabancı devlet malının haczine izin vermektedir. *Alcom* davasında, İngiliz Lordlar Kamarası, büyükelçilik hesabının normal koşullarda icradan bağıışık olduğunu ancak, yabancı devletin yalnızca ticari işlemleri için tahsis edilmesi halinde bu bağıışıklıktan yararlanmayacağı sonucuna varmıştır⁹³.

Bu ilkenin uygulanmasına ilişkin; ABD Temyiz Mahkemesi Beşinci Dairesi⁹⁴, tarafların yükümlülüklerinin Amerika Birleşik Devletleri'ndeki ticari bir faaliyetten kaynaklanıp kaynaklanmadığının önemli olmadığını; mülkün nasıl oluşturulduğu veya üretildiği değil, mülkün ne amaçla kullanıldığının önemli olduğunu belirtmiştir. Bu sebeple mahkeme, yabancı devletin vergi ve telif gelirlerinin, ABD'deki ticari faaliyetler için kullanıldığı sonucuna varmıştır⁹⁵.

V. DEVLET BANKALARININ İCRA BAĞIŞIKLIĞI

A. Büyükelçilik Banka Hesapları

1. Genel İlke

Uluslararası tahkim kararların kamu kurum ve kuruluşları aleyhine icrasında, diplomatik misyonların banka hesapları önemli bir konu arz etmektedir⁹⁶. Şöyle ki, uluslararası tahkim kararlarının yabancı devlet aleyhine icra aşamasında ilk hedef banka hesapları olmaktadır. Büyükelçilik ve konsolosluk banka hesaplarının esasen diplomatik amaca haiz oldukları ve ticari olmayan amaca hizmet ettikleri varsayılmakta, bu sebeple özel koruma altında bulunmaktadır⁹⁷. BM Konvansiyonu büyükelçilik banka hesaplarının *jure imperii* amacını kabul etmektedir⁹⁸. Bu

⁸⁵ CARRIER, Renaud, "France: Shrinking of Immunity from Execution and Discovery of Diplomatic Immunity from Execution", Mealey's Int'l Arbitration Report, 18(1), 2003, s.46.

⁸⁶ UNCITRAL Model Kanun madde 32(2), LCIA Tahkim Kuralları madde 26(9), AAA Tahkim Kuralları madde 27(1).

⁸⁷ FOX, Hazel/WEBB, Philippa: The Law of State Immunity, Oxford International Law Library, Oxford, 2013, s 489. FABRE, Nathalie Meyer: "Enforcement of Arbitral Awards Against Sovereign States, a New Milestone: Signing ICC Arbitration Clause Entails Waiver of Immunity from Execution Held French Court of Cassation in Creighton v. Qatar, 6 July 2000", Mealey's Int'l Arb. Rep. (2000), 15, s.9; Loi Sapin II yasası hakkında; Fleur Malet-Deraedt: "The New French Legislation on State Immunities from Enforcement" 36 ASA Bull., 2018, 332.

⁸⁸ AUGUST, Reinisch: "European Court Practice Concerning State Immunity from Enforcement Measures", European Journal of International Law, 17(4), 2006, s.803.

⁸⁹ Devletlerin Yargı Bağıışıklığına ve Mülkiyetlerine İlişkin BM Sözleşmesi madde 18(b) ve 19(b).

⁹⁰ Creighton davası, Fransız Cour d'Appel, Paris, 12.12.2001 [2003] Rev Arb 417.

⁹¹ ILA Taslak Maddeleri, madde VIII a(2).

⁹² ABD FSIA Yasası madde 1610(a)(2).

⁹³ *Alcom Ltd v Republic of Colombia* [1984] 2 All ER 6.

⁹⁴ *Af-Cap Inc v Republic of Congo* (2004) 383 F.3d 361 at 368 (5th Cir.).

⁹⁵ DE GRAMONT, Alexandre/OSEI, David K: "United States: execution of a judgment against the property of a foreign sovereign under the U.S. Foreign Sovereign Immunities Act", International Arbitration Law Review, 2007, s.44.

⁹⁶ RYNGAERT, Cedric: "Embassy Bank Accounts and State Immunity from Execution: Doing Justice to the Financial Interests of Creditors" Leiden Journal of Int'l Law, 26(1), 2013, s.73; CEYDA, Süral: Yabancı Devletlerin Sınırlı Yargı ve İcra Muafiyeti, Adalet, 2015, s.211.

⁹⁷ REINISCH, s.803.

⁹⁸ Devletlerin Yargı Bağıışıklığına ve Mülkiyetlerine İlişkin BM Sözleşmesi madde 21, belirli devlet mallarının ticari amaçlı olmayan mallar dışında değerlendirilmemesi gerektiğini belirtmektedir: "Unless otherwise agreed by the defendant state, the exempted categories are the following:

(a) property, including any bank account, which is used or intended for use in the performance of the functions of the diplomatic mission of the State or its consular posts, special missions, missions to international organizations or delegations to organs of international organizations or to international conferences; (b) property of a military character or used or intended for use in the performance of military functions; (c) property of the central bank or other monetary authority of the State; (d) property forming part of the cultural heritage of the State or part of its archives and not placed

varsayımdan, büyükelçilik banka hesaplarının ticari amaçlı olmadığını karinesinin kabul edildiği, aksini iddia edenin ispatlaması gerektiği sonucuna varılabilir⁹⁹. Diğer bir ifadeyle, büyükelçilik veya konsolosluk banka hesaplarının ticari amaçlarla kullanıldığı varsayımını ispat külfeti, bunu iddia eden alacaklıya düşmektedir¹⁰⁰. Elçilik varlıklarının dokunulmazlığı, devlet bağımsızlığı ilkesinden farklı olarak “*ne impediatur legatio*” (elçilik engellenemez) olarak bilinen diplomatik bağımsızlık ilkesi ile de koruma altındadır¹⁰¹.

Konuya ilişkin İsviçre Federal Mahkemesi, Viyana Sözleşmesi Madde 22(3) uyarınca diplomatik misyonların işleyişi amacıyla tahsis edilen elçilik banka hesaplarının korunduğunu kabul etmiştir¹⁰². Alman mahkemesi, bağımsızlıktan genel bir feragatin, diplomatik amaçlara hizmet eden varlıkları kapsamadığını kabul etmiştir. Aynı durum, devlete ait uçak veya gemiler ile silahlı kuvvetlere ait malzemeler için de geçerlidir. Sonuç olarak, icra bağımsızlığı muafiyetinden genel bir feragat, özel koruma sağlanmayan varlıklar için geçerli olabilir¹⁰³.

Fransa mahkemelerinde büyükelçilik hesaplarının bağımsızlığına ilişkin çeşitli kararlar verilmiştir. Fransız Cour d'Appel¹⁰⁴ icra bağımsızlığından genel bir feragatin diplomatik varlıkları ve diplomatik organların banka hesaplarını kapsamadığına karar vermiştir. Fransız yüksek mahkemesi¹⁰⁵ büyükelçilik banka hesaplarından bağımsızlığın ancak özel ve açık bir feragat ile feragat edilebileceğini belirtmiştir¹⁰⁶. Fransız NOGA davasında mahkeme¹⁰⁷, kredi anlaşmasında yer alan “her türlü bir bağımsızlık hakkından” feragat ibaresinin, uluslararası teamül hukuku ve Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi'nin 25. maddesi tarafından güvence altına alınan diplomatik bağımsızlıktan feragat anlamına gelmediğini ve büyükelçiliğin banka hesaplarının cebri icradan bağımsız olduğuna karar vermiştir. Buna karşın; 13 Mayıs 2015 tarihli Versailles Temyiz Mahkemesi bozma kararında, uluslararası örf ve adet hukukunun diplomatik misyonların banka hesaplarıyla ilgili açık bir bağımsızlıktan feragatin yeterli olduğu sonucuna varmıştır¹⁰⁸.

Fransa'da 2017 yılında yürürlüğe giren Sapin II Kanunu, Hukuk İcra Usulleri Kanunu 111 (1) maddesine üç yeni hüküm getirmiş, devletin icradan bağımsızlığına ilişkin Fransız hukukundaki içtihat farklılıklarına çözüm getirmiştir. Buna göre cebri icra sadece aşağıdaki hallerde mümkündür¹⁰⁹;

- Devlet bu önlemi açıkça kabul etmiştir;
- Devlet, davanın amacı olan talebi karşılayacak mülkiyeti saklı tutmuş veya etkilemiştir;
- Devlet tarafından ticari olmayan amaçlar dışında kullanılmakta ve aleyhinde yargılamanın başlatıldığı kuruluşla bağlantılıdır.

İngiliz mahkemesi¹¹⁰, yabancı bir devletin yargı ve icra bağımsızlığından feragatine ilişkin sözleşme hükmünün değerlendirmesinde; Viyana Sözleşmesi'nin 22 ve 30. maddeleri uyarınca güvence altında bulunan konsolosluk hesaplarının bağımsızlık hakkından feragat için yeterli olmadığına karar vermiştir¹¹¹. İngiliz Lordlar Kamarası, uluslararası örf ve adet hukukuna atıfta

or intended to be placed on sale; (e) property forming part of an exhibition of objects of scientific, cultural or historical interest and not placed or intended to be placed on sale.”

⁹⁹ RYNGAERT, s.73.

¹⁰⁰ RYNGAERT, s.73

¹⁰¹ Özellikle; Philippine Embassy Bank Account Case, Almanya Federal Anayasa Mahkemesi 13.12.1977, 65 I.L.R. 146 1984. Ayrıca, Russian Federation v. NOGA Import/Export Co. (NOGA), Paris Temyiz Mahkemesi, 10.08.2000, 127 I.L.R. 156, (2005); Republic of ‘A’ Embassy Account Case, Avusturya Yüksek Mahkemesi (Supreme Court), 03.04.1986, 77 I.L.R. 489 (1988); Alcom v. Republic of Colombia [1984] A.C. 580; Netherlands v. Azeta B.V., Rotterdam Bölge Mahkemesi, 14.05.1998, 128 I.L.R. 688 (2007); Iraq v. Vinci Constructions, Brüksel Temyiz Mahkemesi, 0.10.2002, 127 I.L.R. 101 (2005); Sedelmayer v. Russian Federation, İsveç Yüksek Mahkemesi (Supreme Court), 11.07.2011, 106 Am. J. Int'l L. 347 (2012).

¹⁰² Z v Geneva Supervisory Authority for the Enforcement of Debts and Bankruptcy, İsviçre Federal Mahkemesi, 31.07.1990, 102 ILR 205.

¹⁰³ BVerfG 06.12.2006, NJW 2007, 2605 (2608)

¹⁰⁴ Société Ouest Africaine des Bétons Industriels v Senegal (1991) 30 ILM 1169.

¹⁰⁵ NML Capital v Argentina Cass. fr., Arrêt No. 867 (09-72.057), 28.09.2011.

¹⁰⁶ RYNGAERT, s.73.

¹⁰⁷ Ambassade de la Fédération de Russie en France v Société NOGA, Cour d'Appel, Paris Temyiz Mahkemesi 1. Dairesi, Bölüm A, [2001] 128 JDI 116; PELLEW, Dominic: “Enforcement of the Noga arbitral awards in France” International Arbitration Law Review, 1, 2005, s.34.

¹⁰⁸ Ambassade de la Fédération de Russie en France v Société NOGA, Cour d'Appel, Paris Temyiz Mahkemesi 1. Dairesi, Bölüm A, [2001] 128 JDI 116;, 13/17.751 civ. (C. de cass. 2015).

¹⁰⁹ Sapin II Kanunu madde L. 111-1-1, L. 111-1-2 ve L. 111-1-3.

¹¹⁰ A Co. Ltd v Republic of X, QBD, 2.12.1989, [1990] 2 Lloyds Rep 520, 87 ILR 412.

¹¹¹ “A contractual waiver of State immunity from jurisdiction and enforcement will not be sufficient to waive the inviolability and immunity of either the premises and/or property of a diplomatic mission, or the private residence and/or

bulunarak, diplomatik bir misyonun görevlerini yürütölmek amaçlı kullanılan banka hesabının cebri icradan muaf olduğuna karar vermiřtir¹¹². Benzer şekilde, yabancı devletin ekonomi yönetimine yardımcı olmak için oluşturulan bir fon adına tutulan menkul kıymetler korunmuřtur¹¹³. Öte yandan, devlet kredilerini geri ödemek için kullanılan banka hesabının özel koruma altında olmadığına karar verilmiřtir¹¹⁴. ABD mahkemesi konuya ilişkin, “kabul eden Devlet, misyonun işlevlerinin yerine getirilmesi için tüm kolaylıkları tanımalıdır” şeklinde görüş bildirmiřtir¹¹⁵.

Brüksel Temyiz Mahkemesi¹¹⁶ genel yaklaşımın aksine bir karar vermiştir. Diplomatik misyonların banka hesapları üzerindeki bağışıklıktan feragat etmek için icra bağışıklığından açık ve genel feragatin yeterli olduğu sonucuna varmıştır. Belçika mahkemesi gerekçeli kararında şu şekilde belirtmiştir; “ne Viyana Sözleşmesi ne yürürlüğe giren diğer herhangi bir sözleşme, ne de uluslararası teamüller, diplomatik misyonların banka hesapları için belirli bir feragat usulü öngörmemektedir”¹¹⁷. Bununla birlikte Belçika’da, yabancı devlet varlıklarının haczi için bir hakimden ön izin almasını gerektiren mevzuat değişikliği kabul edilmiřtir¹¹⁸.

Alman mahkemesi, yabancı konsolosluga bağlı ticaret enstitüsünün banka hesaplarının haczi başvurusunda, enstitünün işlevinin ticari amaçlı olduğu gerekçesiyle icra bağışıklığı savunmasını kabul etmemiřtir¹¹⁹.

2. Elçilik Banka Hesabının Niteliğinin İncelenmesi

Almanya Anayasa Mahkemesi *Philippine Embassy Bank Account* davasında, büyükelçilik banka hesabının kamusal veya ticari amaçla kullanımının tespitine yönelik incelenmesi talebini uluslararası hukuka aykırılık oluşturacağı gerekçesiyle reddetmiřtir¹²⁰. ABD Columbia Bölge Mahkemesi, büyükelçilik banka hesabındaki bazı fonlarının ticari faaliyetler için kullanılması nedeniyle, bu durumun icradan bağışıklık yaratıp yaratmadığı incelemiřtir¹²¹. Mahkeme, banka hesabın ayrıntılı incelenmesi ve bu suretle ticari fonların kamu fonlarından ayrılması talebini reddetmiştir.

Diğer yandan Brüksel Temyiz Mahkemesi banka hesabı kullanımına ilişkin ispat yükünün bölünmesine karar vermiş ve haczedilen eşyanın niteliğine ilişkin davacının ispat külfetini kısmen ortadan kaldırmıřtır¹²². Belçika Mahkemesi, Kongo büyükelçiliğin banka hesabıyla ilgili olarak, yabancı devletin hesabın egemenlik yetkilerini kullanmak amacıyla kullanıldığını kanıtlamadığına ve bu sebeple hacizden muaf olmadığına karar vermiştir. Ülkemizde ise, İcra mahkemesinin elçilik bankadan hesabının diplomatik veya ticari amacının yerel mahkemece araştırılması gerektiği yönünde kararı Yargıtay tarafından onanmıřtır¹²³.

3. Büyükelçi Sertifikası

Diplomatik misyon banka hesaplarının ticari veya kamusal niteliğine ilişkin ihtilaf halinde; misyon başkanı tarafından banka hesabının amacına ilişkin sunulacak sertifika, Birleşik Krallık¹²⁴, Avusturya¹²⁵ ve İtalya¹²⁶ dahil olmak üzere birçok ülke hukukunda ikna edici kanıt olarak kabul edilmektedir. Büyükelçi sertifikasının banka hesabının niteliğine ilişkin karine yaratması, “özel hukuk kişilerinin, elçilik hesaplarının ticari faaliyetlerini kanıtlamalarını neredeyse imkansız hale getirmesi” nedeniyle eleřtirilmiřtir¹²⁷.

property of a diplomatic agent, enjoyed under, respectively, Articles 22 and 30 of the Vienna Convention on Diplomatic Relations.”

¹¹² *Alcom Ltd v Republic of Colombia*, İngiltere Lordlar Kamarası (House of Lords), 12.04.1984, (1984) 23 ILM 719, [1984] 2 All ER 182.

¹¹³ *AIG Capital Partners Inc v. Kazakhstan* [2005] EWHC 2239 (Comm).

¹¹⁴ *Orascom Telecom Holding SAE v. Chad* [2008] EWHC 1841 (Comm).

¹¹⁵ *LETCO v Liberia* 2 ICSID Rep 392/3.

¹¹⁶ *NML Capital Ltd v. Republic of Argentina*, Brüksel Yargıtay Mahkemesi, 21.06.2002.

¹¹⁷ *RYNGAERT* s.73.

¹¹⁸ *RYNGAERT* s.73.

¹¹⁹ *Foreign Trade Institute Bank Account Case*, Landgericht, Hamburg, 26.03.1981, 65 ILR 209.

¹²⁰ *Entscheidungen des bundesverfassungsgerichts* Vol 46, 65 ILR 146, D/9, s.342.

¹²¹ *Liberian Eastern Timber Cooperation [LETCO], Arbitration Award Debtor v The Government of the Republic of Liberia*, Arbitration Award Debtor, (1997 DDC) 659 F. Supp. 606, 2 ICSID Rep 395.

¹²² *RYNGAERT* s.73, *M v. The Democratic Republic of Congo and Others*.

¹²³ Yargıtay 12. HD, 24.05.2004, E. 2004/ 6469, K. 2004/1300.

¹²⁴ *Birleşik Krallık Devlet Bağışıklık Yasası* madde 13.5; *Alcom v Colombia*, Lordlar Kamarası (House of Lords), 12.04.1984, 23 ILM 719, s 187.

¹²⁵ *Oberster Gerichtshof*, 30.04.1986, (1988) 77 ILR 489.

¹²⁶ *Benamar v Embassy of the Democratic and Popular Republic of Algeria*, (1990) 84 AJIL 573.

¹²⁷ *DELAUME, Georges R.*: “Sovereign Immunity and Transnational Arbitration”, *Arbitration International*, 3(1), 1987, s.28.

Hollanda mahkemesi, büyükelçinin banka hesabının Lahey Büyükelçiliği görevlerini yerine getirilmesi amaçlı olduğunu belirten beyanının, bu hesabın devletin kamu amaçlarına yönelik olduğunu varsaymak için yeterli olduğuna hükmetmiştir¹²⁸. Mahkeme ayrıca, banka hesabıyla ilgili ayrıntılı soruşturmanın “uluslararası hukuka göre bu misyonun iç ilişkisine haksız bir müdahale teşkil edeceğine” karar vermiştir. Brüksel Temyiz Mahkemesi de büyükelçilik banka hesaplarının diplomatik misyon işlevlerinin yerine getirilmesi için gerekli veya faydalı olduğunu belirtmiş ve hesabın amacına ilişkin büyükelçi sertifikasının kesin delil olduğuna karar vermiştir¹²⁹.

Bununla birlikte, İngiliz mahkemesi başvuruçunun elçilik banka hesabının petrol boru hattı anlaşması için kullanıldığına dair kanıt sunması nedeniyle, büyükelçi sertifikasının tüm elçilik hesaplarının kamusal amaç taşıdığını belirten sertifikanın eksik olduğunu belirtmiştir¹³⁰.

B. Merkez Banka Hesapları

Merkez bankaları ve diğer para otoritelerinin varlıkları genel olarak, ticari olmayan amaca sahip olduğu kabul edilmekte ve icra tedbirlerinden korunmaktadır¹³¹. ILA Taslak Sözleşmesi¹³² ve BM Sözleşmesi¹³³ 'merkez bankasının veya diğer devletin para otoritesinin malvarlığının' yaptırımından muaf olduğunu belirtmektedir. İngiliz Devlet Bağışıklığı Yasası madde 14(4), ABD FSIA Yasası madde 1611(b)(1), ve Fransız Code monétaire et financier madde L. 153-1 benzer hükümler içermektedir. 2005 tarihli Çin Halk Cumhuriyeti Yabancı Merkez Bankalarının Varlıklarının Bağışıklığı Yasası uyarınca, Çin'de yerleşik yabancı merkez bankalarının varlıkları, ilgili bankalar veya hükümetlerce yazılı olarak bağışıklığından feragat etmedikçe veya varlıklar ilamın veya kararın tesisi amacıyla tayin edilmedikçe, icra bağışıklığına haiz olacaktır.

Birleşik Krallık Devlet Bağışıklık Yasası “bir Devletin merkez bankasının veya diğer parasal otoritenin varlıkları... ticari kullanımda veya amaçlı olduğu kabul edilmeyecektir” ifadesini içermektedir¹³⁴. İngiliz içtihat hukuku bu yaklaşımı onaylamıştır.¹³⁵ İngiliz mahkemesi *Taurus Petroleum Ltd v State Oil Marketing Co*¹³⁶ davasında, Merkez Bankası veya diğer parasal otoriteler hakkındaki SIA kanunu madde 14(4)'ün gerekçesine atıfta bulunarak, merkez bankasının malvarlığının ‘ticari amaçlar için değil, kamusal veya egemen amaçlar için tutulacağı ve kullanılacağı’ varsayımını kabul etmiş ve ilgili tahkim kararının Irak Merkez Bankası'na bağlı fonlar aleyhine icrası talebini reddetmiştir.

İsveç hukukunda, yabancı devletin icraya bağışıklığına ilişkin bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. İsveç, Birleşmiş Milletler Devletlerin Yargı Bağışıklıkları ve Mülkiyetlerine İlişkin Sözleşmeyi onaylamış ve Devletler ve Malları için Bağışıklık hakkında Kanun¹³⁷ vasıtasıyla İsveç hukukuna dahil etmiştir. Ancak sözleşme ve yasa henüz yürürlüğe girmemiştir. Buna göre, BM Sözleşmesi uluslararası teamül hukukunu aydınlatıcı ölçüde göz önüne alınabilir. Sözleşme'nin 21 (1) (c) maddesi, merkez bankalarına ve diğer para politikası otoritelerine ilişkin özel koruma sağlamaktadır. Ancak, merkez bankasının sahip olduğu veya kontrol ettiği tüm malvarlıkların özel koruma altında olup olmadığı açık değildir. Merkez bankası varlıklarına özel koruma verilmesinin temel amaçlarından biri, merkez bankasının devletin merkezi işlevleri için para politikası faaliyetleri yürütmesidir.

Yabancı devletin Alman Merkez Bankası'ndaki döviz rezervleri, yabancı devletin para birimini korumak, uluslararası ödemeler yapmak ve zorunlu bir durumda ithalatlar için kullanılabilecekleri için egemen amaçlara hizmet ettiği gerekçesiyle icradan bağışık tutulmuştur¹³⁸.

¹²⁸ MK v State Secretary for Justice, Raad van State, President of the Judicial Division, 24.11.1986, 94 ILR 357. Benzer şekilde; State of the Netherlands v. Azeta BV, Rechtbank Rotterdam (Rotterdam Bölge Mahkemesi), 14.05.1998 [1998] KG 251.

¹²⁹ Leica AG v Central Bank of Iraq and the State of Iraq Brüksel Temyiz Mahkemesi 8. Daire, 15.02.2000.

¹³⁰ Orascom Telecom Holding SAE v Chad [2008] EWHC 1841.

¹³¹ REINISCH s.804.

¹³² ILA Taslak Sözleşmesi madde VII(C)3: if “[t]he property is that of a State central bank held by it for central banking purposes”.

¹³³ Devletlerin Yargı Bağışıklığına ve Mülkiyetlerine İlişkin BM Sözleşmesi madde 21(1) c.

¹³⁴ Birleşik Krallık SIA Yasası madde 14(4).

¹³⁵ BLAIR, William: “The Legal Status of Central Bank Investments under English Law”, The Cambridge Law Journal, 57(2), 1998, s.374. Banca Carige SpA Cassa di Risparmio Geneva e Imperia v. Banco Nacional de Cuba and another, Ch.D Şirketler Mahkemesi, 11.04.2001 [2001] 3 All ER 923, AIG Capital Partners Inc. and another v Republic of Kazakhstan and others [2006] 1 All ER 284.

¹³⁶ Taurus Petroleum Ltd v State Oil Marketing Co of the Ministry of Oil, Iraq [2015] EWCA Civ 835 (CA (Civ Div)).

¹³⁷ 1514 sayılı ve 2009 tarihli Devletler ve Malları için Bağışıklıklar hakkındaki Kanun.

¹³⁸ Bundesgerichtshof (Federal Mahkeme) BGH, 04.07.2013, BeckRS 2013, 12429.

ABD hukukuna göre, yabancı bir merkez bankasının veya para kuruluşunun kendi hesabına tutulan varlıkları hacizden muaftır. “Kendi hesabına tutulan” ifadesi ile, merkez bankasının gerçek faaliyetleriyle ticari işlemleri finanse etmek için kullanılan fonlar arasındaki farkın bulunduğu belirtilmektedir¹³⁹.

Fransız Yüksek Mahkemesi¹⁴⁰, Rus merkez bankasının fonlarının ayrı bir tüzel kişilik olduğunu, bu sebeple üçüncü tarafın, yani Rusya Federasyonu'nun borçlarını karşılamak için kullanılamayacağını belirtmiştir¹⁴¹.

C. Karma Nitelikte Banka Hesapları

Devletlerin hem kamusal hem de ticari amaçlarla kullandıkları banka hesapları olabilir. Bu vasıfta bir banka hesabının, icradan muaf olup olmadığı veya ticari fonların ayrılması mümkün olup olmadığı sorusu ortaya çıkmıştır. Bazı mahkemeler ticari ve kamusal fonları ayırmak istemezken¹⁴², bazıları kamu amaçlı fonları ticari faaliyet fonlarından ayırma yoluna giderek, ticari hesapların haczine izin vermiştir¹⁴³.

Belçika *Anatolie Stati et al. v. Kazakhstan* davasında tahkim kararının tenfizi için başvurusunda, Kazakistan Ulusal Bankası'nın (Merkez Bankası), Bank of New York Mellon Belçika şubesindeki hesapların haczine karar verilmiştir. Kazakistan, egemen amaçlar için kullanılması nedeniyle banka hesabının dokunulmazlığını savunmuştur ve Kazakistan Ulusal Tasarruf Fonu'nun uzun vadeli amacının orta düzeyde riske dayalı getiri elde etmek olduğunu iddia etmiştir. Belçika yerel mahkemesi, yatırım getirisi elde etmenin ticari bir faaliyet olduğunu belirterek, devletin bağımsızlık savunmasını reddetmiştir¹⁴⁴. Brüksel Yüksek Mahkemesi 29 Haziran 2021 tarihli temyiz yargılamasına, hesapların somut, fiili ve mevcut amacının tespitinin gerektiğini belirtmiştir. Yüksek Mahkeme kararında; kamusal veya ticari amaç dışında olan varlıkların tespiti için en uygun ve uygulanabilir ölçüt olduğunu; koşulların tespiti için ulusal veya uluslararası düzeyde yeknesak bir uygulama bulunmadığından, hakimin takdir yetkisi kapsamında olduğunu; somut koşullar uyarınca cebri icranın merkez bankası aleyhine olmadığına karar vermiştir. Tasarruf Fonu varlıkları, uzun vadeli getirileri maksimize etmek amacıyla yatırılmıştır. Yatırımın ticari amaçlı olduğunu ve ticari amaçlanan hallerde devlet bağımsızlığının söz konusu olmadığına karar vermiştir.

İsveç Yüksek Mahkemesi Kazakistan Ulusal Fonunun haczi başvurusuna ilişkin 18 Kasım 2021 tarihli kararında; Kazakistan ve Danimarka Ulusal Bankasının cevabı yazılarındaki hükümetin gelecek amaçlarına yapılan atfın çok genel olduğunu, Kazakistan mevzuatında Ulusal Fon'un amacının özel olarak açıklanmadığına vurgu yapılmıştır. Haczedilen varlığın hangi devlet amacı için kullanıldığı belirtilmemiş, gelecekteki uzun vadeli devlet tasarrufları (veya para politikalarına destek) ve devletin ihtiyaçları gibi ifadelerin detaylandırılmamış ve bunlar egemenlik eylemi olarak kabul edilememiştir. Yabancı devletin, hesabın “makroekonomik istikrarı sağlama” niteliğinde olduğu iddiasına ilişkin, haczedilen hesap ile devletin istikrar amacı arasındaki bağlantının zayıf olduğu belirtilmiştir. Neticeten, hacze konu banka hesabı, Kazakistan'ın egemenlik veya resmi nitelikteki bir fiil olarak kabulü için yeterli bulunmamış ve icra bağımsızlığı savunması kabul edilmemiştir.

İngiltere'de görülen *AIG v. Kazakhstan* davasında, Kazakistan Ulusal Fonu'nun amacı “mali politikanın istikrara kavuşturulmasına yardımcı olmak ve petrol ve gaz gelirlerinin bir kısmından tasarruf etmek” olarak tespit edilmiştir¹⁴⁵. Kazakistan Ulusal Fonu, güvence anlaşması uyarınca İngiliz Merkez Bankası tarafından yönetilmektedir. İngiliz hukukuna göre, 1978 tarihli Birleşik Krallık Devlet Bağımsızlık Yasası madde 14 uyarınca, Merkez Bankası hesaplarına ilişkin açık bir bağımsızlık sunmaktadır¹⁴⁶. Mahkeme kararında ayrıca, banka hesabının kullanılmadığını ve ticari amaçlarla kullanılmasının amaçlanmadığını, Kazakistan'ın ekonomisini yönetmesine yardımcı olmak amaçlı olduğunu kaydetmiştir.

¹³⁹ ABD FSIA Yasası madde 1611(1). ROBIN s.131.

¹⁴⁰ *Ambassade de la Fédération de Russie en France v Société NOGA*, Paris Cour d'Appel, 1. Daire, Bölüm A, [2001] 128 JDI 116.

¹⁴¹ REINISCH s.804.

¹⁴² *Alcom Ltd v. Colombia* (1984) AC 580.

¹⁴³ *Birch Shipping Corp. v. Embassy of Tanzania*, Misc. No. 80-247.

¹⁴⁴ *Kazakhstan, National Bank of Kazakhstan v. Stati et al.*, Brüksel İlk Derece Mahkemesi, 25.05.2018.

¹⁴⁵ *AIG Capital Partners Inc. and another v Republic of Kazakhstan and others* [2006] 1 All ER 284.

¹⁴⁶ *AIG v Kazakhstan* para 56. “Parlamento, bir merkez bankasının veya başka bir para otoritesinin pozisyonunun, bir Devletin hükümetinin diğer herhangi bir bölümünden veya 14(1) bölümünde tanımlandığı gibi herhangi bir 'ayrı varlıktan' farklı bir şekilde ele alınması gerektiğini amaçlamıştır.”

Frankfurt mahkemesi¹⁴⁷ “yabancı bir devletin hukuken bağımsız kurumlarının ticari faaliyetlerinin bağımsızlıktan yararlanamayacağını” belirtmiştir¹⁴⁸. Alman Anayasa Mahkemesi¹⁴⁹ tedbir konusu malın sahibi Devlet olarak görülse dahi icra imkanının dışlanmamasına karar vermiştir. Gerekeçeli karardan, Alman Mahkemeleri’nin, hesabın egemenlik veya ticari işlevlerini de dikkate alabileceği çıkarımına varılabilir¹⁵⁰.

VI. SONUÇ

Devlet bağımsızlığına ilişkin kısıtlayıcı yaklaşımın küresel anlamda kabul görmesi, özel hukuk kişilerinin tahkim kararlarını tanınması ve tenfiz edilmesi, bu suretle adalete erişim açısından önem büyük arz etmektedir. Hakem kararlarının devlet malları aleyhine icrası hassas bir aşama olup, devletler arası ikili ilişkilere etki edebilir. Tahkim kararlarının icrası birçok Kıta Avrupa ülkesinde uluslararası örf adet hukuk ile diplomatik ve konsolosluk hukuku ilkeleri çerçevesinde değerlendirilmekte; buna karşın Anglo-Sakson ülkelerinde devlet bağımsızlığına ilişkin özel yasal düzenlemeler yer almaktadır. Devlet mallarının uluslararası tahkim kararlarından icra bağımsızlığına ilişkin uygulama, Avrupa Birliği’nde dahi yeknesak değildir ve bu durum hukukun öngörülebilirliği ve kesinliği ilkelerine aykırılık eleştirilerine konu olmaktadır. Tahkim kararlarının devletler aleyhine icrası aşamasında, devletlerin özellikle yabancı ülkelerdeki banka hesaplarının haczi uluslararası tartışmalara konu olmaya devam etmektedir.

Mali Destek | Atf Şekli: Yazar Serhat ESKİYÖRÜK bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Serhat ESKİYÖRÜK who is the author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors’s Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn’t need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD’nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD’nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD’den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The author declares that he complies with the scientific, ethical, and quotation rules of İnULR in all processes of the paper and that he does not make any falsification of the data collected. In addition, he declares that İnönü University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than İnönü University Law Review

KAYNAKÇA

- AKSAR, Yusuf: Uluslararası Hukuk, Temel Metinler ve Davalarla, 2. Bası, Seçkin, Ankara, 2021.
- ASAR, Bilge Erson: Uluslararası Hukukta Devlet Görevlilerinin Yargı Bağımsızlığı, Onikilevha, İstanbul, 2016.
- AYBAY, Rona: “Yargıtay İçtihatlarına Göre Yabancı Devletin Yargı Bağımsızlığı”, TBB Dergisi, 72, 2007.
- BERNINI, Giorgio/VAN DEN BERG Albert Jan: “The Enforcement of Arbitral Awards against States: The Problem of Immunity from Execution”, in LEW, D. M. Julian (ed.), Contemporary Problems in International Arbitration, Martinus Nijhoff, Lancaster, 1987.
- BISHOP, Doak R./REISMAN, W. Michael/CRAWFORD, James R.: Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary, Kluwer Law International, The Hague, 2005.
- BLAIR, William: “The Legal Status of Central Bank Investments under English Law”, The Cambridge Law Journal, 57(2), 1998.
- BLESSING, Marc: “State Arbitrations: Predictably Unpredictable Solutions?”, Journal of International Arbitration, 22(6), 2005.
- BOUCHEZ, Leo J.: “The Nature and Scope of State Immunity from Jurisdiction and Execution”, Netherlands Yearbook of International Law, 10, 1979.
- BÖCKSTIEGEL Karl-Heinz: Arbitration and State Enterprises, Kluwer, the Netherlands, 1989.
- CARRIER, Renaud: “France: Shrinking of Immunity from Execution and Discovery of Diplomatic Immunity

¹⁴⁷ LG Frankfurt am Main, 17 A.V.R. 448.

¹⁴⁸ BERND, Krauskopf, CHRISTINE, Steven: “Immunity of Foreign Central Banks under German Law” Journal of International Financial Markets, 2, 2000, s.139.

¹⁴⁹ 64 B.Verf.G.E. 1, OLG Frankfurt am Main, 198,1 N.J.W. 2650

¹⁵⁰ BERND, CHRISTINE s.138.

- from Execution”, Mealey’s International Arbitration Report, 18(1), 2003.
- ÇELİKEL, Aysel/ERDEM, Bahadır: Milletlerarası Özel Hukuk, 17. Bası, Beta, İstanbul, 2021.
- DE GRAMONT, Alexandre/OSEI, David K.: “United States: execution of a judgment against the property of a foreign sovereign under the U.S. Foreign Sovereign Immunities Act”, International Arbitration Law Review, 2007.
- DELAUME, Georges R.: “Sovereign Immunity and Transnational Arbitration”, Arbitration International, 3(1), 1987.
- FOX, Hazel: *The Law of State Immunity*, The Oxford International Law Library, Oxford, 2002.
- KAHRAMAN, Firdevs Şeyda Türkay: Devletin Askeri Faaliyetlerinde Yargı Bağışıklığı, Onikilevha, İstanbul, 2013.
- KILINÇ, Ümit: Uluslararası Hukukta Yargı Bağışıklığı ve AİHM, Onikilevha, İstanbul, 2019.
- KRAUSKOPF, Bernd/STEVEN Christine: “Immunity of foreign central banks under German law”, Journal of International Financial Markets, 2, 2000.
- LEW, Julian D.M/MISTELIS, Loukas A./KRÖLL, Stefan Michael: Comparative International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, Hollanda, 2003
- NOMER, Ergin: Devletler Hususi Hukuku, 23. Bası, Beta, İstanbul, 2021.
- ORTA D M, Hussain A. K.: “The Crossroads Between Enforcement and Execution of Arbitration Awards and Sovereign Immunity- A Primer For In-House Counsel”, Arnold & Porter LLP www.arnoldandporter.com.
- PAZARCI, Hüseyin: Uluslararası Hukuk, Turhan, 20. Bası, Ankara, 2021.
- PELLEW, Dominic: “Enforcement of the Noga arbitral awards in France” International Arbitration Law Review, 1, 2005.
- REINISCH, August: “European court practice concerning state immunity from enforcement measures”, European Journal of International Law, 17(4), 2006.
- ROBIN, Guy: “Enforcement Immunities in the Domain of International Commercial Transactions”, International Business Law Journal, 1, 2002.
- RYNGAERT, Cedric: “Embassy Bank Accounts and State Immunity from Execution: Doing Justice to the Financial Interests of Creditors”, Leiden Journal of International Law, 26(1), 2013.
- SAK, Yıldray: Devletin Yargı Bağışıklığı ve Temel Hakların Korunması, Seçkin, İstanbul, 2015.
- SCHREUER, Christoph H: State Immunity: Some Recent Developments, Grotius Publications, Cambridge, 1988.
- SHAW, Malcolm: International Law, 6. Bası, Cambridge UP, Cambridge, 2008.
- STEWART, David P: ‘The UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property’, The American Journal of International Law, 99(1), 2005.
- STOCKFORD Claire, WELLS Ben: “YUKOS – the First Instalments in the Post-Award Story” International Energy Law Review, 3, 2016.
- SUR, Melda: Uluslararası Hukukun Esasları, 15. Bası, Beta, İstanbul, 2021.
- SÜRAL, Ceyda: Yabancı Devletlerin Sınırlı Yargı ve İcra Muafiyeti, Adalet, İstanbul, 2015
- ŞANLI, Cemal/ESEN, Emre/ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, 9. Bası, Beta, İstanbul, 2021
- TUYGUN, Salih: ICSID Tahkime İlişkin Hakem Kararlarının İcra Edilmesi, Güncel, İzmir, 2007.
- VAN BLANKENSTEIN, Allaart: “Enforcement of an Arbitral Award Against a State: With Whom are you Dealing”, Leiden Journal of International Law, 6(2), 1993.
- YU, Hong-Lin/OLMOS, Giupponi M.B: “Road to Nowhere? – A Comparative Legal Analysis on the Enforcement of Yukos Awards”, International Arbitration Law Review, 18(4), 2015.
- Yargı Kararları*
- A Co. Ltd v Republic of X*, QBD, 21.12.1989, [1990] 2 Lloyds Rep 520
- Af-Cap Inc v Republic of Congo*, (2004) 383 F.3d 361 (5th Cir.)
- AIG Capital Partners Inc. and another v Republic of Kazakhstan and others*, [2006] 1 All ER 284
- Alcom Ltd v Republic of Colombia* [1984] 2 All ER 6
- Almanya D/9 Entscheidungen des bundesverfassungsgerichts Vol 46 p 342, 65 ILR 146
- Ambassade de la Fédération de Russie en France v Société NOGA*, Paris Cour d’Appel, 1. Daire, Bölüm A, [2001] 128 JDI 116
- Banca Carige SpA Cassa di Risparmio Geneva e Imperia v. Banco Nacional de Cuba and another*, Ch.D (Şirketler Mahkemesi), 11.04.2001 [2001] 3 All ER 923
- Cabotent v NIOC*, Lahey Temyiz Mahkemesi, 28.11.1968, 1 NYIL (1970) 225

- Creighton Limited v Minister of Finance and Minister of Internal Affairs and Agriculture of the Government of the State of Qatar, (2000) XXV YCA 458
- Foreign Trade Institute Bank Account Case*, Landgericht, Hamburg, 26.03.1981, 65 ILR 209
- French Stat and Others v Societe Europeene D'atudes ET D'entreprises ET Autes, Fransız Court of Cassation, 18.11.1986 RDA (1987)
- Leica AG v Central Bank of Iraq and the State of Iraq, Brüksel Temyiz Mahkemesi, 8. Daire, 15.02.2000
- LETCO v Liberia, Award, 31.03.1986, 2 ICSID Reports 34
- Lybie v. LIAMCO*, İsviçre Federal Mahkemesi, 19.06.1980, ATF 106 Ia 142, 62 ILR 228
- Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v United Kingdom), PCIJ (1924) A (2) PCIJ 11
- MK v State Secretary for Justice*, Raad van State, President of the Judicial Division, 24 Nov 1986, 94 ILR 357
- Société Ouest Africaine des Bétons Industriels v Senegal, No. ARB/82/1
- Societe Eurodif v Islamic Republic of Iran, 23 ILM 1984
- State of the Netherlands v. Azeta BV*, Rechtbank Rotterdam (Rotterdam Bölge Mahkemesi), 14.05.1998 [1998] KG 251
- République Arabe d'Egypte v Cinetel* Tribunal Fédéral Suisse (1979) 65 ILR 425
- Royaume de Grèce v Banque Julius Bär & Cie*, İsviçre Federal Mahkemesi, 06.1956, ATF 82 I 75, 18 ILR 195
- The Russian Federation v. Franz J. Sedelmayer, İsveç Supreme Court (Högsta Domstolen), 01.07.2011
- Taurus Petroleum Ltd v State Oil Marketing Co of the Ministry of Oil, Iraq [2015] EWCA Civ 835 (CA (Civ Div))
- Türkiye Anayasa Mahkemesi 20.10.1992, E.1992/13, K.1992/50
- Türkiye Yargıtay 12.H.D. 24.05.2004, E.2004/6469, K.2004/1300
- Z v Geneva Supervisory Authority for the Enforcement of Debts and Bankruptcy*, İsviçre Federal Mahkemesi, 31.07.1990, 102 ILR 205

İVAZLI ALACAĞIN DEVRİNDE SÖZLEŞMEDEN DÖNME VE BUNA BAĞLI SONUÇLARIN TÜRK HUKUKU VE İSVİÇRE BORÇLAR KANUNU GENEL TASARISI ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

RECISSION OF A CONTRACT AT ONEROUS ASSIGNMENT OF CLAIM AND REVIEW OF THE CONSEQUENCES IN THE FRAMEWORK OF TURKISH LAW AND GENERAL DRAFT OF SWISS CODE OF OBLIGATIONS

Güray TÜRKER*  [10.21492/inuhfd.1103412](https://doi.org/10.21492/inuhfd.1103412) 

Makale Bilgi

Gönderi: 14/04/2022
Kabul : 08/08/2022

Anahtar Kelimeler

*Alacağın Devri,
Borca Aykırılık,
Sözleşmeden Dönme,
OR 2020.*

Article Info

Received: 14/04/2022
Accepted: 08/08/2022

Keywords

*Assignment of Claim,
Violation of
Obligation,
Recission of Contract,
OR 2020.*

Özet

Alacağın bir verme, yapma veya yapmama edimi karşılığı devri günümüzde sıkça kullanılan bir hukukî kurumdur. Türk Borçlar Kanunu alacağın devrinde borca aykırılığa ilişkin özel düzenleme olarak sadece devredenın garanti sorumluluğunu düzenlemektedir. Kanun alacak hakkını devralanın borca aykırı davranışına bağlı olarak herhangi bir özel düzenleme getirmemektedir. Bu sebeple, ivazlı alacağın devrinde karşı edim borçlusı devralanın borca aykırılığa neden olması durumunda genel hükümlerin uygulanmasına bağlı olarak devreden sözleşmeden dönme seçicilik hakkını kullanabilir. Alacağın devri sözleşmesinden dönülmesi hâlinde dönmenin, alacağın devri sözleşmesine etkisinin ne şekilde gerçekleşeceği ve devredilmiş alacağın, alacak hakkını devredene tekrar nasıl döneceği sorusu ortaya çıkar. Bunun yanında, sözleşmeden dönme neticesinde devredenın talep edebileceği zararın hukukî niteliğinin de irdelenmesi gerekir. Bu bağlamda, çalışmamızda öncelikle bu konu incelenmiştir. Bununla birlikte, Türk Borçlar Kanunu'nun mehzâ İsviçre Borçlar Kanunu'nda benimsenen borca aykırılık sisteminin ihtiyaçlara tam olarak cevap verememesi düşüncesiyle borca aykırılık sistemine yeni yaklaşımlar getirilmektedir. Bu kapsamda düzenlenen İsviçre Borçlar Kanunu Genel Tasarısı (OR 2020) hükümlerinin, yürürlükteki düzenlemelerle karşılaştırmalı olarak ivazlı alacağın devri sözleşmesine etkisinin incelenmesi uygulamadaki sorunlara ışık tutacaktır.

Abstract

The assignment of a claim in return for an act of giving, doing or not doing is a frequently used legal institution today. The Turkish Code of Obligations regulates only the guarantee liability of the assignor as a special regulation regarding the violation of obligation in the assignment of claim. The Code doesn't regulate any special regulation regarding assignee's breach of dept in assignment of claim. As a consequence of that, at onerous assignment of a claim, the assignor may use optional right to recission of the contract, subject to the application of the general provisions, in case the assignee causes violation of obligation. In case of withdrawal from the assignment of claim, the question arises as to how the reversal will affect the assignment of claim and how the transferred claim will return to assignor. In addition to that, the legal nature of the damage that the assignor may claim as a result of rescinding the contract should also be examined. In this context, first of all, this subject was examined in our study. On the other hand, new approaches are being brought to the breach of debt system, with the thought that breach of dept system adopted in the Swiss Code of Obligations, which is basis of the Turkish Code of Obligations, cannot fully meet the needs. Examining the effects of the provisions of the General Draft of the Swiss Code of Obligations (OR 2020) regulated in this context on the contract for the assignment of claim, in comparison with the regulations in force, will shed light on the problems in practice.

 Bu eser [Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/) ile lisanslanmıştır.

* Av., İstanbul 1 No'lu Barosu, Maltepe Üniversitesi, LEE, Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi.

Atıf Şekli | **Cite As:** TÜRKER Güray, "İvazlı Alacağın Devrinde Sözleşmeden Dönme ve Buna Bağlı Sonuçların Türk Hukuku ve İsviçre Borçlar Kanunu Genel Tasarısı Çerçevesinde Değerlendirilmesi", İnÜHFD, 13(2), 2022, s.306-322.

İntihal | **Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | **This article has been controlled via a plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.**

EXTENDED SUMMARY

The assignment of a claim in return for an act of giving, doing or not doing is a frequently used legal institution today. The Turkish Code of Obligations regulates only the guarantee liability of the assignor as a special regulation regarding the violation of obligation in the assignment of claim. The Code doesn't regulate any special regulation regarding assignee's breach of debt in assignment of claim. As a consequence of that, at onerous assignment of a claim, the assignor may use optional right to rescission of the contract, subject to the application of the general provisions, in case the assignee causes violation of obligation. In case of withdrawal from the assignment of claim, the question arises as to how the reversal will affect the assignment of claim and how the transferred claim will return to assignor. In addition to that, the legal nature of the damage that the assignor may claim as a result of rescinding the contract should also be examined. In this context, first of all, this subject was examined in our study. On the other hand, new approaches are being brought to the breach of debt system, with the thought that breach of debt system adopted in the Swiss Code of Obligations, which is basis of the Turkish Code of Obligations, cannot fully meet the needs. Examining the effects of the provisions of the General Draft of the Swiss Code of Obligations (OR 2020) regulated in this context on the contract for the assignment of claim, in comparison with the regulations in force, will shed light on the problems in practice.

The effect of rescinding the contract on the assignment of the claim and the transferred right of claim is a complex and controversial issue. In order to find a solution to this problem, it is necessary to evaluate the rescission of the contract in the assignment of the claim within the framework of the theories regarding the effect of the reversal on the debt relation. According to the classical rescission theory, the legal debt relation theory and the new rescission theory, the claim does not automatically pass into the assets of the assignor. According to the real rescission theory, the claim automatically returns to the assets of the assignor, depending on the rescission of the contract. However, in the new rescission theory, unlike the other three theories, the contract is not effectively terminated into the past and the content of the debt relation changes and turns into a liquidation relation. In our opinion, in accordance with the current Turkish Code of Obligations, the legal debt relation theory shall be carried into effect. On the other hand, it is thought that, OR 2020 adopts the new rescission theory in order to eliminate these discussions regarding obligation. For this reason, upon termination of the contract, the claim does not automatically return to the assets of the assignor. The violation of obligation system adopted by OR 2020 focuses on the consequences, not the cause, of the breach of debt.

In this research-based study, it has been tried to explain the breach of debt system adopted in the Turkish Code of Obligations and General Draft of the Swiss Code of Obligations (OR 2020) in order to shed light on the problems related to the onerous assignment of a claim in practice. The fact that OR 2020 tries to regulate the consequences of breach of debt uniformly appears to be a fundamental change compared to the law in force. From the four views asserted in the doctrine regarding rescission of the contract, it is thought that OR 2020 directly adopts the new rescission theory.

In compliance with the Turkish Code of Obligations, the assignor shall demand the transfer of claim from the assignee based on the provisions of unjust enrichment, depending on the legal debt relation theory, due to the default of assignee. The provisions of unjust enrichment are enforced here by analogy. Within this scope, the transferred claim does not transfer to the assets of assignor by itself. As a result of rescission of contract, the assignor may claim the reliance interest suffered from the assignee. This reliance interest consists of the actual losses that the assignor will suffer and the profit that assignor is deprived of. OR 2020 removes the concept of rescission of the contract and brings forward to concept of termination of the contract. In addition, the concept of partial termination of the contract, which is not regulated in the law in force, is included in Draft. It is clearly said that, OR 2020 regulates the provision that adopts the new rescission theory aiming to end discussions regarding the four theories mentioned above. In order to end the discussions in practice, it would be appropriate to include special regulations regarding the assignment of claim provisions related to the consequences of the termination of the contract in the onerous assignment of the claim.

I. GİRİŞ

Alacağın devri Türk Borçlar Kanunu'nun 183-193. maddeleri arasında düzenlenmektedir. TBK m.191 hükmünce, alacak hakkı bir edim karşılığı, eş deyişle, ivazlı şekilde devredilebileceği gibi ivazsız da devredilebilir. İvazlı alacağın devrinde, devralanın karşı edim borcunu ifade temerrüde düşmesine bağlı olarak devreden sözleşmeden dönme seçicilik hakkını kullanabilir. Sözleşmeden dönmenin alacağın devri sözleşmesine etkisi ile devredilen alacağın akıbetinin ne olacağının bu kapsamda tespiti gerekir. Yürürlükteki TBK ve İsviçre Borçlar Kanunu'nun benimsediği borca aykırılık sisteminden farklı bir sistemi benimseyen İsviçre Borçlar Kanunu Genel Tasarısı (OR 2020) çerçevesinde bu sorunun karşılaştırmalı olarak incelenmesi mevcut sistemin yarattığı bazı problemlerin giderilmesine ışık tutacaktır.

Bu çalışmada, ivazlı alacağın devrinde sözleşmeden dönmenin alacağın devri sözleşmesine ve devredilen alacağa etkisi, sözleşmeden dönmenin sonuçlarına ilişkin teoriler çerçevesinde incelenecektir. Bunun yanında, devreden sözleşmeden dönmeye bağlı olarak talep edebileceği zarar kalemleri de irdelenecektir. Türk Hukuku yönünden vardığımız sonuç ise OR 2020 ile karşılaştırmalı olarak ele alınacaktır.

II. GENEL OLARAK

Türk Borçlar Kanunu'nun 183. maddesi

“kanun, sözleşme veya işin niteliği engel olmadıkça alacaklı, borçlunun rızasını aramaksızın alacağını üçüncü bir kişiye devredebilir (I). Borçlu, devir yasağı içermeyen yazılı bir borç tanınmasına güvenerek alacağı devralmış olan üçüncü kişiye karşı, alacağın devredilemeyeceğinin kararlaştırılmış bulunduğu savunmasını ileri süremez (II).”

düzenlemesini içermektedir. Bu düzenleme ışığında alacağın devri, alacağı devreden ile devralan arasında borçlunun katılımı ve rızası aramaksızın yapılan bir sözleşme ile alacağın konusu ve sonuçlarıyla beraber üçüncü kişiye devrini sağlayan tasarruf işlemi şeklinde tanımlanabilir¹. İvazlı alacağın devrinde, ivazın türüne bağlı olarak malvarlığını etkileme boyutu farklılık gösterebilir. Bu bağlamda ivaz, alacağın devri karşılığı bir taşınırın mülkiyetinin satış yoluyla devrinin taahhüdü gibi bir borçlandırıcı işlemde oluşabileceği gibi alacağın devri karşılığı ibra gibi tasarruf işleminden de oluşabilir. Fakat bu çalışmanın konusu karşı edimin borçlandırıcı işlemde oluşmasıyla sınırlı olup açıklamalarımız bu çerçevede yapılacaktır.

Borçlandırıcı işlem, bir kişinin bir şey yapma, yapmama veya verme şeklinde belirli bir davranışta bulunma taahhüdünde bulunduğu işlem olduğundan, sonuçlarını işlemi yapan kişinin malvarlığının pasifinde doğurur ve malvarlığının pasifinin artmasına neden olur². İvazlı alacağın

¹ Diğer tanımlar için bkz. TUNÇOMAĞ, Kenan: Türk Borçlar Hukuku I. Cilt Genel Hükümler, 6.B., İstanbul 1976, s.1074; FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, 2.B., İstanbul 1977, s.613; OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2, 13.B., İstanbul 2017, N.1655; EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24.B, Ankara 2019, N.3824; NOMER, Halûk Nami: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15.B., İstanbul 2017, N.242; HATEMİ, Hüseyin/GÖKYAYLA, K. Emre: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 4.B., İstanbul 2017, § 41, N.1; ENGİN, Baki İlkyay: Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu, Ankara 2002, s.10. İBK 164. maddesinde de aynı şekilde tanımlama yapılmamakla, bu bağlamda öğretide muhtelif tanımlar yapılmaktadır. Bu tanımlar için bkz. VON TUHR, Andreas/ESCHER, Arnold: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zweiter Band, Zürich 1974, s.329-330; OSER, Hugo/SCHÖNENBERGER, Wilhelm: Kommentar Zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch V. Band Das Obligationenrecht Erster Halbband: Art 1-183, 2. Aufl., Zürich 1929, Vorbem Art.164-174, N.1; GAUCH, Peter/SPİRIG, Eugen: Obligationenrecht Zürcher Kommentar zur 1. Und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR) Teilband V 1k Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme Erste Lieferung Art.164-174 OR, 3.Aufl., Zürich 1993, Vorbem Art.164-174, N.20; GAUCH, Peter/SCHLUEP, Walter R./SCHMID, Jörg/EMMENEGGER, Susan: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Band II (Band.II), 10.Aufl., Zürich 2014, N.3399; BUCHER, Eugen: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988, s.536; SCHWENZER, Ineborg: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Bern 2009, N.90.02.

Becker, alacağın devrinin tanımını yaparken ön plana alacaklının değişimini diğer bir ifadeyle borç ilişkisindeki taraf değişikliğini koymaktadır. Bkz. BECKER, Hermann: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Obligationenrecht I. Abteilung Band VI Allgemeine Bestimmungen, Art.1-183, 2. Aufl., Bern 1941, Vorbem. Art.164-174, N. 1. Benzer görüşteki yazarlar için bkz. VON BÜREN, Bruno: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Zürich, 1964, s.316.

² VON TUHR, Andreas/PETER, Hans: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Erster Band, 3. Aufl., Zürich 1974, s.195; GAUCH, Peter/SCHLUEP, Walter R./SCHMID, Jörg/EMMENEGGER, Susan: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Band I (Band I), 9. Aufl., Zürich 2008, N.136; SCHWENZER, N.3.31; DURAL, Mustafa/SARI, Suat: Türk Özel Hukuku Cilt 1, Temel Kavramlar ve Medeni Kanun Başlangıç Hükümleri, 13.B., İstanbul 2018, N.1131; OĞUZMAN, M. Kemal/BARLAS, Nami: Medeni Hukuk, Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, 25.B., İstanbul 2019, N.630; TUNÇOMAĞ, s.138; ÖZMEN, Etem Saba/BİLGİN YÜCE, Melek: Taşınmaz Satış Vaadlerinde Tarih Önceliğine Üstünlük Tanıyan Yargıtay Kararlarına İlişkin Düşünceler, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2001, s.955; VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah: Medeni Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı (Tasarruf İşlemi), İstanbul 2014, s.50.

devrinde devralan, alacağın devrinin karşılığı olarak verme, yapma veya yapmama edimini ifa borcu altına girebilir.

İvazlı alacağın devrinde karşı edim borcu yönünden temerrüde düşen devralan hakkında karşılıklı borç yükleyen sözleşmelere ilişkin temerrüt hükümleri uygulanır. Bu bağlamda, karşı edim alacaklısı devreden karşı edim borçlusu devralandan TBK m.125 hükmü kapsamında, aynen ifa ve gecikme tazminatı yanında, aynen ifadan vazgeçip olumlu zarar talebi ile sözleşmeden dönüp uğradığı olumsuz zararı talep şeklinde iki seçimlik hakka sahip olur. Devreden sözleşmeden dönmesiyle hedeflediği sonuç, sözleşme yapılmamış olsaydı hangi ekonomik durumda olunacak idiyse, o durumu sağlamaktır³. Sözleşmeden dönme yenilik doğuran hak niteliğindedir⁴. Bu sebeple, devreden bu beyanı ile kesin olarak bağlı olup beyanından dönüp aynen ifa talep edemez veya aynen ifadan vazgeçip olumlu zarar talebinde bulunamaz. Karşı edim alacaklısı devreden, sözleşmeden dönme ve olumsuz zararın tazmini seçimlik hakkını kullanması TBK m.125/II gereğince uygun süre sonunda aynen ifa talebinden vazgeçildiğinin derhal bildirilmesine bağlıdır.

Devreden sözleşmeden dönmesi, devralanın temerrüde düşmede kusurlu olmasına bağlı değildir⁵. Bununla birlikte, devreden sözleşmeden dönme sonucunda sözleşmenin hükümsüz kalmasına bağlı olarak uğradığı zararı talep edebilmesi devralanın temerrüde düşmekte kusurlu olması şartına bağlanmaktadır (TBK m.125/III). Sözleşmeden dönme hâlinde taraflar, karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulur ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler (TBK m.125/III). Fakat sözleşmeden dönmenin borç ilişkisine etkisiyle ilgili olarak öğretide görüş birliği bulunmamakta ve yazarlar başlıca dört teori etrafında toplanmaktadır.

III. TBK ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRME

A. Sözleşmeden Dönmenin Alacağın Devrine Etkisinin Teoriler Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Sözleşmeden dönmenin alacağın devrine ve devredilen alacak hakkına etkisi tartışmalıdır. Bu tartışmalı konuyu aydınlatılabilmek için, alacağın devrinde sözleşmeden dönmenin, dönmenin borç ilişkisine etkisine ilişkin teoriler çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Devredilen alacak hakkının sözleşmeden dönme sonucunda akıbetinin ne olacağı, devreden malvarlığına kendiliğinden mi geçeceği yoksa devralanın malvarlığında kalarak tasarruf işlemiyle devredene iadesinin mi sağlanmak zorunda olduğu sorularına teoriler çerçevesinde cevap bulmaya çalışacağız. Burada yer vereceğimiz açıklamalar, karşı edim borcunun ani edimli borç oluşturduğu hususlara yöneliktir.

1. Klasik Dönme Teorisi

Klasik dönme teorisini savunan görüşe göre⁶, sözleşmeden dönme bildiriyle birlikte sözleşme geriye etkili olarak kurulduğu andan itibaren ortadan kalkar ve tarafların ifa ettikleri edimler hukukî sebepten yoksun hale gelir. Sözleşmeden dönme öncesinde kazanılan tüm haklar sebepsiz zenginleşme oluşturur ve taraflar ifa edilen edimlerin iadesini sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak talep hakkını kazanır⁷. Bu görüş uyarınca dönme, edimlere ilişkin yapılan

³ VON TUHR/ESCHER, s.155; OSER/SCHÖNENBERGER, Art.109 OR, N.2; BECKER, Art.109 OR, N.1; OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, 15.B., İstanbul 2017, N.1437; EREN, N.3501.

⁴ WIEGAND, Wolfgang: Basler Kommentar, Obligationenrecht I Art. 1-529 OR, Herausgeber Honsell/Vogt/Wiegand, 4. Aufl., Zürich 2007, Art. 107, N.20; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Band II, N.2795; BUCHER, s.36; TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7.B., İstanbul 1993, s.962 vd.; EREN, N.3502; BUZ, Vedat: Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 2014, s.74.

⁵ VON TUHR/ESCHER, s.155 (dn.93); BECKER, Art.109 OR, N.2; WEBER, Rolf H.: Berner Kommentar Band VI Das Obligationenrecht 1. Abteilung Allgemeine Bestimmungen 5. Teilband Die Folgen der Nichterfüllung Art. 97-109, Bern 2000, Art.109, N.32; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Band II, N.2794; KELLER, Max/SCHÖBİ, Christian: Das Schweizerische Schuldrecht Band I Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, Basel und Frankfurt 1988, s.277; EHRAT, Felix R.: Der Rücktritt vom Vertrag nach Art. 107 Abs. 2 OR in Verbindung mit Art. 109 OR, Zürich, 1990, N.321; TANDOĞAN, Haluk: Türk Mes'uliyet Hukuku Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet, Ankara 1961, s.504; FEYZİOĞLU, s.263; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.962; SEROZAN, Rona: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme (İfa Engelleri), 7.B., İstanbul 2016, §17, N.16; EREN, N.3510.

⁶ VON TUHR/ESCHER, s.155 vd.; VON TUHR/PETER, s.493; OSER/SCHÖNENBERGER, Art.109 OR, N.2 vd.; SAYMEN, Ferit H./ELBİR, Halid K.: Türk Borçlar Hukuku I Umumi Hükümler, İstanbul 1958, s.755-756; TUNÇOMAĞ, s.952; FEYZİOĞLU, s.264; ULUSAN, İlhan: İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşmenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu, İstanbul 1984, s.77 (dn.5). Aksi görüş için bkz. SEROZAN, İfa Engelleri, §17, N.18. İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGE 88 II 85.

⁷ VON TUHR/ESCHER, s.156 (dn.100); VON TUHR/PETER, Band I, s.493; OSER/SCHÖNENBERGER, Art.109 OR, N.4; SAYMEN/ELBİR, s.756; TUNÇOMAĞ, s.952; FEYZİOĞLU, s.264.

borçlandırıcı işlemi geçersiz kılar fakat tasarruf işleminin geçerliliğini etkilemez. Bu sebeple, bu görüş sözleşmeden dönmeye aynî netice bağlanmasını kabul etmemektedir⁸. Bu gerekçeyle, buradaki davanın istihkak davası (*rei vindicatio*) değil, sonradan ortadan kalkan sebebe dayanan zenginleşmenin iadesi davası (*condictio ob causam finitam*) olduğu savunulmaktadır⁹. İfa edilen edimin iadesinin imkânsızlaşması durumunda borçlu, somut olayın özelliğine göre kusurlu ya da kusursuz ifa imkânsızlığı hükümleri kapsamında sorumlu olur ve borçlu sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca edim değerine karşılık olarak belirlenen tazminat borcunu öder¹⁰.

Alacağın devri yönünden değerlendirdiğimizde, devredenin sözleşmeden dönmesiyle birlikte borçlandırıcı işlemi geriye etkili olarak ortadan kalkar ve alacağın devri tasarruf sözleşmesi hukukî sebepten yoksun hale gelir. Sözleşmeden dönme öncesinde devralanın iktisap ettiği alacak hakkı sebepsiz zenginleşme teşkil eder ve devreden alacak hakkının iadesini sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca isteme hakkını elde eder. İade talebi TBK m.82 hükmünce iki yıllık zamanaşımına tâbi olur. İadenin kapsamı ise TBK m.79 hükmüne göre belirlenir. Sözleşmeden dönme devir sözünü geçersiz kılmakla birlikte alacağın devri tasarruf sözleşmesinin geçerliliğine etki etmez. Bu nedenle, devredilen alacak devralanın malvarlığında kalmaya devam eder. Devredenin alacağın iadesi talebi, sonradan ortadan kalkan sebebe dayanan zenginleşmenin iadesi davası (*condictio ob causam finitam*) niteliğindedir.

Devreden dönme sonrasında sebepsiz zenginleşmeye dayalı olarak alacak hakkına sahip olur. Bu alacak hakkı devredene, devralana devrettiği alacak hakkının iadesini isteme hakkı verir. Devralanın alacak hakkını devredene iadesi alacağın devri sözleşmesi akdedilmesiyle yapılır. Devredenin sözleşmeden dönmesi ve aynen tazmin talebi neticesinde alacağın iadesi amacıyla devir sözleşmesinin yapılmasına yönelik olarak devralan, yapma borcu niteliğindeki irade beyanında bulunma borcu¹¹ altına girer. Devralanın borcunu yerine getirmemesi hâlinde devreden, davayla devralanın bu yönde irade beyanında bulunmasına hükmedilmesini talep eder. Mahkemenin vereceği hükmün devralanın irade beyanı yerine mi geçeceği, yoksa mahkemenin devralanın irade beyanında bulunması yönünde hüküm kurup bu hükmün yerine getirilmemesi hâlinde cebri icra yoluyla hükmün icrasının sağlanması mı gerektiği sorusu burada akla gelir¹². TBK m.185’de düzenlenen yargısal devir hükmü uyarınca, mahkeme hükmünün kesinleşmesi ile devralanın irade beyanına gerek bulunmaksızın alacak hakkı devredenin malvarlığına geçer¹³.

2. Kanunî Borç İlişkisi Teorisi

Kanunî borç ilişkisi teorisini savunan yazarlar¹⁴, sözleşmeden dönmeyi geçmiş etkili olarak (*ex tunc*) ortadan kaldırdığını ve sözleşmeden dönmeyi tasarruf işleminin geçerliliğini etkilemeyeceğini¹⁵ kabul etmektedir. Bu görüş, sözleşmeden dönmeye aynî netice

⁸ VON TUHR/ESCHER, s.157-158; OSER/SCHÖNENBERGER, Art.109, N.5; BECKER, Art.109 OR, N.1; KELLER/SCHÖBİ, Band I, s.277; VON BÜREN, s.380 (dn.81); TANDOĞAN, s.504; TUNÇOMAĞ, s.952; ÖZMEN, Etem Saba: “2014/12321 Başvuru Numaralı Faik Tari ve Sultan Tari Başvurusuna İlişkin Anayasa Mahkemesi’nin Fahiş Hatalı Kararının Eleştirisi”, TBB Dergisi, (135), 2018, s.499; SEROZAN, İfa Engelleri, §17, N.18. İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGE 90 II 285 BGE 61 II 256.

Aksi görüşteki Buz, sebebe bağlılık ilkesi uyarınca tasarruf işleminin hukuki sebebini oluşturan borçlandırıcı işlemin sözleşmeden dönme sonucu hükümsüz hale gelmesiyle, tasarruf işleminin de geçersiz hale geleceğini ileri sürmektedir. Bkz. BUZ, Sözleşmeden Dönme, s.119, s.172.

⁹ VON TUHR/ESCHER, s.156; OĞUZMAN/ÖZ, C.I, N. 1690; ÖZMEN, s.499.

¹⁰ VON TUHR/ESCHER, s.156; TANDOĞAN, s.504; TUNÇOMAĞ, s.952.

¹¹ OĞUZMAN/ÖZ, C.I, N.1239.

¹² Alman Medeni Usul Kanunu (ZPO) 344. maddesi, irade beyanında bulunmaya mahkûm edilme şeklinde verilen hükmün, irade beyanı yerine geçeceğini açıkça düzenlemektedir. Alman Medeni Usul Kanunu’nun (ZPO) § 894 hükmü de aynı şekilde, mahkemenin tesis ettiği irade beyanında bulunma hükmünün, irade beyanında bulunmuş etkisi yaratacağını düzenlemiştir. Ancak, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’muzda buna benzer bir düzenleme bulunmamakta ve bu konuda kanunda boşluk bulunmaktadır. TBK m.185 hükmünün mahkeme ilamının irade beyanı kabul edilmesini sağlayan hükmü göz önünde tutulduğunda, irade beyanında bulunma borçları yönünden tesis edilen mahkeme hükmünün borçlunun irade beyanı yerine geçeceğinin kabul edilmesi kanaatimizce yerinde olur.

¹³ VON TUHR/ESCHER, s.371; BECKER, Art.166 OR, N.1; TUNÇOMAĞ, s.1079; FEYZİOĞLU, s.621; OĞUZMAN/ÖZ, C.I, N.1821; EREN, N.3834; HATEMİ/GÖKYAYLA, § 41, N.5.

¹⁴ BECKER, Art.109 OR, N.1 vd.; VON BÜREN, s.380; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.968; ÖZMEN, Etem Saba/ÜREM, Müge: “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yargıtay Kararları ile Yaratılan “Avans Tapu” Kavramına Yönelik Eleştiriler”, Maltepe ÜHFD, 2016/1, s.18. İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz. BGE 60 II 27-29; BGE 61 II 255-256; BGE 63 II 258 (www.servat.unibe.ch).

¹⁵ Özmen, geçerli bir borçlandırıcı işleme dayanılarak yapılan tasarruf işleminin, borçlandırıcı işlemin sonradan ortadan kalkmasıyla geçersiz hale gelmeyeceğini belirtmekte, bu sebeple burada sonradan ortadan kalkan sebebe dayanan zenginleşme (*condictio ob causam finitam*) oluştuğunu ifade etmektedir. Bkz. ÖZMEN, s.499; benzer görüşte, TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.968.

Serozan, geçerli bir borçlandırıcı işleme dayanılarak kurulan aynî hakkın, hukuksal nedeninin sonradan ortadan kalkmasıyla, bu ortadan kalkma geçmiş etkili olsa bile, aynı hakkın kendiliğinden eski sahibine geri dönmelerinin söz

bağlanamayacağını¹⁶ kabul etmekle beraber, dönme neticesinde TBK m.125/III uyarınca taraflar arasında tasfiyeye yönelik kanunî bir borç ilişkisi doğduğunu ve önceden yerine getirilmiş edimlerin de bu kanunî borç ilişkisi kapsamında iadesi isteminde bulunulacağını ifade etmektedir. Bu görüşçe, önceden yerine getirilmiş edimlerin iade talebine sebepsiz zenginleşmedeki iki yıllık sürenin aksine, TBK m.125’de düzenlenen on yıllık genel zamanaşımı süresi uygulanır¹⁷. Zira bu iade talebinin kaynağını kanunî tasfiye ilişkisi oluşturmaktadır. İade yükümünün kapsamını belirlemek amacıyla sebepsiz zenginleşme hükümleri kıyasen uygulanır¹⁸. Bu teori kapsamında değerlendirildiğinde, devreden sözleşmeden dönmesiyle birlikte devredilen alacak devralanın malvarlığındaki yerini korur. Devreden alacak hakkının iadesi talebi, sonradan ortadan kalkan sebebe dayanan zenginleşmenin iadesi davasına dayanır.

3. Aynî Etkili Dönme Teorisi

Bu görüşü savunanlar¹⁹, sözleşmeden dönmeyle sözleşmenin geçmişe etkili ortadan kalktığını kabul etmekle beraber, sözleşmeden dönmeyle yalnızca borçlandırıcı işlemin değil tasarruf işleminin de geçmişe etkili biçimde hükümsüz olacağını ve ifa edilmiş edimlerin iadesinin aynî hakka dayandığını savunmaktadır. Bunun neticesi olarak, sözleşmeden dönmeye aynî etki tanınmakta ve edimlerin iadesi istihkak davasıyla talep edilebilmektedir²⁰. Aynî etkili dönme teorisinde, sebebe bağlılık hukukî işlemin her aşamasında aranmaktadır. Klasik dönme teorisindeyse sebebe bağlılık yalnızca tasarruf işleminin yapıldığı esnada aranır. Bu görüş benimsendiğinde, geçerli bir sözleşmeye dayanılarak devredilen ve mülkiyeti kazanılan hak sözleşmeden dönmeyle karşı tarafın malvarlığına geçmemiş olur. İstihkak davasının mümkün olmadığı durumlardaysa sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanır²¹.

Öğretide, tasarruf sözleşmesiyle ilgili mutlak haklara ilişkin tasarruf sözleşmesi ve nisbî haklara ilişkin tasarruf sözleşmesi olmak üzere ikili ayrıma gidilmektedir²². Mutlak haklara ilişkin tasarruf sözleşmesi, bir aynî hakkı devreden, sınırlayan veya hakkın içeriğini değiştiren sözleşme olup, aynî sözleşme olarak da adlandırılır²³. Nisbî hakka ilişkin tasarruf sözleşmesi ise nisbî hakkı devreden, sınırlayan, içeriğini değiştiren ya da ortadan kaldıran tasarruf sözleşmesi olarak isimlendirilir. Nisbî hakka ilişkin tasarruf sözleşmesinin hüküm doğurması için tarafların uyuşması yeterliyken, mutlak hakka ilişkin tasarruf sözleşmesinin hüküm doğurması taşınmazlarda tescil, taşınırlardaysa zilyetliğin devrinin aranması iki kavram arasındaki temel farklı oluşturur²⁴. Bu bakımdan, aynî etkili dönme teorisi çerçevesinde aynı sözleşmelere yönelik olarak benimsenen görüşün, nisbî haklara ilişkin tasarruf sözleşmeleri yönünden de benimsendiği söylenebilir²⁵. Bu görüşçe, devreden sözleşmeden dönmesiyle hem alacağın devri sözü borçlandırıcı işlemi hem de alacağın devri tasarruf işlemi geçmişe etkili olarak kurulduğu andan itibaren ortadan kalkar. Bundan dolayı alacağın, devralanın malvarlığına geçmediği ve devreden malvarlığına kendiliğinden geri

konusu olmadığını ifade etmektedir. Yazar, bu görüşün gerekçesi olarak, sebebe bağlılık ilkesini değil, aynî hakkın bağımsızlığı ilkesini göstermektedir. Bkz. SEROZAN, Rona: Sözleşmeden Dönme, 2.B., İstanbul 2017, s.91.

¹⁶ Özmen, sözleşmeden dönmeye aynî netice bağlanması hâlinde hukuki ilişkilerde güven ilkesinin ortadan kalkacağını öne sürmektedir. Bkz. ÖZMEN, s.499.

¹⁷ BECKER, Art.109 OR, N.4; VON BÜREN, s.380 (dn.82); ÖZMEN, s.505; ÖZMEN/ÜREM, s.24; ULUSAN, s.77. Özmen’e göre kanuni borç ilişkisi teorisi, sözleşmeden dönme sonucu talep edilecek olumsuz zarar tazminatı ile ifa edilen edimin iadesine farklı zamanaşımı sürelerinin uygulanmasını engellemek, diğer bir ifadeyle zamanaşımı yönünden ikili (düalist) bir sonuç oluşmasının önüne geçmek amacıyla yaratılmıştır. Bkz. ÖZMEN/ÜREM, s.24.

¹⁸ BECKER, Art.109 OR, N.5; VON BÜREN, s.380; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.968; ULUSAN, s.77; OĞUZMAN/ÖZ, C.I, N.1693; EREN, N.3504.

Sonraki kusursuz imkânsızlık hâlinde daha önce yerine getirilmiş edimlerin iadesinin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talep edileceğini düzenleyen TBK m.136/II hükmü karşısında bu sonucun açık olarak belirli olduğu görüşü için bkz. ÖZMEN/ÜREM, s.23; ÖZMEN, s.499; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.968; VON TUHR/ESCHER, s.133-134; KELLER/SCHÖBI, Band I, s.252.

¹⁹ KELLER/SCHÖBI, Band I, s.277, s.309; EHRAT, N.472; ÖZ, Turgut: İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989, s.40; BUZ, Sözleşmeden Dönme, s.140 vd.; BUZ, Vedat: Akamete Uğrayan Sözleşme İlişkilerinin Tasfiyesi (Tasfiye), Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan C.I, İstanbul 2010, s.639, (dn.66). Bu görüşün eleştirisi için bkz. ÖZMEN/ÜREM, s.23; ÖZMEN, s.499.

²⁰ KELLER/SCHÖBI, Band I, s.277; ÖZ, s.39-40.

²¹ BUZ, Tasfiye, s.621.

²² AYİTER, Kudret: Medeni Hukukta Tasarruf Muameleleri, Ankara 1953, s.30-31; VARDAR HAMAMCIOĞLU, Tasarruf İşlemi, s.114. Serozan bu ayrımı, aynî tasarruf sözleşmesi ve geniş anlamda tasarruf sözleşmesi olarak yapmaktadır. Bkz. SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s.105.

²³ HOWALD, Martin: Der dingliche Vertrag, Zürich 1946, s.55 vd.; AYİTER, s.32.

²⁴ AYİTER, s.34; VARDAR HAMAMCIOĞLU, Tasarruf İşlemi, s.114.

²⁵ SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s.105.

döneceği kabul edilir. Alacak hakkının iadesi için alacağın devri sözleşmesi akdedilmesine ihtiyaç kalmaz.

4. Yeni Dönme Teorisi

Yeni dönme teorisini savunan yazarlara göre²⁶, sözleşmeden dönme ile birlikte sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkmaz, sadece borç ilişkisinin içeriği değişerek tasfiye ilişkisine (*Abwicklungsverhältnis*) dönüşür. Diğer bir anlatımla, içeriği tersine dönmüş bir sözleşme ilişkisi doğar. İfa edilmiş edimlerinin iadesi, sözleşmeden doğan iade yükümünden doğduğu için sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanmaz²⁷. Zira burada sözleşmeden dönme ile ortadan kalkan bir sözleşme olmadığı için hukukî sebepten yoksunluk da bulunmamaktadır. İade yükümlülüğünün sözleşmeden doğan bir borç olmasından dolayı zamanaşımı süresi, o sözleşmeye özgü zamanaşımı süresidir²⁸. Bu görüş uyarınca, dönme neticesinde sözleşme ortadan kalkmadığı için söz konusu sözleşmede mevcut olan teminatlar geçerliliğini korumaya devam eder ve bu sefer edimlerin iadesine yönelik olarak hüküm ifade eder²⁹.

Henüz ifa edilmemiş borçlar yönünden, bu görüşü savunan yazarlardan bazıları bu borçların ileriye etkili olarak ortadan kalkacağını³⁰, bazıları ise borcun ortadan kalkmayarak yalnızca borçlunun ifadan kaçınmasına yarayan def'i hakkının doğacağını savunmaktadır³¹.

Alacağın devri yönünden incelediğimizde, devreden sözleşmeden dönmesi ile beraber alacağın devri sözü borçlandırıcı işlemi geçmişe etkili olarak ortadan kalkmaz ve sona eren bir sözleşme olmadığı için de hukukî sebepten yoksunluk söz konusu olmaz. Devreden ve devralan arasındaki borç ilişkisinin içeriği değişerek tasfiye ilişkisine dönüşür ve devredilen alacağın iadesi, sözleşmeden doğan bir borç olarak talebe konu olur.

Alacağın iadesi için irade beyanında bulunma borcu altında olan devralanın borcunu yerine getirmemesi hâlinde, devreden borcun ifası için mahkeme kararına ihtiyaç duyar. Devreden, TBK m.185'de düzenlenen yargısal devir hükmü uyarınca, devralanı tasarruf işlemine yönelik irade beyanında bulunmaya mahkûm eden mahkeme hükmünün kesinleşmesiyle devralanın irade beyanına gerek bulunmaksızın alacak hakkını kazanır.

Bu teoriyi savunan yazarlardan bazıları³², sözleşmeden dönmeye alacak hakkının kendiliğinden eski sahibine döneceğini savunmaktadır. Bu görüşteki yazarlar, mutlak haklara ve nisbi haklara ilişkin tasarruf sözleşmesi ayrımını temel almaktadır³³.

²⁶ WIEGAND, BSK OR, Art.109, N.1, N.5; WEBER, BK OR, Art. 109, N.46 vd.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Band II, N.2793, N.2806; BUCHER, s.377; SCHENKER, Franz: Die Voraussetzungen und Die Folgen des Schuldnerverzugs im Schweizerischen Obligationenrecht, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 1988, N.700, N.708; GLASL, Daniel G.: Die Rückabwicklung im Obligationenrecht, Zürich 1991, s.90. vd.; SCHWENZER, N.66.33; SEROZAN, İfa Engelleri, §17, N.16; SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s.73; SELİÇİ, Özer: İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1978, s.162; EREN, N.3507; HATEMİ/GÖKYAYLA, §26, N.92. İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz. BGE 114 II 152; BGE 123 III 16; BGE 137 III 243 (www.swisslex.ch). Bu görüşün eleştirisi için bkz. OĞUZMAN/ÖZ, C.I, N.1700.

²⁷ TBK m.136/II hükmünün açık ifadesine rağmen bu görüşte olan yazarlardan Wiegand, bu hükümlerle ilgili tereddüt yaşamakla beraber iade talebinin sözleşmesel nitelik taşıyan bir talep olduğu görüşündedir. Bkz. WIEGAND, BSK OR, Art.109, N.1, Art.119, N.18. Benzer görüşteki yazarlar için bkz. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Band II, N.2806; SCHWENZER, N.64.16; BUCHER, s.377; SCHENKER, N.700; GLASL, s.90 vd.; SEROZAN, İfa Engelleri, §17, N.18; SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s.71.

²⁸ WIEGAND, BSK OR, Art.109, N.5; WEBER, BK OR, Art.109, N.106; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Band II, N.2806; BUCHER, s.377; SCHWENZER, N.66.33; SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s.71. İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz. BGE 132 III 226; BGE 127 III 421; 123 III 16.

²⁹ WIEGAND, BSK OR, Art.109, N.6; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Band I, N.1571, N.1572; GLASL, s.107 vd.; SEROZAN, İfa Engelleri, §17, N.18.

Buz, teminatların geçerliliğine ilişkin meselenin sözleşmenin tasfiyesinin hukuki niteliğinden bağımsız olduğunu, bu meselenin teminatın dayandığı sözleşmeden yorumuna göre çözülmesi gerektiğini savunmaktadır. Yazara göre, teminatı kuran sözleşmenin yorumundan teminatın yalnızca asli edim yükümlülüklerini değil, alacaklının borçluya karşı sahip olduğu her türlü talep hakkı ile ileri doğması muhtemel iade yükümlülüklerini de teminat altına aldığı sonucuna ulaşıyorsa teminatlar geçerliliğini korumaya devam eder. Bkz. BUZ, Sözleşmeden Dönme, s.159; BUZ, Tasfiye, s.623; benzer görüşte, GLASL, s.108 vd.

³⁰ WIEGAND, BSK OR, Art. 109, N. 5; SELİÇİ, s.162.

³¹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Band II, N.2805; SEROZAN, İfa Engelleri, §17, N.16; SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s.64; EREN, N.3503.

³² SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s.105.

³³ Bu ayrıma göre, herkese karşı ileri sürülebilir nitelikteki ve aleniyet ilkesinin geçerli olduğu mutlak haklar yönünden aynı etkili dönmeyi yerinde olarak kabul etmeyen görüşün, herkese karşı ileri sürülebilir nitelikte olmayan ve sadece sözleşme tarafları arasında etkili olan nisbi haklara ilişkin tasarruf sözleşmeleri yönünden ileri sürülebilmesi gerekir. Bkz. SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s.105. Karşı görüşte, FİKENTSCHER, Wolfgang/HEINEMANN, Andreas: Schuldrecht, 10. Aufl., Berlin 2006, §43 III 2, N.536.

5. Görüşümüz

Sözleşmeden dönmeye tasarrufi güç ve aynî etki bağlayarak devredilen alacağın kendiliğinden eski sahibine döneceğini savunan görüş eleştiriye açıktır. Alacak hakkını devralanın, bu alacağı başka bir kişiye devretmesi ve söz konusu alacağın zincirleme devirlere konu olması hâlinde de alacak hakkının sözleşmeden dönme neticesinde ilk sahibine dönmesi hukukî karmaşa ve çözümsüzlüklere yol açar.

Devredenin sözleşmeden dönmesiyle, alacağın devri sözü borçlandırıcı işleminin geriye etkili olarak kurulduğu andan itibaren ortadan kalktığı ve alacağın devri tasarruf sözleşmesinin hukukî sebepten yoksun hâle geldiği düşünülmektedir. Başta geçerli olarak kurulan alacağın devri tasarruf sözleşmesi, hukukî sebebi olan devir sözü borçlandırıcı işleminin sözleşmeden dönme sonucu sonradan ortadan kalkmasıyla geçerliliğini kaybetmez. Burada sebebe bağlılık yalnızca tasarruf işleminin yapıldığı esnada aranır. Dönmeyle TBK m.125/III uyarınca taraflar arasında tasfiyeye yönelik kanunî bir borç ilişkisi doğar ve alacak hakkının iadesi kanunî borç ilişkisi kapsamında talep edilir. TBK m.136/II hükmü de bu görüşümüzü desteklemektedir³⁴. Bu hükmü göre “karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde imkânsızlık sebebiyle borçtan kurtulan borçlu, karşı taraftan almış olduğu edimi sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri vermekle yükümlü olup, henüz kendisine ifa edilmemiş olan edimi isteme hakkını kaybeder”. Görüleceği üzere, söz konusu hükümde sözleşmeden dönmede olduğu gibi, yenilik doğuran hakkın kullanılmasıyla borçlandırıcı işlemin (sebebin) sonradan ortadan kalkması söz konusudur. Devredenin alacak hakkının iadesi talebi, sonradan ortadan kalkan sebebe dayanan zenginleşmenin iadesi davasına dayanır. Ancak, iade yükümünün kapsamını belirlemek amacıyla sebepsiz zenginleşme hükümleri kıyasen uygulanır. İade talebinin kaynağını kanunî tasfiye ilişkisi oluşturduğundan TBK m.125’deki on yıllık genel zamanaşımı süresi uygulanır.

B. Devredenin Sözleşmeden Dönmesi Neticesindeki Olumsuz Zarar Talebi

1. Genel Olarak

Sözleşmeden dönme hâlinde sözleşmenin geçmişe etkili şekilde hükümsüz kaldığı kabul edilir³⁵, alacaklının talep edebileceği zararın olumsuz zarar olduğu öğretilen baskın görüşçe kabul edilmektedir³⁶. Dönülen sözleşmenin hüküm ifade edeceğine güvenildiği için uğranılan ve alacaklının sözleşme hiç akdedilmemiş olsaydı malvarlığının içinde bulunacağı durum ile sözleşmenin hükümsüzlüğü neticesinde malvarlığının almış olduğu durum arasındaki fark olumsuz zararı oluşturur³⁷. Bu zarar, borçlunun sözleşmeden doğan borca aykırılık teşkil eden eyleminden kaynaklandığından ötürü on yıllık zamanaşımı süresi uygulanır³⁸. Bu süre sözleşmeden dönme

³⁴ ÖZMEN/ÜREM, s.23 vd.

³⁵ Yeni dönme teorisini kabul eden bazı yazarlar, sözleşmeden dönme hâlinde alacaklının, olumlu zararın tazminini talep edebileceğini savunmaktadır. Bkz. SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s.630 vd.

Yeni dönme teorisi taraftarı olan bazı yazarlar ise burada sadece olumsuz zarar tazmini isteminde bulunulabileceğini ileri sürmektedirler. Bkz. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Band II, N.2808; aynı görüşte, WIEGAND, BSK OR, Art.109, N.8; WEBER, BK OR, Art.109, N.62; BUCHER, s.379; SCHENKER, N.696; EREN, N.1123 vd.

Ergüne ise, sözleşmeden dönmenin borç ilişkisine etkisinin bu konudan bağımsız olduğunu ve burada borca aykırılık sebebiyle olumlu zararın talep edilebileceğini öne sürmektedir. Bkz. ERGÜNE, Mehmet Serkan: Olumsuz Zarar, Doktora Tezi, İstanbul 2007, s.268 vd. Schwenzer, borçlu kusurlu olmasa dahi alacaklının uğradığı olumsuz zararı tazminle yükümlü olduğunu belirtmektedir. Bkz. SCHWENZER, N.66.34.

³⁶ VON TUHR/ESCHER, s.156; OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 109 OR, N.7; BECKER, Art.109 OR, N.9; KELLER/SCHÖBİ, Band I, s.279; VON BÜREN, s.380; SAYMEN/ELBİR, s.757; TANDOĞAN, s.505; TUNÇOMAĞ, s.955; FEYZİOĞLU, s.264; OĞUZMAN/ÖZ, C.I, N.1705; NOMER, N.201; ANTALYA, O. Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1,3 Borçların İfası ve Borçların İfa Edilmemesinin Sonuçları: Borcun İfa Edilmemesi-Borçlunun Temerrüdü, Ankara 2019, §59, N.3021; BUZ, Sözleşmeden Dönme, s.240. İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz. BGE 90 II 285,294; BGE 123 III 22. Hatemi/Gökyayla, bu görüşü paylaşmakla beraber adalet ilkesinin gerektirmesi hâlinde olumlu zarar ve aşkın zararın da talep edilebileceğini savunmaktadır. Bkz. HATEMİ/GÖKYAYLA, § 26, N.95; aynı görüşte Yarg. 15 HD 02.02.2017, 2015/5697 E., 2017/441 K.; YHGK, 24.02.2016, E. 2014/23-724 2016/168 K, Yarg. 3. HD, 25.02.2013, E. 2012/19212, 2013/2919 (www.legalbank.net).

³⁷ VON TUHR/ESCHER, s.156; OSER/SCHÖNENBERGER, Art.109 OR, N.7 vd.; BECKER, Art.109 OR, N.9; WIEGAND, BSK OR, Art.109, N.9; KELLER/SCHÖBİ, Band I, s.279; FEYZİOĞLU, s.265; EREN, N.3501. İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGE 90 II 294 /www.servat.unibe.ch).

³⁸ VON TUHR/ESCHER, s.157; BECKER, Art.109 OR, N.8; VON BÜREN, s.380 (dn.83); GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Band II, N.2812; EREN, N.3520. İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz. BGE 114 II 152; BGE 137 III 243; BGE 137 III 226.

Bu görüşe katılan Ergüne, sözleşmeden dönme ile geçmişe etkili olarak sona erdirilen sözleşmenin TBK m.147’de yer alan beş yıllık zamanaşımına tabi sözleşmelerden biri olması durumunda, olumsuz zararın tazmini talebi hakkında beş yıllık zamanaşımı süresi uygulanacağını ifade etmektedir. Bkz. ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s.146; benzer görüşte, ÖZ, s.301.

beyanının hüküm ve sonuçlarını doğurduğu andan, diğer bir ifadeyle dönme beyanının karşı tarafa ulaşmasından itibaren başlar³⁹.

Sözleşmeden dönme hâlinde alacaklının sadece olumsuz zarar talep edebilmesini adaletsiz bulan ve alacaklının olumlu zarar tazmini talebinde de bulunabileceğini savunan yazarlar bulunmaktadır⁴⁰. Bu görüşteki yazarlar, buradaki tazminatın alacaklının sözleşmenin geçerli olduğu yolundaki güvenin sarsılmasından doğan bir tazminat olmadığını, sözleşmeden dönmenin borca aykırılığın bir türü olan temerrüdün sonucundan doğduğunu ve bu nedenle olumlu zararın talep edilebileceğini savunmaktadır⁴¹.

Alacaklının, sözleşmeden dönme hâlinde dönme tarihine kadar doğmuş olan gecikme tazminatı talep edip edemeyeceği sorusunun da cevaplanması gerekir. *Eren*, gecikme tazminatının geç ifa hâllerinde doğduğunu, sözleşmeden dönme hâlinde ise alacaklının gecikme tazminatı talep edemeyeceğini zira burada ifanın söz konusu olmadığını belirterek burada gecikme tazminatı talebinin olamayacağını savunmaktadır⁴².

Devredenin olumsuz zararı talebinin kapsamına hem uğramış olduğu fiilî zararlar (*damnum emergens*) hem de yoksun kalınan kâr (*lucrum cessans*) kayıpları girer⁴³.

2. Devredenin Uğrayabileceği Fiilî Zararlar

Devreden, devralandan, devir sözleşmesinin kurulmasına ilişkin masrafları isteyebilir⁴⁴. Alacağın devri sözleşmesinin notere onaylatılması durumunda ödenen noter harçları, sözleşmenin kurulması için yapılan seyahat masrafları, devir sözleşmesiyle ilgili hukukî danışmanlık hizmeti alınması durumunda ödenen ücretler devralandan talep edilebilir⁴⁵.

Sözleşmenin ifası için yapılan masraflar da olumsuz zarar kapsamına dâhildir⁴⁶. Örneğin, devrettiği alacak hakkına karşılık kendisine mülkiyeti devredilecek makine için depo kiralayan devreden ödediği kira bedelini olumsuz zarar olarak devralandan talep edebilir.

Devredenin ifa ettiği edimi geri almak için yaptığı giderler de olumsuz zarar kalemi sayılır⁴⁷. Örneğin, alacağın geri devredilmesine için akdedilen alacağın devri sözleşmesinin notere tasdiki neticesinde doğan noter harçları gibi sözleşmenin kurulmasına ilişkin masraflara benzer nitelikteki harcamalar tazminata konu olur.

³⁹ ÖZ, s.302.

⁴⁰ WEBER, BK OR, Art.109, N.24; LEMP, Paul: Schadenersatz wegen Nichterfüllung als Folge des Schuldnerverzuges, Bern 1959, s.52 vd.; GLÄTTLİ, Elisabeth: Zum Schadenersatzanspruch bei Rücktritt-eine These zu den Gläubigerbehelfen bei Leistungsstörungen in zweiseitigen Verträgen, SJZ 93 (1997) Nr.11, s.239 vd.; SEROZAN, İfa Engelleri, §17, N.19 vd.; SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s.589 vd.; ATAMER, Yeşim M.: İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistematize Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan Bir Sistematik, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan C.I, İstanbul 2010, s. 352-353; VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah: "Öne Alınmış Sözleşmeye Aykırılık Kavramı" (Sözleşmeye Aykırılık), BÜHFD, 13(169-170), s.248-249; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.970-971; ERGÜNE, s.273 vd.

⁴¹ Tekinay, sözleşmeden dönme hâlinde olumlu zararın da istenebileceğini savunmaktadır. Yazara göre, burada sözleşmeden dönmenin sebebi ne sözleşmenin geçersiz olması ne de kuruluşuna ilişkin bir sakatlık ya da eksikliğin olmasıdır. Esas sebep borçlunun edimini ifa etmemesidir. Bu sebeple, dönmeye rağmen borca aykırılığa ve ifa etmemeye bağlanan tazmin yükümü devam etmelidir. Ayrıca, dönme hâlinde olumlu zararın talep edilebilmesine olanak sağlayan hükümlerin çokluğu da yazarın bu görüşe bir diğer gerekçesini oluşturmaktadır. Bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.970-971.

Aksi görüşte olan Feyzioğlu, kanun koyucunun olumlu zararını talep etmek isteyen alacaklıya bu konuda seçimlik hak tanıdığını belirterek, alacaklının sözleşmeden dönme seçimlik hakkını kullanması hâlinde bunun sonuçlarıyla yetinmeyi seçtiğini ve bilerek seçtiği bu seçimlik hakkın hükümlerinin uygulanmasında bir adaletsizlik olmadığını ifade etmektedir. Bkz. FEYZİOĞLU, s.265 (dn.360).

⁴² EREN, N.3521; benzer görüşte, GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Band II, N.2812; SCHENKER, N.755.

⁴³ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Band II, N.2811; KELLER, Max: Das negative Interesse im Verhältnis zum positiven Interesse, Zürich 1949, s.261,266; GONZENBACH, Rainer: Culpa in contrahendo im schweizerischen Vertragsrecht, Bern 1987, s.217, s.221; SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s.584; BUZ, Sözleşmeden Dönme, s.243.

⁴⁴ VON TUHR/ESCHER, s.156; WIEGAND, BSK OR, Art.109, N.9; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Band II, N.2811 (dn.188); KELLER/SCHÖBI, Band I, s.279; BUCHER, s.342; KELLER, s.261; SCHENKER, N.746; GONZENBACH, s.218; BUZ, Sözleşmeden Dönme, s.243; EREN, N.3516; ERGÜNE, s.295.

⁴⁵ Sözleşmenin kurulması için yapılan masraflardan sadece gerekli olanlar olumsuz zarar kapsamı içine dâhil edilecek, lüzumsuz sayılan harcamalar uyandırılan güvenin ihlâl edilmesi ile uygun nedensellik bağı içinde bulunmadığını tazminata konu olmayacaktır. Bkz. ERGÜNE, s.295; benzer görüş için bkz. KELLER, s.261; GONZENBACH, s.218.

⁴⁶ WIEGAND, BSK OR, Art.109, N.9; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Band II, N.2811, (dn.188); KELLER/SCHÖBI, Band I, s.279; BUCHER, s.342; KELLER, s.262; GONZENBACH, s.218; BUZ, Sözleşmeden Dönme, s.244; EREN, N.3516; ERGÜNE, s.297.

⁴⁷ SCHENKER, N.749; BUZ, Sözleşmeden Dönme, s.245; EREN, N.3516; ERGÜNE, s.301.

Devredenin ihtar, uygun süre verme, sözleşmeden dönme bildiriminden doğan masraflar ile dava açma ve buna ilişkin ortaya çıkan vekalet ücreti ödemeleri de devralandan olumsuz zarar çerçevesinde talep edilebilir⁴⁸.

Devralanla yaptığı sözleşmenin hüküm ifade edeceğine güvenen ve bu sözleşmeyi göz önünde tutarak üçüncü kişilerle sözleşmeler yapan devreden, üçüncü kişilerle yaptığı sözleşmelerden doğan yükümlülüklerini yerine getiremediği için bu kişilere karşı tazminat ve ceza koşulu ödeme borcu altına girmişse, bazı yazarlarca bu zararların olumsuz zarar kapsamında talep edilebileceği ileri sürülmektedir⁴⁹. Bu zararın niteliğinin olumlu zarar olduğu, devralana bu yönde talep ileri sürememesi gerektiği düşünülmektedir.

3. Devredenin Yoksun Kaldığı Kâr

Devredenin devralanla yaptığı ve hüküm ifade edeceğine güvendiği sözleşme sebebiyle aynı koşullarla veya daha elverişli şartlarla üçüncü kişilerle yapma fırsatını kaçırdığı sözleşmelerden doğan kâr mahrumiyeti, devredenin olumsuz zarar niteliğindeki yoksun kaldığı kârı oluşturur⁵⁰. Olumsuz zarar niteliğindeki yoksun kalınan kâr ile olumlu zarar niteliğindeki yoksun kalınan kâr karıştırılmamalıdır. Dönülen sözleşme gereği gibi ifa edilseydi devredenin elde edeceği kâr, diğer bir anlatımla, devredenin devralanla yaptığı sözleşmeden elde etmeyi hedeflediği ifa menfaati olumlu zarar niteliğindeki yoksun kalınan kârı ifade eder. Yoksun kalınan kârın niteliğine ilişkin bu ayırım, Yargıtay⁵¹ ve İsviçre Federal Mahkemesi⁵² kararlarında da yer almaktadır. Olumsuz zarar niteliğindeki yoksun kalınan kâr geleceğe dönük farazî bir zarar kalemi olup, zararın hesabında bu husus gözden kaçırılmamalıdır⁵³.

Öğretide bazı yazarlar⁵⁴, sözleşme konusu şey borçluya verilmeseydi, ondan elde edilecek semerelerin de olumsuz zarar niteliğinde yoksun kalınan kâr zararını oluşturduğu ifade etmektedir.

IV. İSVİÇRE BORÇLAR KANUNU GENEL TASARISI ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRME

A. Genel Olarak

Türk Borçlar Kanunu ve İsviçre Borçlar Kanunu, borca aykırılık kavramına ilişkin olarak içerdikleri düzenlemelerinin temelini, borca aykırılık türünün ne olduğu sorusu üzerine dayandırmakta ve borca aykırılığın sonuçları, borca aykırılığın türüne göre farklılık göstermektedir⁵⁵.

⁴⁸ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Band II, N.2811 (dn.188); KELLER/SCHÖBI, Band I, s.279; KELLER, s.263; SCHENKER, N.748; BUZ, Sözleşmeden Dönme, s.245; EREN, N.3516; ERGÜNE, s.301 vd.

⁴⁹ WIEGAND, BSK OR, Art.109, N.9; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Band II, N.2811, (dn.188); KELLER/SCHÖBI, Band I, s.279; BUCHER, s.342; SCHENKER, N.750; KELLER, s. 262-263; GONZENBACH, s.218-219; BUZ, Sözleşmeden Dönme, s.245; EREN, N.3516; ERGÜNE, s.303.

⁵⁰ VON TUHR/ESCHER, s.156; WIEGAND, BSK OR, Art.109, N.9; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Band II, N.2811; KELLER/SCHÖBI, Band I, s.279; BUCHER, s.343; KELLER, s.266; SCHENKER, N.752; GONZENBACH, s.221; SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s.584; BUZ, Sözleşmeden Dönme, s.249; ÖZ, Sözleşmeden Dönme, s.289-290; EREN, N.3517; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s.306.

⁵¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, olumsuz zarar kavramının hangi hâlleri kapsadığını detaylı olarak belirttiği bir kararında şu ifadelerle yer vermiştir: “Genel olarak menfi zarar, sözleşmenin kurulmamasından veya geçerli olmamasından; müspet zarar ise, ifa edilmemesinden doğan zararı ifade eder. Menfi zarar kavramına şunların gireceği kabul edilmektedir. a- Sözleşmenin yapılmasına ilişkin giderler: Harçlar, posta giderleri, noter ücreti gibi. b- Sözleşmenin yerine getirilmesi ve karşılık edanın kabulü için yapılan masraflar. c- Sözleşmenin yerine getirilmesi dolayısıyla uğranılan zarar: gönderilen şeyin yolda kaybolması gibi. ç- Sözleşmenin geçerliğine inanılarak başka bir sözleşme fırsatının kaçırılması dolayısıyla uğranılan zarar; hükümsüz sayılan sözleşmeyle satın alınan şey, örneğin o zaman başkasından 100 liraya alınabilirken şimdi 120 liraya alınabilmesi. d- Başka bir sözleşmenin yerine getirilmemesi dolayısıyla uğranılan zarar. e- Dava masrafları.” YHGK, 15.12.2010, 2010/13-618 E., 2010/668 K.; benzer kararlar için bkz. YHGK, 05.07.2006, 2006/13-499 E. 2006/507 K.; YHGK, 12.05.2010, 2010/244 E. 2010/260 K.; YHGK, 12.05.2010, 2010/14-244 E., 2010/260 K.; Yarg. 3. HD., 12.11.2020, 2020/3829 E., 2020/6537 K.; Yarg. 3. HD., 07.10.2019, 2019/1130 E. 2019/7495 K.; Yarg. 15. HD., 10.10.2019, 2019/2727 E., 2019/3877 K.; Yarg. 13. HD., 14.10.2019, 2017/9787 E. 2019/9839 K (www.legalbank.net).

⁵² İsviçre Federal Mahkemesinin kararlarında da bu doğru yaklaşımın kabul edildiğini görmekteyiz. Bkz. BGE 44 II 508-509; 47 II 188-189; 49 II 67 vd. (andığımız bu son kararda, Federal Mahkeme başka bir sözleşmeden kaçırılan kâr mahrumiyetinin tazmin edilebilir nitelikte olduğunu belirtmekle beraber, bunun olumsuz menfaatin kapsamında yer aldığını açıkça vurgulamamıştır. Bununla beraber, şekle aykırı taşınmaz satımının söz konusu olduğu olayda, yalnızca olumsuz menfaatin kastedildiği anlaşılmaktadır). Yoksun kalınan kârın olumsuz zararın içeriğinde yer aldığı yönünde Federal Mahkemenin bir başka kararı için ayrıca bkz. SJ 97 (1975), s.1-7.

⁵³ EREN, N.1261. Olumsuz zararı hesaplamada dikkat edilmesi gereken hususlarla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ERGÜNE, s.308 vd.

⁵⁴ SCHENKER, N.751; KELLER, s.266; GONZENBACH, s.221-222. Eren, bu zarar türünü fiili zarar kategorisinde değerlendirmektedir. Bkz. EREN, N.3516. Karşı görüş için bkz. Buz, Sözleşmeden Dönme, s.252.

⁵⁵ ANTALYA, N.1008.

Borca aykırılık türleri ve sonuçları ile ilgili olarak TBK ve İBK’da benimsenen yeknesak düzenlemeden ari ve genel ile özel hükümler olmak üzere ikili yapı barındıran bu sistem öğretide eleştirilmekte ve bu sistemle ilgili olarak kanunda değişikliğe gidilmesi savunulmaktadır⁵⁶.

Mevcut benimsenen sistem ile ilgili olarak temel eleştiri noktasını, borca aykırılık hâllerinin dağınık ve eksik bir şekilde kanunda düzenlenmesiyle bundan ötürü somut olaya uygulanacak hükümlerin tespitinin zorluk taşıması oluşturmaktadır⁵⁷. Benimsenen sistem çerçevesinde borca aykırılık hâlleri ve buna bağlı sonuçlar arasındaki sınır çizgisinin net olarak belirlenebilir olmaması uygulamada karışıklıklara sebebiyet vermektedir.

TBK hükümleri incelendiğinde, genel hükümler kısmında borcun ifa edilmemesi ya da borca aykırılık hâllerinin imkânsızlık, gereği gibi ifa etmeme ve temerrüt kavramları üzerine yerleştirildiği görülmektedir. Kanunun benimsediği bu sistem neticesinde, sözleşme öncesi sorumluluk (*culpa in contrahendo*), güven sorumluluğu, vadeden önce sözleşmeye aykırılığın kesinleşmesi gibi diğer borca aykırılık hâlleri kanunî temelden yoksun kalmakta, bu boşluklar TMK m.2 hükmündeki dürüstlük kuralına dayanmak suretiyle ve içtihat yoluyla doldurulmaya çalışılmaktadır⁵⁸.

Bununla beraber, TBK’da kural olarak borcun ifa edilmemesi hâlinde borçlunun sorumluluğuna gidilebilmesi için kusur şartı aranmaktadır⁵⁹. Ancak, bu sistematüğün kusur eksenine oturtulması borca aykırılık hâllerinin sonuçları göz önünde tutulduğunda doğru gözükmemekte ve içeriğinde çelişki barındırmaktadır. Şöyle ki, borçlunun temerrüde düşmesi için kusur şartı aranmamakta, temerrüt sonucu alacaklının sahip olduğu aynen ifa talebi yönünden ya da sözleşmeden dönme yenilik doğuran hakkının kullanılması yönünden kusur hiçbir rol oynamamaktadır. *Atamer*, kusur sorumluluğunun ifa engelleri hukukundaki rolünün tazminat sorumluluğu ile sınırlı olduğunun göz ardı edilmemesi gerektiğini ve kusura ilişkin TBK m.114 hükmünün kanundaki yeri açısından “borcun ifa edilmemesi” başlığı altında düzenlenen imkânsızlık ve gereği gibi ifa etmeme hâllerini kapsadığını, bu nedenle diğer borca aykırılık hâllerinin varlığı hâlinde tazminat talebine ilişkin olarak hangi kuralın uygulanacağı noktasında bu sistematüğün soru işareti oluşturduğunu ifade etmektedir⁶⁰. Belirtmek gerekir ki, satış sözleşmesinde ayıplı ifa hâlinde ya da satış sözleşmesiyle sınırlı tutulmaksızın ayıplı ifanın mümkün olabileceği herhangi bir sözleşme türünde ayıplı ifanın bu sözleşmede özel olarak düzenlendiği durumlarda kusurdan bağımsız olarak tazminat talep edilebilir. Ancak bu durum, TBK’nın kendi benimsediği genel sistemden ayrılma gereksinimi duyduğunu göstermektedir.

TBK ve İBK hükümlerine ilişkin eleştirilen bu sistem yerine öğretide bazı yazarlarca, tüm ifa edilmeme hâllerini kapsayan ve bu hâlleri tek bir ana başlık altında toplayan bir sistemin benimsenmesi gerektiği savunulmakta, kanunun borca aykırılık türü ve kusuru merkeze alan yapısından arındırılarak hukukî sonuç merkezli bir sistemin esas alınması gerektiği ileri sürülmektedir⁶¹.

Serozan, önerdiği sistemde, ifa engelleri kavramı çatısı altında borçlu veya alacaklı temerrüdü, imkânsızlık, ayıplı ifa gibi tüm ifa engellerini toplamakta, bunu yaparken söz konusu ifa engellerinin satış, eser veya kira sözleşmesi gibi borçlar özel hukuku ayırımına tabi tutulmaması gerektiğini ifade etmektedir. İfa engellerinin sonuçları ile ilgili olarak ise yine yeknesak bir şekilde aynen ifa, sözleşmeden dönme, onarma, bedel indirimi, uyarılama, sözleşmeyi fesih, edimin yerini tutan tazminat gibi yaptırımların aynı başlık altında sıralanması gerektiğini savunmaktadır. Netice itibarıyla bu sistematikte ifa engellerinin tespitinde hukuksal neden yaklaşımı değil hukuksal sonuç, diğer bir anlatımla yaptırım yaklaşımı merkeze alınmaktadır⁶².

İsviçre Borçlar Kanunu Genel Tasarısı metninin de bu görüşlerden etkilenecek yürürlükteki İBK ile karşılaştırıldığında köklü değişikliklere gittiği görülmektedir⁶³.

⁵⁶ SEROZAN, Rona: Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku (Alman İfa Engelleri), İÜHFM, LVIII(1-2), s.233; ATAMER, s.318.

⁵⁷ SEROZAN, İfa Engelleri, § 11, N. 14; ANTALYA, N.1002; ATAMER, s.324; AKÇAAL, Mehmet: “İsviçre Borçlar Kanunu Genel Hükümler Tasarısı’nda (OR. 2020) İfa Engellerinin Şartları”, AÜHFD, 68(3) 2019, s.531.

⁵⁸ ANTALYA, N. 1006; ATAMER, s.324-325.

⁵⁹ FEYZİOĞLU, s.161.

⁶⁰ Bu görüş ve sözleşme hukukunda kusura bağlı sorumluluk ilkesinin benimsenmesinin doğru bir yaklaşım olup olmadığının sorgulanması gerektiği görüşü konusunda bkz. ATAMER, s.325 vd.

⁶¹ HONSELL, Heinrich: Kritische Bemerkungen zum OR 2020, Schweizerische Juristen-Zeitung, SJZ 109/2013, s.460; SEROZAN, İfa Engelleri, §11, N.17; ANTALYA, s.215; ATAMER, s.358. Serozan, ana başlık oluşturacak terimin” ifa engeli” olarak belirlenmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. SEROZAN, İfa Engelleri, §11,N.17.

⁶² SEROZAN, İfa Engelleri, §11, N.18.

⁶³ İsviçre Borçlar Hukuku’nda da İBK’daki mevcut sistemin yeniden sistematize edilmesi adına çalışmalar yapılmaktadır. OR 2020 118. maddesinde ifa etmeme hâllerini tek bir şemsiye altında toplayan ve kusur kavramını merkeze almayan bir düzenlemeye yer verilmektedir. Tasarı 120. maddesi ise temerrüt kavramını ayrı olarak

Tasarı’da hukuk uyumlaştırması metinlerinde olduğu gibi borca aykırılığın sebebini ve borca aykırılığın meydana gelmesinde kusurun rolünü değil, borca aykırılığın hukukî sonuçlarını hareket noktası olarak belirlemektedir.

Bu konuda köklü değişiklik yaratan özelliği ile dikkat çeken önemli hükümlerden birisi “yükümlülüğün yerine getirilmemesi” veya “ifanın akamete uğraması/ifanın gerçekleşmemesi” şeklinde tercüme edebileceğimiz “*Ausbleiben der Erfüllung*” başlıklı Tasarı m.118/I hükmüdür⁶⁴. Bu hüküm, genel ve çatı şeklinde tabir edebileceğimiz bir ifa etmeme hâli öngörerek, borçlunun borcunu ifa etmemesi hâlinde alacaklının başvurabileceği haklara sıralı bir şekilde yer vermekte ve borca aykırılığın sonuçlarını genel tek bir hükümle belirlemeye çalışmaktadır. Bu hükme göre borçlunun yükümlülüğünü ihlâl etmesi hâlinde alacaklı; kendi borcunu ifa etmekten kaçınabilir, aynen ifayı talep edebilir, borcun konusu edimin kendisi veya üçüncü kişi tarafından ifa edilmesine izin verilmesini isteyebilir, kendi ediminin ifasını azaltabilir, tazminat talep edebilir, faiz talep edebilir ve son olarak sözleşmeyi sona erdirebilir. Yine önem teşkil eden Tasarı m.118/II hükmü de bu hakların birbirleriyle çelişmedikleri ya da diğer bir anlatımla birbirleriyle yarışmadıkları sürece alacaklı tarafından kümülatif bir şekilde ileri sürülebileceğini düzenlemektedir.

İsviçre Borçlar Kanunu Genel Tasarısı, m.118 genel hükmünün yanında, Tasarı m.120 hükmüyle borçlu temerrüdünü İBK’deki önemine binaen ve tarihsel sebeplere dayalı olarak ayrı şekilde düzenlemektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, İBK ve TBK’da yer aldığı şekilde borçlu temerrüdünün sonuçlarını ayrıntılı şekilde düzenleyen bir hüküm Tasarı’da bulunmamaktadır. Yine Tasarı, köklü bir değişiklik olarak sözleşmeden dönme (*Rücktritt*) kavramı yerine sözleşmenin sona erdirilmesi (*Aufhebung*) terimini kullanmakta ve bu kurumu Tasarı m.130-134 hükümleri arasında özel olarak düzenlemektedir.

Özetle OR 2020, yeknesak bir ifa etmeme hâli öngörmekte ve benimsenen mevcut sistemden doğan sorunları gidermeyi amaçlamaktadır.

B. İsviçre Borçlar Kanunu Genel Tasarısı Çerçevesinde Sözleşmenin Sona Ermesi

1. Genel Olarak

İsviçre Borçlar Kanunu Genel Tasarısı yürürlükte bulunan TBK ile karşılaştırıldığında sözleşmeden dönme kavramı ile ilgili olarak köklü değişikliklere gitmektedir. İlk başta göze çarpan önemli değişiklik “sözleşmeden dönme (*Rücktritt*)” kavramının yerini, “sözleşmenin sona ermesi (*Aufhebung*)” kavramının almasıdır. Alacaklının sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı Tasarı’nın 130. ile 134. hükümleri arasında düzenlenmektedir. Tasarı esas olarak, sözleşmeyi sona erdirmeye hakkının kullanımını son çare ilkesine bağlamakta, sözleşmenin mümkün olduğu kadar ayakta kalmasını ve edim menfaatlerine ulaşılmasını sağlamaya çalışmaktadır⁶⁵.

Tasarı’nın 130. maddesi borçlu temerrüdü sonucu alacaklının sözleşmeyi sona erdirmeye hakkını ve bu hakkın kullanımının şartlarını düzenlemektedir⁶⁶. Tasarı’nın m.130/III düzenlemesinde bir diğer yenilik olarak dikkat çeken “sözleşmenin kısmen sona erdirilmesi” kavramına yer verilmektedir⁶⁷.

Yürürlükteki TBK’den farklı olarak Tasarı m.131 hükmü “diğer yükümlülük ihlalleri” başlığı altında alacaklının sözleşmeyi sona erdirmeye hakkını düzenleme altına almakta ve Tasarı’nın m.131/I

düzenlemektedir. Bu kapsamda tasarı, ifa etmeme üst başlığı altında temerrüt ve diğer borca aykırılık hâllerine yer vermektedir. Bu konuyla ilgili olarak detaylı bilgi için bkz. AKÇAAL, s.535 vd.

⁶⁴ “Ausbleiben der Erfüllung” terimi geniş anlamda yorumlanmalı, yan yükümlülüklerin ihlali de olmak üzere kusurlu ya da kusursuz tüm borca aykırılık türleri, diğer bir anlatımla tüm ifa engelleri bu kavramın içine dahil edilmelidir.

⁶⁵ MÜLLER-CHEN, Markus: Schweizer Obligationenrecht 2020 Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil, 2013, OR 2020, Art.130, s.384; GLATTHARD, Melchior: Das Rücktrittsrecht, Art. 97 Abs. 1 OR und die analoge Anwendung des Rücktrittsrechts nach Art. 107 Abs. 2 OR und Art. 109 OR, 2020, s.127.

⁶⁶ Bu hakkın kullanımının şartları yönünden yürürlükte olan İBK m.107/II ve TBK.125/II hükümlerine göre farklılık taşımayan Tasarı’nın m.130/I hükmüne göre, alacaklı, temerrüde düşen borçlunun kendisine tanınan uygun süre içerisinde borcu ifa etmemesi hâlinde sözleşmeyi sona erdirebilir. Tasarı m.130/II hükmü ise uygun süre verilmesini gerektirmeyen durumları İBK m.108 ve TBK m.124 hükümlerine paralel şekilde açıkça düzenlemektedir.

⁶⁷ Sözleşmenin kısmen sona erdirilmesi hakkı” yürürlükte bulunan İBK ve TBK’da yer almayan bir düzenlemedir. Bu hükme göre, kısmî olarak ifa edilen borç alacaklı için faydasız değilse ve alacaklı bu kısmî ifayı kabul etmişse, borçlunun temerrüde düştüğü kısma ilişkin olarak alacaklı sözleşmeyi sona erdirebilir. Bkz. MÜLLER-CHEN, OR 2020, Art. 130, s.387.

Alacaklı bu durumda, kalan kısma karşılık gelen edimini ifa etmekten kaçınabilir ve daha önceden kendi edimini tamamen ifa etmişse ifa ettiği edimin ilişkin olarak belli oranda iade talep hakkına sahip olur. Alacaklının kendi edimini kısmî olarak ifa ettiği durumlarda da borçlunun kısmî olarak ifa ettiği edim ile alacaklının kısmî olarak ifa ettiği edim karşılaştırılmak suretiyle alacaklı yine belirli oranda iade talep hakkına sahip olabilir. Bkz. MÜLLER-CHEN, OR 2020, Art. 130, s.387.

Kısmî ifa alacaklı için bir fayda sağlamıyorsa, alacaklının sözleşmenin tamamını sona erdirebileceği Tasarı m.130/III hükmünün lafzından anlaşılmaktadır.

hükmü, sözleşmeden doğan yükümlülük ihlalinin esaslı olması durumunda alacaklıya sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı vermektedir⁶⁸. Tasarı'nın m.131/II hükmü ise hangi hâllerde alacaklının sözleşmeyi sona erdirmekte haklı sayılacağını düzenlemektedir⁶⁹.

Tasarı'nın m.132 hükmü ise yine köklü bir değişiklik olarak “öne alınmış borca aykırılık (*antizipierte Nichterfüllung*)” hâlinde sözleşmeyi sonlandırma hakkına yer vermektedir⁷⁰.

Alacağın devri yönünden değerlendirildiğinde devreden, devralanın yalnızca temerrüde düşmesi neticesinde değil esaslı borca aykırılık durumlarında⁷¹ da sözleşmeyi sona erdirmeye hakkına sahip olur. Karşı edim borcunun bir kısmının ifa edildiği ve alacak hakkının da bölünebilir olduğu hâllerde sözleşmenin kısmen sona erdirilmesi hükmünden devreden faydalanabilir. Sözleşmenin sona erdirilmesini temerrütle sınırlamayan bu hükümlerin yerinde olduğu düşünülmektedir.

2. Sözleşmeyi Sona Erdirmenin Borç İlişkisine Etkisi

Yürürlükteki hukuk açısından son derece tartışmalı olan sözleşmeyi sona erdirmenin borç ilişkisine etkisi ise Tasarı'nın 134. maddesindeki atıf hükmüyle düzenlenmektedir. Söz konusu hüküm, sözleşmenin sona erdirilmesi durumunda tasfiyeye ilişkin hükümlerin (m.79-84) uygulanacağını belirtmektedir. Bu hâliyle tasarı, akamete uğrayan sözleşmenin tasfiyesine dair tartışmaları ortadan kaldırmayı hedeflediği rahatlıkla söylenebilir.

Tasarı m.79/I hükmü, bir sözleşmenin geçersiz olması veya başka bir nedenle sona erdirilmesi hâlinde, sözleşmenin içerdiği hükümler ya da kanun hükümleri çerçevesinde tasfiye edileceğini düzenlemektedir⁷². Tasarı m.79/II hükmü ise ihtilâfın çözümüne ilişkin sözleşme hükümleri ile tarafların tasfiye ve tasfiye sonrası ilişkilerini düzenleyen hükümlerin geçerliliğini koruyacağını ihtiva etmektedir. Bu düzenlemeyle, tasfiyenin geçmişe etkili olacak şekilde borç ilişkisine etki etmeyeceği ve ifa edilmiş edimlerin geçerliliğini koruyacağı⁷³ ve tasfiye ilişkisinin başlamasıyla kaynağını yine sözleşmeden alan iade talebinin sözleşmenin konusunu oluşturacağı öğretide ifade edilmektedir⁷⁴. Tasarı m.80 hükmü ise, sözleşmeden doğan borç ilişkisinin tasfiye

⁶⁸ MÜLLER-CHEN, OR 2020, s.388.

⁶⁹ Buna göre, yükümlülük ihlali, alacaklıyı, sözleşmeden beklediği menfaatten önemli derecede yoksun bırakıyorsa veya söz konusu edimin ifası sözleşmenin temelini diğer bir ifadeyle esasını oluşturuyorsa alacaklı sözleşmeyi sona erdirebilir. Söz konusu hüküm, İBK ve TBK yönünden karşılaştırıldığında tamamen yeni bir düzenleme olup, borçlu temerrüdü dışındaki borca aykırılık hâllerinden doğan sözleşmenin sona erdirilmesi hakkını yeknesak bir yapıya kavuşturmayı amaçlamaktadır. Görüleceği üzere, alacaklının bu hakkını kullanması borçlunun temerrüde düşmesi, borçluya aynen ifa için uygun süre verilmesi gibi şartlardan aridir. Burada önemli olan, sözleşmeden doğan borca aykırılığın esaslı yapıya sahip olmasıdır. Borçlu temerrüdünde olduğu gibi, alacaklı sözleşmeyi sona erdirmeye hakkını, borçlunun borca aykırılığın meydana gelmesinde sorumlu olmadığını ispatladığı hâllerde dahi kullanabilecektir. İfa imkânsızlığı, niteliğe ilişkin kötü ifa hâlleri veya yapma ile yapmama (rekabet etmeme yükümlülüğü vb.) borçlarına ilişkin ifa ihlalleri durumlarında bu hüküm uygulama alanı bulur. Tasarı m.131 hükmünün uygulama alanı bulacağı borca aykırılık durumlarında da alacaklıya sözleşmeyi kısmen sona erdirmeye hakkı tanınması gerektiği öğretide ifade edilmektedir. Bu konuyla ilgili detaylı açıklamalar için bkz. MÜLLER-CHEN, OR 2020, s.388 vd.

⁷⁰ Söz konusu hükme göre, borcun muaccel olmasından önce borçlunun, sözleşmenin sonlandırılmasına sebep olacak şekilde borca aykırı davranacağı kesin olarak anlaşılıyorsa alacaklı sözleşmeyi sona erdirebilir. Alacaklının sözleşmeyi sona erdirmeye hakkını kullanması için borcun muaccel hâle gelmesini beklemesine gerek bulunmamaktadır. Alacaklının öne alınmış borca aykırılığa istinaden sözleşmeyi sona erdirebilmesi için, borçlunun borca aykırı davranacağına açıkça belli olması, bunun borcun muacceliyetinden evvel meydana gelmesi ve son olarak borca aykırılığın m.130-131'de yer alan kistalara göre sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı kılacak sebeplerden olması gerekmektedir. Borçlunun, ciddi ve kesin olarak borcunu ifa etmeyeceğini alacaklıya beyan etmesi veya davranışlardan açıkça borcunu ifa etmeyeceğinin ya da ifa etmek istemediğinin anlaşılması hâlinde bu hakkın kullanılabilmesi söz konusu olur. Yine borçlunun, işin niteliğine göz önünde tutulmak suretiyle, borcun muacceliyetine kısa bir zaman kalmasına rağmen borcun ifasına hiç başlanmamış olması alacaklıya bu hakkı verebilir. Borcun ifa edilip edilemeyeceği yönündeki şüphe alacaklının bu hakkı kullanmasına imkân vermez. Ancak, alacaklı bu durumda kendi borcunu ifadan Tasarı m.123 hükmü uyarınca kaçınabilir. Bkz. MÜLLER-CHEN, OR 2020, s.393.

Öne alınmış borca aykırılık kavramı esasen Türk Borçlar Kanunu'na yabancı bir kavram değildir. TBK m.473 eser sözleşmesinde iş sahibine, eseri teslim borcunun muaccel olmasından önceki dönemde kullanılabilme imkânı veren ve iş sahibinin dilerse faydalanabileceği hukuksal koruma araçları sunmaktadır. Bu hukuksal koruma araçlarından birini sözleşmeden erken dönme (TBK m.473/I), diğerini ise işin onarım veya devamının üçüncü kişiye bırakılması (TBK m.473/II) oluşturur. Bu bakımda Tasarı, öne alınmış borca aykırılığı tüm sözleşmelere uygulanacak şekilde düzenlemektedir.

⁷¹ Esaslı borca aykırılık kavramı da mevcut TBK ve İBK'da yer almayan yeni bir kavramdır.

⁷² Taraflar arasındaki tasfiye ilişkisini düzenleyen bu hükümler, borca aykırılık hâlleriyle sınırlı kalmaksızın sözleşmenin geçersizliği (irade bozukluğu, kanunun emredici hükümlerine aykırılık, başlangıçtaki imkânsızlık vb.) hâllerinde de uygulama alanı bulur. Tasarı bu şekilde tasfiyeye ilişkin hükümlerin uygulama alanını geniş bir tabana yaymaya çalışmaktadır. Bkz. SCHMIDLIN, Bruno: Das Schweizer Obligationenrecht 2020, SJZ 111/2015 S.25, s.29; LEHMANN, Matthias, Innovation durch den OR 2020-Entwurf: Die Vorschriften über die Liquidation, SZW 2015 S. 337, s.337.

⁷³ HUGUENIN, Claire/HILTY, Reto M./PURTSCHERT, Tina: Schweizer Obligationenrecht 2020 Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil (OR 2020), 2013, Art. 79, s.258.

⁷⁴ HUGUENIN/HILTY/PURTSCHERT, OR 2020, Art. 80, s.260; SCHMIDLIN, s.29.

edileceği zamanın hangi kıstaslara göre tespit edileceğini belirtmektedir. Sözleşmenin niteliği⁷⁵, tasfiyenin sebebi veya ifanın derecesi burada göz önünde tutulması gereken kıstaslardır.

İfade başlıklı (*Rückerstattung*) Tasarı m.81 hükmü ifa edilmiş edimlerin iadesine ilişkin olarak düzenlenen genel bir hükümdür. Tasarı m.81/I hükmü, ifa edilmiş edimlerin geri verileceğini düzenlerken, m.81/II hükmü ise ifa edilen edimlerin aynen geri verilmesinin imkânsız olması ya da geri vermenin makul olmayan sonuçlar doğurması durumunda, edimin kaim değerinin ödeneceğini düzenlemektedir. Tasfiye ilişkisinin başlamasıyla tarafların sözleşmeden doğan gelecekteki edimleri ifa etme yükümlülükleri ortadan kalkacak, fakat bu durum tarafların tasfiye ilişkisinden kaynaklı gelecekte doğacak borçlarını etkilemeyecektir⁷⁶. Bu bağlamda, tarafların ifa edilmiş edimlerin iadesi ya da kaim değerinin ödenmesine yönelik borçları devam eder. Diğer bir anlatımla, sona erdirilen sözleşmeden doğan borçların yerini sözleşmesel iade talebi alır⁷⁷.

Diğer bir önemli nokta ise, sözleşmeden doğan yan yükümlülüklerin uygulanabilir nitelikte olması veya durumun gerektirmesi ve yine tasfiye sürecinde yerine getirilmesi gereken yükümlülüklerle ilgili olması durumunda tasfiye ilişkisinin sonuna kadar etkisini korumasıdır⁷⁸. Tasarı m.81 ve m.82 hükümleri niteliği itibarıyla yorumlayıcı hukuk kuralı olup, tarafların sözleşmede özel bir tasfiye rejimi öngörmemeleri veya hukuka aykırı bir tasfiye rejimine yer vermeleri hâlinde uygulama alanı bulur⁷⁹. Tasarı m.81/II hükmünde yer alan kaim değer, edimin parasal değerini ifade etmekte olup, sadece verme borçları yönünden değil aynen geri vermenin mümkün olmadığı yapma ve yapmama borçları yönünden de uygulanır⁸⁰.

Tasarı hükümleri yürürlükte bulunan hükümlere göre daha esnek bir yapıya sahiptir. Tasarı, sözleşmenin sona erme sebebine değil sözleşmenin sona ermesinin sonuçlarına odaklanmaktadır. Örnek olarak, tasfiye zamanı ile ilgili olarak tasarı sözleşmenin geçmişe etkili veya ileriye etkili sona erip ermemesi konusunu göz önünde tutmamakta, bu zamanın belirlenmesinde sözleşmenin niteliği ve ifanın derecesini dikkate almaktadır⁸¹. Tasarı, sözleşmenin sona ermesinin borç ilişkisine etkisi yönünden yeni dönme teorisini merkeze almaktadır. Aynen geri vermenin mümkün olmadığı durumlarda kaim değer ödeneceğini açıkça belirterek, kaim değer nasıl hesaplanması gerektiğini ilişkin de düzenlemelere yer vermek suretiyle buna dair tartışmaları sona erdirmeyi hedeflemektedir.

Tasarının bu düzenlemesiyle, yeni dönme teorisini benimsediği savunulabilir. Buna bağlı olarak, ivazlı alacağın devri sözleşmesinde, sözleşmenin sona erdirilmesi durumunda kanunî borç ilişkisi teorisi uygulama alanı bulmaz. Sözleşmenin sona ermesiyle birlikte alacak hakkını devreden, karşı edim borçlusu devralana karşı alacak hakkının iadesine yönelik olarak alacak hakkına sahip olur. Diğer bir ifadeyle, alacak hakkı kendiliğinden devralanın malvarlığına geçmez.

3. Tazminat

Tasarı m.118/I hükmünün, borçlunun borcunu ifa etmemesi hâlinde alacaklının sahip olduğu haklar arasında sözleşmeyi sona erdirmeye ve tazminat talep etme hakkına yer verdiğini daha önce de belirtmiştik. Tasarı m.118/II hükmü uyarınca, bu haklar birbirleriyle çelişmedikleri sürece alacaklı tarafından beraber ileri sürülebilmektedir.

Sözleşmenin sona erdirilmesi sonrası tasfiye hükümlerinin uygulama alanı bulacağı göz önünde tutulduğunda, Tasarı m.84 hükmü, sözleşmenin tasfiyesine neden olan tarafın, durumun gerektirmesi hâlinde, diğer tarafın sözleşmenin ifasına yönelik olarak yaptığı harcamaları tazmin etmekle yükümlü olduğunu belirtmektedir. Esasen bu zarar kalemi niteliği itibarıyla bir olumsuz zarar kalemidir. Zira burada zarar, sözleşmenin hüküm ifade edeceğine duyulan güvene dayalı olarak ortaya çıkmaktadır. Tasarının bu hükmüyle sanki sözleşmenin sona erdirilmesi durumunda genel bir olumsuz zarar talebi yerine sadece sözleşmesinin ifası için yapılan harcamaları kapsar bir olumsuz zarar talebi öngördüğü düşünülebilir. Ne var ki, yukarıda yer verdiğimiz Tasarı m.118/I hükmünde alacaklının tazminat talep hakkına sahip olduğu açıkça belirtilmekte, bu tazminatın niteliğinin olumlu veya olumsuz zarar olduğu yönünde ise bir sınıflandırma yapılmamaktadır. Alacaklının Tasarı m.118/I hükmü uyarınca borçludan olumsuz zarar tazmini talebinde

⁷⁵ Bu kıstasta göz önünde tutulması gereken hususları örnekler üzerinden belirtmek gerekirse, örneğin sözleşmenin iki tarafa borç yükleyen sözleşme ya da sürekli edimli sözleşme olması ya da sözleşmeden doğan borcun yapma, katlanma ya da yapmama borcu niteliğinde olması veya edim konusunun bir eşya ya da hizmet borcu olmasıdır.

⁷⁶ HUGUENIN/HILTY/PURTSCHERT, OR 2020, Art. 81, s.265.

⁷⁷ HUGUENIN/HILTY/PURTSCHERT, OR 2020, Art. 81, s.265.

⁷⁸ HUGUENIN/HILTY/PURTSCHERT, OR 2020, Art.80, s.261- Art. 81, s.266.

⁷⁹ HUGUENIN/HILTY/PURTSCHERT, OR 2020, Art. 81, s.266.

⁸⁰ HUGUENIN/HILTY/PURTSCHERT, OR 2020, Art. 81, s.267.

⁸¹ LEHMANN, s.339.

bulunabileceği ortadayken, Tasarı m.84 hükmünde olumsuz zarar niteliğinde olan sözleşmenin ifasına yönelik yapılan masrafların özel olarak düzenlenmesi eleştiriye açık bir düzenlemedir. Burada, sözleşmenin sona ermesi durumunda olumsuz zarar kalemi olarak sadece sözleşmenin ifasına yönelik yapılan masrafların mı talep edilebileceği şeklinde bir tartışmaya sebebiyet verilmemesi gerekir. Ayrıcı gözden kaçırılmamalıdır ki, Tasarı m.118/II doğrultusunda sözleşmenin sona ermesi neticesinde olumlu ve olumsuz zarar kalemlerinin beraber talep edilebilmesi mümkün değildir.

V. SONUÇ

İvazlı alacağın devrinde ivazın konusunu verme, yapma veya yapmama borcu oluşturabilir. Karşı edim borçlusu devralanın bu borcu ifade temerrüde düşmesi durumunda devreden TBK m.125 uyarınca sözleşmeden dönme seçimlik hakkını kullanabilir. Sözleşmeden dönmenin borç ilişkisine etkisi öğretide tartışmalıdır. Devreden sözleşmeden dönme seçimlik hakkını kullanmasına bağlı olarak benimsediğimiz kanunî borç ilişkisi teorisi gereğince, alacağın devri sözleşmesi geçmişe etkili olacak şekilde sona erer ancak, bu durum tasarruf işleminin geçerliliğini ortadan kaldırmaz. Bu sonuca bağlı olarak, alacak hakkı kendiliğinden devralanın malvarlığına geçmez. Devreden sebepsiz zenginleşme hükümlerinin kıyasen uygulanmasına dayalı olarak alacak hakkının iadesine ilişkin alacak hakkına sahip olur. Devreden alacak hakkının iadesi talebi, sonradan ortadan kalkan sebebe dayanan zenginleşmenin iadesi davasına (*condictio ob causam finitam*) dayanır. Bununla beraber, sözleşmeden dönme neticesinde devreden, devralandan uğradığı olumsuz zararın tazminini talep edebilir.

Yürürlükteki İsviçre Borçlar Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu'nda borca aykırılığın sebebine odaklanan bakış açısı, İsviçre Borçlar Kanunu Genel Tasarısı'nda temelden değiştirilmektedir. Tasarı borca aykırılığın sebebinden çok, borca aykırılığın sonuçlarına odaklanmaktadır. Tasarı sözleşmeden dönme terimini ortadan kaldırmakta, bunun yerine sözleşmenin sona ermesi kavramını kullanmaktadır. Bununla beraber, sözleşmenin sona ermesinin borç ilişkisine etkisiyle ilgili var olan öğretideki tartışmaları sona erdirmeyi hedeflemekte ve yeni dönme teorisini benimseyen bir kural getirmektedir. Sözleşmenin kısmen sona erdirilmesi kurumu da uyuşmazlıkların çözümüne katkı sağlayacak bir düzenleme olarak göze çarpmaktadır. Bu düzenlemeler ışığında ivazlı alacağın devrinde devreden, karşı edim borçlusu devralanın yalnızca temerrüde düşmesi neticesinde değil esaslı borca aykırılık durumlarında da sözleşmeyi sona erdirmeye hakkına sahip olduğunun kabulü gerekir. Karşı edim borcunun bir kısmının ifa edildiği ve alacak hakkının da bölünebilir olduğu hâllerde sözleşmenin kısmen sona erdirilmesi hükmünden devreden faydalanabilir. Tasarı'nın yeni dönme teorisini benimseyen yapısı, alacağın devri sözleşmesinin sona erdirilmesi durumunda devredilen alacağın kendiliğinden devreden malvarlığına geçmeyeceğine işaret etmektedir.

Alacağın devriyle ilgili TBK'da yer alan düzenlemelerin, karşı edim borçlusu devralanın borca aykırılığı durumuna ilişkin olarak tatminkâr çözümler sunmadığı savunulabilir. Bu sebeple, alacağın devri sözleşmesine özgü olarak yeni düzenlemelerin varlığı bir noktada bu ihtiyacı giderebilir. Ancak, kazuistik yöntem yerine, borca aykırılığın sonuçlarını yeknesak şekilde düzenleyen bir sistemin varlığı bu tür uyuşmazlıkların giderilmesine kökten bir çözüm sunabilecektir.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Atıf Şekli: Yazar Güray TÜRKER, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Güray TÜRKER who is author, has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar Güray TÜRKER, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini ve yayınlanmadığını beyan etmektedir. | Güray TÜRKER who is author, declares that he complies with the scientific, ethical, and quotation rules of İnULR in all processes of the paper and that he does not make any falsification of the data collected. In addition, he declares that both Inonu University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated and published in any academic publication environment other than Inonu University Law Review.

KAYNAKÇA

- AKÇAAL, Mehmet: İsviçre Borçlar Kanunu Genel Hükümler Tasarısı'nda (OR. 2020) İfa Engellerinin Şartları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 68(3), 2019, s.529-550.
- ANTALYA, O. Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1,3 Borçların İfası ve Borçların İfa Edilmemesinin Sonuçları: Borcun İfa Edilmemesi-Borçlunun Temerrüdü, Ankara 2019.
- ATAMER, Yeşim M.: "İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistemize Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan Bir Sistematiği", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan C.I, İstanbul 2010, s.317-361.
- AYİTER, Kudret: Medeni Hukukta Tasarruf Muameleleri, Ankara 1953.
- BECKER, Hermann: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Obligationenrecht I. Abteilung Band VI Allgemeine Bestimmungen, Art.1-183, 2. Aufl., Bern 1941.
- BUCHER, Eugen: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988.
- BUZ, Vedat: Akamete Uğrayan Sözleşme İlişkilerinin Tasfiyesi, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan C.I, İstanbul 2010, s.611-662 (Tasfiye).
- BUZ, Vedat: Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 2014 (Sözleşmeden Dönme).
- EHRAT, Felix R.: Der Rücktritt vom Vertrag nach Art. 107 Abs. 2 OR in Verbindung mit Art. 109 OR, Zürich 1990.
- ENGİN, Baki İlkey: Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu, Ankara 2002.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24.B, Ankara 2019.
- ERGÜNE, Mehmet Serkan: Olumsuz Zarar, Doktora Tezi, İstanbul 2007.
- FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, 2.B., İstanbul 1977.
- FIKENTSCHER, Wolfgang/HEINEMANN, Andreas: Schuldrecht, 10. Aufl., Berlin 2006.
- GAUCH, Peter/SPIRIG, Eugen: Obligationenrecht Zürcher Kommentar zur 1. Und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR) Teilband V1k Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme Erste Lieferung Art.164-174 OR, 3.Aufl., Zürich 1993.
- GAUCH, Peter/SCHLUEP, Walter R./SCHMID, Jörg/EMMENEGGER, Susan: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Band I, 9. Aufl., Zürich 2008.
- GAUCH, Peter/SCHLUEP, Walter R./SCHMID, Jörg/EMMENEGGER, Susan: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Band II, 10.Aufl., Zürich 2014.
- GLATTHARD, Melchior: Das Rücktrittsrecht, Art. 97 Abs. 1 OR und die analoge Anwendung des Rücktrittsrechts nach Art. 107 Abs. 2 OR und Art. 109 OR, 2020.
- GLÄTTLI, Elisabeth: Zum Schadenersatzanspruch bei Rücktritt-eine These zu den Gläubigerbehelfen bei Leistungsstörungen in zweiseitigen Verträgen, SJZ 93 (1997) Nr.11
- GLASL, Daniel G.: Die Rückabwicklung im Obligationenrecht, Zürich 1991.
- GONZENBACH, Rainer: Culpa in contrahendo im schweizerischen Vertragsrecht, Bern 1987.
- HATEMİ, Hüseyin/GÖKYAYLA, K. Emre: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 4.B., İstanbul 2017.
- HONSELL, Heinrich: Kritische Bemerkungen zum OR 2020, Schweizerische Juristen-Zeitung, SJZ 109/2013.
- HOWALD, Martin: Der dingliche Vertag, Zürich 1946.
- HUGUENIN, Claire/HILTY, Reto M./PURTSCHERT, Tina: Schweizer, Obligationenrecht 2020 Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil (OR 2020), 2013.
- KELLER, Max: Das negative Interesse im Verhältnis zum positiven Interesse, Zürich 1949.
- KELLER, Max/SCHÖBI, Christian: Das Schweizerische Schuldrecht Band I Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, Basel und Frankfurt 1988.
- LEHMANN, Matthias: Innovation durch den OR 2020-Entwurf: Die Vorschriften über die Liquidation, SZW 4/2015.
- LEMP, Paul: Schadenersatz wegen Nichterfüllung als Folge des Schuldnerverzuges, Bern 1959.
- MÜLLER-CHEN, Markus: Schweizer, Obligationenrecht 2020 Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil, 2013.
- NOMER, Halük Nami: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15.B., İstanbul 2017.
- OĞUZMAN, M. Kemal/BARLAS, Nami: Medeni Hukuk, Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, 25.B., İstanbul 2019.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, 15.B., İstanbul 2017.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.2, 13.B., İstanbul 2017.
- OSER, Hugo/SCHÖNENBERGER, Wilhelm: Kommentar Zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch V. Band Das Obligationenrecht Erster Halbband: Art 1-183, 2. Aufl., Zürich 1929.
- ÖZ, Turgut: İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989.
- ÖZMEN, Etem Saba: 2014/12321 Başvuru Numaralı Faik Tari ve Sultan Tari Başvurusuna İlişkin Anayasa Mahkemesi'nin Fahiş Hatalı Kararının Eleştirisi, TBB Dergisi, 2018 (135) s.423-448.
- ÖZMEN, Etem Saba/BİLGİN YÜCE, Melek: "Taşınmaz Satış Vaadlerinde Tarih Önceliğine Üstünlük Taniyan Yargıtay Kararlarına İlişkin Düşünceler", Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2001, s.952-998.
- SAYMEN, Ferit H./ELBİR, Halid K., Türk Borçlar Hukuku I Umumi Hükümler, İstanbul 1958.
- SCHENKER, Franz: Die Voraussetzungen und Die Folgen des Schuldnerverzuges im Schweizerischen Obligationenrecht, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 1988.
- SCHMIDLIN, Bruno: Das Schweizer Obligationenrecht 2020, SJZ 111/2015 S.25.
- SCHWENZER, Ineborg: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Bern 2009.
- SELİÇİ, Özer: İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1978.
- SEROZAN, Rona: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C.3, İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme, 7.B., İstanbul 2016 (İfa Engelleri).
- SEROZAN, Rona: Sözleşmeden Dönme, 2.B., İstanbul 2017 (Sözleşmeden Dönme)
- SEROZAN, Rona: Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku, İÜHFM, LVIII(1-2), s.231-248 (Alman İfa Engelleri)
- TANDOĞAN, Halük: Türk Mes'uliyet Hukuku Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet, Ankara 1961.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7.B., İstanbul 1993.

- TUNÇOMAĞ, Kenan: Türk Borçlar Hukuku I. Cilt Genel Hükümler, 6.B., İstanbul 1976.
- ULUSAN, İlhan: İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu, İstanbul 1984.
- VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah: Medeni Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı, İstanbul 2014 (Tasarruf İşlemi).
- VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah: Öne Alınmış Sözleşmeye Aykırılık Kavramı, BÜHFD, 13(169-170), s.203-256 (Sözleşmeye Aykırılık)
- VON BÜREN, Bruno, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Zürich, 1964.
- VON TUHR, Andreas/ESCHER, Arnold: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zweiter Band, Zürich 1974.
- VON TUHR, Andreas/PETER, Hans: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Erster Band, 3. Aufl., Zürich 1974.
- WEBER, Rolf H.: Berner Kommentar Band VI Das Obligationenrecht 1. Abteilung Allgemeine Bestimmungen 5. Teilband Die Folgen der Nichterfüllung Art. 97-109, Bern 2000.
- WIEGAND, Wolfgang: Basler Kommentar, Obligationenrecht I Art. 1-529 OR, Herausgeber Honsell/Vogt/Wiegand, 4. Aufl., Zürich 2007.

İŞ GÖRME BORCU DOĞURAN SÖZLEŞMELERDE TARAFLARDAN BİRİNİN ÖLÜMÜNÜN ASLİ EDİM YÜKÜMLÜLÜKLERİNİN İFASINA ETKİSİ

THE EFFECT OF THE DEATH OF ONE OF THE PARTIES ON THE EXECUTION OF PRIMARY OBLIGATIONS IN CONTRACTS FOR SERVICES

Pelin ÇAVDAR* & Sema AYDIN**

Makale Bilgi

Gönderi: 27/10/2021
Kabul : 07/08/2022

Anahtar Kelimeler

Eser Sözleşmesi,
Vekâlet Sözleşmesi,
Hizmet Sözleşmesi,
Ölüm,
Asli Edim
Yükümlülüğü.

Article Info

Received: 27/10/2021
Accepted: 07/08/2022

Keywords

Contract of Work and
Services,
Contract of Mandate,
Contract of
Employment,
Death,
Primary Obligation.

Özet

İş görme borcu doğuran sözleşmelerde asıl olan, borçlanılan edimin sözleşmeye uygun olarak şahsen ifa edilmesidir. Zira bu sözleşmelerde, tarafın kişiliği, yetenek ve becerisi göz önünde bulundurularak ve ona güvenilerek sözleşme akdedilmektedir. Bu bağlamda konuya ilişkin eser sözleşmesini düzenleyen TBK m.486 hükmünde, yüklenicinin kişisel özellikleri dikkate alınarak akdedilen eser sözleşmesinde, yüklenicinin ölümü ile sözleşmenin kendiliğinden sona ereceği hükme bağlanmaktadır. Konuya ilişkin TBK m.513 hükmünde de, vekâlet verenin ölümünün kural olarak vekâlet sözleşmesini kendiliğinden sona erdireceği, kaleme alınmaktadır. Hizmet sözleşmesinde de durum farklı değildir. TBK m.440 açık bir şekilde işçinin ölümü halinde hizmet sözleşmesinin kendiliğinden sona ereceği düzenlenmektedir. Söz konusu düzenlemenin hemen sonrasında da TBK m.441/f.2 işveren kişilik özellikleri dikkate alınarak kurulan hizmet sözleşmelerinin de işverenin ölümü ile kendiliğinden sona ereceğini düzenlemektedir. Çalışmamızda, eser, vekâlet ve hizmet sözleşmelerinde taraflardan birinin ölümünün sözleşmeden doğan asli borçlara nasıl bir etki olduğuna ilişkin ayrıntılı açıklamalar yapılacaktır. Bu bağlamda, sözleşmenin tarafların kişisel özelliklerinin dikkate alınarak akdedilmesine göre, ölümün sözleşmeden doğan asli borçlara etkisi incelenecektir.

Abstract

The main point in contract for work and services, mandate and employment is to perform the obligation personally in accordance with the contract. Because in these contracts, the contract is concluded by taking into consideration the personality, ability and skill of the party relying on it. In this sense, Art.486 of the TCO regulates the contract of work and services on the subject, it is stipulated that the contract of work and services concluded by taking into account the personal characteristics of the contractor, the contract will automatically terminate with the death of the contractor. In the provision of Art.513 of the TCO, it is stated that the death of agent or the principle will automatically terminate the contract. This situation is also parallel in contract of employment. TCO Art.440 regulates that in the event of employee's death, the contract of employment will automatically terminate. After the mentioned regulation, TCO Art. 440/f.2 regulates that the employment contracts established by taking into account the personal characteristics of the employer will automatically terminate with the death of the employer. In our study, detailed explanations will be made about how the death of one of the parties in work and services,, mandate and employment contracts will effect the primary obligations. In this sense, the effect of death on the primary obligations arising from the contract will be addressed according to the conclusion of the contract taking into account the personal characteristics of the parties.

 Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

* Dr. Öğr. Gör. Marmara Üniversitesi, Adalet MYO, Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

** Arş. Gör., Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | Cite As: ÇAVDAR Pelin/AYDIN Sema, "İş Görme Borcu Doğuran Sözleşmelerde Tarafların Birinin Ölümünün Asli Edim Yükümlülüklerinin İfasına Etkisi", İnÜHFD, 13(2), 2022, s.323-339. **İntihal | Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via a plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

The main point in contract for work and services, mandate and employment is to perform the obligation personally in accordance with the contract. Because in these contracts, the contract is concluded by taking into consideration the personality, ability and skill of the party relying on it. In this context, the issue of the effect of the death of one of the contracting parties on the performance of the primary obligation is also important in contracts that create a service obligation.

Considering the importance of the issue, the legislator has resolved the issue with the provision of TCO Art.485 regarding the death of the conductor operarum in contracts for work an services, and with the provision of TCO Art.486 regarding the death of the contractor, whose personal characteristics are taken into account. In this context, when the completion of the work becomes impossible due to the death of the conductor operarum, it is possible for the contractor to demand the value of the work done and the expenses that do not fall into this value from the heirs of the employer until the contract ends with the death. In cases where there is a sub-work contract, if the completion of the work becomes impossible with the death of the primary conductor operarum, the completion of the work transferred by main contractor to the sub-contractor becomes impossible.

In this sense, Art.486 of the TCO regulates the contract of work and services on the subject, it is stipulated that the contract of work and services concluded by taking into account the personal characteristics of the contractor, the contract will automatically terminate with the death of the contractor.

Similarly, in terms of contract of mandate, the legislator, taking into account the intense trust relationship between the parties, decrees that the death of the agent or the principle will automatically terminate the contract, unless otherwise understood from the contract or the nature of the work, in Article 513 of the TCO. However, in the event of the death of one of the parties, in cases where the interests of the principle need to be protected, it should be stated that the contract of mandate will continue as a reflection of the obligation of loyalty and honest behavior after the contract, as per TCO Art. 513/II. It is also possible to mandatum post mortem power of agent, in which the agent will carry out the work or transaction that is the subject of the agent after the death of the principle. In our opinion, this power of agent is a testamentary disposition.

The contract of employment will automatically terminate with the death of the employee (TCO Art.440). General consequences related to the termination of the contract is regulated in TCO Art.442 and 443. Accordingly, all debts arising from the contract will become due with the termination (TCO Art.442/f.1). This provision shall also apply to death. However, the moment of maturity might be postponed under certain conditions by contract (TCO Art.442/f. 2 and 3). There is no obstacle to the execution of the contract regarding the postponement of the moment of maturity with the heirs of the employee. The other consequence of the termination is the mutual return of the things that the employee and the employer have received from each other within the scope of the performance of the contract or, if any, the things that the employee or the employer has received from third parties who are not a party to the contract on behalf of the other (TCO Art.443). Undoubtedly, since this principle will also be applied to death, the heirs of the employee will replace the deceased employee as the creditor and debtor of the deceased employee.

In our opinion, the result of the employee's death, which is the equivalent of the employee's duty to work faithfully and dependent on the employer; it is the death indemnity stipulated by the effect of the obligation to protect and look after the employee spread over the area after the contract (TCO Art.440). Although it is regarded as death compensation, the mention payment is not a compensation in the technical sense.

Another issue we examined in our study is, whether the death compensation in the TCO will be paid to the relatives of the employee working within the scope of the Labor Law, the Press Labor Law and the Maritime Labor Law, which are special laws against the TCO. Although there are disputes in the doctrine on this subject, our opinion is that both death compensation and severance pay should be paid to employee' working within the scope of the Labor Law and the Maritime Labor Law. Since the death compensation is clearly regulated for employees who are subject to the Press Labor Law (Press Labor Law Art.18), it would be appropriate to conclude the opposite. The mentioned compensation will be paid to the surviving spouse and minor child. In the absence of the persons listed, the payment will be made to the dependents of the employee. It is accepted that the payment should be distributed equally to the survivors.

In the event of the death of the employer, the contract will continue with the heirs of the employer (TCO Art.441/I). In cases where the personality of the employer is taken into account when forming a contract, the contract will automatically terminate with the death of the employer (TCO Art.441/f.2). In our opinion, the purpose of the contract essentially disappears here. The disappearance of the purpose means that the death eliminates the possibility of purposeful performance of the agreed service act. In the doctrine, the nature of the provision in question is discussed and it is emphasized whether a contract on the contrary could be made or not. In our opinion, in cases where the purpose pursued by the contract disappears, it will not be possible to decide otherwise, since the debt will automatically terminate. However, even if the contract is terminated, it will be possible for the employee to demand an equitable compensation in terms of possible damage that may arise due to the early termination of the contract (TCO Art.441/f.2).

In our study, detailed explanations will be made about how the death of one of the parties in contracts that give rise to service obligation effects the primary obligation arising from the contract.

I. GİRİŞ

İş görme borcu doğuran sözleşmeler temelde; eser, vekâlet ve hizmet (iş)¹ sözleşmeleridir. Eser sözleşmesindeki sonuç taahhüdü, vekâlet sözleşmesindeki yoğun güven ilişkisi ve hizmet sözleşmesindeki bağıllık sözleşmelerin ayırıcı unsurlarıdır².

Çalışmamızda ölümün asli edim yükümlülüklerinin ifasına etkisini inceleyeceğimizden konunun daha iyi anlaşılmasını sağlamak açısından asli-yan edim, verme-yapma edimi ve maddi-kişisel edim kavramları açıklanacaktır. Asli edim yükümlülükleri, sözleşmenin niteliğini belirleyen, sözleşmeden beklenen asıl amacı gösteren yükümlülüklerdir. Ancak, yan edim yükümlülükleri, sözleşmenin niteliğini belirlemeyen, asli edime bağlı, ikinci derecede nitelik ve amaç taşıyan edim yükümlülükleridir. Yan edim yükümlülükleri kanundan, sözleşmeden veya dürüstlük kuralından doğabilir³. Ayrıca, bir şeyin verilmesini konu alan edimler verme edimi, bir işin yapılmasını konu alan edimler ise yapma edimleridir. Belirtmelidir ki, borçlunun bedeni ve fikri emeği ile yerine getirilen edimler kişisel edimler (iş görme edimi) olarak nitelendirilirken, malvarlığından yerine getirilen edimler maddi edimler olarak nitelendirilir⁴.

İncelediğimiz iş görme sözleşmelerinde taraflardan birinin asli edimi, maddi ve verme olan para edimi olmakla⁵ birlikte, diğer tarafın asli edimi kararlaştırılan işin görülmesi; yapma edimidir⁶. Bazı iş görme sözleşmelerinde, iş görme borçlusu konumundaki yüklenici, vekil ve işçinin kişisel özellik ve yetenekleri önemlidir. Sözleşmelerde asıl olan, borçlanılan edimin sözleşmeye uygun, şahsen (bizzat) ifa edilmesidir. Zira bu sözleşmelerde, tarafın kişiliği, yetenek, becerisi göz önünde bulundurularak ve ona güvenilerek sözleşme akdedilmektedir. Eser sözleşmesinde bu prensip TBK m.471/III, vekâlet sözleşmesinde TBK m.506 ve hizmet sözleşmesinde TBK m.395'te belirtilmektedir. Bu bağlamda, iş görme borcu doğuran sözleşmelerde, özellikle sözleşme taraflarından birinin ölümünün, sözleşmeden doğan asli borcun ifasına etkisi önemlidir.

Bu doğrultuda, özellikle eser sözleşmesinde, eserin iş sahibi yüzünden ifasının ölüm sebebiyle imkânsızlaşmasını düzenleyen TBK m.485 ve yüklenicinin kişisel özellikleri dikkate alınarak yapılan eser sözleşmesinde yüklenicinin ölümünü düzenleyen TBK m.486 üzerinde durulacaktır. Ancak bu hükümler konuya ilişkin tüm sorularımızı yanıtlamadığından, eser sözleşmesinin ve borçlar hukukunun temel prensiplerinden yola çıkılmalıdır.

Vekâlet sözleşmesinde, taraflardan birinin ölümünün sözleşmeyi kendiliğinden sona erdireceği TBK m.513'de düzenlenmektedir. Zira, ölümün vekâlet ilişkisini kendiliğinden sona erdirmesi, taraflar arasındaki yoğun güven ilişkisinden kaynaklanmaktadır; bunun sonucunda tarafların sözleşmeyi sürdürmesini beklenemez hale dönüştürmektedir.

Son olarak, genel hizmet sözleşmeleri bakımından öncelikle sözleşmeye mutlaka kişisel edimle katılan işçinin ölümü, TBK ve özel kanun niteliğindeki iş kanunları arasındaki bağlantı dikkate alınarak incelenecektir. İşçinin ölümünün sözleşmeye yapacağı etki incelendikten sonra işverenin ölümü üzerinde durulacak ve bu durumda sözleşmenin akıbeti irdelenecektir. Bu bakımdan sözleşmenin işverenin kişisel özellikleri dikkate alınarak yapılıp yapılmadığı ayrımdan yola çıkılacaktır.

II. ESER SÖZLEŞMESİ

A. Genel Olarak

Eser sözleşmesi, yüklenicinin eser meydana getirmeyi üstlendiği ve karşılığında iş sahibinin bedel ödemeyi borçlandığı sözleşmedir⁷. Sözleşmede “eser meydana getirme” yeni eser meydana

¹ Borçlar hukukunda hizmet sözleşmesi terimi, iş hukukunda iş sözleşmesi terimi kullanılmaktadır.

² Farklar için bkz. TANDOĞAN, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt:II, 5. Bası, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2010, s.35 vd; EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 1.Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s.593 vd; ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 17. Bası, Turhan Yayınevi, Ankara 2017, s.482 vd; GÜMÜŞ, M. Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II, 3. Bası, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2014, s.8 vd; AYDOĞDU, Murat/KAHVECİ, Nalan: Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s.751 vd; BÜYÜKAY, Yusuf: Eser Sözleşmesi, 1. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s.43 vd.

³ EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s.32 vd; ANTALYA, Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, 2. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2019, s.61.

⁴ EREN, s.109; ANTALYA, s.100; KOÇAYUSUFPAŞAĞLU, Necip/HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdülkadir: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014, §3, N.5

⁵ İvazsız vekâlet, tek tarafa borç yükleyen sözleşmedir. Burada karşı edimden bahsedilemez. İvazsız vekâlette vekil masraf yaptığında eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşme gündeme gelmekte, müvekkilin masrafları ödeme borcu asli edim niteliğinde olmadığından çalışmada her iki ihtimal ele alınmamıştır.

⁶ Eser sözleşmesi, farklı edim yapısına sahiptir. İş görme sözleşmesi ise de, malzeme yüklenici tarafından sağlandığında yüklenicinin asli edimi yapma ile birlikte eserin mülkiyetini iş sahibine geçirmektedir.

⁷ TANDOĞAN, s.1; YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 9. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2014, s.954; EREN, Borçlar Özel, s.579; GÜMÜŞ, s.4; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.464; YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk, ÖZEN/Burak: Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 16. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2019, s.543; AYDOĞDU/KAHVECİ, s.747.

getirme, eseri değiştirme veya eseri ortadan kaldırma şeklinde gerçekleştirilir. Belirtilmelidir ki, yüklenici sözleşmede eseri meydana getirmeyi taahhüt ettiğinden ayırıcı unsur sonuç taahhüdüdür⁸.

Eser sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen, ivazlı sözleşmedir. Zira eserin yapılmasıyla bedelin ödenmesine ilişkin edimler tarafların asli edim yükümlülükleri olup, bu edimler mübadele ilişkisindedir⁹.

Sözleşmenin hukuki niteliği tartışmalıdır. Hâkim görüşüne göre¹⁰, eser sözleşmesi ani edimli sözleşmedir; yüklenicinin borçlandığı edimin ifası, sürekli olarak zamana yayılmış değildir; edim sonucu, yüklenici tarafından meydana getirilen eserin iş sahibine teslimidir.

B. İş sahibinin Ölümünün Eser Sözleşmesindeki Asli Edimin İfasına Etkisi

İş sahibinin asli edimi, kararlaştırılan bedelin (ücretin) ödenmesidir. Dolayısıyla, eser sözleşmesinde iş sahibi, bir miktar paranın ödenmesi şeklinde verme borcu taahhüdü altındadır. İş sahibi açısından, malvarlığından değer vermek suretiyle maddi edimin ifası söz konusudur¹¹. Belirtmelidir ki, maddi edimin kim tarafından ifa edildiği önemli değildir. Bir başka ifadeyle, kişisel edim söz konusu olmadığı için iş sahibinin kimliği edimin ifasında önemli değildir.

Bu bilgiler ışığında, iş sahibinin ölümüyle ücret ödeme borcu, iş sahibinin mirasçılara geçer; mirasçılar kararlaştırılan ücreti yükleniciye ödemekle yükümlü olur¹². Bu bağlamda, eserin götürü bedel veya yaklaşık bedel olarak kararlaştırılması fark yaratmamaktadır. Buna karşılık, yüklenicinin ücret ödeme borcu ile mübadele ilişkisi içerisindeki eser meydana getirme borcu kural olarak devam eder; yükleniciden söz konusu borcun ifasını talep etmede iş sahibinin mirasçıları hak sahibi olur.

Konuya ilişkin TBK m.485 dikkate değerdir; hüküm iş sahibi yüzünden ifanın imkânsızlaşmasını düzenlemektedir. Hükümün uygulanması için üç temel şart bulunmalıdır. Birincisi, yüklenicinin eseri meydana getirme borcu objektif ve sürekli olarak imkânsızlaşmış olmalıdır. İkincisi, yüklenicinin eser meydana getirme borcu, iş sahibinin riziko alanında gerçekleşen ancak iş sahibinin sorumlu olmadığı sebeplerle imkânsızlaşmış olmalıdır¹³. Üçüncüsü, tamamlanmamış veya tamamlanıp henüz iş sahibine teslim edilmemiş eser söz konusu olmalıdır¹⁴.

Konumuz açısından cevaplandırmamız gereken soru, iş sahibinin ölmesinin söz konusu hükmün kapsamına girip girmediğidir. Bu soruya olumlu yanıt verilmelidir. Zira portresi yapılan iş sahibinin ölümü, onun şahsını ve riziko alanını ilgilendiren objektif nitelikte durumdur ve hükmün kapsamındadır¹⁵. Dolayısıyla, iş sahibinin ölümü TBK m.485 ve TBK m.136 kapsamında ifa imkânsızlığı yaratır¹⁶. Bu bağlamda, TBK m.485'in, TBK m.136'nın özel uygulama alanı olduğunu söyleyebiliriz.

İş sahibinin ölümünde, katıldığımız görüşe göre, eser sözleşmesi kendiliğinden, ileriye etkili sona erer¹⁷. Bu durumda, tarafların eserin tamamlanmamış kısmına ilişkin talepleri söz konusu olmaz. Ancak yüklenici ölüm nedeniyle sözleşmenin sona erdiği tarihe kadar yaptığı işin değerini

⁸ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.954; EREN, Borçlar Özel, s.583; GÜMÜŞ, s.10; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.464; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, Özel Hükümler, s.544; AYDOĞDU/KAHVECİ, s.747.

⁹TANDOĞAN,s.28;YAVUZ/ACAR/ÖZEN,s.961;EREN, Borçlar Özel, s.580; GÜMÜŞ, s.2; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.479; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, Özel Hükümler, s.545; AYDOĞDU/KAHVECİ, s.749; ÜREM, Müge: Eser Sözleşmesinde Erken Dönme, 1.Bası, Oniki Lehva Yayınları, İstanbul 2017, s.28.

¹⁰ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.964; EREN, Borçlar Özel, s.582; GÜMÜŞ, s.2; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.479; ERMAN, Hasan: İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller (BK/365/2), 1. Bası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1979, s.10; ÜREM, s.30.

¹¹ TEKİNAY, S. Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, 7. Bası, Filiz Kitabevi, s.9 vd; ANTALYA, s.100; EREN, s.110; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, §3, N.5; KILIÇOĞLU, Ahmet, M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2016, s.5; TERCIER, Pierre, PICHONNAZ/Pascal, DEVELİOĞLU, H. Murat: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1. Bası, Oniki Lehva Yayınları, İstanbul 2016, N.991; OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, 16. Bası, Vedat Yayınları, İstanbul 2018, s.6.

¹² AKKANAT, Halil: Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi, 1. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004, s.140.

¹³ Benzer şartları taşıyan OR Art.378 için bkz. HONSELL, Heinrich, VOGT, Nedim Peter, WIEGAND, Wolfgang: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art.1-529 OR, Basel 2007, Art.378, N.11; HONSELL, Heinrich: Kurz Kommentar, Obligationenrecht, Basel 2014, Art.378, N.3; BÜHLER, Theodor: Der Werkvertrag, Art.363-379 OR, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art.1-529 OR), ZK-Zürcher Kommentar, Band/Nr. V/2d, Zürich 1998, Art.378, N.14; HUGUENIN, Claire/MÜLLER-CHEN, Markus: Vertragsverhältnisse, Teil:2, Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, Art.319-529 OR, CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3, Basel 2016, Art.378, N.1.

¹⁴ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.967; TANDOĞAN, s.327; BUZ, s.27; ALTAŞ, Hüseyin: Eserin Teslimden Önce Telef Olması, 1. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2002, s.190.

¹⁵AKKANAT, s.145; MEIER-HAYOZ, Arthur/GAUTSCHI, Georg: Der Werkvertrag, Art.363-379 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, BK-Berner Kommentar, Band/Nr. VI/2/3, Bern 1967, Art.378, N.5; BUZ, Vedat: "Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Tamamlama Borcunun İmkânsızlaşması", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. İlhan Öztrak'a Armağan, (1-2), 1994, s.27; GÜMÜŞ, s.108; YAVUZ, s.967; EREN, Borçlar Özel, s.691; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.580.

¹⁶ DEMİR, Banu: Sürekli Eser Sözleşmesi, 1. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2020, s.129.

¹⁷ EREN, Borçlar Özel, s.692; GÜMÜŞ, s.109. Azınlıktaki görüşüne göre, kendiliğinden sona ermez; iş sahibi veya mirasçıları sözleşmeyi feshettiklerini yükleniciye bildirmelidirler. YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.968; BUZ, s.29.

ve eserin meydana getirilmesi için yaptığı masrafları mirasçılardan talep edebilir. Yüklenicinin talep edebileceği ücret ve masrafların hesabına ilişkin doktrinde görüşler mevcuttur.

İlkinde göre, yapılan işin değerine ve yüklenicinin yaptığı masraflara göre ücret belirlenmelidir. Katıldığımız görüşe göre, taraflarca daha önce kararlaştırılmış götürü veya yaklaşık ücret varsa, bu ücret esas alınarak tespit edilmelidir¹⁸. Bu bağlamda, sözleşme ile götürü bedel kararlaştırılmış ve yüklenici de eserin bir kısmını yapmış ise, iş sahibinin mirasçılardan tamamlanan kısmın kararlaştırılan götürü bedel içindeki karşılığının hesaplanarak talep edebilmesi gerekir¹⁹. Yüklenici henüz eserin yapımına başlamadan önce eserin ifası imkânsızlaşmışsa, sözleşme konusu yükümlüğünü yerine getirmek için yaptığı hazırlık masraflarını iş sahibinden talep edebilir²⁰. Ancak iş sahibinin ölümü eser meydana getirildikten sonra ama teslimden önce söz konusu olursa, iş sahibinin mirasçıları sözleşme ile kararlaştırılan bedelin tamamını yükleniciye ödemekle yükümlü olur²¹.

Eserin tamamlanması iş sahibinin ölümü nedeniyle imkânsızlaşır, asıl yüklenicinin alt yükleniciye devrettiği işin tamamlanması da imkânsızlaşır²². Zira asıl iş sahibinin ölümü, asıl yüklenici ile alt yüklenici arasındaki ilişkide, asıl yüklenicinin risk alanında kabul edilir²³. Dolayısıyla, asıl iş sahibinin ölümü halinde, asıl yüklenici, alt yüklenicinin yaptığı işin değerini ve masraflarını ödemelidir. Asıl iş sahibi ile alt yüklenici arasında hukuki ilişki bulunmadığından, alt yüklenici, talebini asıl yükleniciye yöneltir. Burada, alt eser sözleşmesinin sona erme sebebi, iş sahibinin ölümü nedeniyle alt eser sözleşmesinin ifasının imkânsızlaşmasıdır. Asıl yüklenici, alt yükleniciye ödediği bedeli, ölen asıl iş sahibinin mirasçılardan rücu edebilir²⁴.

C. Yüklenicinin Ölümünün Eser Sözleşmesindeki Asli Edimin İfasına Etkisi

Sözleşmede yüklenicinin asli borcu olan eser meydana getirme borcu, yapma borcudur²⁵. Yüklenicinin borçlarını düzenleyen TBK m.471/III'te, TBK m.83'ten ayrılarak, yüklenicinin eseri doğrudan doğruya kendisinin yapması veya yönetimi altında yaptırması gerektiği belirtilmektedir. Ancak, eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşıyorsa, işi başkasına yaptırabileceği düzenlenmektedir. Buna göre, TBK m.471/III hükmünü yorumladığımızda üç durumun varlığından bahsedilebilir.

Birincisinde eser sözleşmesindeki genel kurala göre, yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşımakta olup, eseri doğrudan doğruya kendisinin yapması yani yardımcı kişi kullanamaması söz konusudur. Bu durumda yüklenicinin üstlendiği edim, şahsa bağlı edimdir, mutlak şahsilik ilkesi olarak da ifade edilmektedir²⁶.

İkincisinde, yüklenici eseri bizzat meydana getirmekle yükümlü olmayıp, kendi yönetimi ve denetimi altında bağımlı ifa yardımcısı kullanabilir. Burada önemli olan, ifa yardımcısı kullanılarak daha düşük nitelikte bir eser meydana getirilmemesi, yardımcı kişi kullanımının eserin niteliğini etkilememesi ve işin tamamının ona devredilmemesidir²⁷.

Üçüncüsünde, yüklenicinin kişisel özellikleri iş sahibi açısından önem teşkil etmemektedir. Asıl yüklenici, kendi adına ve hesabına alt eser sözleşmesi yaparak eseri meydana getirme borcunu bağımsız ifa yardımcısı konumundaki alt yükleniciye devredebilir. Alt yüklenici, yardımcı kişiden farklı olarak, bağımsız hareket etme yeteneğine sahip, meslek itibarıyla uzman kişidir²⁸. Bu durumda TBK m.83'teki genel düzenlemeyle uyumlu tablo karşımıza çıkar. Diğer bir ifadeyle, yüklenicinin üstlendiği edimi bizzat ifa etmesinde iş sahibi konumundaki alacaklının menfaati olmadığından kararlaştırılan işin alt yüklenici kullanılarak yapılması mümkündür.

Ayrıma göre, yüklenicinin kişisel özellikleri dikkate alınarak yapılan eser sözleşmesi ile dikkate alınmadan yapılan eser sözleşmesinde ölümün sözleşmeye etkisi farklıdır.

1. Eser Sözleşmesinin Yüklenicinin Kişisel Özellikleri Dikkate Alınarak Akdedildiği Durumlar

Yüklenicinin eseri bizzat veya yönetimi altında meydana getirmeyi taahhüt ettiği²⁹ sözleşmede, ölümün sözleşmenin ifasına etkisi TBK m.486'da düzenlenmektedir. Burada,

¹⁸ Görüşler için bkz. TANDOĞAN, s.196; BUZ, s.30 vd.

¹⁹ ALTAŞ, s.197.

²⁰ BUZ, s.30; TANDOĞAN, s.330.

²¹ GÜMÜŞ, s.109.

Ancak mirasçı kalan eser kullanılabilir nitelikte değilse, TBK m.486/2'nin kıyasen uygulanmasının sonucunda yükleniciye karşılık ödemekten kaçınabilir. BUZ, s.31.

²² ALTAŞ, s.197.

²³ Bkz. ALTAŞ, s.197, dn.93.

²⁴ ALTAŞ, s.198.

²⁵ ANTALYA, s.100; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.9; EREN, s.105; OĞUZMAN/ÖZ, s.6; KILIÇOĞLU, s.5; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, §3, N.5; DEVELİOĞLU, N.122; ÜREM, s.42.

²⁶ EREN, Borçlar Özel, s.603.

²⁷ AVCI, s.308.

²⁸ EREN, Borçlar Özel, s.605.

²⁹ GÜMÜŞ, s.110; EREN, Borçlar Özel, s.694; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.580; YAVUZ, s.976; AVCI, Özgür: Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Şahsen İfa Borcu, MÜHF-HAD, 22(3), 2016, s.305 vd; KURŞAT, Zekeriya: "Eser ve Vekalet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükmü", İÜHF, C.LXVII(1-2), 2009, s.160;

sözleşmenin kurulmasından sonra yüklenicinin kişiliğinden kaynaklanan sebeplerle ortaya çıkan ve süreklilik arz eden objektif imkânsızlık durumu hükme bağlanmaktadır³⁰. Yüklenicinin ölümü madde kapsamında ifayı objektif olarak imkânsızlaştıran durum meydana getirir. Doktrinde kabul edilen görüş, hükmün hem tamamlanmamış hem de tamamlanıp teslim edilmemiş eserler bakımından uygulanacağı yönündedir³¹.

Yüklenicinin ölümü kural olarak eser sözleşmesini sona erdirmez³². Ancak, yüklenicinin kişisel özellikleri dikkate alınarak akdedilen eser sözleşmesinde, sözleşme kurulduktan sonra yüklenicinin ölümü gerçekleşirse, TBK m.486 gereğince sözleşme kanun gereği, kendiliğinden, ileriye etkili olarak sona erer³³. İş sahibi, yüklenicinin o zamana kadar yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerini yüklenicinin mirasçılara ödemekle yükümlüdür³⁴. Bu bağlamda, yüklenicinin ölümü sözleşme akdedildikten sonra ancak henüz işe başlamadan önce gerçekleşirse, yüklenicinin mirasçıları yüklenici tarafından yapılan hazırlık faaliyetlerinin masrafını talep edebilir. Yüklenicinin mirasçılara ödenecek bedel, eserin bitmiş kısmının değeriyle tamamlanmış olsaydı taşıyacağı değer arasındaki orantıya göre belirlenmelidir³⁵. Bu şekilde belirlenmesi mümkün olmazsa, yüklenicinin o zamana kadar yaptığı işin ve değerini hesaplanmasında TBK m.481 ve TBK m.483'teki esasların dikkate alınacağı kabul edilmektedir³⁶.

Malzemenin iş sahibi tarafından verildiği durumlarda, henüz tamamlanmamış ve iş sahibi tarafından kullanılması mümkün olmayan eserin kime verileceğine ilişkin, malzemenin ve işin değerine göre TMK m.775'in uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir³⁷. Bu durumda, yüklenicinin yaptığı işin değeri, malzemenin değerinden fazlaysa, malzemenin mülkiyeti işleme yoluyla eseri yapan yükleniciye ait olur. Malzemenin eski sahibi olan iş sahibi, yüklenicinin mirasçılara sadece tazminat veya sebepsiz zenginleşme davası açabilir.

Ancak, yüklenici iş sahibinin tamamlanan kısmından yararlanabileceği eser meydana getirmişse, iş sahibi kabul etmek ve karşılığını ödemekle yükümlüdür. Yüklenicinin ölüm anına kadar meydana getirdiği eser, üçüncü şahıs tarafından tamamlanabiliyorsa, iş sahibi bakımından kullanılabilir olduğu kabul edilmektedir. Ancak, yüklenicinin ölüm tarihine kadar eserin bitirilen kısmının kullanılamaz olduğunun ispatı iş sahibindedir. İspat yükünü yerine getiremediği sürece, tamamlanan kısım için yüklenicinin mirasçılara bedel ödemekle yükümlüdür³⁸.

Son olarak, TBK m.486 gereğince, kişisel özellikleri dikkate alınarak akdedilen eser sözleşmesinin tarafı olan yüklenicinin ölümü, kural olarak iş sahibine tazminat talep etme imkânı vermez³⁹.

2. Eser Sözleşmesinin Yüklenicinin Kişisel Özellikleri Dikkate Alınmadan Akdedildiği Durumlar

Bu tip eser sözleşmesini düzenleyen açık hüküm bulunmadığından, eser sözleşmesinin temel yapısı ve borçlar hukukuna egemen olan ilkeler çerçevesinde sonuca ulaşılmalıdır.

Yüklenicinin kişisel özelliklerinin önem teşkil etmediği ve alt eser sözleşmesinin mevcut olmadığı sözleşmelerde, yüklenicinin ölümüyle birlikte sözleşme kendiliğinden sona ermez. Bir başka ifadeyle, yüklenicinin mirasçıları, bizzat veya yardımcı kişi kullanarak eseri tamamlama yükümlülüğü altına girerler. Mirasçılar söz konusu yükümlülüğün yerine getirilmesi noktasında TMK m.641 gereğince müteselsilen sorumlu olurlar. Buna karşılık iş sahibi ücreti yükleniciye ödemediyse, yüklenicinin mirasçılara ödemekle yükümlüdür⁴⁰.

KILIÇOĞLU, Ahmet M., "Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 32(1), s.189 vd.; KARACA, Osman Umut: "Eser Sözleşmesinin Yüklenicinin Ölümü veya Eseri Tamamlama Yeteneğini Kaybetmesi Sebebiyle Sona Ermesi", Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 8(16), 2018, s.91 vd.

³⁰ HONSELL/VOGT/WIEGAND, BSK, OR, Art.379, N.5; HONSELL, KK, OR, Art.379, N.3; MEIER-HAYOZ/GAUTSCHI, BK; OR, Art.379, N.15; BÜHLER, ZK, OR, Art.379, N.5; HUGUENIN/MULLER-CHEN, CHK, OR, Art.379, N.1; EREN, Borçlar Özel, s.696; GÜMÜŞ, s.111; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.580; BUZ, s.35.

³¹ TANDOĞAN, s.334.

³² AKKANAT, s.142; Yargıtay 15.HD, 22.04.1993. E.1993/1866, K.1993/1907. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (Erişim Tarihi: 10.09.2021)

³³ Yüklenicinin mirasçıları, yüklenicinin ölümünden sonra eserin yapımına devam etmek isterse sözleşme kendiliğinden sona ermez. İş sahibi sözleşmeyi sona erdirmek için bildirimde bulunmalıdır. İşe devam eden mirasçıların fesih hakkı bulunmaktadır. ÖZYÖRÜK, Sezer, İnşaat Sözleşmesi, Yapısı-Feshi, Borçlar Kanunu'nun 371. Maddesine Göre Feshin Sonuçları, 1. Bası, Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara 1988, s.39.

³⁴ TANDOĞAN, s.336. Bu hükmün TBK m.136'nın özel uygulaması görüşü için bkz. BÜYÜKAY, s.228.

³⁵ TANDOĞAN, s.336; Yargıtay 15.HD, 30.11.1979, E/K.1709/2437. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (Erişim Tarihi: 10.09.2021).

³⁶ Görüş için bkz. TANDOĞAN, s.329.

³⁷ Görüş için bkz. TANDOĞAN, s.337.

³⁸ Bkz. BUZ, s.37.

³⁹ Yüklenicinin hayatını sonlandırması bazı yazarlarca iş görme yeteneğini kusuruyla ortadan kaldırır ve tazminat imkânı verir. Bkz. GÜMÜŞ, s.113.

⁴⁰ TBK m.484 iş sahibi tarafından kullanılabilir imkândır. Bkz. SEÇER, Öz: Eser Sözleşmesinin İşsahibi Tarafından Tam Tazminatla Feshi, 1. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s.82.

3. Alt Eser Sözleşmesi Akdedildiği Durumlarda Alt Yüklenicinin Ölümü

Yüklenici kararlaştırılan edimin ifasını bağımsız ifa yardımcısı konumundaki alt yükleniciye bırakabilir. Bu şekilde akdedilen eser sözleşmesinde, işin alt yükleniciye devri üç şekilde olabilir: işin alt yükleniciye devri sözleşmede açıkça kararlaştırılabilir, iş sahibinin rızasıyla devir söz konusu olabilir veya işin niteliği başkası tarafından yapılmasına elverişli olabilir⁴¹. Bu durumda, asıl yüklenici, alt yükleniciyle ayrı alt eser sözleşmesi yapmakta ve burada iş sahibi konumunda olmaktadır.

Kural olarak, asıl yüklenici ile alt yüklenicinin mirasçıları arasında borç ilişkisi devam etmekte olup, alt yüklenicinin mirasçıları kararlaştırılan şekilde söz konusu esere ait işi yapmakla yükümlüdürler ve asıl yükleniciden ücret talep etme hakları bulunmaktadır. Buna karşılık, alt yüklenicinin kişisel özellikleri önemliyse, alt yüklenicinin ölümüyle onunla akdedilen alt eser sözleşmesi sona erer.

Alt yüklenicinin ölümünün asıl iş sahibine etkisini açıklamak için, öncelikle asıl iş sahibi ile alt yüklenici arasındaki ilişkinin niteliği ortaya konmalıdır. Asıl iş sahibi ile alt yüklenici arasında eser sözleşmesi mevcut olmadığından tarafların birbirine borcu bulunmamaktadır. Dolayısıyla, nisbik ilkesi gereğince, asıl iş sahibi alt yükleniciye doğrudan başvurarak eserin meydana getirilmesini isteyemez, talebini ancak asıl yükleniciye ileri sürebilir.

Prencip bu olmakla birlikte, istisnaları mevcuttur. Alt yüklenicinin, asıl yüklenici tarafından kendisine verilen işleri yapacağına ilişkin sözleşme ile asıl iş sahibine taahhütte bulunduğu veya asıl yüklenici ile alt yüklenici arasındaki sözleşmenin tam üçüncü kişi yararına yapıldığı (asıl iş sahibi yararına) durumlarda, alt yüklenicinin mirasçıları, asıl iş sahibine karşı TBK m.129 gereğince sorumlu olur. Bu istisnai durumlar dışında, asıl iş sahibinin doğrudan ölen alt yüklenicinin mirasçılarına talepte bulunması mümkün değildir.

Bir görüş⁴², vekâlet sözleşmesine ilişkin TBK m.507/III'ün kıyasen eser sözleşmesine de uygulanabilir olduğunu savunmaktadır. Burada eser sözleşmesinde asıl iş sahibi, kendi yüklenicisine karşı ileri sürebileceği tüm hakları alt yükleniciye karşı ileri sürebilir⁴³.

III. VEKÂLET SÖZLEŞMESİ

A. Genel Olarak

Vekâlet sözleşmesi, vekil ile müvekkil arasında yapılan, vekilin özel güven ilişkisine dayanarak, müvekkil adına ve hesabına iş veya hizmeti ücretsiz veya sözleşme ya da teamül gereği ücretli olarak üstlendiği sözleşmedir⁴⁴. Vekilin hizmeti karşılığında ücret ödenmesi kararlaştırılmışsa, edimler asli edim niteliğinde ve mübadele ilişkisi içerisinde olacağından tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme söz konusu olur. Buna karşılık ücretsiz vekâlet sözleşmesinde, sözleşmenin kurulması ile müvekkil hemen borç altına girmez. Vekilin müvekkil lehine iş görme sürecinde masraf yapması halinde, müvekkil masrafları karşılamakla yükümlüdür. Bir başka ifadeyle, ücretsiz vekâlet sözleşmesinde, müvekkilin borç altına girmesi, vekilin iş görme sırasında masraf yapması şartına bağlıdır⁴⁵.

Bu noktada, TBK m.502/II'de vekâlete ilişkin hükümlerin, niteliklerine uygun düştüğü ölçüde, kanunda düzenlenmemiş diğer iş görme sözleşmelerine uygulanacağı belirtilmektedir. Dolayısıyla, isimsiz sözleşmelerde taraflardan birinin ölümünün sözleşmenin ifasına etkisi bakımından vekâlet sözleşmesine ilişkin TBK m.513 iş görme sözleşmesinin niteliğine uyduğu ölçüde uygulanır⁴⁶. Vekâlet sözleşmesinde ölüme ilişkin düzenlemenin niteliğe uygun düşmediği hallerde nasıl hareket edilmesi gerektiği düzenlenmemektedir.

Kanaatimizce, burada öncelikle borçlar hukukunun genel ilkelerinden yola çıkılıp tarafların iradeleri güven teorisi çerçevesinde yorumlanarak sözleşmedeki boşluk doldurulmalı, sonuç alınmıyorsa TMK m.1 gereğince kural yaratılarak sözleşme boşluğu doldurulmalıdır.

B. Vekilin ve Müvekkilin Ölümünün Vekâlet Sözleşmesindeki Asli Edimin İfasına Etkisi

1. Vekâlet Sözleşmesinin Kendiliğinden Sona Ermesi

Müvekkilin asli edimi sözleşme veya teamül gereği kararlaştırılan ücreti ödemek, vekilin ise kararlaştırılan işi görmektir (TBK m.502/III). Tarafların ölümünün sözleşmeden doğan asli borçlarının ifasına etkisi TBK m.513'de düzenlenmektedir. Sözleşmeden veya işin niteliğinden aksi

⁴¹ EREN, Borçlar Özel, s.605.

⁴² YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.983; Aksi görüş için bkz. GÜMÜŞ, s.15.

⁴³ Asıl iş sahibine tanınan doğrudan talep hakkında bilgi için bkz. YAVUZ, Cevdet: Türk-İsviçre ve Fransız Medeni Hukuklarında Dolaylı Temsil, 1. Bası, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1983, s.73.

⁴⁴ TANDOĞAN, s.355 vd; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.1119 vd; EREN, Borçlar Özel, s.688 vd; GÜMÜŞ, s.121 vd; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s.599 vd; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, Özel Hükümler, s.637 vd; AYDOĞDU/KAHVECİ, s.776 vd.

⁴⁵ DURAL, Mustafa, SARI, Suat: Türk Özel Hukuku Cilt I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanun'un Başlangıç Hükümleri, 11. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016, N.1122; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.1119; EREN, Borçlar Özel, s.699; GÜMÜŞ, s.123; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s.599.

⁴⁶ EREN, Borçlar Özel, s.707; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s.612; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.1127; GÜMÜŞ, s.131.

anlaşılmadıkça, sözleşme vekilin veya müvekkilin ölümüyle kendiliğinden sona erer. Bir başka ifadeyle, müvekkilin veya vekilin ölümüyle sözleşme taraflarının açık irade beyanında bulunması gerekmeksizin, kendiliğinden sona ermektedir⁴⁷. Burada ölümün sona erme nedeni olarak düzenlenmesi, sözleşmedeki yoğun güven ilişkisinin varlığı sebebiyle, sözleşmeden doğan hak ve borçların tarafların kişiliğine bağlılığından kaynaklanmaktadır⁴⁸. Zira müvekkil bilgisine, tecrübesine ve itibarına güven duyduğu kimseyi vekil olarak belirlemekte ve işin görülme usulüne ilişkin talimatlar vermektedir⁴⁹. Vekil ise, duyulan güven çerçevesinde işi bizzat kendisi yapmakla yükümlüdür. Bu bağlamda, müvekkilin ölümü iş görmenin yapılma usulüne ilişkin iradeyi ve menfaati ortadan kaldırır⁵⁰. Vekilin ölümü de, iş görme borcunun bizzat ifasını ortadan kaldırır.

Sözleşmenin ölüme bağlı olarak kendiliğinden sona ermesiyle birlikte, sözleşmeden doğan haklar ve borçlar külli halefiyet prensibi uyarınca ölen kişinin mirasçılara geçer. Buna göre vekil, ölüm anına kadar iktisap etmiş olduklarını, müvekkilin mirasçılara devretmekle yükümlüdür. Vekil de masrafların karşılanmasını ve üçüncü kişilerle yapmış olduğu işlemler nedeniyle ortaya çıkan borçlardan kurtarılmasını ve yaptığı işlemlerle orantılı ücretin ödenmesini müvekkilin mirasçılarının talep edebilir⁵¹. Dolaylı temsilde ise, TBK m.509 gereğince, vekilin kendi adına ve müvekkil hesabına gördüğü işlerden doğan üçüncü kişilerdeki alacağı, müvekkilin mirasçılarının vekile karşı bütün borçlarını ifa ettiği anda, kendiliğinden müvekkilin mirasçılara geçer.

Belirtmelidir ki, TBK m.513/II de önem teşkil etmektedir. Buna göre, müvekkilin ölümüyle vekâletin kendiliğinden sona ermesi, müvekkilin mirasçılarının menfaatini tehlikeye düşürüyorsa, müvekkilin mirasçılarını işleri kendi başına yürütebilecek duruma gelinceye kadar, vekil vekâleti ifa etmekle yükümlüdür.

Kanaatimizce, düzenleme sözleşme sonrası dürüst davranma borcunun kanuni düzenlemeye konu olduğu haldir. Doktrinde, yükümlülüğün vekilin sadakat borcundan kaynaklanan ve kanuna dayanan iş görme borcu olduğu ifade edilmektedir⁵². Tarafların sözleşme müzakerelerinde birbirlerinin şahıs ve malvarlığını koruma, aldatici davranışlardan kaçınma gibi dürüstlük kuralından doğan yükümlülükleri bulunmaktadır. Benzer şekilde, tarafların sözleşme sona erdikten sonra da birbirlerine dürüstlük kuralından doğan yükümlülükleri bulunmaktadır.

Düzenlemenin uygulanması için birtakım şartlar aranmaktadır⁵³. Bunlar, vekâlete konu işin niteliği bakımından işe devam edilmesinin mümkün olması, müvekkilin ya da mirasçılarının menfaatinin tehlikeye uğraması ve bu sebeple zararın doğma ihtimalinin varlığı ve vekâletin vekilin mirasçılar tarafından görülmesinin olanaklı olmamasıdır⁵⁴. Bu yükümlülüğü yerine getirmemesi durumunda vekil, TBK m.506 gereğince sadakat borcuna aykırılık sebebiyle müvekkilin mirasçılarının uğradığı zararı tazminle yükümlüdür⁵⁵.

Doktrinde bir görüşe göre⁵⁶, vekâlet ilişkisinin ölümden sonra devamına ilişkin TBK m.513/II'nin mevcudiyetine gerek bulunmamaktadır. Gereğesi, vekâletten doğan borcun ölümden sonra da ifasının mümkün olduğu takdirde, ölenin mirasçılara külli halefiyet ilkesi gereği intikal eden vekâlet borcudur.

Katıldığımız görüşe göre ise⁵⁷, vekâlet ilişkisinin işin niteliği gereği devam etmesine ilişkin TBK m.513/I ile müvekkilin menfaatinin tehlikeye düşmesi sebebiyle vekâletin geçici süre devamını düzenleyen TBK m.513/II farklı düzenlemelerdir. Zira TBK m.513/I, sözleşme veya işin niteliği gereği sözleşmenin sona ermesi söz konusu değilse uygulanır; işin tamamlanmasına kadar devam eder. Oysa TBK m.513/II'ye göre, müvekkil veya mirasçılar işe devam edene kadar vekâlet ilişkisinin devamı söz konusudur. Dolayısıyla, her iki hüküm farklı olasılıklar dikkate alınarak ve farklı işlevleri olduğu düşünülerek düzenlenmiştir.

Ayrıca, TBK m.514'e değinilmelidir. Vekilin sözleşmenin sona erdiğini öğrenmeden önce yaptığı işlerden, müvekkilin veya mirasçılarının sözleşme devam ediyormuş gibi sorumlu olacağı düzenlenmektedir. Hükmü uyarladığımızda, müvekkilin ölümünü bilmeden, vekâlet ilişkisi devam

⁴⁷ Yargıtay 14.HD, 26.06.2014, E.2014/7407, K.2014/8645 (Erişim Tarihi: 12.09.2021).

⁴⁸ Yargıtay 8.HD, 15.5.2012, E.2012/3860, K.2012/4292. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (Erişim Tarihi: 12.09.2021).

⁴⁹ SARI, Suat: Vekâlet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi, 1.Bası, Beşir Kitabevi, İstanbul 2004, s.28.

⁵⁰ SEÇER, Öz: "Vekâlet Sözleşmesinin Vekâlete Özgü Sebeplerle Sona Ermesi", İnÜHFD, 2, 2015, s.910; TANDOĞAN, s.647.

⁵¹ KAYIHAN, Şaban, ÜNLÜTEPE, Mustafa: "Vekâlet Sözleşmesinin Kendine Özgü Sona Erme Sebepleri", FSM İlimi Araştırmalar İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi, 3, 2014, s.192.

⁵² TANDOĞAN, s.660; KAYIHAN/ÜNLÜTEPE, s.207.

⁵³ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.1190; GÜMÜŞ, s.203; EREN, Borçlar Özel, s.737; KAYIHAN/ÜNLÜTEPE, s.204; TANDOĞAN, s.660.

⁵⁴ HAUSHEER, Heinz/FELLMANN, Walter: Der einfache Auftrag Art.394-406 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, BK-Berner Kommentar, Band/Nr. VI/2/4, Bern, 1992, Art.405, N.108; HUGUENIN/MULLER-CHEN, CHK, OR, Art.405, N.8; Yargıtay 3.HD, 03.04.2001, E.2001/2647, K.2001/2987. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (Erişim Tarihi: 15.09.2021).

⁵⁵ TANDOĞAN, s.662; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.1190; ÖZKAYA, Eraslan: Vekâlet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması, 2. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2005, s.644.

⁵⁶ GÜRİSOY, Kemal Tahir: Vekâlet Akdinin Ölüm Sebebiyle Sona Ermesi ve Sonuçları, Temsil ve Vekâlete İlişkin Sorunlar Sempozyumu, İstanbul 1977, s.16

⁵⁷ TANDOĞAN, s.659.

ediyormuş gibi işlemler yapan iyiniyetli vekilin, ölümü öğrendiği tarihe kadar yapacağı işlemler geçerlidir. Müvekkilin mirasçılarını hak sahibi yapabilir veya borç altına sokabilir. Müvekkilin ölümünü öğrenen vekil, öğrenmeden sonra yaptığı işlemler bakımından vekâletsiz iş görme hükümleri uyarınca mirasçılardan talepte bulunabilir⁵⁸. Vekilin üçüncü kişiyle işlem yaptığı durumlarda, vekilin ve işlem yaptığı kişinin ölümü bilip bilmediğinin araştırılması ve yapılan işlemin akibetinin buna göre belirlenmesi gerektiği Yargıtay uygulamasında kabul edilmektedir⁵⁹.

2. Alt Vekalet Sözleşmesi Akdedildiği Durumlarda Ölümün Etkisi

Vekilin işi şahsen yerine getirme borcu söz konusu olsa da, kanun üç halde, işi alt vekile yaptırmasına izin vermektedir. Bunlar; müvekkilin vekile alt vekil atmasına ilişkin yetki vermesi, durumun alt vekâleti zorunlu kılması ve teamülün gerekli kılması halleridir (TBK m.506/I).

Alt vekâlet durumunda; vekil ile alt vekil arasındaki ilişki, vekil ile müvekkil arasındakinden bağımsızdır. Müvekkil ile alt vekil arasında doğrudan sözleşme ilişkisi mevcut olmadığından müvekkil, kural olarak alt vekile karşı alacak hakkına sahip olmaz. Ancak TBK m.507/III'ün de göz incelenmesi gerekir. Zira müvekkil, asıl vekil ile alt vekil arasındaki ilişkiye yabancı olsa bile, asıl vekilin alt vekile karşı sahip olduğu hakları doğrudan alt vekile ileri sürebilir. Müvekkilin alt vekilden talep edebilecekleri asıl vekilin alt vekilden talep edebileceğinden fazla olamamaktadır. Ancak, alt vekil de alt vekâlet sözleşmesinden kaynaklanan ve asıl vekile karşı ileri sürebileceği itiraz ve def'ileri müvekkile karşı ileri sürebilir⁶⁰.

Belirtilmelidir ki, alt vekâlet sözleşmesi nedeniyle müvekkile TBK m.507/III gereğince tanınan doğrudan talep hakkı sadece müvekkile tek taraflı tanınmaktadır⁶¹. Asıl vekilin ölümüyle alt vekil, alt vekâlet sözleşmesinden kaynaklanan ücret alacağı veya yaptığı masraflar için müvekkilden talepte bulunamaz. Taleplerini alt vekâlet sözleşmesinin tarafı asıl vekile⁶² ve asıl vekil ölmüşse, asıl vekilin mirasçılarına yöneltmelidir. Belirtilmelidir ki, asıl vekilin ölümüyle, önceden belirlenmiş alt vekilin vekâleti devam eder. Ancak, müvekkil alt vekili azledebilir veya onun vekâletini asıl vekâlete dönüştürebilir⁶³.

3. Vekâlet Sözleşmesinin Ölümüne Rağmen Devam Etmesi

TBK m.513 tamamlayıcı nitelikte olduğundan, sözleşmeden veya işin niteliğinden kaynaklı olarak ölüm halinde de sözleşme mirasçılarda devam ettirilebilir.

a. Sözleşme Gereği Vekâletin Devam Etmesi

Ölenin mirasçılarıyla sağ kalan taraf anlaşarak ilişkiyi sürdürebilirler⁶⁴. Ancak vekâletin konusunu oluşturan iş uygun olmalıdır⁶⁵. Vekil uzmanlığı, bilgisi veya tecrübesi sebebiyle seçildiğinden, ölüme vekâletin devamı çoğunlukla müvekkilin ölümü için kararlaştırılmaktadır⁶⁶. Zira vekilin ölümünde işin onun mirasçıları tarafından yerine getirilmesi mümkün değildir⁶⁷.

Belirtilmelidir ki, taraflar vekâletin ölümden sonra devam edeceğine ilişkin, sözleşmeye hüküm koyabilirler. Bu hüküm sözleşmede mevcut olsa dahi, vekilin veya müvekkilin mirasçıları her zaman sözleşmeyi sona erdirebilir⁶⁸.

Vekil, vekâlet konusunu müvekkilin ölümünden sonra yapacaksa, bu ölümden sonra başlayan vekâlet (mandatum post mortem) olarak adlandırılmaktadır⁶⁹. Bu ihtimalde, müvekkilin hakları mirasçılara geçmektedir. Mirasçılar, vekile yeni talimat verebilir veya TBK m.512'ye dayanarak sözleşmeyi tek taraflı sona erdirebilirler⁷⁰.

Müvekkilin ölümünden sonra işin yerine getirilmesi için verilen vekâletin hukuki niteliği tartışmalıdır.

Bir görüşe göre⁷¹, bu vekalet sağlararası işlemdir. Vasiyetnameye ilişkin şekle bağlı tutulmamalı, ölümden sonra mirasçılar tarafından tek taraflı olarak sona erdirilebilmelidir. Yargıtay⁷² bunun sağlararası işlem niteliğinde, ölüme bağlı üçüncü kişi yararına sözleşme kapsamında olduğunu ve ölüme bağlı bağışlama ile TBK m.290'ın dışında tutulması gerektiğine

⁵⁸ KAYIHAN/ÜNLÜTEPE, s.177.

⁵⁹ Yargıtay 1.HD, 21.10.2008, E.2008/5335, K.2008/10549. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (Erişim Tarihi: 10.09.2021).

⁶⁰ EREN, Borçlar Özel, s.721.

⁶¹ GÜMÜŞ, s.145. Kanun gereği vekâlet veren ile alt vekil arasında tek yönlü yasal borç ilişkisi mevcuttur. Görüşler için bkz. ERLÜLE, Fulya: Alt Vekâlet, Prof. Dr. Selahattin Sulhi Tekinay'ın Anısına Armağan, İstanbul 1999, s.265.

⁶² ERLÜLE, s.267.

⁶³ TANDOĞAN, s.655.

⁶⁴ AKKANAT, s.143.

⁶⁵ KAYIHAN/ÜNLÜTEPE, s.193.

⁶⁶ ÖZKAYA, s.643

⁶⁷ KAYIHAN/ÜNLÜTEPE, s.193; SEÇER, s.911; TANDOĞAN, s.655.

⁶⁸ YİBGK. 1938/20 E., 1940/87 K., 7.12.1940 Tarihli Karar; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (Erişim Tarihi: 15.09.2021)

⁶⁹ HAUSHEER/FELLMANN, OR, Art.405, N.72; HUGUENIN/MULLER-CHEN, CHK, OR, Art.405, N.9; YAVUZ, s.1189; KAYIHAN/ÜNLÜTEPE, s.194; SEÇER, s.913.

⁷⁰ SEÇER, s.913.

⁷¹ GÜRSOY, s.31.

⁷² Yargıtay HGK, 29.11.2006, E.2006/3-754, K.2006/757. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (Erişim Tarihi: 15.09.2021)

hükmetmiştir. Saklı paylı mirasçılarının kazandırmanın risklerine karşı korunması gerektiğini belirtmiştir.

Diğer görüşe göre⁷³, TBK m.290 kıyasen uygulanmalı ve ölüme bağlı tasarruf şekline uyulması gerektiği benimsenmelidir.

Son görüş⁷⁴, bunun ölüme bağlı tasarruf olduğunu ve ölüme bağlı tasarruflar için öngörülen şekle bağlı yapılması gerektiğini, mirasçılarının ise her zaman sözleşmeyi sona erdirmeye imkânının bulunduğunu savunmaktadır.

Katıldığımız son görüşe göre, işlem ölüme bağlı tasarruftur, çünkü kişinin sağlığında değil; ölümünden sonra sonuç doğurmak üzere yapılır. Burada da, verilen vekâlet ölümünden sonra işin yapılması için verilmektedir; ölüm olgusu hukuki sebeptir. Şekil ve ehliyet açısından ölüme bağlı tasarrufların şartlarına tabidir. Dolayısıyla, ölüme bağlı tasarrufun iptali sebeplerinden biri mevcut olmadığı takdirde, vekâlet sözleşmesi hükümleri mirasçılar açısından uygulanacaktır. Ancak, vekil işi görürken özen yükümlülüğüne aykırı davranırsa, mirasçılar TBK m.512 uyarınca vekâlet ilişkisini sona erdirebilir. Ayrıca, işlemin olumsuzluklarına karşı saklı pay kuralları uygulanabilir, mirasçılar işleme karşı korunabilir.

b. İşin Niteliği Gereği Vekâletin Devam Etmesi

Sözleşmesinin konusu maddi fiil olup şahsen ifa yükümlüsü vekilin ölümünde, işin yapılması imkânsızlaşmaktadır. Buna karşılık, hukuki işlemi konu alan vekâlet sözleşmesinin, müvekkilin ölümünden sonra da devamı mümkündür⁷⁵. Bu durum özellikle hukuki işlem vekâleti niteliğindeki bankacılık faaliyetleri ve ticari işlerde görülmektedir⁷⁶. Nitekim YHGK'nın⁷⁷ kararında, taşınmaz satış vaadinde bulunanın, bedeli tamamen aldıktan ancak satış vadinin ifası ve tapuda gerekli işlemlerin yaptırılması için vekâleti vermesinden sonra ölümünde, vekâletin işin niteliği gereği devam edeceği ve vekilin gerekli işlemlerin yapılması için talepte bulunabileceği belirtilmiştir.

Uygulamada karşılaşılan durumlardan biri, müvekkilin sağlığında avukata verdiği vekâletin ölümle sona erip ermeyeceğidir. İsviçre mahkeme kararlarında⁷⁸, malvarlığındaki haklara ilişkin davalarda, müvekkilin ölümüne rağmen işin niteliği gereği vekâletin devam etmesi gerektiğine hükmedilmiştir. Yargıtay kararlarında ise⁷⁹, müvekkilin sağlığında düzenlediği vekâletnameyle yetkili kıldığı avukat, müvekkilin ölümünden sonra dava açamaz. Müvekkilin dava açıldıktan sonra ölmesi halinde, dava son aşamada olsa bile vekâlet ölümle sona erer. Ancak, Yargıtay isabetli olarak, TBK m.513/II'nin göz ardı edilmemesi gerektiğini ve kararın temyiz veya istinaf edilmesi gibi müvekkilin menfaatinin tehlikeye düşme ihtimalinin söz konusu olduğu durumlarda vekilin bir süre daha vekâlet ilişkisine devam etmesi gerektiğini belirtmektedir. Kanaatimizce, müvekkilin avukata sağlığında vermiş olduğu vekâletin ölümle sona erdiğini kabul etmek gerekir. Böylesi durumda müvekkilin mirasçıları davaya dâhil edilmelidir. Müvekkilin mirasçıları isterlerse vekile yeniden vekâlet vererek, vekilin davaya devamını sağlamalıdır.

IV. HİZMET (İŞ) SÖZLEŞMESİ

A. Genel Olarak

Hizmet sözleşmesi TBK m.393 ve 447 arasında düzenlenmektedir. İşçinin belirli veya belirli olmayan süre için işverene bağımlı olarak iş görmeyi üstlendiği, işverenin ise zamana veya yapılan işe göre ücret ödediği sözleşmedir⁸⁰.

Sözleşmenin ilk unsuru işçinin bir süre için işverene bağımlı şekilde iş görmesidir. İşveren ise işçinin, fiziki veya zihni gücünden, emeğinden faydalanmaktadır⁸¹. Ayrıca hizmet edimi işverenle bağımlılık ilişkisi içinde gerçekleşmektedir. Bağımlılık, hizmet sözleşmesini diğer iş görme sözleşmelerinden ayırmaktadır⁸². Bağımlılık işçinin işverene işin görüleceği yer, zaman ve ast üst ilişkisinde görülmektedir⁸³. Diğer unsur, hizmetin veya vadinin ivaz karşılığında gerçekleşmesidir. Son unsur ise tarafların anlaşması veya karşılığın ödenmesini gerektirecek hizmet ilişkisidir. Tarafların borçları değişim içinde olduğundan tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmedir.

⁷³ OĞUZMAN/ÖZ, s.229, dn.669.

⁷⁴ AKKANAT, s.143; EREN, s.506; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.194, dn. 43c.

⁷⁵ KAYIHAN/ÜNLÜTEPE, s.198.

⁷⁶ GÜMÜŞ, s.203; SEÇER, s.912; KAYIHAN/ÜNLÜTEPE, s.198.

⁷⁷ Yargıtay HGK, 25.09.1981, E.1980/7-2406, K.1981/641. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (Erişim Tarihi: 15.09.2021).

⁷⁸ İsviçre Federal Mahkemesi'nin BGE 75 II 192; BGE 50 II 30 kararları. Kararlar için bkz. TANDOĞAN, s.654.

⁷⁹ Yargıtay 6.HD, 1.2.1990, E.1989/18208, K.1990/988. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (Erişim Tarihi: 15.09.2021).

⁸⁰ REİSOĞLU, Seza: Hizmet Akdi – Mahiyeti, Unsurları, Hükümleri, 1. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1968, s.38; HATEMİ, Hüseyin, SEROZAN, Rona, ARPACI, Abdulkadir: Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Filiz Kitabevi, 1. Bası, İstanbul 1992, s.301; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, Özel Hükümler, s.471; EREN, s.535.

⁸¹ REİSOĞLU, s.39; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s.305; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, Özel Hükümler, s.471; EREN, Borçlar Özel, s.535.

⁸² HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s.305; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, Özel Hükümler, s.471; Yargıtay HGK, 21.2.2018, E.2015/21-139, K.2018/316 sayılı kararında bağımlılık unsuru tanımlanmaktadır. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (Erişim Tarihi: 20.09.2021)

⁸³ EREN, Borçlar Özel, s.535.

Ayrıca işçi asli edim borcunu zaman içerisinde sürekli ifa ettiğinden sürekli edimli sözleşmedir⁸⁴. Öte yandan, işçinin kişiliğine bağlı ve işçi bakımından şahsi niteliktedir. İşveren ise kural olarak maddi edimle katılan taraftır.

B. İşçinin Ölümünün Hizmet Sözleşmesindeki Asli Edimin İfasına Etkisi

TBK, işçinin ölümüyle sözleşmenin kendiliğinden sona ereceğini düzenlemektedir (TBK m.440). Sona ermeyle ortaya çıkacak genel sonuçlar TBK m.442 ve 443'te düzenlenmektedir. Düzenlemede sözleşmenin sona erme biçimi bakımından ayrıma gidilmemiştir⁸⁵. Ölümle sözleşmeden doğan borçlar muaccel olsa da, hükmün devamında belirtildiği üzere muacceliyet anı belirli şartlarda mirasçılarla anlaşarak ertelenebilecektir (TBK m.442). Bu işçiyi koruma düşüncesiyle uyumludur⁸⁶.

Sona ermenin diğer sonucu geri verme yükümlülüğüdür. Sona erme ile taraflar sözleşmenin ifası kapsamında birbirlerinden aldıkları şeyleri iade borcu altındadır. İade borcu taraflardan birinin diğeri hesabına sözleşme tarafı olmayan üçüncü kişilerden aldığı şeyler bakımından da geçerlidir (TBK m.443). Söz konusu kural ölüme de uygulanacağından ölen işçi yerine iade alacaklısı ve borçlusunu işçinin mirasçıları geçecektir.

Bu noktada işçinin ölümüne bağlanan özel sonuçlara değinilmesi gerekir. Belirtilmelidir ki, hizmet sözleşmesinde işçinin borcu şahsi edim niteliği taşımaktadır. Ölümün hizmet sözleşmesini kendiliğinden sona erdiren hallerden biri olarak düzenlenmesi sözleşmenin bünyesine uygundur⁸⁷. Bu nedenle işçinin ölümünden sonra mirasçıları işçi yerine çalışmakla yükümlü değildir⁸⁸.

Ölüm halinde, işveren işçinin sağ kalan eşine, ergin olmayan çocuklarına, bunlar yoksa bakmakla yükümlü olduğu yakınlarına bir miktar para ödeyecektir (TBK m.440/son f.). Yapılacak ödeme ölüm tazminatı olarak adlandırılmaktadır⁸⁹. Belirtilmelidir ki, ölüm tazminatı olarak adlandırılan ödeme telafi edilmesi amaçlanan zarara yönelik ödenmediğinden, teknik anlamda tazminat değildir⁹⁰.

Ödeme açısından ileri sürülen görüş ödemenin kendisini sözleşmenin ard etkisinde gösterdiğidir⁹¹. Bu bakımdan ölüm tazminatı işverenin işçiyi gözetme borcunun⁹² sözleşme sona erdikten sonraya uzamasıdır⁹³. Kanaatimizce, işçinin işverene sadakatle ve bağımlı olarak çalışma borcunun karşılığı olan; işçinin ölümü ile sona ermiş sözleşme sonrası alana yayılan işçiyi koruma ve gözetme borcunun etkisidir. Sözleşme devam ederken işçinin emeğinin karşılığı olan ücreti paylaştığı, kendisinin yakını olarak kabul ettiği kişilerin işçinin ölümü sonrasında düşeceği maddi zorluklardan bir süreliğine de olsa korunması amaçlanmaktadır.

Ölüme denk sonuçlar doğuran ölüm karinesinin söz konusu olduğu durumlarda olayın meydana geldiği andan, gaipliğe hükmedilmesi halinde de son haber alma tarihinden veya yüksek ölüm tehlikesi içinde kaybolma tarihinden itibaren işçinin ölümüne bağlanan sonuçlar doğacaktır⁹⁴. Ancak, hakkında gaiplik kararı verilmiş veya mülki amirin talimatıyla kütüğe ölü kaydı düşülmüş işçinin yaşadığının ortaya çıkması ihtimalinde ödenmiş ölüm tazminatının akıbeti ne olacaktır? Kanaatimizce, işverenin ödediği tazminatı sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanılarak, ödeme yaptığı kişilerden talep edilebilmesi mümkündür.

İncelenmesi gereken diğer husus, TBK'da yer alan ölüm tazminatının, özel kanun niteliğindeki İş Kanunu, Basın İş Kanunu ve Deniz İş Kanunu kapsamında çalışan işçilerin

⁸⁴ HATEMİ/SEROZAN/ ARPACI, s. 307; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, Özel Hükümler, s. 476, OĞUZMAN/ÖZ, s. 12; DOĞAN, Gülmelihat: "Sürekli Borç İlişkilerinde Borçlunun Temerrüdü", Ankara Barosu Dergisi, (4), 2014, s.391.

⁸⁵ YÜREKLİ, Sabahattin, Türk Borçlar Kanununa Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s.339.

⁸⁶ YÜREKLİ, s.341.

⁸⁷ MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI, Muhittin/BAYSAL, Ulaş: İş Hukuku Ders Kitabı, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s.515; AKYİĞİT, Ercan: "Ölüm ve İş İlişkisindeki Yeni Sonuçları", Sicil İş Hukuku Dergisi, (22), 2011, s. 34; ALPAGUT, Gülsevil: "Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasası, Cezaî Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri", Legal İSGHD, 31(8), 2011, s.942; SOYER, M. Polat: "Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin "Yeni" Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi", Sicil İş Hukuku Dergisi, (22), 2011, s.18; ÖZDEMİR, M. Erdem: "Yeni Borçlar Kanununun İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümlerinin 4857 Sayılı Kanun Kapsamındaki İş İlişkilerine Etkisi", Sicil İş Hukuku Dergisi, (27), 2012, s.41.

⁸⁸ SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, 18. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2019, s.790; AKYİĞİT, s.34; EKMEKÇİ, Ömer/YİĞİT, Esra: Bireysel İş Hukuku Dersleri, 2. Bası, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s.528; BASKAN, Esra Ş: "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Ölümün Hizmet Sözleşmesine Etkisi Ve Yeni Bir Tazminat: Ölüm Tazminatı", TBB Dergisi, (104), 2013, s.58.

⁸⁹ ÇELİK/ÇANIKLIOĞLU/CANBOLAT, İş Hukuku Dersleri, 33. Bası, Beta, İstanbul 2020, s.468. Çalışmamızda Basın İş Kanunu'nda kullanılan ölüm tazminatı kavramını kullanacağız.

⁹⁰ ÇELİK/ÇANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.468, dn.1237; AKYİĞİT, ödemenin kanunun miktarını götürüş şeklinde belirlediği ve zarardan bağımsız ölüm tazminatı veya ölüm ödemesi olarak adlandırılabilirliğini belirtmektedir. AKYİĞİT, s.37; Aynı görüş için bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.1129; BAŞKAN, s.64.

⁹¹ SOYER, s.18.

⁹² İşverenin işçiyi gözetme borcuna ilişkin bilgi için bkz. TUNCAY KAPLAN, Emine: "İşverenin Koruma Ve Gözetme Borcunun Kapsamı", Kamu – İş Hukuku ve İktisat Dergisi, 7(2), 2003, s. 138 vd.

⁹³ AKYİĞİT, s.35; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.1128; SÜZEK, s.750.

⁹⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.790; AKYİĞİT, s.34; BASKAN, s.58; KOCAGİL, İpek: "İşçinin Ölümünün İş İlişkisi Bakımından Sonuçları", MÜHF-HAD, 20(1), 2014, s.432.

yakınlarına ödenip ödenmeyeceğidir. Ancak belirtilmelidir ki, Basın İş Kanunu, basın mensubunun ölümünde ödenecek ölüm tazminatını açıkça düzenlediğinden (m.18), kanun kapsamındaki işçinin ölümüyle geride kalanlara TBK’da yer alan düzenleme gereği ayrıca ödeme yapılmayacaktır. Ölüm tazminatının İş Kanunu ve Deniz İş Kanunu kapsamındaki işçilere de ödenip ödenmeyeceği tartışmalıdır⁹⁵.

Doktrindeki görüşlerden ilki, bu kanunlar kapsamında çalışan işçilerin ölümünde de kanunda sayılan kişilere ölüm tazminatının ödenmesi gerektiğidir⁹⁶. Buna göre, ölüm tazminatı, kıdem tazminatının karşılığı olmayıp, ayrıca hak kazanma koşulları ve tazminatların ödeneceği kişiler farklıdır. Öte yandan Basın İş Kanununda kıdem tazminatının yanında ölüm tazminatının da düzenlenmiş olduğundan hareket eden yazarlar, tazminatların nitelik olarak birbirini karşılamadığını savunmaktadır⁹⁷.

Diğer görüşe göre, İş Kanunu ve Deniz İş Kanunu kapsamındaki işçiler bakımından ölüm tazminatı ve kıdem tazminatına aynı anda hak kazanmak mümkün olmayacaktır⁹⁸. Yazarlara göre, Borçlar Kanununun gerekçesinde belirtildiği üzere TBK, İş Kanunu ve Deniz İş Kanunu kapsamında olmayan işçilere uygulanacaktır⁹⁹. Ayrıca Borçlar Kanununun ilgili hükümleri özel kanun niteliğindeki İş Kanunu ve Deniz İş Kanununda hüküm bulunmadığında uygulanacaktır. Oysa iki kanunda da ölümün maddi boyutlarına ilişkin düzenlemeler mevcuttur, öte yandan Borçlar Kanununda getirilen fazlalık İş Kanununa ve Deniz İş Kanununa tabi çalışan işçiler bakımından kaldırılması gereken boşluk oluşturmamaktadır¹⁰⁰.

Son görüşe göre ise, İş Kanunu ve Deniz İş Kanununa tabi işçi kıdem tazminatına hak kazanamıyorsa ölüm tazminatı ödenmelidir¹⁰¹. Bu bakımdan kıdem tazminatı için aranan şartları taşıyan işçinin ölümünde, geride kalanlara sadece kıdem tazminatı ödenecek; aynı işçi bakımından geride kalanların ölüm tazminatından faydalanması mümkün olmayacaktır¹⁰².

Kanaatimizce, hem ölüm tazminatının hem de kıdem tazminatının aynı anda ödenebileceğini savunan görüşe katılmak isabetlidir. Öncelikle işçinin ölümünde kıdem tazminatının ödeneceği kişiler kanuni mirasçılardır (İş Kanunu m.14). Oysa ölüm tazminatı eş ve ergin olmayan çocuk ile bunlar olmadığında işçinin bakmakla yükümlü olduğu kişilere ödenecektir. Ayrıca, kıdem tazminatına hak kazanmak için işçinin en azından bir yıllık kıdeme sahip olması gerekirken, ölüm tazminatında kıdem aranmamaktadır. Tazminata hak kazanacak kişilerin ve şartların farklılığı yanında ödemelerin amacı da farklıdır. Kıdem tazminatında işçinin işyerindeki kıdemi ödüllendirilmekte iken¹⁰³; miktar olarak da oldukça kısıtlı olan ölüm tazminatında işçinin geride bıraktığı, sağken gelirini paylaştığı kimselerin korunması amaçlanmaktadır.

Ölen işçinin ölüm tazminatından yararlanacak yakınları TBK’da belirli sıraya göre sayılmıştır¹⁰⁴. İlk olarak işçinin hayatta kalan eşi ve varsa ergin olmayan çocuğuna ödeme yapılacaktır. Kanunda sözü edilen sağ kalan eş, ölüm gerçekleştiğinde işçinin devam eden evlilik bağı içinde olduğu kişidir¹⁰⁵. Ergin olmayan çocuğun varlığı halinde ödeme ona da yapılacaktır. Ergin olmayan çocuk dışındaki diğer çocukları dışlayan düzenlemenin yerindeliği haklı eleştirilere maruz kalmıştır¹⁰⁶.

İşçinin eşi ve ergin olmayan çocuğu bulunmadığında, ödeme bakmakla yükümlü olduğu kişilere yapılacaktır. Düzenlemede bu kavramdan kimlerin anlaşılması gerektiği konusunda açıklık yoktur. Kabul edilen görüşe göre¹⁰⁷ bu kişilerin tespitinde TMK m. 364’ten yararlanılabilecektir¹⁰⁸. Hükümde sayılanlar işçi tarafından kendilerine yardım yapılmadığı takdirde yoksulluğa düşecek altsoy ve üstsoy kan hısımlarıyla kardeşlerdir¹⁰⁹. Doktrin, bu kişilere işçinin sağlığında gerçek bakım sağlayıp sağlamadığına bakılmaksızın tazminatın ödenmesi gerektiği kabul etmektedir. Bu düşüncenin dayanağı Kanunun yalnızca yükümlülüğün varlığından söz edip fiili bakım şartına yer vermemesidir¹¹⁰.

⁹⁵ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.469; AKYİĞİT, s.37; BASKAN, s.60.

⁹⁶ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.469; SÜZEK, s.749; AKYİĞİT, s.37; SOYER, s.18; CANIKLIOĞLU, Nurşen, İş Kanunu’nun 10. Yılında Belirli Süreli İş Sözleşmesi İle Kısmi Süreli İş Sözleşmesi Ve Uygulamada Yaşanan Sorunlar, 10. Yılında 4857 Sayılı İş Kanunu (Uygulama Sorunları ve Çözüm Önerileri) Sempozyumu, Temmuz 2016, s.174-175; BASKAN, s.61.

⁹⁷ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.469; SOYER, s. 19; CANIKLIOĞLU, s.175.

⁹⁸ ALPAGUT, s.941; EKMEKÇİ/YİĞİT, s.528.

⁹⁹ ALPAGUT, s.942.

¹⁰⁰ ALPAGUT, s.942; EKMEKÇİ/YİĞİT, s.528.

¹⁰¹ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.1130.

¹⁰² MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.1131.

¹⁰³ ÖZDEMİR, s.34.

¹⁰⁴ AKYİĞİT, s.35.

¹⁰⁵ AKYİĞİT, s.34.

¹⁰⁶ AKYİĞİT, s.36.

¹⁰⁷ AKYİĞİT, s.36; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.1130; YÜREKLİ, s.165; BAŞKAN, s.64.

¹⁰⁸ Bakım yükümlülüğünün ahlaki veya sözleşmesel yükümlülüğü de kapsadığına ilişkin tartışmalar için AKYİĞİT, s.36.

¹⁰⁹ Evlatlığın altsoy kapsamında değerlendirildiğine ilişkin bkz. DURAL Mustafa/ÖGÜZ Tufan/GÜMÜŞ Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku C.III, Aile Hukuku, 14. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2019, s.336.

¹¹⁰ AKYİĞİT, s.37.

Bakım yükümlülüğünün kaynağının ne olacağı konusuna kanuni düzenlemede değinilmiş değildir. Kanaatimizce, doktrinde daha önce ifade edildiği gibi, burada adeta destek unsurundan yola çıkılmıştır. Bu bakımdan bakım yükümlülüğünün kaynağının kanun, sözleşme ya da ahlaki ödev olmasına engel bulunmamaktadır¹¹¹. Zira tazminatın amacı işçinin geliriyle destek olduğu ancak ölüm nedeniyle gelirinden pay alamayacak kişilerin bir süreliğine de olsa maddi olarak korunmasıdır.

Ödemenin kime ne oranda yapılacağı düzenlemede açık olmamakla birlikte, eş veya ergin olmayan çocuktan birinin kaldığı durumlarda ödeme geride kalan kişiye yapılacaktır. Eş ve ergin olmayan çocuğun beraber kaldığı durumlarda ise, genel kabul ikisinin eşit şekilde ödemedi pay alacağıdır. Eşin veya ergin olmayan çocuğun olmadığı durumlarda yine işçinin bakmakla yükümlü olduğu kişiler eşit oranda pay alacaktır¹¹².

Son olarak, ölüm tazminatı kapsamında ödemenin ne miktarda yapılacağına değinilmelidir. Ödemeye hak kazanmak için işçinin belirli bir kıdeme sahip olması aranmamakla birlikte, işyerinde ilk günü olan işçinin ölümü halinde işçinin bir aylık ücreti miktarında ödeme yapılacaktır¹¹³. Ancak, kıdem beş yıl ve daha fazla olduğu durumlarda ödenecek miktar işçinin iki aylık ücretidir. Kanunda gösterilen miktar ödemenin alt sınırını gösterdiğinden hükmün nispi emredici özelliği dikkate alınarak geride kalan yakınlar lehine arttırılabilecektir¹¹⁴.

C. İşverenin Ölümünün Hizmet Sözleşmesindeki Asli Edimin İfasına Etkisi

İşverenin ölümünde hizmet sözleşmesinin akıbeti iki farklı ihtimal şeklinde düzenlenmiştir. Kural, işverenin ölümünün hizmet sözleşmesini sona erdirmeyeceği, onun yerine mirasçıların geçeceği yönündedir. Ancak sözleşmenin işverenin kişiliğinin dikkate alınarak yapıldığı istisnai durumlarda sona ereceği düzenlenmiştir. Biz de ölümün sözleşmeye etkisini incelerken öncelikle kural kabul edilen sözleşmenin işverenin mirasçılarına geçtiği durumları; ardından işverenin kişiliği dikkate alınarak yapıldığı ve sona erdiği durumları inceleyeceğiz.

1. Hizmet Sözleşmesinin İşverenin Kişiliği Dikkate Alınmadan Akdedildiği Durumlar

İşverenin ölümünde hizmet sözleşmesi kendiliğinden sona ermeyecek, işverenin yerini mirasçıları alacaktır (TBK m.441/I). Bu, sözleşmede işverenin ediminin malvarlıksal olmasının doğal sonucudur¹¹⁵. Ayrıca, sözleşmenin işyeriyle yapıldığı düşüncesi de bu sonucu gerektirmektedir¹¹⁶. İşverenin yerine külli halefiyet ilkesi gereği mirasçıları geçecektir¹¹⁷. Mirasçılar, mevcut hizmet ilişkileri, işçilerin kıdem, hizmet gibi alacaklarından müteasilen sorumludurlar¹¹⁸. İşçiler de mevcut hizmet borçlarının ifasını mirasçılara karşı gerçekleştirecektir¹¹⁹.

2. Hizmet Sözleşmesinin İşverenin Kişiliği Dikkate Alınarak Akdedildiği Durumlar

Sözleşme kurulurken ağırlıklı olarak işverenin kişiliğinin dikkate alındığı durumlarda ölüm sözleşmeyi kendiliğinden sona erdirecektir (TBK m. 441/f.2). Ağırlıklı olarak işverenin kişiliğinin dikkate alınmasından maksat, ilişkinin bütün temellerinin işverenin kişiliği üzerine kurulması değildir. Burada işçinin kişiliği önemli olmakla beraber ona işverenin şahsi özelliklerinin de asli unsur olarak eklenmesi söz konusudur¹²⁰. İşverenin kişiliğinin dikkate alındığı durumlara örnek: bakıma muhtaç yaşlının ilaçlarının verilmesi, kişisel bakımının yapılması ve evinin temizliği için ücret karşılığında anlaşılmasıdır. Burada iki tarafın üzerinde anlaşma sağladığı amaç mevcuttur. Bu amaç şahsi özellikleri, kişiliği dikkate alınan işverene işçinin ediminin sunulmasıdır. Esasen hizmeti kabul edecek işverenin ölümü sözleşmenin amacını ortadan kaldırmaktadır. Amacın ortadan kalkmasından maksat, sözleşmenin kurulmasının ardından meydana gelen bazı olayların sözleşmenin amacına ulaşmasına olanak vermemesidir¹²¹. İşverenin ölümünde de durum bundan ibarettir. Verdiğimiz örnek incelenirse; ölen işverenin ilaçlarının verilip, bakımının veya temizliğinin yapılması edimlerinin sunumu edimin üzerinde gerçekleşeceği işverenin ölümüyle

¹¹¹ ALPAGUT, s.941.

¹¹² ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.470; AKYİĞİT, s.37; CANIKLIOĞLU, s.176; BAŞKAN, s.64; Ancak burada hüküm içi boşluk bulunduğunu TMK m.5'in atfıyla doldurulması gerektiği savunulmaktadır. Buna göre miras hukuku kuralları rol oynamalıdır. Bkz. YÜREKLİ, s.166.

¹¹³ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.469; AKYİĞİT, s.37; CANIKLIOĞLU, s.175; BAŞKAN, s.62.

¹¹⁴ AKYİĞİT, s.35; SÜZEK, s.528; ÇELİK/CANBOLAT/CANIKLIOĞLU, s. 469; CANIKLIOĞLU, s.175.

¹¹⁵ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.791; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, Özel Hükümler, s.494.

¹¹⁶ AKYİĞİT, s.39.

¹¹⁷ SOYER, s.19; YÜREKLİ, s.169.

¹¹⁸ AKYİĞİT, s.40; Yargıtay 9.HD, 31.03.201, E.2014/721, K.2015/12501. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (Erişim Tarihi: 18.09.2021).

¹¹⁹ AKYİĞİT, s.40.

¹²⁰ YÜREKLİ, s.171. Hizmet sözleşmesi yapılırken işverenin kişiliğinin sözleşme bakımından önem arz eden unsur olduğunun vurgulanması gerektiği kanaatindedir. AKYİĞİT, s.41.

¹²¹ KURT, Leyla Müjde, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (TBK. m.136), 1. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s.99.

mümkün olmayacaktır. Bu durum hizmet ediminin sözleşmenin amacına yönelik ifa¹²² imkânını ortadan kaldırmakta; objektif olarak imkânsızlaştırmaktadır¹²³.

Tartışılan husus, işverenin ölümünde sözleşmenin sonlanmayıp, mirasçılarla devam edeceğinin kararlaştırılıp kararlaştırılmayacağı yani söz konusu kuralın niteliğidir.

Düzenlemenin mutlak emredici olduğunu savunan görüş, işverenin kişiliği dikkate alınarak kurulan sözleşmenin, işverenin ölümüyle sona ermeyeceğini kabul eder. Buna göre düzenleme, işverenin ölümünün sözleşmeyi kendiliğinden sona erdirmeyeceği kuralının istisnasıdır ve istisnanın aksi kararlaştırılmaz¹²⁴.

Hükmün nispi emrediciliğini savunan görüşe göre, işverenin kişiliği dikkate alınarak sözleşmenin kurulduğu durumlarda bile işverenin ölümüyle sözleşmenin mirasçılarla devam edeceği kararlaştırılabilir¹²⁵. Zira İş Kanunlarındaki hükümler işçiyi koruma amaçlıdır ve sözleşmenin işverenin ölümünde de mirasçılarla devamının kararlaştırılabileceğini benimsemek işçi lehinedir.

Kanaatimizce, işverenin kişiliği dikkate alınarak kurulan hizmet sözleşmesinin işverenin ölümüyle sona ermesi açıkladığımız üzere sözleşmeyle güdülen ortak amacın ortadan kalkmasına sebep olur. Bu bakımdan hükmün nispi veya mutlak emredici niteliğinden ziyade borçlunun sorumlu olmadığı objektif ifa imkânsızlığının etkisi önemlidir. Objektif ifa imkânsızlığının sonucu borç kendiliğinden sona erecek¹²⁶; mirasçılarla sözleşmeye devam edilmesi mümkün olmayacaktır. Ancak, işçi ve işverenin mirasçıları arasında yeni sözleşme kurulabilir.

İşverenin kişiliğinin dikkate alındığı sözleşmelerde ölüm halinde mirasçıların işçiyi hakkaniyete uygun tazminat ödeme yükümlülüğü olabilir¹²⁷. Ödenecek tazminatın hakkaniyet tazminatı olduğu kabul edilmekte¹²⁸ ve zarar görme tazminatın koşuludur¹²⁹. İşverenin ölümünde tazminat yükümlüleri mirası reddetmemiş, yoksun kılınmamış yasal ve/veya atanmış mirasçılardır¹³⁰. Tazminatın miktarını belirleyecek hâkim olmakla beraber¹³¹, bu konuda dikkate alınabilecek hususların belirsiz süreli sözleşmelerde fesih ihbar süreleri, belirli süreli sözleşmelerde kalan süre, tarafların ekonomik durumu, işçinin yeni iş bulma süresi gibi durumlar olduğu ileri sürülmektedir¹³².

Kanaatimizce, işverenin ölümü ile sona eren sözleşmede mirasçıların tazminat ödeme borcu altına girmesi hakkaniyet düşüncesinin görünümüdür. Zararın sebebi kendisine herhangi bir kusur atfedilemese de işverenin ölümüdür ve bu noktada zaten işveren karşısında zayıf konumdaki işçinin uğradığı zarar mevcutsa bu mağdur işçiyle paylaşılmalı ve zararın hakkaniyet gerektiren kısmı mirasçılarca giderilmelidir. Belirtildiği üzere, sözleşmenin kalan kısmına ilişkin alacağın tamamının değil, ancak yukarıda sayılan bazı durumların dikkate alınarak zararın bir kısmının tazmin edilmesi paylaşma düşüncesinin yansımasıdır¹³³.

Belirtilmelidir ki, TBK’da yer alan bu düzenleme konuda hüküm barındırmayan diğer iş kanunları karşısında TBK’nın genel kanun olması nedeniyle uygulanır niteliktedir¹³⁴.

V. SONUÇ

Eser sözleşmesini düzenleyen TBK m.486 hükmünü yorumladığımızda, yüklenicinin ölümü kural olarak sözleşmeyi sona erdiren sebep değildir. Ancak, yüklenicinin kişisel özelliklerinin dikkate alındığı eser sözleşmesinde, sözleşme kurulduktan sonra yüklenicinin ölümü gerçekleşirse, TBK m.486 gereğince sözleşme kanun gereği, kendiliğinden, ileriye etkili sona erer. Dolayısıyla, eserin henüz tamamlanmayan kısmına ilişkin tarafların hak ve borçları ortadan kalkar. İş sahibi, yüklenicinin o zamana kadar yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerini yüklenicinin mirasçılarına ödemekle yükümlüdür.

¹²² ŞAFAK, Ema Elif: Teorik Boyutuyla İfa İmkânsızlığı, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2019, s.65.

¹²³ Amacın boşa çıkmasının hukuki sonucuna ilişkin tartışmalar için KURT, s.99 vd.; DALCI ÖZDOĞAN, Nurcihan: “İfa Engelleri Hukukunda Amacın Gerçekleşmesi ve Amacın Ortadan Kalkması”, İnÜHFD, 9(2), 2018, s.292 vd.

¹²⁴ YÜREKLİ, s.172.

¹²⁵ AKYİĞİT, s.41.

¹²⁶ EREN, s.1170.

¹²⁷ ‘... sözleşmenin süresinden önce sona ermesi...’ mehzar kanundaki gibi ‘... vaktinden önce sona ermesi...’ şeklinde anlaşıldığında hem belirli hem de belirsiz süreli hizmet sözleşmelerini kapsayacağı kabul edilmektedir. AKYİĞİT, s.42; YÜREKLİ, s.173.

¹²⁸ AKYÜREK, s.44.

¹²⁹ AKYÜREK, s.44.

¹³⁰ AKYÜREK, s.44; YÜREKLİ, s.174.

¹³¹ Belirli süreli sözleşmelerde tazminatın sözleşmenin kalan süresine ait ücretlerin toplamını geçemeyeceği benimsenmektedir. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.791; Ödenecek tazminatın miktarının belirli süreli iş sözleşmeleri bakımından bakiye süreye ilişkin ücret tutarında tazminat olmadığı, sözleşmenin belirli süre devam edeceğine dair duyulan güven sonucu yapılan masraflar olduğu belirtilmektedir. EKMEKÇİ/YİĞİT, s.528.

¹³² AKYÜREK, s.44; YÜREKLİ, s.175.

¹³³ Hakkaniyet düşüncesi için bkz. TANDOĞAN, Haluk: Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, 1. Bası, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 1981, s.5.

¹³⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.792.

Yüklenicinin kişisel özelliklerinin önem teşkil etmediği ve alt eser sözleşmesinin mevcut olmadığı eser sözleşmelerinde, yüklenicinin ölümüyle birlikte sözleşme kendiliğinden sona ermez; yüklenicinin mirasçıları, bizzat veya yardımcı kişi kullanarak eseri tamamlama yükümlülüğü altına girerler. Mirasçılar yükümlülüğün yerine getirilmesinde TMK m.641 gereğince müteselsilen sorumludurlar. Buna karşılık iş sahibi de ücreti yükleniciye ödemediyse, yüklenicinin mirasçılarına ödemekle yükümlüdür.

Yüklenicinin kişisel özelliklerinin önemli olmadığı alt eser sözleşmesinde, alt yüklenicinin ölümünün sözleşmenin ifasına etkisini incelediğimizde, kural olarak, asıl yüklenici ile alt yüklenicinin mirasçıları arasında borç ilişkisi devam etmektedir. Alt yüklenicinin mirasçıları işi yapmakla yükümlüyken, asıl yükleniciden ücret talep etme hakları da bulunmaktadır. Ancak, alt yükleniciyle yapılan alt eser sözleşmesinde alt yüklenicinin kişisel özellikleri önemliyse, alt yüklenicinin ölümü ile alt eser sözleşmesi sona erer.

Vekâlet sözleşmesinde sözleşmeden veya işin niteliğinden aksi anlaşılmadıkça, taraflardan birinin ölümünün sözleşmeyi kendiliğinden sona erdireceği düzenlenmektedir. Buna göre vekil, ölüm anına kadar iktisap etmiş olduklarını, müvekkilin mirasçılarına devretmekle yükümlüdür. Buna paralel olarak, vekil de yapmış olduğu masrafların karşılanmasını ve üçüncü kişilerle yaptığı işlemler nedeniyle ortaya çıkan borçlardan kurtarılmasını ve yaptığı işlemlerin ücretinin ödenmesini mirasçılardan talep edebilir. Ancak vekilin ölümünde, müvekkilin menfaatinin korunması gerekiyorsa, sadakat yükümlülüğünün ve sözleşme sonrası dürüst davranmanın yansımaları olarak, TBK m.513/II gereğince vekâlet sözleşmesi devam edecektir.

Alt vekil tayininin caiz olduğu vekâlet sözleşmesinde, asıl vekilin ölümünde, önceden belirlenmiş alt vekilin vekâleti devam eder. Ancak, müvekkil alt vekili azledebilir veya onun vekâletini asıl vekâlete dönüştürebilir.

Hizmet sözleşmelerinde sözleşmeye kişisel edimiyle katılan işçinin ölümünde sözleşme kendiliğinden sona erecektir. Ancak hizmet sözleşmesi bakımından sosyal nedenlerle işçinin yanında tavrı takınan kanun koyucu, sözleşmede zayıf konumdaki işçinin geride bıraktığı kişileri korumak istemektedir. Bu bakımdan işçinin ölümüyle kanunda belirli sırayla sayılan kişiler işçinin çalışma süresine bağlı olarak ölüm tazminatına hak kazanacaktır (TBK m.440). Söz konusu ödemeye hak kazanma bakımından işçinin İş Kanunu veya Deniz İş Kanunu kapsamında çalışan işçi olması fark yaratmayacaktır. Ayrıca hizmet sözleşmesine kural olarak şahsa bağlı olmayan edimle katılan işverenin ölümü ise sözleşmeyi sona erdirmeyecek ve işverenin yerini mirasçıları alacaktır. İstisnai de olsa işverenin kişiliği dikkate alınarak yapılan hizmet sözleşmelerinde sözleşme kendiliğinden sona erecek ve bu durumda yine işçi uğradığı zarar mevcutsa bunun mirasçılarca hakkaniyete uygun şekilde giderilmesini isteyebilecektir (TBK m.441).

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazarlar Pelin ÇAVDAR ve Sema AYDIN, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayımlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | The authors, Pelin ÇAVDAR & Sema AYDIN, have not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors' Contributions: Yazarların makaleye katkı oranları eşittir. | Authors' contribution rates to the article are equal.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazarlar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the authors.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazarlar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduklarını ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadıklarını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedirler. | The authors declare that they comply with the scientific, ethical, and quotation rules of İnÜLR in all processes of the paper and that they do not make any falsification of the data collected. In addition, they declare that İnönü University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than İnönü University Law Review

KAYNAKÇA

- AKKANAT, Halil: Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi, 1. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004.
- AKYİĞİT, Ercan: “Ölüm ve İş İlişkisindeki Yeni Sonuçları”, Sicil İş Hukuku Dergisi, (22), 2011, s. 32- 45.
- ALPAGUT, Gülsevil: “Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasası, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri”, Legal İSGHD, 31(8), 2011, s.913-960.
- ALTAŞ, Hüseyin: Eserin Teslimden Önce Telef Olması, 1. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002.
- ANTALYA, O. Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, 2. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2019.
- AVCI, Özgür: “Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Şahsen İfa Borcu”, MÜHF-HAD, 22(3), 2016, s.303-322.
- AYDOĞDU, Murat/KAHVECİ, Nalan: Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
- BASKAN, Esra: “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Ölümün Hizmet Sözleşmesine Etkisi Ve Yeni Bir Tazminat: Ölüm Tazminatı”, TBB Dergisi, (104), 2013, s.55-72.
- BUZ, Vedat: Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Tamamlama Borcunun İmkânsızlaşması”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. İlhan Öztrak’a Armağan, (1-2), 1994, s.23-40.
- BÜHLER, Theodor: Der Werkvertrag, Art.363-379 OR, Kommentar zum SchweizerischenZivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentarzur 1. und 2. Abteilung (Art.1-529 OR), ZK-ZürcherKommentar, Band/Nr. V/2d, Zürich 1998. (BÜHLER, ZK)
- BÜYÜKAY, Yusuf: Eser Sözleşmesi, 1. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.
- CANIKLIOĞLU, Nurşen: İş Kanununun 10. Yılında Belirli Süreli İş Sözleşmesi İle Kısmi Süreli İş Sözleşmesi Ve Uygulamada Yaşanan Sorunlar, 10. Yılında 4857 Sayılı İş Kanunu (Uygulama Sorunları ve Çözüm Önerileri) Sempozyumu, Temmuz 2016, s.159-200.
- ÇELİK, Nuri/CANIKLIOĞLU, Nurşen/CANBOLAT, Talat: İş Hukuku Dersleri, 33. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2020.
- DALCI ÖZDOĞAN, Nurcihan: “İfa Engelleri Hukukunda Amacın Gerçekleşmesi ve Amacın Ortadan Kalkması”, İNÜHFD, 9(2), 2018, s. 285-312.
- DEMİR, Banu: Sürekli Eser Sözleşmesi, 1. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2020.
- DURAL, Mustafa/SARI, Suat: Türk Özel Hukuku Cilt I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, 11. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016.
- DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku, 14. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2019.
- DOĞAN, Gülmelihat: “Sürekli Borç İlişkilerinde Borçlunun Temerrüdü”, Ankara Barosu Dergisi, (4), 2014, s.385-413.
- EKMEKÇİ, Ömer, YİĞİT Esra: Bireysel İş Hukuku Dersleri, 2. Bası, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 1.Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014. (EREN, Borçlar Özel)
- ERLÜLE, Fulya: Alt Vekâlet, Prof. Dr. Selahattin Sulhi Tekinay’ın Anısına Armağan, İstanbul 1999, s.259-269.
- ERMAN, Hasan: İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller (BK/365/2), 1. Bası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1979.
- GÜMÜŞ, M. Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II, 3. Bası, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2014.
- GÜRSOY, Kemal Tahir: Vekâlet Akinin Ölüm Sebebiyle Sona Ermesi ve Sonuçları, Temsil ve Vekâlete İlişkin Sorunlar Sempozyumu, İstanbul 1977, s.1-34.
- HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdulkadir: Borçlar Hukuku Özel Bölüm, 1. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992.
- HAUSHEER, Heinz/FELLMANN, Walter: Der einfacheAuftrag Art.394-406 OR, SchweizerischesZivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, DieeinzelnenVertragsverhältnisse, BK-BernerKommentar, Band/Nr. VI/2/4, Bern 1992. (HAUSHEER/FELLMANN, BK)
- HONSELL, Heinrich: KurzKommentar, Obligationenrecht, Basel, 2014. (HONSELL, KK)
- HONSELL, Heinrich/VOGT, Nedim Peter/WIEGAND, Wolfgang: BaslerKommentar, Obligationenrecht I, Art.1-529 OR, Basel 2007. (HONSELL/VOGT/WIEGAND, BSK)
- HUGUENIN, Claire/MÜLLER-CHEN, Markus: Vertragsverhältnisse, Teil:2, Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, Art.319-529 OR, CHK-Handkommentar zum SchweizerPrivatrecht, 3, Basel 2016. (HUGUENIN/MULLER-CHEN, CHK)
- KARACA, Osman Umur: “Eser Sözleşmesinin Yüklenicinin Ölümü veya Eseri Tamamlama Yeteneğini Kaybetmesi Sebebiyle Sona Ermesi”, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 8(16), 2018, s.91-104
- KAYIHAN, Şaban/ÜNLÜTEPE Mustafa: “Vekalet Sözleşmesinin Kendine Özgü Sona Erme Sebepleri”, FSM İlmî Araştırmalar İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi, 3, 2014, s.171-212.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2016.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.: “Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 32(1), s.185-199.

- KOCAGİL, İpek: “İşçinin Ölümünün İş İlişkisi Bakımından Sonuçları”, MÜHF-HAD, 20(1), 2014, s.429-457.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdülkadir: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014.
- KURŞAT, Zekeriya: “Eser ve Vekâlet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükümü”, İÜHFM, LXVII(1-2), 2009, s.143-166.
- KURT, Leyla Müjde: Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, (TBK m. 136), 1. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.
- MEIER-HAYOZ, Arthur/GAUTSCHI, Georg: Der Werkvertrag, Art.363-379 OR SchweizerischesZivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, DieeinzelnenVertragsverhältnisse,BK-BernerKommentar, Band/Nr. VI/2/3, Bern,1967. (MEIER-HAYOZ/GAUTSCHI, BK)
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI, Muhittin/BAYSAL, Ulaş: İş Hukuku Ders Kitabı, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2014.
- OĞUZMAN Kemal/ÖZ Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, 16. Bası, Vedat Yayınları, İstanbul 2018.
- ÖZDEMİR, M. Erdem; “Yeni Borçlar Kanununun İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümlerinin 4857 Sayılı Kanun Kapsamındaki İş İlişkilerine Etkisi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, (27), 2012, s.25-46.
- ÖZKAYA, Eraslan: Vekâlet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması, 2. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2005.
- ÖZYÖRÜK, Sezer, İnşaat Sözleşmesi, Yapısı-Feshi, Borçlar Kanunu’nun 371. Maddesine Göre Feshin Sonuçları, 1. Bası, Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara 1988.
- REİSOĞLU, Seza: Hizmet Akdi – Mahiyeti, Unsurları, Hükümleri, 1. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1968.
- SARI, Suat: Vekâlet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi, 1.Bası, Beşir Kitabevi, İstanbul 2004.
- SEÇER, Öz: “Vekâlet Sözleşmesinin Vekâlete Özgü Sebeplerle Sona Ermesi”, İnÜHFD, 2, 2015, s.877-944.
- SEÇER, Öz: Eser Sözleşmesinin İssahibi Tarafından Tam Tazminatla Feshi, 1. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.
- SOYER, M. Polat: “Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin “Yeni” Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, (22), 2011, s.12-21.
- SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, 18. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2018.
- ŞAFAK, Esmâ Elif: Teorik Boyutuyla İfa İmkânsızlığı, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2019.
- TANDOĞAN, Haluk: Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, 1. Bası, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 1981.
- TANDOĞAN, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt: II, 5. Bası, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2010.
- TEKİNAY, S. Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.
- TERCIER, Pierre/PICHONNAZ, Pascal/DEVELİOĞLU, H. Murat: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1. Bası, Oniki Lehva Yayınları, İstanbul 2016.
- TUNCAY KAPLAN, Emine: “İşverenin Koruma Ve Gözetme Borcunun Kapsamı”, Kamu – İş Hukuku ve İktisat Dergisi, 7(2), 2003, s.137-151.
- ÜREM, Müge: Eser Sözleşmesinde Erken Dönme, 1.Bası, Oniki Lehva Yayınları, İstanbul, 2017.
- YAVUZ, Cevdet: Türk-İsviçre ve Fransız Medeni Hukuklarında Dolaylı Temsil, 1. Bası, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1983.
- YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN Burak: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 9. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2014.
- YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak: Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 16. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2019. (YAVUZ, ACAR, ÖZEN, Özel Hükümler)
- YÜREKLİ, Sabahattin: Türk Borçlar Kanununa Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.
- ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 17. Bası, Turhan Yayınevi, Ankara 2017.

**4857 SAYILI İŞ KANUNU KAPSAMINDAKİ İŞÇİNİN İŞ İLİŞKİSİ DEVAM
EDERKEN REKABET ETMEME BORCU****THE NON-COMPETE OBLIGATION DURING THE EMPLOYMENT
RELATIONSHIP UNDER THE LABOR CODE NUMBERED 4857**Artür KARADEMİR*  [10.21492/inuhfd.1133675](https://doi.org/10.21492/inuhfd.1133675) **Makale Bilgi**

Gönderi: 21/06/2022
Kabul : 04/10/2022

Anahtar Kelimeler

*Rekabet Etmeme
Borcu,
Sadakat Borcu,
Hazırlık Hareketleri,
Ölçülülük İlkesi.*

Article Info

Received: 21/06/2022
Accepted: 04/10/2022

Keywords

*Non-Compete
Obligation,
Duty of Loyalty,
Preparatory Actions,
Principle of
Proportionality.*

Özet

İş ilişkisi devam ederken işçinin rekabet etmeme borcu sadakat borcunun bir görünümüdür. TBK m.396/3'te işçinin rekabet etmeme borcu açıkça düzenlenmiş olmakla birlikte bu borcun kapsamı ve sınırlarının ne olduğu konusunda açık bir ifade bulunmamaktadır. Şu durumda, iş ilişkisi devam ederken işçinin rekabet etmeme borcunun kapsam ve sınırlarının yorum yoluyla tespit edilmesinde Anayasa'ya uygun yorum yönteminin işlevselleştirilmesi isabetli olur. Aynı yorum tarzı rekabet etmeme borcunun sözleşmeyle düzenlenmesi halinde de geçerlidir. Buna göre, bireysel veya toplu iş sözleşmeleriyle işçinin işvereniyle rekabet edemeyeceğinin düzenlenmesi durumunda, bu sözleşmesel kayıtların işçinin sözleşme özgürlüğüne müdahale ettiğinden hareketle, ilgili kayıtların her halde geçerli olacağı düşünülmemelidir. Ayrıca işçinin boş zamanlarında üstlendiği yan uğraşların iş ilişkisine olumsuz etkisi sadakat borcu çerçevesinden değil; daha ziyade iş görme borcunun kötü ifası çerçevesinden ele alınmalıdır. Bu sonuç, işçinin kişilik hakkına, dürüstlük kuralına ve anayasal güvencelere de uygundur. Aynı şekilde, rekabete hazırlık hareketleri de rekabet etmeme borcunun kapsamı dışındadır. Buna göre, faaliyete geçmemiş olmak kaydıyla rakip bir şirket kurulması da dâhil olmak üzere rekabete hazırlık hareketleri rekabet etmeme borcuna aykırı sayılmamalıdır.

Abstract

The non-compete obligation of the employee during the employment relationship is an aspect of the duty of loyalty. Although the Turkish Code of Obligations No. 6098 regulates the non-compete obligation, it would be appropriate to interpret this regulation in compliance with the Constitution in order to determine the scope and limits of it. The same interpretation method is also valid if the non-compete obligation is regulated by contracts. Accordingly, considering that a condition stipulated in an individual or a collective labor agreement regarding the non-compete obligation is to be regarded as an interference in the employee's freedom of contract, one has to take into consideration the possibility of invalidity of the condition cited above. Furthermore, the negative effect of the side jobs undertaken by the employee in his spare time should not fall under the duty of loyalty. Rather, the adverse effects of the side jobs on the primary job can be handled within the framework of bad performance. This argument is also in compliance with the employee's personality rights, the principle of good faith and constitutional guarantees. Likewise, preparations for competition are also outside the scope of non-compete obligations. Accordingly, acts of preparation for competition, including the establishment of a competitor, but non-functioning company, should not be considered contrary to the non-compete obligation.

 Bu eser [Creative Commons Atıf-Gayri Ticari 4.0 Uluslararası Lisansı](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/) ile lisanslanmıştır.

* Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Esenyurt Üniversitesi, İşletme ve Yönetim Bilimleri Fakültesi, İngilizce İşletme Bölümü.

Atıf Şekli | **Cite As:** KARADEMİR Artür, "4857 İş Kanunu Kapsamındaki İşçinin İş İlişkisi Devam Ederken Rekabet Etmeme Borcu", InÜHFD, 13(2), 2022, s.340-355. **İntihal** | **Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via a plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

The primary aim of this study is to explain the non-compete obligation during the employment relationship in line with the duty of loyalty. Although article 396 paragraph 3 of the Turkish Code of Obligations (TCO) regulates the legal regime of the abovementioned obligation, it doesn't contain the exact scope and limits of this obligation. This is why there is a need to elaborate on the missing aspects of this obligation. Additionally, considering that article 396 paragraph 3 TCO is adopted in light of the Swiss Code of Obligations (OR) article 321a, this study elaborates on the scholarly opinions and jurisprudence of both Turkish and Swiss Law.

In this study, the non-compete obligation of the employees, who fall under the scope of the Labor Code numbered 4857, is examined. Thus, specific working relationships, such as the employment relationship between the employers and the journalists, who are subject to the Code on the Arrangement of the Relationships Between the Workers and the Employers in Press Sector numbered 5953 (Press Labor Code), and the legal regime of commercial agents, who are subject to article 553 TCO, are excluded. In the course of this study, among other considerations, crucial concepts, such as the duty of loyalty, rivalry and preparatory conduct, are explained. Furthermore, the consequences of the employees' engagement in side jobs in their spare times are highlighted. Likewise, the validity and the method of interpretation of the contractual provisions, which enlarge or narrow down the scope of application of the duty of loyalty in terms of the non-compete obligation, are discussed.

In simplest terms, the duty of loyalty in employment relationships refers to the rule that an employee has to do all that is necessary to actualize the legitimate interests of the employer and refrain from every conduct that may harm the employer. The non-compete obligation is a result of the duty of loyalty. Accordingly, this obligation is regulated by article 396 TCO under the title "duty of care and loyalty." Pursuant to article 396 paragraph 3 TCO, in the course of the employment relationship, an employee is not allowed to perform any paid work for third parties in breach of the duty of loyalty, especially s/he cannot compete with his/her employer. Thus, the relevant article doesn't contain any prohibition that deprives the employees of the right to work for third parties if the side performance doesn't violate the duty of loyalty. This interpretation of the relevant article is also adopted in the Swiss law in terms of article 321a OR, which bears the same title with article 396 TCO and has almost the same wording with it. According to this type of interpretation, the employees are free to engage in noncompetitive performance for third parties or participate in recreational activities of their choosing.

Although, there is no scholarly consensus on whether an employee violates his/her duty of loyalty if the side activities in his/her spare time have adverse effects on the performance of the primary job, in this study, it is contended that the employee is not under the obligation to rest in his/her spare times. This is why the mere fact that the employee's performance is worse than before just because of the side jobs or activities doesn't mean that the employee violates the duty of loyalty and the employment contract can be terminated on rightful grounds. The adverse effects of the side activities may only be evaluated as a breach of the duty of performance. Thus, the legal consequences of a breach of the duty of performance may be applied, instead of the consequences of a breach of the duty of loyalty. Moreover, this method of interpretation is in compliance with the constitutional guarantees, since the freedom of contract, regulated by article 48 of the Turkish Constitution (TCon), contains the right to engage in multiple contractual relationships at the same time. However, it is clear that the employee's performance of any other work or private activities during the working hours will be regarded as a breach of the employment contract.

Although, including the constitutional principles into private law is deemed as defective according to a scholarly opinion, this view is not followed in this study on grounds of the horizontal effect of the constitutional rights. This is why the principle of proportionality, which is articulated in article 13 TCon as one of the boundaries of the limitations of constitutional rights, plays a vital role when elaborating on the issue related to the side jobs or activities. Aside from constitutional guarantees, it is a fact that the personality rights of the employee are to be taken into consideration when dealing with the contractual provisions related to the prohibition that prevents the employee from working for third parties or engaging in side activities outside the working hours. Indeed, the Swiss doctrine and jurisprudence have the same approach in terms of the relationship between the personality rights and the validity of the contractual provisions related to the said prohibition. Accordingly, in this study, it is contended that the contractual provisions stipulating that the employee shall not engage in any side jobs or activities infringe on the personality rights of the employee.

Lastly, in this study, the legal regime of the preparatory conduct is examined. According to the Turkish and Swiss labor law, preparatory conduct is permissible. This means that the preparatory conduct is not regarded as a violation of the duty of loyalty on the condition that it doesn't violate the legitimate interests of the employer. The employer has a legitimate interest in asking the employee not to be apparent in the market. Hence, the employee is not allowed to encourage his/her co-workers to quit their current job and start to work in the prospective company, or advertise the prospective products etc. However, the mere foundation of a competitive but not functioning company during the employment relationship cannot be deemed as a violation of the duty of loyalty.

In conclusion, the personality rights of the employee, the principle of good faith and the constitutional guarantees determine the scope of the non-compete obligation by setting the boundaries of the duty of loyalty. However, article 396 paragraph 3 TCO doesn't contain any rule with regards to side activities which are conducted outside the working hours. Also, the law is silent on the issue whether or not the preparatory conduct is to be regarded as a violation of the non-compete obligation. This issue is handled by the different circuits of the Court of Cassation in a divergent manner in the past, especially in terms of the foundation of a company by the employee during the current employment relationship. This is why in this study, it is contended that what is needed is a new legislation that will cover these missing aspects of the non-compete obligation. The proposed legislation should stipulate that the contractual provisions that prohibit the performance of any other work for third parties outside the working hours are to be considered as null and void. Also, the proposed legislation should highlight that the preparatory conduct is permissible unless otherwise agreed by the parties, even if it is related to the foundation of a competitive, but non-functioning company by the employee.

I. GİRİŞ

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun¹ (TBK) 396/3. maddesinde işçinin iş ilişkisinin devamı sırasında işvereniyle rekabet etmeme borcu altında olduğu düzenlenmiştir. Bu durum, esasında işçinin ve işverenin korunmaya değer haklı menfaatlerini karşı karşıya getirmektedir. Nitekim işçinin iş ilişkisi devam ederken işvereniyle rekabet etmek istemesi halinde, işçinin sözleşme özgürlüğü ile işverenin ekonomik çıkarlarının çatışacağına şüphe yoktur². Rekabet etmeme borcunun, kapsamı daha geniş olan sadakat borcu içerisinde yer aldığı³; sadakat borcunun ise soyut bir kavram olduğu⁴ dikkate alındığında, rekabet etmeme borcuna ilişkin değerlendirmelerin somut olayı özelinde adil bir dengeye oturtulması elzemdir. Öte yandan somut olayların sayısız olabileceği ve birtakım girift ihtimalleri bünyesinde barındırması, en azından bazı temel sorunların ilkesel düzlemde çözümlenmesi gerekliliğini de beraberinde getirmektedir. İşçinin fiilen rekabet etmemekle birlikte rekabete hazırlanması, mevcut işyerindeki çalışma süresi dışında başka bir işverene karşı iş görme borcu üstlenmesi, sadakat borcunun sözleşmesel düzenlemeler vasıtasıyla işçi aleyhine genişletilmesi nedeniyle işçinin rekabet etmeme borcunun ağırlaştırılması yukarıda zikredilen temel sorunlardan bazılarını oluşturmaktadır.

TBK m.396/3 düzenlemesi, 4857 sayılı İş Kanunu⁵ (İş K.) kapsamına giren işçiler açısından da geçerlidir⁶. Buna karşılık, Türk iş hukuku rejiminde bazı işçiler açısından farklı düzenlemelerin mevcut olduğu da unutulmamalıdır. Nitekim 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tazimi Hakkında Kanun'un⁷ (Basın İş Kanunu) m.13'te gazeteci olarak çalışan işçinin aksi sözleşmede kararlaştırılmadığı müddetçe basınla alakası olsun veya olmasın, bağımlı yahut bağımsız biçimde başka bir işte çalışabileceği düzenlenmiştir⁸. Buna karşılık, TBK m.553 ile ticari temsilciler ile tacir yardımcıları açısından kanuni bir rekabet yasağının getirildiği görülmektedir. TBK m.553'te belirtilen ticari temsilci ile tacir yardımcısının da teknik olarak "işçi" sıfatını haiz olabileceğine şüphe yoktur⁹.

Bu çalışmada, Basın İş Kanunu kapsamındaki işçiler ile TBK m.553 kapsamına giren ticari temsilci veya tacir yardımcısı niteliğindeki işçilerin hukuki rejimi dışlanmak suretiyle, genel olarak 4857 sayılı İş Kanunu kapsamındaki işçilerin sadakat borcu ile bu borcun bir sonucu olan rekabet etmeme borcu incelenmektedir. Bu yapılırken, rekabet kavramının işçiyle işverenin ekonomik haklarına temas ettiği dikkate alınarak, anayasal güvencelerin sadakat borcuna dair meselelerin hallinde işlerliğe sahip olup olamayacağı değerlendirilmektedir. Ayrıca TBK m.396'nın İsviçre Borçlar Kanunu'nun¹⁰ 321a maddesi dikkate alınarak kaleme alındığı¹¹ göz önünde bulundurularak veri geldikçe İsviçre hukukuyla karşılaştırmalı açıklamalarda bulunulmaktadır.

II. SADAKAT BORCU

İş sözleşmesi, sadece ücret ve iş görme edimlerinin değişiminden ibaret olmayıp taraflar arasındaki güven ilişkisine dayanan birtakım yükümlülükleri de beraberinde getirmektedir. İşte, sadakat borcu da bu güven ilişkisinin doğurduğu bir borç olarak ortaya çıkmaktadır¹². Bu borç, TBK m.396'da yasal ifadesine kavuşturulmuştur¹³. Buna göre işçi işverenin haklı menfaatinin korunmasında sadakatle davranmak zorundadır.

¹ RG: 04.02.2011; 27836.

² UŞAN, M. Fatih: İş Hukukunda İş Sırrının Korunması (Sır Saklama ve Rekabet Yasağı), Seçkin Yayınları, Ankara, 2003, s.53.

³ MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI, Muhittin/BAYSAL, Ulaş: İş Hukuku, Turhan Yayınları, Ankara, 2014, s.600.

⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.603.

⁵ RG: 10.06.2003; 25134.

⁶ ÇELİK, Nuri/CANIKLIOĞLU, Nurşen/CANBOLAT, Talat/ÖZKARACA, Ercüment: İş Hukuku Dersleri, 34. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2021, s.334; CENTEL, Tankut: "Türk Borçlar Kanunu'nda İşçinin Borçları" (İşçinin Borçları), Sicil İş Hukuku Dergisi, (22), 2011, s.8; DOĞAN, Sevil, İşçinin Rekabet Yasağı-İş Sırrının Korunması (Rekabet Yasağı), Seçkin Yayınları, Ankara, 2017, s.45.

⁷ RG: 20.06.1952; 8140.

⁸ KÖME AKPULAT, Ayşe: "Gazetecinin Başka İşte Çalışma Serbestisi ve Sınırları: Basın İş Kanunu'nun 13. Maddesi Kapsamında Bir İnceleme", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 10(1), 2019, s.232.

⁹ DOĞAN YENİSEY, Kübra: "Sözleşme ile Getirilen Yan İş Yasağı ve Geçerliliği Sorunu", in Doğan Yenisey, Kübra (ed.), Prof. Dr. Savaş Taşkent'e Armağan, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2019, s.372.

¹⁰ AS 27 31, Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht).

¹¹ Bkz. CENTEL, İşçinin Borçları, s.8.

¹² SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, 21. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2021, s.244; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.330; NARMANLIOĞLU, Ünal: İş Hukuku-Ferdi İş İlişkileri I, 5. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2014, s.271-272; SENYEN-KAPLAN, E. Tuncay: Bireysel İş Hukuku, 11. Bası, Gazi Kitabevi, Ankara, 2020, s.163; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.600; EKMEKÇİ, Ömer/KORKUSUZ, Refik: Turkish Individual Labour Law, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020, s.60; UŞAN, s.61-62; DOĞAN, s.27; DEMİR, Fevzi/DEMİR, Gönenç, "İşçinin Sadakat Borcu ve Uygulaması", Kamu-İş, 11(1), 2009, s.3; MANAV, Eda: "İşçinin Rekabet Etmemeye Borcu", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 2(4), 2011, s.102-103; KAYIRGAN, Hasan: "İş Hukukunda Sadakat Borcunun Genel Bir Değerlendirmesi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 20(1), 2014, s.460.

¹³ SAVAŞ, Fatma Burcu: İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi, Beta Yayınları, İstanbul, 2012, s.96; BASKAN, Ş. Esra: "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi", Hacettepe

Öğretide, genel olarak, sadakat borcunun olumlu ve olumsuz olmak üzere iki yanının bulunduğu kabul edilmektedir¹⁴. Sadakat borcunun olumlu yanı, işin işverenin yararına uygun biçimde yapılması olarak belirlenmektedir. Sadakat borcunun olumsuz yanı ise işçinin işverene ve işyerine zarar verebilecek davranışlardan kaçınması anlamını taşımaktadır¹⁵. Sadakat borcunun olumlu yanı içerisinde işçinin işine düzenli devam etme, işverenin emir ve talimatlarına uygun olarak iş görme ve işini özenle yapma borçları bulunmaktadır¹⁶. Bu borcun olumsuz yanını teşkil eden yapmama borçlarının başında, iş ilişkisinin devamı sırasında işverene rekabet etmeme borcu yer almaktadır¹⁷.

Önemle belirtilmelidir ki, ister yapma, isterse yapmama borcu olsun, sadakat borcunun sınırı, dürüstlük kuralı, işçinin kişilik hakkı ve Anayasa ile güvence altına alınmış hak ve özgürlükleri esas alınarak belirlenmelidir¹⁸. Özetle, sadakat borcunun sınırı tespit edilirken işçinin haklı menfaatlerinin dikkate alınması gerekmektedir. Sonuçta işçinin sağlığını veya ekonomik durumunu işverene “kurban etme” yükümlülüğü bulunmamaktadır¹⁹.

Sadakat borcunun kapsamı işçinin yaptığı işe ve işyerinin gereklerine göre değişkenlik göstermektedir²⁰. İşçinin işyerindeki konumu ne kadar yükseğe veya işçiyle işveren arasındaki güven ilişkisi ne kadar sıkıysa sadakat borcunun kapsamı da o denli genişlemektedir²¹. Gerçekten, eğilimli işyerlerinde bu eğilimi taşıyan bir pozisyonda görev alan bir işçinin veya çok değerli bir malzemeyi işleyen ya da işyerinde üst düzeydeki bir konumda bulunan bir işçinin sadakat borcu ile işyerindeki temizlik görevini üstlenen işçinin sadakat borçlarının kapsamı aynı değildir²².

Hangi davranışın sadakat borcuna aykırılık teşkil ettiğinin matbu biçimde önceden sayılması mümkün değildir²³. İşçinin davranışının sadakat borcunu ihlal ettiği her somut olayın özelliğine göre hâkim tarafından tespit edilecektir²⁴. İşçinin sadakat borcuna aykırı olduğu iddia edilen davranış işyerinde veya işyeri dışında yahut çalışma süresi içinde veya dışında gerçekleştirmesi ya da bu davranış neticesinde maddi bir menfaat sağlayıp sağlamaması, davranışın sadakat borcuna aykırı olup olmadığını tespit ederken tek başına belirleyici değildir²⁵.

III. İŞ İLİŞKİSİNİN DEVAMI SIRASINDAKİ REKABET ETMEME BORCU

A. Rekabet Kavramı

İşçinin iş ilişkisinin devamı müddetince işvereniyle rekabet etmeme borcunun sadakat borcu kapsamında değerlendirildiği yukarıda belirtilmişti. Buna göre, rekabet etmeme borcu açısından hangi davranışın sadakat borcunu ihlal edeceğinin tespiti öncelikle “rekabet” kavramının açıklığa kavuşturulmasına bağlıdır. Buna karşılık, sadakat borcunu düzenleyen TBK m.396’da rekabet kavramına ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır²⁶.

Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(2), 2012, s.117; STREIFF, Ullin/von KAENEL, Adrian/RUDOLPH, Roger: Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl., Schulthess Verlag, Zürich - Basel – Genf, 2012, Art. 321a, N 2.

¹⁴ Bkz. ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.331; DEMİR/DEMİR, s.4 vd.; SENYEN-KAPLAN, s.163; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.602; EKMEKÇİ, Ömer/YİĞİT, Esra: Bireysel İş Hukuku Dersleri, 3. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2021, s.357; STAEHELIN, Adrian: “Der Arbeitsvertrag, Art. 319-330a OR, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR)”, in Gauch, Peter/Schmid, Jörg (ed.), ZK – Zürcher Kommentar, 4. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich - Basel – Genf, 2006, s.84 vd.

¹⁵ EYRENCİ, Öner/TAŞKENT, Savaş/ULUCAN, Devrim/BASKAN, Esra: İş Hukuku, 10. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2020, s.133; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.331; CENTEL, İşçinin Borçları, s.8; SENYEN-KAPLAN, s.163; UŞAN, s.62; SAVAŞ, s.96; DOĞAN, s.28; BASKAN, s.117; DEMİR/DEMİR, s.2; STREIFF/von KAENEL/RUDOLPH, Art. 321a, N 2; EMMEL, Frank: “Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft”, in Huguenin, Claire/Müller-Chen, Markus (ed.), CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Auflage, Schulthess Verlag, 2016, s.23; MANAV, s.103; KAYIRGAN, s.460-461.

¹⁶ DEMİR/DEMİR, s.4.

¹⁷ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.604; BASKAN, s.117.

¹⁸ Bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.601; ALPAGUT, Gülsevil: “İşçinin Sadakat Borcu ve Türk Borçlar Kanunu ile Getirilen Düzenlemeler”, Sicil İş Hukuku Dergisi, (25), 2012, s.31; ARSLAN ERTÜRK, Arzu: Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2010, s.217 vd.; DOĞAN, s. 30; MILANI, Dominik: MILANI, Dominik: “Arbeitsvertrag”, in Boris, Etter/Nicolas, Facincani/Sutter Reto (ed.), SHK - Stämpflis Handkommentar, Stämpfli Verlag, Bern, 2021, Art. 321a N 15.

¹⁹ STAEHELIN, s.83.

²⁰ UŞAN, s.63-64; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 603; DOĞAN YENİSEY, s.383; STREIFF/von KAENEL/RUDOLPH, Art. 321a, N 2; KAYIRGAN, s.473-474.

²¹ STAEHELIN, s.83.

²² CENTEL, İşçinin Borçları, s.8; ERTÜRK, Şükran: İş İlişkisinde Temel Haklar, Seçkin Yayınları, Ankara, 2002, s.114; DOĞAN YENİSEY, s.383; UŞAN, s.63-64. Yönetici konumundaki işçiler için sadakat borcunun hiyerarşik olarak daha alt düzeyde çalışan işçilere nazaran daha geniş yorumlanacağı hususunda ayrıca bkz. MILANI, Art. 321a N 12; STREIFF/von KAENEL/RUDOLPH, Art. 321a, N 2; EMMEL, s.23; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.331, dn.635. İşverenin menfaatleri ile işçinin menfaatlerinin karşı karşıya gelmesinden dolayı yapılacak menfaatlerin tartılması aşamasında, eğilimli işyerleri açısından işverenin menfaatlerine öncelik verileceği yönünde bkz. STREIFF/von KAENEL/RUDOLPH, Art. 321a, N 5.

²³ SÜZEK, s.360; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.603; KAYIRGAN, s.461.

²⁴ ERTÜRK, s.114; SAVAŞ, s.97; STREIFF/von KAENEL/RUDOLPH, Art. 321a, N 2.

²⁵ SAVAŞ, s.97.

²⁶ DOĞAN, s.53.

Rekabet, kelime anlamı itibariyle “aynı amacı güden kimseler arasındaki çekişme, yarışma, yarış” olarak tanımlanmıştır²⁷. Şu durumda rekabet etmeme borcu ile getirilen rekabet yasağı, kişilerin aynı amacı güdüp gütmeliklerinin mercak altına alınmasını gerektirmektedir. Kişilerin aynı amacı güdüp gütmeliklerinin tespitinde, başka bir deyişle, rakip olup olmadıkları konusunda ana sözleşmelerinde ismen belirtilen faaliyetlerin değil; fiilen gördükleri işlerin dikkate alınması gerekmektedir²⁸. Şayet kişiler kısmen de olsa, aynı mal veya hizmet üretiminde bulunuyorlar ve aynı müşteri çevresine hitap ediyorlarsa; böylelikle birbirlerine ekonomik olarak zarar verme potansiyeline sahiplerse bu kişilerin birbirlerine rakip oldukları kabul edilecektir²⁹. Bu sonuca ulaşılabilmesi, kişilerin piyasada aynı hacme sahip olup olmadıklarına bağlı değildir³⁰.

B. Rekabet Etmeme Borcu

1. Genel Olarak

TBK m.444 vd. maddelerinde düzenlenen rekabet yasağından farklı olarak, iş ilişkisinin devamı sırasındaki rekabet etmeme borcunun mevcudiyeti için iş sözleşmesinde hüküm bulunmasına gerek yoktur³¹. Bu borç, iş sözleşmesi devam ederken sadakat borcunun içinde yer almaktadır³². Bu husus TBK m.396/3 ile ifade edilmiştir³³. Anılan düzenlemeye göre “işçi, hizmet ilişkisi devam ettiği sürece, sadakat borcuna aykırı olarak bir ücret karşılığında üçüncü kişiye hizmette bulunamaz ve özellikle kendi işvereni ile rekabete gireremez³⁴”. Öğretide, işçinin rekabet etmeme borcu kapsamında kaçınması gereken davranışlar, işçinin rekabet teşkil eden bir iş yapması, rakip bir işletmede çalışması veya ortak olması yahut her ne sıfatla olursa olsun rakip bir işletme ile ilgili olması biçiminde açıklanmaktadır³⁵. Ayrıca, rekabet teşkil eden davranışların kapsamı belirlenirken ahlak ve iyiniyet kuralları esas alınmalıdır³⁶.

TBK m.396/3’te işçinin “özellikle kendi işvereni ile rekabete gireremeyeceği” yazılı olmakla, rekabet teşkil eden faaliyetin getirisine ilişkin bir açıklama yapılmadığı anlaşılmaktadır. Rekabete konu faaliyetin ücret karşılığı olabileceği gibi ücretsiz de olabileceği unutulmamalıdır. Ücret karşılığı olmaksızın gerçekleştirilen ve rekabet teşkil eden davranışlar da sadakat borcuna aykırılık teşkil edecektir³⁷. Buna karşılık, ilgili faaliyet kamusal bir görevin ifasından ibaret ise sadakat borcuna aykırılık oluşturmayacaktır³⁸. Ayrıca, her ne kadar TBK m.396/3’te “üçüncü kişiye hizmet”ten bahsedilse de, işçinin kendisi yararına gerçekleştirdiği faaliyetlerin de rekabet teşkil etmeleri; dolayısıyla sadakat borcuna aykırı olmaları gündeme gelebilir³⁹.

2. İşçinin Ücret Karşılığında Üçüncü Kişiye Hizmette Bulunması

Öncelikle, TBK m.396/3 ile işçinin iş ilişkisinin devamı sırasında üçüncü kişiye hizmette bulunması yasaklandığına göre, bu hizmetin mutlaka bağımlı bir çalışmaya dayanmadığı ifade edilmelidir. “Hizmette bulunma”, eser veya vekâlet gibi bir iş görme sözleşmesine de dayanabilir⁴⁰. Aynı şekilde, bu hizmet, geçici veya sürekli olmasına bakılmaksızın TBK m.396/3’te düzenlenen yasağın kapsamına girebilir⁴¹. Yine, her ne kadar TBK m.396/3’te “ücret” karşılığı hizmette

²⁷ <https://sozluk.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 01.06.2022).

²⁸ STREIFF/von KAENEL/RUDOLPH, Art. 340, N 7; YILDIZ, Gaye Burcu: İş Hukukunda Sözleşmesel Kayıtlar, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s.47.

²⁹ DOĞAN YENİSEY, s.377; ALPAGUT, s.26; YILDIZ, s.47; MANAV, s.109; DOĞAN, s.55; MILANI, Art. 321a N 28; Emmel, s.24. Karş. UŞAN, s.141, dn.226. Yazara göre “aynı müşteri çevresine hitap etme” şartı TBK m.444 vd. açısından aranacak olsa da iş sözleşmesinin devamı sırasında geçerli olan rekabet etmeme borcu açısından aranmamalıdır.

³⁰ DOĞAN YENİSEY, s.377.

³¹ ÖZKARACA, Ercüment/ÖZKAN KOÇ, Sema Deniz: “Rekabet Yasağı Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda Görevli Mahkeme”, Sicil İş Hukuku Dergisi, (45), 2021, s.77.

³² DEMİR/DEMİR, s.19; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN, s.134; NARMANLIOĞLU, s.274; DOĞAN YENİSEY, s.366; EKMEKÇİ/YİĞİT, s.360; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.610; SAVAŞ, s.96; DOĞAN, s.28. 5953 sayılı Kanun’un 13/1 maddesi saklıdır.

³³ YILDIZ, s.33.

³⁴ Rekabet teşkil eden davranışın sürekli, geçici veya tek seferlik olmasının sonuca etkili olmadığı yönünde bkz. STAEHELIN, s.94; MILANI, Art. 321a N 24.

³⁵ Bkz. UŞAN, s.142 vd.; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.610.

³⁶ UŞAN, s.140.

³⁷ MILANI, Art. 321a N 29.

³⁸ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.609; DOĞAN, s.47; DOĞAN YENİSEY, s.376.

³⁹ DOĞAN YENİSEY, s.376. Yazar, bu halde TBK m.396’nın 1. fıkrasının devreye gireceğini belirtmektedir. İsviçre Hukuku açısından aynı yönde bkz. RÄBER, Joe: Das nachvertragliche Konkurrenzverbot im Arbeitsvertrag, de lege lata und de lege ferenda, Schulthess Verlag, Zürich - Basel - Genf, 2020, s.31; STREIFF/von KAENEL/RUDOLPH, Art. 321a, N 11. Gerçekten İsviçre Borçlar Kanunu’nun 321a maddesi bu yorumu destekler niteliktedir. Zira anılan maddenin 3. fıkrası uyarınca “işçi iş ilişkisinin devamı sırasında üçüncü kişiye sadakat borcunu ihlal edecek şekilde, özellikle rekabet ederek ücret karşılığı hizmette bulunamaz.” Görüldüğü üzere anılan maddede işçinin rekabete gireremeyeceğine ilişkin kural üçüncü kişiye karşı ve ücret karşılığı verilen hizmetlerle ilişkilendirilmiştir. Bununla birlikte, TBK m.396/3’te önce işçinin sadakat borcuna aykırı olarak ücret karşılığında üçüncü kişiye hizmet veremeyeceği düzenlenmiş iken, bundan bağımsız olarak işçinin ayrıca rekabete de gireremeyeceği yazılıdır. Hal böyle olunca “rekabet”in işçinin kendi yararına gerçekleştirdiği faaliyetleri de kapsayacağından hareketle, anılan maddenin 1. ve 3. fıkraları arasında bu açıdan ayırım yapılmasına gerek bulunmadığı kanaatindeyiz.

⁴⁰ ALPAGUT, s.25.

⁴¹ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.609; DOĞAN YENİSEY, s.375; DOĞAN, s.47.

bulunulamayacağı düzenlenmiş olsa da amaçsal yorum yapılmak suretiyle bu ifadenin menfaat sağlama olarak anlaşılması isabetli olur⁴². Sadakat borcuna aykırılık açısından bu menfaatten işçinin kendisinin yararlanması veya başkasını yararlandırması arasında fark bulunmamaktadır⁴³.

Öğretide kanaatimizce de haklı olarak ileri sürülen bir görüşe göre, iş ilişkisinin devamı sırasında işçinin sadakat borcuna aykırı olmadığı müddetçe üçüncü kişiye hizmet vermesinde engel bulunmamaktadır. TBK m.396/3 ile yasaklanan, üçüncü kişiye hizmet verilmesinin sadakat borcuna aykırılık teşkil ettiği hallerdir⁴⁴. Bununla birlikte hemen belirtelim ki işçinin çalışma süresi içindeki tüm mesaisini işverene hasretmek zorunda olduğuna şüphe yoktur.

Öte yandan, yukarıda zikredilen öğreti görüşünün kabulünden hareket edildiğinde, işçinin iş ilişkisinin devamı sırasında sadakat borcuna aykırı biçimde üçüncü kişiye hizmette bulunamayacağı hususu ile işvereniyle rekabet edemeyeceği hususunun TBK m.396/3'te ayrı ayrı zikredilmiş olması tereddüt uyandıracaktır. Zira bu iki yasağın kimi hallerde kesiştiği ifade edilmelidir. Nitekim işçinin "başka bir rakip işletmede çalışması" ile "rakip bir işletme ile ilgili olması"nin rekabet kavramına dâhil olduğu yukarıda vurgulanmış idi. Şu durumda, TBK m.396/3 ile işçinin hem rekabet edemeyeceğinin, hem de kimi hallerde rekabet etmeme borcunun ihlali sayılacak "sadakat borcuna aykırı olarak" üçüncü kişiye hizmette bulunmasının ayrı ayrı zikredilmesinin kanun koyucunun abesle iştiğal etmeyeceği prensibine aykırı olacağı iddia edilebilir. Kanun koyucunun abesle iştiğal etmeyeceği prensibinden hareket edildiğinde, işçinin iş ilişkisinin devamı sırasında üçüncü kişiye hizmette bulunmasının, bu hizmetin sadakat borcuna aykırı olup olmadığı değerlendirilmeksizin yasak olduğu sonucuna ulaşılabilir. Zira işçinin rekabet edemeyeceği ile üçüncü kişiye hizmette bulunamayacağı hususları ancak bu şekilde birbirinden farklılaştırılmış olmaktadır ki böylelikle kanun koyucunun birbiriyle kesişen iki ihtimali aynı anda zikretmiş olması abesle iştiğal sayılmayacaktır. Öte yandan, kanaatimizce bu sonucun kabulü mümkün değildir. Zira işçinin sadakat borcuna aykırı olmayacak biçimde üçüncü kişiye hizmette bulunması halinde dahi bu durumun doğruluk ve bağlılığa uymayan davranış olarak nitelendirilmesi, işçinin çalışma ve sözleşme özgürlüğünün ölçüsüz biçimde sınırlandırılması anlamına gelecektir.

3. Boş Zaman Faaliyetleri

a. Boş Zaman Faaliyetlerinin Ölçülülük İlkesi Açısından İncelenmesi

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın⁴⁵ (An.) 48. maddesinde kişilerin sözleşme özgürlüğü güvence altına alınmıştır. Bu özgürlük, işçinin aynı zamanda birden fazla sözleşme ilişkisi kurabilme özgürlüğünü de beraberinde getirmektedir⁴⁶. Buna göre, işçinin çalışma süresi dışındaki, diğer bir ifadeyle boş zamanındaki faaliyetlerinin sınırlandırılabilmesi, doğrudan doğruya temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimine temas etmektedir.

İşçinin Anayasa ile güvence altına alınan sözleşme serbestisinin sınırlandırılabilmesi ancak kanunla getirilecek bir düzenleme ile mümkündür (An. m.13). TBK m.396/3'te işçinin özellikle sadakat borcuna aykırı olmayacak biçimde başka bir işte çalışmasını engelleyen bir ifade bulunmamaktadır⁴⁷. Ayrıca, Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca kanunla getirilen sınırlandırmanın sınırlarından birisi ölçülülük ilkesidir. Ölçülülük ilkesinin alt unsurlarından olan elverişlilik ilkesi uyarınca hedeflenen amaca ulaşmada başvurulan araç, bu amacı gerçekleştirmeye elverişli olmalıdır⁴⁸. İşçinin çalışma süresi dışında gerçekleştirdiği çalışmaların sınırlandırılmak istenmesindeki amaç, işverenin rekabet tehlikesine dayanan haklı menfaatlerinin zedelenmesinin önlenmesidir⁴⁹. Bu açıdan, TBK m.396/3 ile işçinin boş zamanındaki rekabet teşkil eden çalışmalarının yasaklandığı sonucuna ulaşılmalıdır⁵⁰. Bununla birlikte, boş zamanda gerçekleştirilmekle birlikte rekabet teşkil etmeyen davranışların sınırlandırılması, kural olarak⁵¹ işverenin haklı menfaatlerine zarar vermeme amacına ulaşma açısından elverişli bir tedbir değildir.

⁴² ALPAGUT, s.25-26; DOĞAN, s.47.

⁴³ DOĞAN, s.47.

⁴⁴ DOĞAN YENİSEY, s.366, 369; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.334; CANİKLİOĞLU, Nurşen: "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2017, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2019, s.253; ALPAGUT, s.25.

⁴⁵ RG: 09.11.1982; 17863 (Mükerrer).

⁴⁶ AKYİĞİT, Ercan: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından İşçinin Başka İşde Çalışması, Öz İplik-İş Sendikası Eğitim Yayınları, Ankara, 1995, s.15; DOĞAN YENİSEY, s.370; ARSLAN ERTÜRK, s.316.

⁴⁷ DOĞAN, s.47. Diğer kanunlardaki özel hükümler saklıdır. Nitekim bkz. İş K. m.58. Ayrıca bkz. 6356 sayılı Kanun m.68.

⁴⁸ AYM, 01.07.2020, 2016/4293.

⁴⁹ UŞAN, s.82.

⁵⁰ SENYEN-KAPLAN, s.164; NARMANLIOĞLU, s.274; UŞAN, s.125; DOĞAN, s.51; Buna karşılık, işçinin üstlendiği işin dikkate alınması gerekmektedir. Örneğin işçi asıl işyerinde temizlik görevlisi olarak çalışmakta iken rakip işyerinde de temizlik işini üstlenmiş ise burada rekabet etmeme borcuna aykırılık söz konusu olmaz. Zira esas olan, işçinin rakip bir işyerinde çalışması değil; rekabet edebilecek pozisyonda bulunup işverene zarar verebilme tehlikesini yaratmasıdır. Örnek ve açıklamalar için bkz. UŞAN, s.128; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN, s.133; MANAV, s.112-113.

⁵¹ İşçinin eğilimli işyerlerinde o eğilimi taşıyan bir pozisyonda çalışması veya işyerinin prestiji açısından önemli olması gibi boş zaman faaliyetinin asıl işin niteliğiyle bağdaşmadığı, dolayısıyla işverene önemli bir zarar verme tehlikesinin bulunduğu haller saklıdır. Bu konuda bkz. AKYİĞİT, s.50-53; ALPAGUT, s.26.

Zira rekabet teşkil etmeyen bir davranışta bulunulmasının, işverenin rekabet tehlikesine dayanan haklı menfaatiyle zaten ilgisi bulunmamaktadır⁵². Neticeten, işçinin boş zamanlarında rekabet teşkil etmeyen bir uğraşta bulunulmasının kural olarak sadakat borcuna aykırılık teşkil etmediği ifade edilmelidir⁵³.

Belirtmek gerekir ki ölçülülük ilkesinin özel hukukta gerekçelendirme aracı olarak kullanılması öğretide eleştiri konusu edilmiştir⁵⁴. Kanaatimizce iş hukukunda uygulanması gereken anayasaya uygun yorum yöntemi⁵⁵ ölçülülük ilkesinin TBK m.396/3 açısından da işlerlik kazanması imkânını beraberinde getirmektedir⁵⁶. Aynı sonuçlara dürüstlük kuralı uyarınca varılması da mümkündür. Dürüstlük kuralı, kanunun yorumlanmasında devreye girmesiyle⁵⁷, hukuk kurallarının katı biçimde uygulanmasının yaratacağı adaletsizliğe karşı hukuka etik bir boyut kazandırmasıyla⁵⁸ ve taraf menfaatleri arasında bir kıyaslamayı gerekli kılmasıyla⁵⁹ işçinin çalışma süresi dışındaki zamanlarında gerçekleştirdiği rekabet teşkil etmeyen davranışların TBK m.396/3 ile yasaklanmamış olduğunu ortaya koymaktadır.

b. Boş Zaman Faaliyetlerinin Sadakat Borcu Açısından İncelenmesi

Sadakat borcu, rekabet etmeme borcundan daha geniş bir içeriğe sahiptir⁶⁰. Bu açıdan, işçinin çalışma süresi dışındaki faaliyetlerinin rekabet teşkil etmemesi halinde dahi bu faaliyetlerin sadakat borcuna aykırı olması gündeme gelebilir. Öğretide Doğan Yenisey tarafından verilen bir örneğe göre sabah ameliyatı olan bir doktorun, bir önceki gün geç saatlere kadar eğlenceye katılması nedeniyle bir zararın doğması halinde sadakat borcuna aykırılık söz konusu olur⁶¹. Yazara göre, bu durumda TBK m.396/3 kapsamında değil, TBK m.396/1 açısından hukuka aykırılıktan söz edilecektir. Benzer şekilde, işçinin yıllık ücretli izin hakkını kullandığı veya istirahat raporlu olduğu dönemde başka bir işveren nezdinde ücret karşılığında çalışması da rekabet sayılmasa dahi sadakat borcuna aykırılık teşkil edecektir⁶².

Kanaatimizce, işçinin boş zamanlarındaki faaliyetlerinin rekabet teşkil etmemesi halinde dahi sadakat borcuna aykırı olarak değerlendirileceği haller, yukarıdaki örneklerde olduğu gibi istisnai niteliktedir. Şu durumda, bu örneklerin aksine, hayatın olağan akışı içerisinde daha sıklıkla karşılaşılacak yan uğraşların mercek altına alınmasında fayda vardır. Gerçekten, öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, işçinin çalışma süresi dışındaki yan uğraşının yasaklanmasında işverenin haklı bir menfaati varsa, bu yasağa aykırılık sadakat borcunun ihlali anlamına gelmektedir. Bu görüşe göre, çalışma süresi dışındaki boş zaman faaliyeti, işçinin sağlığını olumsuz etkiliyorsa veya yorgunluğuna sebep olup performansını önemli ölçüde azaltıyorsa, işverenin yan uğraşın iş sözleşmesine aykırı addedilmesinde korunmaya değer haklı bir menfaati bulunmaktadır⁶³. Hatta

⁵² Ayrıca, taraf menfaatlerinin ölçülülük ilkesi çerçevesinde değerlendirilmesi ve işçinin işverenin menfaatine nazaran daha üstün veya eşdeğer nitelikte bir menfaatinin bulunması durumunda da sadakat borcuna rağmen bu menfaatin korunması gerektiği yönünde bkz. KAYIRGAN, s.463.

⁵³ MANAV, s.118. Aynı şekilde, işçinin boş zaman faaliyeti ile işverene zarar verip vermediğine göre değerlendirme yapılması gerekmele, örneğin bir banka müdürünün mevduatını rakip bir bankada değerlendirmesi veya tekstil mağazasında çalışan bir işçinin, kıyafetlerini başka bir mağazadan satın alması da rekabet etmeme borcunu ihlal etmeyecektir. Örnekler için bkz. MANAV, s.119. Yine, adi şirketteki ortaklık saklı olmak üzere, rakip bir şirketin hisse senedine sahip olmak da tek başına rekabet etmeme borcunu ihlal etmeyecektir. Rekabet etmeme borcundaki amaç işçinin rakip bir şirketle menfaat ilişkisi kurarken, hali hazırdaki işyerindeki sırları kullanma imkânının önlenmesidir. Şu durumda hali hazırdaki işyerini etkileme imkânı olmadan başka bir rakip şirketle ilişki içerisine girilmesini rekabet etmeme borcunun ihlali olarak kabul etmek amacı aşan bir yorum tarzı olacaktır. Örnek ve açıklamalar için bkz. UŞAN, s.144-145; SOYER, M. Polat: Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, Ankara, 1994, s.33; YILDIZ, s.46; BOPP, Michael: "Arbeitsvertrag", in Boris, Etter/Nicolas, Facincani/Sutter Reto (ed.), SHK - Stämpflis Handkommentar, Stämpfli Verlag, Bern, 2021, Art. 340 N 9.

⁵⁴ Eleştiriler için bkz. EYRENCİ, Öner: "İşçiye Bağlı Nedenlerle Feshin Geçerliliğinde Ölçülülük Denetimi" in Demir, Ender/ Gemicci Filiz, Beste (ed.), in Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017, s.347; EYRENCİ, Öner: "Feshin Geçerliliğinde Ölçülülük Denetimi", in Güzel, Ali/Ugan, Deniz (ed.), İş Güvencesi ve İşe İade Davaları, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 2010, s.36.

⁵⁵ Bkz. SÜZEK, s.34-35; ERTÜRK, s.43-45.

⁵⁶ Anayasal güvencelerin özel hukuka yorum yoluyla dolaylı olarak yansıdığı yönünde bkz. ERTÜRK, s.44; KARADEMİR, Artür: İş Güvencesinde Son Çare İlkesi, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021, s.53-54.

⁵⁷ Bkz. ANTALYA, O. Gökhan/Topuz, Murat: Medeni Hukuk, Legal Yayınları, İstanbul, 2015, s.390.

⁵⁸ Bkz. ÖZDEMİR, Erdem: "Feshin Geçerliliğinin Denetiminde Dürüstlük Kuralı", in Güzel, Ali/Ugan, Deniz (ed.) İş Güvencesi ve İşe İade Davaları, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 2010, s.57.

⁵⁹ Bkz. ANTALYA/TOPUZ, s.390; KABAKCI, Mahmut: Geçerli Fesih Nedeni Olarak Yetersiz (Kötü ve Eksik) İş Görme, Beta Yayınları, İstanbul, 2012, s.246-247.

⁶⁰ YILDIZ, s.34.

⁶¹ DOĞAN YENİSEY, s.381.

⁶² SAVAŞ, s.100; ÇELİK/CANIKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.332. Yıllık ücretli izin sırasındaki ücretli çalışma yasağı için ayrıca bkz. TULUKÇU, N. Binnur: İş Hukukunda Dinlenme Hakkı, Adalet Yayınları, Ankara, 2012, s.356-357. Yazar, bu durumun sadakat borcuna aykırılıktan ötürü haklı sebeple feshe neden olabileceğini ifade etmektedir. Ayrıca bkz. AKYİĞİT, s.72, 77. Yazar, işçinin yıllık ücretli izin hakkını kullandığı sırada dinlenip dinlenmemekte serbest olduğunu, işçinin "işverenin emrine sunulan bir batarya" olmadığını, İş Kanunu (m.58) ile yasaklanan hususun sadece "ücret" karşılığında çalışma olduğunu vurgulamaktadır. Yıllık ücretli izin sırasında işçinin ücret karşılığında çalışmasının yasak olduğu (İş K. m.58), buna karşılık ücretsiz çalışmakla birlikte rekabet teşkil eden bir iş görmesi durumunda bu davranışın haklı bir fesih nedeni sayılacağı yönünde bkz. MANAV, s.122.

⁶³ CENTEL, s.128; ALPAGUT, s.26; DOĞAN, s.50. Ücret karşılığında gerçekleştirilen yan uğraşlar açısından aynı yönde bkz. STAEHELIN, s.96.

Alpagut'a göre, bu halde zararın meydana gelmesi gerekmemektedir. İşçinin boş zamanlarındaki yan uğraşı nedeniyle performansının olumsuz etkilenme olasılığının güçlü biçimde ortaya konulması halinde de sadakat borcuna aykırılık gündeme gelecektir⁶⁴.

Diğer bir görüşe göre ise işçinin çalışma süresi dışındaki yan uğraşları kural olarak sadakat borcuna aykırılık teşkil etmemektedir. Dinlenmek, işçi açısından haktır; yükümlülük değildir. İşçinin çalışma süresi dışında geçirdiği zaman, işveren tarafından işçinin dinlenmesi için verilen bir süre değil, işçinin anayasal güvenceye dayanan özgürlük alanı dâhilindeki süredir⁶⁵. Aksinin kabulü, işyerinde uykusuzluğa neden olabileceğinden işçinin gece geç saatlere kadar televizyon izlemesinin dahi sadakat borcuna aykırı olacağı sonucunu doğurur ki, bu sonuç Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen kişiliğin geliştirilmesi hakkını ihlal eder⁶⁶. İş akışını olumsuz etkilemediği müddetçe bir kamyon şoförünün çalışma süresi dışında taksi şoförlüğü yapması⁶⁷ veya bir işçinin boş zamanında hobisine zaman ayırması⁶⁸; belki de bu hobisinden gelir elde etmesi tek başına sadakat borcuna aykırı değildir. Yargıtay da işçinin çalışma süresi dışında iş görmesinin mutlaka iş sözleşmesinin ihlal edildiği biçiminde yorumlanamayacağına karar vermiştir⁶⁹. İşçinin çalışma süresi dışında gerçekleştirdiği rekabet teşkil etmeyen davranışlar, performansını düşürerek iş akışını somut olarak olumsuz etkiliyorsa, iş görme borcunun gereği gibi ifa edilmemesine bağlı tedbir veya yaptırımlar gündeme gelecektir⁷⁰. İlgili faaliyetler nedeniyle tek başına doğruluk ve bağlılığa aykırı davranıştan ötürü iş sözleşmesinin haklı nedenle feshi mümkün görülmemelidir.

4. Başka İşe Hazırlık Hareketleri ve Hazırlık Hareketlerini Aşan Davranışlar

a. Genel Olarak

İşçinin hâlihazırdaki iş ilişkisi devam ederken bu ilişkinin sona ermesinden sonraki kariyerini planlaması muhtemeldir. İşçinin iş ilişkisinin devamı sırasında rekabet etmeme borcunu ihlal etmesi durumunda iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı sebeple feshedilebileceği de bir gerçektir⁷¹. Rekabet etmeme borcuna aykırılık teşkil eden davranışın çalışma süresi içinde veya dışında olmasına da gerek bulunmamaktadır. İşçinin başka bir işveren nezdinde veya bağımsız olarak çalışmak için bazı kariyer hazırlıklarına girişmesi halinde, bu hazırlıkların niteliğinin açıklığa kavuşturulması, böylelikle feshin haklı bir sebebe dayanıp dayanmadığının tespiti gerekmektedir.

İşçinin yeni kariyer planlaması çerçevesinde rakip bir işe hazırlık yapmasının rekabet teşkil edeceği kabul edilirse, bu davranışların işçi açısından sonuçları ağır olacaktır. İşçinin, rakip olmamakla birlikte, yine de yeni bir iş için ön çalışmalarda bulunması durumunda, bu faaliyetlerini çalışma süresi içinde mi yoksa dışında mı gerçekleştirdiği de önem arz etmektedir. Sadakat borcunun iş görme borcuna da şamil olduğu dikkate alındığında, rekabet teşkil etmese bile bazı hareketlerin iş sözleşmesine aykırı olduğundan bahsedilerek yine işçi açısından olumsuz sonuçların doğabileceğine şüphe yoktur. Bu sebeplerle, işçinin gelecekteki kariyer planlamasına yönelik ön çalışmalarının, diğer bir ifadeyle, hazırlık hareketlerinin niteliğinin açık bir biçimde ortaya konulması elzemdir.

b. Türk Hukukundaki Öğreti Görüşleri

Aynı sektörde olsa dahi hazırlık hareketleri “rekabet” bağlamında sadakat borcuna aykırı sayılmamaktadır⁷². İşçinin yeni kuracağı rakip iş için işyeri kiralaması veya kullanılacak malları sipariş etmesi⁷³, masa, sandalye vb. büro malzemelerini satın alması⁷⁴, hâlihazırdaki işinden ayrılacağını, rakip olan başka bir işveren nezdinde veya kendi hesabına çalışmaya başlayacağını müşterilere veya çalışma arkadaşlarına duyurması⁷⁵ ya da rekabet içindeki yeni bir iş ilişkisi için iş görüşmesine gitmesi⁷⁶ tek başına rekabet etmeme borcunu ihlal etmemektedir. Bu sebeple, öğretilerde

⁶⁴ ALPAGUT, s.26-27.

⁶⁵ DOĞAN YENİSEY, s.378-379; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.609.

⁶⁶ Benzer bir örnek için bkz. ARSLAN ERTÜRK, s.218.

⁶⁷ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.609.

⁶⁸ Karş. Yargıtay 9.HD., 05.06.2017, E.2016/14956 K.2017/9595. www.lexpera.com.tr (Erişim: 01.06.2022). Karar uyarınca, çalışma süresi dışında dövmecilik yapan işçinin hiçbir şekilde ek iş yapamayacağına ilişkin sözleşmesel kayda aykırı davranması nedeniyle fesih geçerli sayılmıştır. Kararda bu kayda aykırılığın iş akışını olumsuz etkileyip etkilemediğine ilişkin gerekçelendirmeye yer verilmeksizin hüküm kurulduğu ve işçinin boş zamanlarında gerçekleştirdiği faaliyetlerin anayasal özgürlük alanına dâhil olduğu gerekçesiyle kararda varılan sonuca katılmıyoruz. Aynı yönde bkz. Caniklioğlu, s.254.

⁶⁹ Yargıtay 9.HD., 10.03.2008, E.2007/11866, K.2008/3994. www.hukukturk.com.tr (Erişim: 01.06.2022).

⁷⁰ Bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.609; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN, s.133.

⁷¹ İş ilişkisinin devamı sırasında rekabet etmeme borcunun ihlalini teşkil eden davranışların işverene haklı sebeple fesih hakkı verdiği yönünde bkz. ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.335; NARMANLIOĞLU, s.274, dn.65; DOĞAN, s.45.

⁷² UŞAN, s.147; MILANI, Art. 321a N 30.

⁷³ UŞAN, s.147.

⁷⁴ DEMİR/DEMİR, s.20-21; DOĞAN, s.52.

⁷⁵ UŞAN, s.149; MANAV, s.116-117; DOĞAN, s.52. İsviçre hukuku açısından aynı örnek Milani tarafından da zikredilmekle birlikte, yazar kanaatimizce haklı olarak somut olayın özelliğini dikkate alan bir açıklama getirmektedir. Yazara göre işçinin “vedalaşmak amacıyla” müşterilere duyuru yapması sadakat borcunu ihlal etmeyecektir. Açıklama için bkz. MILANI, Art. 321a N 17.

⁷⁶ DOĞAN, s.52. Ayrıca bkz. İş K. m.27.

kanaatimizce de isabetle ileri sürülen bir görüş uyarınca, işçinin çalışma süresi dışında bu tür hazırlık hareketlerine giriştiği yönünde işverene bildirimde bulunma veya onay alma zorunluluğu bulunmamaktadır⁷⁷.

Hangi davranışın hazırlık hareketi olarak nitelendirileceği, hangi davranışın ise hazırlık hareketi sınırını aşarak işverene zarar verme tehlikesini⁷⁸ taşıyan bir boyuta evrildiği her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmelidir⁷⁹. Örneğin işçinin iş ilişkisi devam ederken yeni kurduğu rakip işyerinde faaliyete başlaması, müşterileri bu işyerine yönlendirmesi, daha düşük fiyat teklif etmesi veya reklamını yapması⁸⁰ ya da diğer işçileri mevcut iş ilişkisini sonlandırmaya yahut yeni işyerine geçmeye kışkırtması rekabet etmeme borcuna aykırıdır⁸¹.

c. Yargıtay Uygulaması

İşçinin genel müdür yardımcısı olarak çalışırken rakip bir şirkette çalışmak üzere anlaşma yaptığı ve işyerindeki birtakım işçilere de yeni şirkette çalışmaları için tekliflerde bulunduğu, bu işçilerin de işverenden ayrıldıktan sonra yeni şirkette çalışmaya başladıkları olayda, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, genel müdür yardımcısı olarak görev yapan işçinin bu davranışını haklı fesih nedeni saymıştır⁸². Yine, işçilerin olmasa bile, müşterilerin rakip bir şirkete yönlendirilmesi veya bu şirkete danışmanlık yapılması halinde de sadakat borcuna aykırılık söz konusudur⁸³.

Aynı dairenin 2010 yılında verdiği diğer bir kararında ise işçinin dolaylı bile olsa rakip şirket kurması, çalışma süresinin bir bölümünü bu şirkette geçirmesi, işverenin müşterilerini rakip şirkete yönlendirmesi sadakat borcuna aykırı sayılmıştır⁸⁴. Karar uyarınca, “şirket kurma”nın tek başına sadakat borcunun ihlali sayılıp sayılmayacağı; başka bir ifadeyle, müşterileri yönlendirme veya mesainin kısmen de olsa bu şirkete geçirilmesi olguları olmaksızın tek başına şirket kurulumunun nasıl değerlendirildiği kanaatimizce duraksama yaratabilecek niteliktedir. Buna karşılık, aynı dairenin 2016 yılında verdiği bir kararıyla, işçinin fiilen faaliyete başlamamakla birlikte rakip bir şirket kurmasını ve bunu “menfaat çatışma bildirim anketi”nde “gizlemesini” haklı fesih nedeni olarak kabul ettiğini belirtmek gerekmektedir⁸⁵. Hatta Yargıtay 7. Hukuk Dairesi tarafından 2015 yılında karara bağlanan bir olayda da yerel mahkeme, tek başına rakip bir şirket kurmanın geçerli veya haklı bir neden oluşturacak ağırlıkta olmadığına karar vermiştir. Buna karşılık yüksek mahkeme, işçinin rakip bir şirket kurduğunu “gizlediğine” ilişkin bir veriye yer vermediği kararında, bu davranışın güven ilişkisini zedelediğini; böylelikle “en azından geçerli bir fesih nedeni” teşkil ettiğini belirtmiştir⁸⁶.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi ise 2019 yılında yukarıda zikredilen daire kararlarından farklı yönde bir sonuca varmıştır. Karara konu olayda işçinin kendisine ait bir şirket kurduğu tespit edilmiş olsa da, bu şirketin henüz faaliyete geçmediği kaydedilmiştir. Hal böyle olunca, işçinin rekabet etmeme borcuna aykırı davranışının ispatlanmadığına karar verilmiştir. Yüksek mahkemeye göre, bu durum karşısında yerel mahkemenin feshin haklı sebebe dayandığına ilişkin kanaati isabetli değildir. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi’nin kurulan şirketin faal olup olmadığına önem atfeden bu ifadeleri İsviçre iş hukukunda benimsenen esaslarla da paralel olup⁸⁷ kanaatimizce de isabetlidir.

d. İsviçre Hukukundaki Öğreti Görüşleri ve Yargı Uygulaması

Hazırlık hareketlerine ilişkin Türk iş hukuku öğretisinde yapılan açıklamalara paralel olarak, İsviçre hukukunda da bu hareketlerin tek başına sadakat borcuna aykırılık teşkil etmedikleri kabul edilmektedir. Buna göre, işverenin haklı menfaatlerinin doğrudan zedelenmemesi koşuluyla, işçinin iş ilişkisinin sona ermesinden sonraki çalışma hayatına ilişkin hazırlık hareketlerine girişmesi serbesttir. Öte yandan, işçinin hazırlık hareketlerini ücret karşılığında gerçekleştirmesi sadakat

⁷⁷ UŞAN, s.151; AKYİĞİT, s.26. Bilgi verme yükümü getiren kayıtlar açısından ayrıca bkz. AKYİĞİT, s.26-27. İşçinin boş zamanında gerçekleştirdiği hareketlerin performansını etkileyecek olması durumunda işçinin işvereni bu uğraştan haberdar etme yükümlülüğünün bulunduğu ve bu uğraş için işverenden izin alması gerektiğine ilişkin bkz. MANAV, s.120. Bu görüşe katılmıyoruz. Buna ilişkin bkz. yukarıda III, B, 3, b.

⁷⁸ Rekabet etmeme borcuna aykırılığın gündeme gelebilmesi için mutlaka işverenin zarara uğramış olmasının gerekmediğine ilişkin bkz. ÖZKARACA/ÖZKAN KOÇ, s.77; RÄBER, s.32. Genel olarak sadakat borcu açısından aynı yönde bkz. ALPAGUT, s.25; KAYIRGAN, s.463. Zarar riskinin doğması yeterlidir. Açıklama için bkz. DOĞAN YENİSEY, s.378.

⁷⁹ UŞAN, s.149; MANAV, s.117.

⁸⁰ UŞAN, s.149-150; DOĞAN, s.52-53.

⁸¹ TUNÇOMAĞ, Kenan/CENTEL, Tankut: İş Hukukunun Esasları, 9. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2018, s.103; ALPAGUT, s.25; MANAV, s.117.

⁸² Yargıtay 9.HD., 25.06.2019, E.2016/29865, K.2019/14187. www.lexpera.com.tr (Erişim: 01.06.2022).

⁸³ Yargıtay 22.HD., 06.11.2017, E.2017/43049, K.2017/24242. www.lexpera.com.tr (Erişim: 01.06.2022).

⁸⁴ Yargıtay 9.HD., 01.02.2010, E.2009/13571, K.2010/1815. www.lexpera.com.tr (Erişim: 01.06.2022).

⁸⁵ Bkz. Yargıtay 9.HD., 20.12.2016, E.2016/2077, K.2016/22657. www.lexpera.com.tr (Erişim: 01.06.2022). İşçinin yan işle uğraşmadan evvel kural olarak işverene kendiliğinden bildirimde bulunmasının gerekmediği ancak bireysel veya toplu iş sözleşmeleri ile işçiye böyle bir zorunluluk getirilebileceği, ayrıca işverenin sorması üzerine işçinin yan iş tutup tutmadığı konusunda bilgi verme zorunluluğunun getirilebileceği; bu zorunluluğun işçinin kişiliğinin ihlali olarak nitelendirilmesinin kural olarak mümkün olmadığı yönünde bkz. Akyiğit, s. 27.

⁸⁶ Yargıtay 7.HD., 05.11.2015, E.2015/18383, K.2015/21683. www.lexpera.com.tr (Erişim: 01.06.2022).

⁸⁷ Bkz. aşağıda III, B, 4, d.

borcunu ihlal etmektedir.⁸⁸ Bu açıklamalar ışığında, örneğin işçinin piyasada aktif olarak faaliyette bulunmaması koşuluyla rakip bir şirket kurması⁸⁹, bu şirketi ticaret siciline tescil ettirmesi⁹⁰, ürün veya reklam materyallerini hazırlaması, yeni işyerini kiralaması, bu işyeri için personel arayışına girişmesi mümkündür⁹¹. Bununla birlikte, iş ilişkisi devam ederken rakip ürünlerin tescili, işçinin doğrudan; rekabet amacına yönelik olarak çalışma arkadaşlarını veya müşterileri ayartması, müşteri listesini tedarik etmesi, müşterilere teklif sunması yasaktır. Özetle, “sadakat borcu açısından önemli olan, işçinin iş ilişkisi devam ederken yeni kuracağı rakip işyeri açısından piyasada görünür hale gelip gelmediğidir⁹².”

İsviçre Federal Mahkemesi de yukarıda yapılan açıklamalara paralel sonuçlara varmıştır. Buna göre, işçinin iş ilişkisi devam ederken rakip bir şirket kurması, işverenin işçilerini ayartmama ve fiilen faaliyete geçmeme koşuluyla, tek başına sadakat borcunu ihlal etmemektedir⁹³. Nitekim işçinin iş ilişkisinin devamı sırasında işverenin iki işçisini ayartmaya çalıştığı olayda, yüksek mahkeme iş sözleşmesinin derhal feshedilmesini haklı bulmuştur. Somut olayda, yerel mahkemeye göre her ne kadar işçinin rakip şirket kurmak istemesi ve aynı zamanda bunun için işverenin iki işçisiyle görüşmesi kınanması gereken davranışlar olsa da bu davranışlar derhal feshi gerektirecek ağırlıkta değildir. Buna karşılık yüksek mahkeme, işçinin rakip bir şirket kurmak istemesinin kınanması gereken bir davranış olmadığını vurgulamıştır. Öte yandan, işçinin bu amaca ulaşmak isterken işverenin işçileriyle görüşüp, kurulacak işyeri için birlikte çalışmayı teklif ettiğini, bu görüşmenin gizli kalmasını istediğini, ayrıca işçilerden birine henüz iş ilişkisi devam ederken gelecekteki işyeri için kıyafet koleksiyonu hazırlatmak istediğini dikkate alarak işçinin sadakat borcuna aykırı davrandığını kaydetmiştir⁹⁴. Yine, İsviçre Federal Mahkemesi, işçinin işten ayrıldıktan bir gün sonra eski işyerinin yakınında rakip bir işyeri açtığı ve neredeyse tüm işçilerin de işyerini kuran işçiyle aynı gün istifa edip bir gün sonra rakip işyerinde çalışmaya başladığı olayda, işçilerin hukuka aykırı olarak “ayartıldığı” sonucuna ulaşmıştır⁹⁵.

e. İşçinin Hazırlık Hareketi Olarak Rakip Bir Şirket Kurmasının TBK m.444 Açısından İncelenmesi

İş ilişkisinin sona ermesinden sonra uygulanma kabiliyeti olan rekabet yasağı TBK m.444’te düzenlenmiştir. Buna göre, işçi işvereniyle rekabet etmekten, özellikle “kendi hesabına rakip bir işletme açmaktan” kaçınmayı üstlenebilir. TBK m. 444’ün lafzı incelendiğinde, işçinin salt “rakip bir işletme açması”nın kanunkoyucu tarafından rekabet teşkil eden bir davranış olarak kabul edildiği sonucuna ulaşılabilir. Oysa işçinin salt rakip bir şirket kurması (işletme açması), Yargıtay’ın bazı kararlarında tek başına güven zedeleyici bir davranış olarak değerlendirilse de özellikle yukarıda zikredilen 22. Hukuk Dairesi’nin 2019 yılında verdiği kararında⁹⁶, şirketin fiilen faaliyete geçip geçmediğinin önem arz ettiği ifade edilmiştir. Nitekim İsviçre iş hukuku öğretisi ile yargı uygulamasında benimsenen esaslar da Yargıtay 22. Hukuk Dairesi’nin anılan kararıyla paraleldir. Bununla birlikte, bir yandan TBK m.444 ile işçinin “rakip bir işletme açması”nın rekabet kavramına dâhil sayılması, diğer yandan bu davranışın sadece bir hazırlık hareketi olarak değerlendirilmesi duraksama yaratmaktadır. Bu duraksamanın giderilmesi; ortaya çıkan çelişkinin çözüme kavuşturulmasında fayda vardır.

TBK m.444’ün gerekçesi uyarınca bu düzenleme İsviçre Borçlar Kanunu m.340 dikkate alınarak hazırlanmıştır⁹⁷. TBK m.444’te yer alan işçinin “rakip bir işletme açması”, mehz İsviçre Borçlar Kanunu m.340’te işçinin rakip bir iş yapması (“betreiben”) biçiminde kaleme alınmıştır. Buna göre, örneğin yeni kurulacak şirket için rekabete yol açacak bir ana sözleşme hazırlanması tek başına rekabet yasağını ihlal etmemektedir⁹⁸. TBK m.444’ün gerekçesinde, İsviçre Borçlar Kanunu

⁸⁸ STAEHELIN, s.95.

⁸⁹ Zürich, Handelsgericht, HE210011 vom 12.04.2021 E. 5.1.2; REHBINDER, Manfred/STÖCKLI, Jean-Fritz: “Einleitung und Kommentar zu den Art. 319–330b OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Der Arbeitsvertrag, Art. 319-362 OR“ in Hausheer, Heinz/Walter, Hans Peter (ed.), BK - Berner Kommentar, Stämpfli Verlag, 2010, s.134; EMMEL, s.24; MILANI, Art. 321a N 17; STREIFF/von KAENEL/RUDOLPH, Art. 321a, N 4; FARNER, Martin: “Die Sicherung Der Treuepflicht Mit Konventionalstrafe”, Anwaltsrevue, (219), 2013, s.222. Ayrıca Türk hukuku açısından benzer yönde olmak üzere “işçinin işten ayrılma konusunda hazırlık yapması, hatta işten ayrıldıktan sonra işverene rekabet edecek bir şirket kurma konusundaki faaliyetleri rekabet yapmama borcunun ihlali olarak kabul edilmez” açıklaması için bkz. UŞAN, s.148.

⁹⁰ STAEHELIN, s.95-96.

⁹¹ Emmel, s. 24; Zürich, Obergericht, LA110015 vom 30.09.2011 E. iii.1.

⁹² Zürich, Obergericht, LA110015 vom 30.09.2011 E. iii.1.

⁹³ BGE 117 II 72; BGE 4A_22/2014 vom 23.04.2014. Ayrıca, sadakat borcu, rekabet etmeme borcu ve hazırlık hareketlerine ilişkin İsviçre yargı uygulaması için bkz. ANDREAS, Abegg/BERNAUER, Christof: “Art. 321a” in Gauch, Peter/Stöckli, Hubert (ed.), Präjudizienbuch OR – Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2020), 10. Auflage, Schulthess Verlag, 2021, s.846-851.

⁹⁴ BGE 104 II 28.

⁹⁵ BGE 123 III 257.

⁹⁶ Bkz. yukarıda III, B, 4, c.

⁹⁷ Madde gerekçesi için bkz. TBMM: “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/499)”, <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf>, (Erişim Tarihi: 01.06.2022).

⁹⁸ REHBINDER, Manfred/STÖCKLI, Jean-Fritz: “Der Arbeitsvertrag, Art. 331-355 und Art. 361-362 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht” in Hausheer, Heinz/Walter, Hans Peter (ed.), BK - Berner

m.340'la TBK m.444'ün arasındaki farklılığın bilinçli bir tercih olduğuna ilişkin bir veri yer almamaktadır. TBK m.444'te yer alan "rakip bir işletme açma" ifadesi, mehz kanuna uygun yorumlandığında, iş ilişkisinin devamı sırasında fiilen faaliyete başlamamak koşuluyla rakip bir şirket kurma davranışının TBK m.396/3 açısından sadece hazırlık hareketi sayılmasını engellemektedir.

İkincisi, TBK m.444'te düzenlenen rekabet yasağı ile TBK m.396'da düzenlenen rekabet etmeme borcunun uygulanma koşulları birbirinden farklıdır. İlkinde, işçi rekabet yasağını yazılı olarak üstlenmek zorundadır. Yazılı şekil geçerlilik şartıdır⁹⁹. Şekil şartı, tarafları daha iyi düşünmeye sevk etmek; üstlendikleri riskin kapsamını anlamalarını sağlamak için öngörülen bir araçtır¹⁰⁰. Yani TBK m.444'ün uygulandığı hallerde işçi üstlendiği borcu açıkça görerek taahhütte bulunmaktadır. Buna karşılık, TBK m.396 bağlamındaki rekabet etmeme borcu açısından, işçinin "piyasada görünür olmadığı için" işverene zarar verme riskinin bulunmadığı kanaatine sevk olması söz konusudur. İşçinin bu davranışının kınanmayacağını düşünmekte dürüstlük kuralından kaynaklanan makul bir beklentisi oluşmaktadır.

İşçinin makul beklentisi, ancak iş ilişkisinin devamı sırasında faal olmasa bile rakip bir şirket kurucusu olamayacağına yönelik bir kararlaştırma yapılması halinde bertaraf edilebilir. Nitekim sadakat borcunun işçi aleyhine genişletilebileceğini kabul eden yazarlara göre, taraflar rekabete hazırlık hareketlerinin de doğrudan doğruya rekabet sayılacağını kararlaştırabilirler. Buna göre, işçinin faal olmayan rakip bir şirket kurmasının yasaklanması hukuken mümkündür¹⁰¹. İsviçre Federal Mahkemesi de aynı yönde görüş bildirmiştir. Yüksek mahkemenin önüne gelen bir olayda, taraflar işçinin iş sözleşmesinin devamı müddetince ve sonrasında işverenle rekabet edemeyeceğini, aksi halde işverenin sözleşmede düzenlenen ceza koşulunu talep edebileceğini düzenlemişlerdir. İşçi, iş sözleşmesinin sona ermesinden kısa bir süre önce rakip bir şirket kurmuştur. Somut olayda yüksek mahkeme, işçinin iş sözleşmesini geçerli bir sebeple ("Kündigung aus begründetem Anlass") feshetmesi nedeniyle iş ilişkisinin sonrasına şamil olan rekabet yasağının son bulduğunu (Art.340c/2 OR) kaydetmiştir. Bununla birlikte, aynı sözleşmesel düzenlemede yer alan sadakat borcu kapsamındaki rekabet etmeme borcunun (Art.321a OR) ise devam ettiğini vurgulamıştır. Böylelikle ceza koşulunun talep edilebileceği karara bağlanmıştır. Yüksek mahkemeye göre bu durum "sözleşmeyle genişletilmiş sadakat borcu"nun bir sonucudur¹⁰².

f. Çalışma Süresi İçinde Gerçekleştirilen Hazırlık Hareketleri

İşçi çalışma süresi içinde iş görme edimini işverene karşı ifa etmekle yükümlüdür¹⁰³. İşçi bu süre içinde işgücünü işverenin otoritesi altında bulundurduğundan, çalışma süresini üstlendiği iş dışında bir uğraş ile geçiremez¹⁰⁴. Bu uğraş hazırlık hareketi niteliğinde olsa da sonuç değişmez¹⁰⁵. İşçi, yeni iş arama izninin (İş K. m.27) kapsamı dışındaki hazırlık hareketlerini çalışma süresi dışında gerçekleştirmelidir¹⁰⁶. Aksi davranış iş görme borcunu ihlal eder¹⁰⁷. Sadakat borcu, iş görme borcuna da şamil olduğundan, işçinin bu davranışı nihayetinde sadakat borcunun ihlali anlamını taşır¹⁰⁸. İşçinin çalışma süresi içinde gerçekleştirdiği hazırlık hareketleri, öncelikle işin ifası açısından yeterli bağlılığın gösterilmemesi bağlamında sadakat borcuna aykırılık yaratmaktadır.

Öğretide, genel olarak, sadakat borcuna aykırılığın İş K. m.25/II (e) bağlamında haklı fesih sebebi olduğu belirtilmektedir¹⁰⁹. Buna karşılık, her somut olayda işçinin iş ilişkisinde meydana getirdiği olumsuzluğun ağırlığının göz önünde bulundurulması gerektiği de açıktır¹¹⁰. Örneğin, işçinin iş ilişkisinin sona ermesinden sonrası için yeni iş görüşmelerine gitmesi nedeniyle iki gün ardı ardına devamsızlık yapması İş K. m.25/II uyarınca haklı fesih sebebi teşkil edecek iken, kanaatimizce, işverene ait bilgisayarda yeni kuracağı iş için logo tasarlaması aynı ağırlıkta kabul edilemez. Bu davranışın iş görme borcuna aykırı olduğu açık olmakla birlikte, niteliği itibarıyla İş Kanunu'nun gerekçesinde geçerli nedenler arasında sayılan "uzun telefon görüşmeleri yapmak" veya "işini aksatarak işyerinde dolaşmak" davranışlarından bir farkı bulunmamaktadır. Kanunun gerekçesinde de sayılan bu hallerde işçinin davranışının iş ilişkisinde güven temelini çökerttiğinden bahsedilememektedir. Örneğin, iş güvenliğini tehlikeye atmamak koşuluyla işyerinde gazete

Kommentar, 2. Auflage, Stämpfli Verlag, 2014, s.434.

⁹⁹ UŞAN, M. Fatih: "Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Taşınması Gereken Şartlar ve Bunun Geçerliliği Meselesi (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme)", Sicil İş Hukuku Dergisi (14), 2011, s. 122.

¹⁰⁰ ARSLAN ERTÜRK, Arzu: İş Sözleşmesinde Şekil, Vedat Kitabevi, İstanbul, 2017, s.17

¹⁰¹ FARNER, s.222; RÄBER, s.51.

¹⁰² BGE 4A 595/2012 vom 21.12.2012. Karş. Yargıtay 22.HD., 12.12.2019, E.2017/26012, K.2019/23203. www.lexpera.com.tr (Erişim: 01.06.2022).

¹⁰³ SENYEN-KAPLAN, s.164.

¹⁰⁴ CENTEL, Tankut: İş Hukuku, Cilt 1, Kazancı Yayınevi, İstanbul, 1992, s.127.

¹⁰⁵ EMMEL, s.25.

¹⁰⁶ MANAV, s.117.

¹⁰⁷ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.601-602; MANAV, s.119.

¹⁰⁸ UŞAN, s.121. Karş. MANAV, s.119. Yazar, bu halde rekabet etmeme borcuna aykırılıktan değil, iş görme borcunun özenle ifa borcuna aykırılıktan bahsedileceğini ifade etmektedir.

¹⁰⁹ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.335; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.611; SAVAŞ, s.95; DOĞAN, s.29.

¹¹⁰ Bkz. EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN, s.133; SAVAŞ, s.101.

okumak gibi, çalışma süresi içerisinde başka işe hazırlık hareketinde bulunulması da ağır bir sadakatsizlik mertebesine ulaşmamaktadır. Fakat bu davranış sözleşmenin ağır ihlali düzeyine erişmemekle birlikte, yeterli bağlılığın gösterilmediği durumlarda, bu eksikliğin geçerli fesih nedeni olabileceğine şüphe yoktur¹¹¹.

g. Çalışma Süresi Dışında Gerçekleştirilen Hazırlık Hareketleri

İşçinin boş zamanlarında dinlenme “borcu” bulunmamaktadır. Hal böyle olunca, çalışma süresi dışındaki hazırlık hareketlerinin kural olarak¹¹² sadakat borcuna aykırı olmadığı ifade edilmelidir. Buna karşılık, işverence verilen izin veya ara dinlenmesi sırasında ya da hafta tatili yahut işçinin istirahatlı olduğu dönemde hazırlık hareketlerine girişebilip girişemeyeceğinin açıklığa kavuşturulmasında fayda vardır.

İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği’nin¹¹³ 3. maddesi uyarınca ara dinlenmesi çalışma süresinden sayılmaz. Dolayısıyla, ara dinlenmesinde hazırlık hareketlerine girişen işçinin çalışma süresi “dışında” hazırlık faaliyetinde bulunduğu kabul edilmelidir. Ara dinlenmesi, dinlenme hakkının bir görünümü olup temelde, işçinin fiziki ve ruhsal bütünlüğünün korunması için öngörülmüştür¹¹⁴. Bu süre içinde işçinin yan uğraşta bulunmaksızın verimini koruma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Aynı yorum tarzı hafta tatili açısından da geçerlidir¹¹⁵. Öte yandan, doğaldır ki işçinin ara dinlenmesi kullanmadığından bahisle izin almaksızın işe geç gelmesi veya işten erken ayrılması mümkün değildir¹¹⁶. Bu sebeple, örneğin ara dinlenmesi kullanmadığını gerekçe göstererek yeni bir işverence iş görüşmesi yapmak için işyerinden erken ayrılan işçinin bu davranışı sadakat borcuna aykırı olur.

İşverence verilen izin veya istirahat raporunun söz konusu olduğu durumlarda somut olayın özelliğine göre değerlendirme yapılmalıdır. Bu halde, işçinin giriştiği hazırlık hareketinin işçinin aldığı izinle veya istirahat raporuna gerekçe teşkil eden hastalıkla bağdaşıp bağdaşmadığının incelenmesi gerekmektedir. Örneğin, bel rahatsızlığından dolayı istirahat raporlu işçinin yeni kuracağı rakip işyerinin henüz faaliyete geçmeyen internet sitesi için evinde içerik oluşturması, (somut olayın özelliğine göre) raporla bağdaşmayan bir davranış olarak görülmeyebilir. Nitekim Yargıtay’a göre de burun ameliyatı geçiren işçinin raporlu olduğu günlerde havaalanına, memleketine veya lokantaya gitmiş olması tek başına raporun amacıyla bağdaşmayan bir davranış olarak değerlendirilmemiştir¹¹⁷. Buna karşılık, majör depresyondan muzdarip işçinin yeni iş görüşmelerine gitmesi veya yeni kuracağı iş için emlak danışmanlarıyla işyeri araştırmasına girişmesi sadakat borcuna aykırılık teşkil edecektir¹¹⁸. Nitekim Yargıtay, işçinin bel rahatsızlığı nedeniyle istirahatlı olduğu dönemde kayınpederine satışta yardımcı olmak için hayvan pazarına gitmesini, işçinin istirahat gerekçesini şüpheye düşüren bir durum olarak değerlendirmiş ve feshi geçerli saymıştır¹¹⁹. Yine yüksek mahkeme, işçinin istirahatlı olduğu dönemde yurtdışına tatile gitmesini değerlendirdiği bir olayda, uçak biletinin sağlık raporunun tarihinden önce alındığı tespit edilirse bu durumun sadakat borcuna aykırılık oluşturacağını ve feshin haklı nedene dayanacağını kabul etmiştir¹²⁰.

Seyahatin önceden planlanarak, istirahat raporunun kasten seyahat tarihine denk getirilmesi işverenin güveninin kötüye kullanıldığını göstereceği gibi, aynı yorum tarzının mazeret izni açısından da kabul görmesi gerektiği açıktır. Örneğin ölümü “bahane” ederek mazeret izni alan işçinin, yeni işyerinde satacağı ürünlerin fotoğraf çekimine gitmesinin sadakat borcuna aykırı olacağı kuşkusuzdur¹²¹.

¹¹¹ Sadakatsizlik düzeyine erişmemekle birlikte yeterli bağlılığın gösterilmemesi durumunda geçerli bir fesih nedeninin mevcut olacağı yönünde bkz. KAYIRGAN, s.474.

¹¹² Öğretide Akyığıt işçinin yıllık ücretli izin sırasında bir sonraki iş ilişkisi için mesleki eğitim almasının kategorik olarak sadakat borcuna aykırı bir durum yaratmayacağını; bu eğitim nedeniyle işçinin üstlendiği işi ifa yeteneğinin önemli ölçüde kaybedip kaybetmediğinin incelenmesi gerektiğini belirtmektedir. Açıklama için bkz. AKYIĞIT, s.79.

¹¹³ RG: 06.04.2004; 25425.

¹¹⁴ TULUKÇU, s.180-181. Her ne kadar yazar ara dinlenmesi vasıtasıyla işgücünün korunması sayesinde dolaylı olarak işverenin de menfaatinin gerçekleşeceğini belirtse de, yukarıdaki sözü edilen açıklamalar açısından, birincil veya doğrudan amacın işçinin dinlenme hakkının gerçekleştirilmesi olduğu ifade edilmelidir.

¹¹⁵ Bkz. DOĞAN YENİSEY, s.378-381.

¹¹⁶ Bkz. DOĞAN, Sevil, “İş Hukukunda İşçinin Ara Dinlenmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 26(2), 2020, s.1184.

¹¹⁷ Yargıtay 9.HD., 19.11.2018, E.2018/2306, K.2018/20864. www.lexpera.com.tr (Erişim: 01.06.2022).

¹¹⁸ Bkz. Yargıtay 7.HD., 05.11.2014, E.2014/11752, K.2014/20243. www.lexpera.com.tr (Erişim: 01.06.2022). Karara konu olayda, majör depresyon hastası işçinin istirahatlı olduğu dönemde yurtdışına çıkması feshi geçerli neden olarak kabul edilmiştir.

¹¹⁹ Yargıtay 9.HD., 22.04.2019, E.2018/10537, K.2019/9466. www.lexpera.com.tr (Erişim: 01.06.2022).

¹²⁰ Yargıtay 7.HD., 02.03.2015, E.2015/2836, K.2015/3058. www.lexpera.com.tr (Erişim: 01.06.2022).

¹²¹ Ayrıca bkz. DOĞAN YENİSEY, s.381-382. Yazar, işçinin işverenden çocuğuna bakmak için izin aldığı dönemde başka bir işte çalışmasını sadakat borcuna aykırı bir davranış olarak nitelendirmektedir. Genel olarak, hastalık veya seyahat konusunda bilgi verirken yalan söylenmesinin sadakat borcuna aykırı olduğu yönünde ayrıca bkz. STAEHELIN, s.84.

C. Rekabet Etmeme Borcuna İlişkin Sözleşmesel Kayıtlar

1. Rekabet Etmeme Borcuna İlişkin Sözleşmesel Kayıtların Geçerliliği

İşçinin rekabet etmeme borcuna ilişkin sözleşmesel kayıtların geçerliliğinin tespitinde sadakat borcuna ilişkin esasların dikkate alınmasında yarar vardır¹²². Sonuçta, iş ilişkisinin devamı sırasındaki rekabet etmeme borcu, sadakat borcunun kapsamına dâhildir. Öte yandan, sadakat borcunun “açıklıktan yoksun, kapalı bir kavram” olduğu da unutulmamalıdır¹²³. İşçinin sözleşme özgürlüğünün, “soyut ve belirsiz bir borç” olan sadakat borcu karşısında göz ardı edilmesi mümkün değildir¹²⁴. Neticede, anayasal düzenin özel hukuk kapsamındaki ilişkilerde de bir yorum aracı olarak kullanılması mümkün ve gereklidir¹²⁵. Hatta tereddüt halinde temel haklara sadakat borcu karşısında öncelik tanınması gerekmektedir¹²⁶. TBK m.396/3’te yer alan düzenlemenin sözleşmesel kayıtlar vasıtasıyla ne denli değiştirilebileceğinin tayininde anayasal güvencelerin işlevselleştirilmesi yerinde olacaktır. Kanaatimizce işçinin iş ilişkisinin devamı sırasında fakat çalışma süresi dışında rakip olmayan bir işyerinde çalışmasının yasaklanması halinde, bu yasak işçinin sözleşme özgürlüğüne ve maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkına ölçüsüz bir müdahale teşkil edecektir. Gerek ölçülülük ilkesinden¹²⁷, gerekse dürüstlük kuralından hareketle, yarar-zarar dengesinin işçi aleyhine orantısız biçimde bozulduğu sonucuna varılarak bu yasağın geçerli sayılmasını mümkün görmemek gerekmektedir¹²⁸. Nitekim öğretide de sadakat borcunu işçi aleyhine genişleten sözleşmesel kayıtların kararlaştırılabileceği¹²⁹, ancak işçinin kişilik hakkına aykırı sınırlandırmaların geçersiz olacağı vurgulanmaktadır¹³⁰. Dolayısıyla, işçinin iş ilişkisinin devamı sırasında rakip olmayan bir işyerinde çalışmasının sadakat borcuna aykırı sayılacağına ilişkin yasağı sözleşmeyle üstlenmiş olması halinde dahi, Türk Medeni Kanunu’nun¹³¹ 23. maddesi uyarınca anılan yasağa geçerlilik tanınmamalıdır.

Yargıtay’ın 2016 yılında tesis ettiği kararında aksi sonuçlara ulaştığını belirtmek kanaatimizce yanlış olmayacaktır. Nitekim somut olayda, yerel mahkeme iş sözleşmesinde yer alan ek iş yasağına rağmen işçinin çalışma süresi dışında rakip olmayan bir faaliyette bulunması nedeniyle gerçekleştirilen feshi geçersiz saymıştır. Buna karşılık yüksek mahkeme, anılan sözleşmesel kayda aykırılığın fesihle geçerli neden sayılması gerektiğine hükmetmiştir¹³². Yargıtay 22. Hukuk Dairesi ise iş sözleşmesinde işçinin “ek işte çalışmayacağı” ve “başka şirketlere doğrudan ve dolaylı olarak katılmayacağı” düzenlemesinin bulunduğu bir olayda, iş ilişkisinin devamı sırasında rakip şirket kuran işçinin “henüz faaliyete başlamadığı” gerekçesiyle kıdem tazminatı talebini kabul etmiştir¹³³. Somut olayda, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi’nin bu sonuca, ilgili sözleşmesel kaydın hukuken geçerli olup olmadığına ilişkin bir değerlendirmeye yer vermeksizin vardığını belirtmek gerekmektedir.

Yukarıda benimsediğimiz yorum tarzının işveren cephesinden de ele alınması mümkündür. Sadakat borcunun işçinin temel haklarının sınırlandırılmasının sınırı (An. m.13) rejimine aykırı olacak biçimde genişletilmesi mümkün olmadığı gibi, meselenin işverenin temel hakları açısından da benzer şekilde değerlendirilmesi gerekmektedir. Nitekim öğretide işverenin haklı nedenle fesih hakkının tümüyle ortadan kaldırılamayacağı ifade edilmektedir¹³⁴. Örneğin işçinin hırsızlık teşkil eden davranışı karşısında fesih hakkını kullanamayacağına ilişkin kayıtlar geçersiz olmalıdır. Kanaatimizce işçinin iş ilişkisinin devamı sırasında rekabet teşkil eden davranışlara girebileceğine ilişkin bir sözleşmesel kayıt da geçersiz kabul edilmelidir. Böylelikle, ilgili geçersizlik, çelişkili davranış yasağı saklı olmak üzere işveren tarafından ileri sürülebilmelidir.

2. Rekabet Etmeme Borcuna İlişkin Sözleşmesel Kayıtların Yorumu

İş sözleşmesinde işçinin rekabet edemeyeceğine ilişkin bir kaydın bulunması fakat bu kaydın iş ilişkisinin devamına mı yoksa iş ilişkisinin sonrasına mı şamil olduğuna dair açıklığın

¹²² CENTEL, s.128.

¹²³ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.603.

¹²⁴ ARSLAN ERTÜRK, s.240.

¹²⁵ ERTÜRK, s.43; SÜZEK, s.34-35.

¹²⁶ ERTÜRK, s.116.

¹²⁷ Bu kayıtların geçerliliğinin tespitinde ölçülülük ilkesinin esas alınacağına ilişkin bkz. UŞAN, s.83.

¹²⁸ Haklı fesih nedenlerinin işçi aleyhine genişletilemeyeceğine ilişkin görüş ve tartışmalar için bkz. ARSLAN ERTÜRK, s.225.

¹²⁹ Bkz. REHBINDER/STÖCKLI, s.128; RÄBER, s.27; UŞAN, s.64. Örneğin işçinin iş ilişkisinin devamı sırasında hazırlık hareketi kapsamındaki yeni şirket kurma davranışının sözleşmeyle yasaklanabileceği yönünde bkz. FARNER, s.222; RÄBER, s.51.

¹³⁰ REHBINDER/STÖCKLI, s.128; ERTÜRK, s.116; CENTEL, s.127; AKYİĞİT, s.23; DOĞAN YENİSEY, s.369-370; UŞAN, s.82. Karş. STAEHELIN, s.92. Yazar da aynı yönde görüş bildirmekle birlikte, örneğin işçinin sakatlanma riskine dayanarak, çalışma süresi dışında ve bütün kayak sezonu boyunca kayak yapamayacağını kararlaştırılabileceğini, öte yandan böyle bir sözleşmesel düzenlemenin yalnızca birkaç haftalık bir süreyle sınırlı olması halinde geçerli olabileceğini eklemektedir. Yukarıda açıklanan nedenlerle yazarın bu örneğine katılmıyoruz.

¹³¹ RG: 08.12.2001; 24607.

¹³² Yargıtay 9.HD., 05.06.2017, E.2016/14956, K.2017/9595. www.lexpera.com.tr (Erişim: 01.06.2022).

¹³³ Yargıtay 22.HD., 12.12.2019, E.2017/26012, K.2019/23203. www.lexpera.com.tr (Erişim: 01.06.2022).

¹³⁴ Bu açıklama üzerinde öğretide görüş birliği olduğu yönünde bkz. ARSLAN ERTÜRK, s.219. Sadakat borcunun sözleşmeyle sınırlandırılabilmesi fakat tümüyle ortadan kaldırılamayacağı yönünde ayrıca bkz. KAYIRGAN, s.462.

bulunmaması halinde, işçiye TBK m.444 vd. anlamında bir rekabet yasağının mı yüklendiği, yoksa sadakat borcunun mu vurgulandığının açıklığa kavuşturulmasında fayda vardır. Öğretide haklı olarak ileri sürülen bir görüşe göre, bu halde, taraflar iş ilişkisinin devamı sırasındaki rekabet etmeme borcuna ilişkin bir düzenleme öngörmüş durumdadır. Bu görüşte olan Uşan'a göre, rekabet etmeme borcunun zaten iş ilişkisinde mevcut olduğu, dolayısıyla böyle bir kaydın gereksiz olacağından hareketle, bu kaydın TBK m.444 vd. anlamında rekabet yasağına ilişkin olduğunu kabul etmek, işçi lehine yorum ilkesiyle bağdaşmamaktadır¹³⁵. Soyer ise rekabet yasağı kaydının işverenin tek taraflı olarak düzenlediği bir sözleşmede yer alması halinde açık olmayan hükümden işveren aleyhine sonuç çıkartılması gerektiğini belirtmektedir¹³⁶.

Kanaatimizce taraf iradelerinden aksi anlaşılmıyorsa, anılan kaydın açıklığa kavuşturulmasında genel yorum kurallarından hareket edilmesi mümkündür. Gerçekten, ister sadakat borcu kapsamındaki rekabet etmeme borcu olsun, isterse TBK m.444 vd. bağlamında rekabet yasağı gündeme gelsin, işçi rekabet etmeme borcunun borçlusu haline gelmektedir. Borçlu lehine yorum kuralı uyarınca, ilgili sözleşmesel kayıt bakımından borçluya daha az yükümlülük getiren yorumun tercih edilmesi gerekmektedir.¹³⁷ Bu yorum kuralından hareket edildiğinde de ilgili kaydın iş ilişkisinin sona ermesinden sonraki döneme ilişkin değil, iş ilişkisinin devamı sırasındaki sadakat borcuna ilişkin olduğu kabul edilmelidir.

IV. SONUÇ

4857 sayılı İş Kanunu kapsamındaki işçi, iş ilişkisi devam ederken işvereniyle rekabet etmeme borcu altındadır. Bu borç, sadakat borcunun bir sonucu olup, TBK m.396/3'te açıkça düzenlenmiştir. Buna karşılık, rekabet etmeme borcunun kapsamı ve sınırlarına ilişkin açık bir düzenleme mevcut değildir. Rekabet etmeme borcunun işçinin sözleşme özgürlüğüne müdahale etmesi nedeniyle, bu borcun, işçinin sözleşme özgürlüğünü ölçüsüzce sınırlandıracak biçimde yorumlanması doğru olmaz. Şu durumda, "sınırlandırmanın sınırı" rejiminden hareketle ölçülülük ilkesinin dikkate alınması gerekmektedir. Aynı sonuca işçinin kişilik hakkı ve dürüstlük kuralı vasıtasıyla da ulaşılması mümkündür. Aynı şekilde, sadakat borcunun veya rekabet etmeme borcunun kapsamını işçi aleyhine genişleten sözleşmesel kayıtlara da bu perspektiften yaklaşılması yerinde olur.

Sadakat borcu, iş görme borcunu da dizayn etmekle birlikte, işçinin çalışma süresi dışında gerçekleştirdiği faaliyetler nedeniyle iş görme borcunu özensiz biçimde ifa etmesi, doğrudan doğruya haklı bir fesih nedeni biçiminde kabul edilmemelidir. Sadakat borcu çalışma süresi dışına şamil olsa da işçinin bu zaman zarfında gerçekleştirdiği faaliyetler sözleşme özgürlüğünün yanı sıra onun kişiliğini geliştirme hakkıyla da sıkı bir temas içerisindedir. Bu uğraşların işçinin iş görme borcunun ifasına olumsuz etkide bulunması ise haklı değil; geçerli fesih rejiminin kurallarına göre değerlendirilmelidir. Kanunda bu sonuca varılmasını engelleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte, bu sonuca ulaşılmasında tereddüt yaşanmaması adına, işçinin kişilik hakkını zedeleyen; özellikle çalışma süresi dışında gerçekleştirilen ve hiçbir şekilde rekabet riski yaratmayan çalışmalarını yasaklayan sözleşmesel kayıtların geçersiz olacağını düzenleyen bir yasal düzenlemeye ihtiyaç bulunmaktadır. Bu yasal düzenleme, bir yandan ilgili davranışın sadakat borcuna aykırı olmadığını ifade ederken, diğer yandan işçinin performansına ilişkin hükümlerin saklı olduğunu vurgulamalıdır.

İşçinin hangi davranışının rekabet teşkil edeceğinin TBK m.396/3'te belirtilmemiş olmasının yanı sıra, rekabete hazırlık yapılmasının akıbeti de düzenlenmemiştir. Gerek Türk, gerekse İsviçre iş hukukunda rekabete hazırlık hareketlerinin tek başına rekabet etmeme borcuna aykırılık teşkil etmeyeceği kabul edilmektedir. Buna karşılık Türk hukukunda, özellikle işçinin iş ilişkisi devam ederken fiilen faaliyete geçmemiş olsa da rakip bir şirket kurması Yargıtay nezdinde farklı kararlara konu olmuştur. Bu davranışın yüksek mahkeme tarafından güven sarsıcı bir davranış olduğu kabul edildiği gibi, esas olanın faaliyete geçip geçmemesi olduğu da benimsenmiştir. İsviçre öğretisi ve yargı uygulamasında ise bu tür bir davranışın rekabet etmeme borcuna aykırılık teşkil etmeyeceğinin kararlı biçimde vurgulandığı anlaşılmaktadır. Şu durumda, çalışma süresi dışında gerçekleştirilen rekabete hazırlık hareketlerinin sadakat borcuna aykırılık teşkil etmeyeceğini düzenleyen yasal bir düzenlemeye ihtiyaç vardır. Yargıtay kararlarındaki farklılık nedeniyle oluşabilecek tereddüte mahal verilmemesi açısından ise, bu yasal düzenleme, sözleşmesel kayıtlar saklı olmak üzere, rakip bir şirket kurulmasının fiilen faaliyete geçmemiş olması koşuluyla rekabet etmeme borcuna aykırı olmadığını vurgulamalıdır.

¹³⁵ UŞAN, s.56, 139.

¹³⁶ SOYER, s.30.

¹³⁷ SARIKAYA, Murat: Sözleşmenin Yorumu, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, s.308.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Atıf Şekli: Yazar, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | The author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The author declares that he complies with the scientific, ethical, and quotation rules of InULR in all processes of the paper and that they do not make any falsification of the data collected. In addition, he declares that Inonu University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than Inonu University Law Review.

KAYNAKÇA

- AKYİĞİT, Ercan: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından İşçinin Başka İşde Çalışması, Öz İplik-İş Sendikası Eğitim Yayınları, Ankara, 1995.
- ALPAGUT, Gülsevil: “İşçinin Sadakat Borcu ve Türk Borçlar Kanunu ile Getirilen Düzenlemeler”, Sicil İş Hukuku Dergisi, (25), 2012, s.23-32.
- ANDREAS, Abegg/BERNAUER, Christof: “Art. 321a” in Gauch, Peter/Stöckli, Hubert (ed.), Präjudizienbuch OR – Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2020), 10. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich - Basel – Genf, 2021, s. 846-851.
- ANTALYA, O. Gökhan/Topuz, Murat: Medeni Hukuk, Legal Yayınları, İstanbul, 2015.
- ARSLAN ERTÜRK, Arzu: Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2010.
- ARSLAN ERTÜRK, Arzu: İş Sözleşmesinde Şekil, Vedat Kitabevi, İstanbul, 2017.
- BASKAN, Ş. Esra: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(2), 2012, s.116-125.
- BOPP, Michael: “Arbeitsvertrag”, in Boris, Etter/Nicolas, Facincani/Sutter Reto (ed.), SHK - Stämpflis Handkommentar, Stämpfli Verlag, Bern, 2021, s.794-806.
- CANIKLIOĞLU, Nursen: “İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2017, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2019, s.185-368.
- CENTEL, Tankut: İş Hukuku, Cilt 1, Kazancı Yayınevi, İstanbul, 1992.
- CENTEL, Tankut: “Türk Borçlar Kanunu'nda İşçinin Borçları” Sicil İş Hukuku Dergisi, (22), 2011, s.5-12.
- ÇELİK, Nuri/CANIKLIOĞLU, Nursen/CANBOLAT, Talat/ÖZKARACA, Ercüment: İş Hukuku Dersleri, 34. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2021.
- DEMİR, Fevzi/DEMİR, Gönenç, “İşçinin Sadakat Borcu ve Uygulaması”, Kamu-İş, 11(1), 2009, s.1-37.
- DOĞAN, Sevil, İşçinin Rekabet Yasağı-İş Sırrının Korunması, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017.
- DOĞAN, Sevil, “İş Hukukunda İşçinin Ara Dinlenmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 26(2), 2020, s.1179-1202.
- DOĞAN YENİSEY, Kübra: “Sözleşme ile Getirilen Yan İş Yasağı ve Geçerliliği Sorunu”, in Doğan Yenisey, Kübra (ed.), Prof. Dr. Savaş Taşkent'e Armağan, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2019, s.365-387.
- EKMEKÇİ, Ömer/KORKUSUZ, Refik: Turkish Individual Labour Law, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020.
- EKMEKÇİ, Ömer/YİĞİT, Esra: Bireysel İş Hukuku Dersleri, 3. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2021.
- EMMEL, Frank: “Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft”, in Huguenin, Claire/Müller-Chen, Markus (ed.), CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Auflage, Schulthess Verlag, 2016, s.21-26.
- ERTÜRK, Şükran: İş İlişkinde Temel Haklar, Seçkin Yayınları, Ankara, 2002.
- EYRENCİ, Öner: “İşçiye Bağlı Nedenlerle Feshin Geçerliliğinde Ölçülülük Denetimi” in Demir, Ender/Gemici Filiz, Beste (ed.), in Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017, s.345-357.
- EYRENCİ, Öner: “Feshin Geçerliliğinde Ölçülülük Denetimi”, in Güzel, Ali/Ugan, Deniz (ed.), İş Güvencesi ve İşe İade Davaları, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 2010, s.34-52.
- EYRENCİ, Öner/TAŞKENT, Savaş/ULUCAN, Devrim/BASKAN, Esra: İş Hukuku, 10. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2020.
- FARNER, Martin: “Die Sicherung Der Treuepflicht Mit Konventionalstrafe”, Anwaltsrevue, (219), 2013, s.219-223.
- KABAKCI, Mahmut: Geçerli Fesih Nedeni Olarak Yetersiz (Kötü ve Eksik) İş Görme, Beta Yayınları, İstanbul, 2012.
- KARADEMİR, Artür: İş Güvencesinde Son Çare İlkesi, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021.
- KAYIRGAN, Hasan: “İş Hukukunda Sadakat Borcunun Genel Bir Değerlendirmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 20(1), 2014, s.459-478.

- KÖME AKPULAT, Ayşe: “Gazetecinin Başka İşte Çalışma Serbestisi ve Sınırları: Basın İş Kanunu’nun 13. Maddesi Kapsamında Bir İnceleme”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 10 (1), 2019, s.224-236.
- MANAV, Eda: “İşçinin Rekabet Etmeme Borcu”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2(4), 2011, s.101-134.
- MILANI, Dominik: “Arbeitsvertrag”, in Boris, Etter/Nicolas, Facincani/Sutter Reto (ed.), *SHK - Stämpflis Handkommentar*, Stämpfli Verlag, Bern, 2021, s.37-51.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI, Muhittin/BAYSAL, Ulaş: *İş Hukuku*, Turhan Yayınları, Ankara, 2014.
- NARMANLIOĞLU, Ünal: *İş Hukuku-Ferdi İş İlişkileri I*, 5. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2014.
- ÖZDEMİR, Erdem: “Feshin Geçerliliğinin Denetiminde Dürüstlük Kuralı”, in Güzel, Ali/Ugan, Deniz (ed.) *İş Güvencesi ve İşe İade Davaları*, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 2010, s.56-80.
- ÖZKARACA, Ercüment/ÖZKAN KOÇ, Sema Deniz: “Rekabet Yasağı Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda Görevli Mahkeme”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, (45), 2021, s.75-105.
- RÄBER, Joe: *Das nachvertragliche Konkurrenzverbot im Arbeitsvertrag, de lege lata und de lege ferenda*, Schulthess Verlag, Zürich - Basel - Genf, 2020.
- REHBINDER, Manfred/STÖCKLI, Jean-Fritz: “Einleitung und Kommentar zu den Art. 319–330b OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Der Arbeitsvertrag, Art. 319-362 OR“ in Hausheer, Heinz/Walter, Hans Peter (ed.), *BK - Berner Kommentar*, Stämpfli Verlag, 2010, s.125-140.
- REHBINDER, Manfred/STÖCKLI, Jean-Fritz: “Der Arbeitsvertrag, Art. 331-355 und Art. 361-362 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht” in Hausheer, Heinz/Walter, Hans Peter (ed.), *BK - Berner Kommentar*, 2. Auflage, Stämpfli Verlag, 2014, s.431-448.
- SARIKAYA, Murat: *Sözleşmenin Yorumu*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019.
- SAVAŞ, Fatma Burcu: *İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi*, Beta Yayınları, İstanbul, 2012.
- SENYEN-KAPLAN, E. Tuncay: *Bireysel İş Hukuku*, 11. Bası, Gazi Kitabevi, Ankara, 2020.
- SOYER, M. Polat: *Rekabet Yasağı Sözleşmesi*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, Ankara, 1994.
- STAEHELIN, Adrian: “Der Arbeitsvertrag, Art. 319-330a OR, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR)”, in Gauch, Peter/Schmid, Jörg (ed.), *ZK – Zürcher Kommentar*, 4. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich - Basel – Genf, 2006, s.77-100.
- STREIFF, Ullin/von KAENEL, Adrian/RUDOLPH, Roger: *Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR*, 7. Aufl., Schulthess Verlag, Zürich - Basel – Genf, 2012.
- SÜZEK, Sarper: *İş Hukuku*, 21. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2021.
- TULUKÇU, N. Binnur: *İş Hukukunda Dinlenme Hakkı*, Adalet Yayınları, Ankara, 2012.
- TUNÇOMAĞ, Kenan/CENTEL, Tankut: *İş Hukukunun Esasları*, 9. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2018.
- UŞAN, M. Fatih: *İş Hukukunda İş Sırrının Korunması (Sır Saklama ve Rekabet Yasağı)*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003.
- UŞAN, M. Fatih: “Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Taşınması Gereken Şartlar ve Bunun Geçerliliği Meselesi (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme)”, *Sicil İş Hukuku Dergisi* (14), 2011, s.116-128.
- YILDIZ, Gaye Burcu: *İş Hukukunda Sözleşmesel Kayıtlar*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.

**ALMAN HUKUKUNA GÖRE KASTEN İŞLENEN HAKSIZ FİLDEN KAYNAKLI
ALACAK NEDENİYLE İCRA TAKİBİNDE İŞÇİ ÜCRETİNİN HACZEDİLEMEZ
KISMININ MAHKEME TARAFINDAN BELİRLENMESİ****DETERMINATION OF THE LIABLE PART OF THE WORKER'S WAGES BY THE COURT IN
THE ENFORCEMENT BE PURSUED FOR A CLAIM ARISING FROM INTENTIONALLY
COMMITTED TORT ACCORDING TO GERMAN LAW**Osman DURAN*  **Makale Bilgi**Gönderi: 07/07/2022
Kabul : 06/10/2022**Anahtar Kelimeler***Ücret Haczi,
Haczedilemezlik,
Haksız Fiil,
Kast,
İmtiyaz.***Özet**[10.21492/inuhfd.1141919](https://doi.org/10.21492/inuhfd.1141919) 

İşçi ücretinin haczi konusu, Alman Medeni Usul Kanunu (deutsche Zivilprozessordnung; dZPO) m. 850 ve devamı hükümlerinde düzenlenmektedir. dZPO m. 850c ise, işçi ücretinin haczedilemez miktarını ayrıntısıyla düzenlenmektedir. dZPO m. 850c/1 hükmü şu şekildedir: "İş ücreti, ödendiği döneme bağlı olarak aylık 1.178,58 Avro, haftalık 271,24 Avro veya günlük 54,25 Avro tutarından daha fazla değil ise haczedilemez". Ancak bu hüküm, borçlunun veya alacaklının özel, bireysel ihtiyaçlarının söz konusu olduğu somut olaylarda hem borçlu hem de alacaklı açısından haksız sonuçlara, adaletsizliklere yol açabilir. Alman kanun koyucusu ortaya çıkacak bu haksız sonuçları, adaletsizlikleri göz önünde bulundurarak dZPO m. 850f hükmünü getirmiştir. dZPO m. 850f hükmüyle, dZPO m. 850c'nin genel düzenlemesiyle ortaya çıkabilecek sakıncalar, somut olaya uygun dengelemeyle (somut olay adaleti gerçekleştirilerek) ortadan kaldırılabilecektir. Çalışma konumuzunu oluşturan dZPO m. 850f'nin 2. fıkrası, kasten işlenen haksız fiilden kaynaklı alacağın alacaklısı yararına, dZPO m. 850c'deki işçi ücretinin haczedilemez tutarının azaltılmasına imkan vermektedir. dZPO m. 850f/2 hükmü şu şekildedir: "Kasten işlenen haksız fiilden kaynaklı alacak nedeniyle icra takibi yapılırsa, icra mahkemesi alacaklının talebi üzerine iş ücretinin haczedilebilir kısmını madde 850c'de öngörülen sınırlamaları dikkate almadan belirleyebilir; fakat borçluya gerekli geçimini ve devam eden kanuni nafaka yükümlülüklerine yerine getirmek için gerekli olan kadarı bırakmalıdır". Çalışmamızda işte dZPO 850f/2 hükmü incelenmeye çalışılacaktır.

Article InfoReceived: 07/07/2022
Accepted: 06/10/2022**Keywords***Wage Seizure,
Non-seizable,
Tort,
Intent,
Privilege.***Abstract**

The subject of the seizure of the worker's wage is regulated in the German Civil Procedure Code (GCPC) article 850 and onwards. GCPC article 850c regulates in detail the non-seizable amount of workers' wages. The provision of GCPC article 850c/1 is as follows: "Earned income shall be exempted from attachment provided it does not amount to more than 1,178.58 euros per month, 271.24 euros per week, or 54.25 euros per day, depending on the period of time for which it is being paid". However, this provision may lead to unfair consequences and injustices for both the debtor and the creditor in concrete cases where the debtor's or creditor's special and individual needs are in question. The German legislator has brought the provision of GCPC article 850f, taking into account these unjust results and injustices. With the provision of GCPC article 850f, inconveniences that may arise with the general regulation of GCPC article 850c can be eliminated by balancing appropriate to the concrete case (by realizing concrete case justice). Paragraph 2 of GCPC article 850f, which constitutes our subject, allows the non-seizable amount of the worker's wage in GCPC article 850c to be reduced for the benefit of the creditor of the claim arising from the willfully committed wrongful act. The provision of GCPC article 850f/2 is as follows: "Should compulsory enforcement be pursued for a claim arising from intentionally committed tort, the execution court may determine, upon the creditor filing a corresponding petition, the attachable part of the earned income without taking account of the limitations provided for in section 850c; however, the debtor is to be left with sufficient funds to cover his necessary maintenance and to allow him to fulfil his current statutory obligations to pay maintenance". In our study, GCPC article 850f/2 provision will be examined.

 Bu eser [Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/) ile lisanslanmıştır.

*Dr. Öğr. Üyesi, Sivas Cumhuriyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı.
Atıf Şekli | **Cite As:** DURAN Osman, "Alman Hukukuna Göre Kasten İşlenen Haksız Fiilden Kaynaklı Alacak Nedeniyle İcra Takibinde İşçi Ücretinin Haczedilemez Kısmının Mahkeme Tarafından Belirlenmesi", İnÜHFD, 13(2), 2022, s.356-366. **İntihal** | **Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via a plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

The subject of the seizure of the worker's wage is regulated in the German Civil Procedure Code (GCPC) article 850 and onwards. GCPC article 850c regulates in detail the non-seizable amount of workers' wages. The provision of GCPC article 850c/1 is as follows: "Earned income shall be exempted from attachment provided it does not amount to more than 1,178.58 euros per month, 271.24 euros per week, or 54,25 euros per day, depending on the period of time for which it is being paid". However, this provision may lead to unfair consequences and injustices for both the debtor and the creditor in concrete cases where the debtor's or creditor's special and individual needs are in question. The German legislator has brought the provision of GCPC article 850f, taking into account these unjust results and injustices. With the provision of GCPC article 850f, inconveniences that may arise with the general regulation of GCPC article 850c can be eliminated by balancing appropriate to the concrete case (by realizing concrete case justice). Paragraph 2 of GCPC article 850f, which constitutes our subject, allows the non-seizable amount of the worker's wage in GCPC article 850c to be reduced for the benefit of the creditor of the claim arising from the willfully committed wrongful act. The provision of GCPC article 850f/2 is as follows: "Should compulsory enforcement be pursued for a claim arising from intentionally committed tort, the execution court may determine, upon the creditor filing a corresponding petition, the attachable part of the earned income without taking account of the limitations provided for in section 850c; however, the debtor is to be left with sufficient funds to cover his necessary maintenance and to allow him to fulfil his current statutory obligations to pay maintenance". In our study, all paragraphs of the GCPC article 850f provision will not be examined, but only the conditions, procedure and results of the determination of the seizable part of the worker's wage by the enforcement court at the request of the creditor in the enforcement proceedings of the claim arising from the deliberately committed tortious act.

In Turkish law, the seizure of workers' wages is regulated in article 35 of the Labor Law. This provision is as follows: "More than a quarter of the monthly wages of the workers cannot be seized or transferred or assigned to another person. However, the amount to be determined by the judge for the family members that the worker has to take care of is not included in this amount. The rights of the creditors of alimony debts are reserved". When we look at this provision, it will be seen that unlike article 850c of the German Civil Procedure Code, a certain rate of the wage, not the monetary amount, cannot be seized. Also in this article, the alimony right holders, which are also regulated in article 850d paragraph 1 of the German Civil Procedure Code, are also regulated. German Civil Procedure Code article 850d paragraph 1 provision is as follows: "Due to maintenance claims to which a relative, spouse, ex-spouse, life partner, ex-life partner or a parent according to Sections 1615l, 1615n of the Civil Code are entitled by operation of law, the income from work and the income specified in Section 850a No. 1, 2 and 4 mentioned references can be attached without the restrictions specified in § 850c". Our working subject is a regulation that is not in our law. GCPC article 850f paragraph 2 expects more deprivation from the debtor, that is, it is based on the idea that the debtor should be liable for the wrongful act committed intentionally up to the limit of its solvency. At the same time, this provision is a rigidity arrangement in favor of the creditor in order to ensure that the damage suffered can be quickly compensated.

Under GCPC article 850f paragraph 2, concession to the creditor may only be considered in the case of an intentional wrongful act by the debtor. In addition to direct intent, the case of committing a wrongful act with indirect intent (*dolus eventualis*) is considered sufficient. Claims arising from strict liability, unjust enrichment, or breach of contract are not covered by these privileges, as GCPC article 850f paragraph 2 clearly confers a privilege on claims arising from willfully tortious acts. In terms of the scope of the receivable, accumulated debts, default interest, trial and execution costs are emphasized. It is stated that the change in the creditor and debtor side will not prevent the application of GCPC article 850f paragraph 2 provision.

In order for the creditor to enjoy the concession under GCPC article 850f paragraph 2, he must embody and demonstrate the terms of this provision. The only condition that needs to be embodied and proven is that the source of the claim is an intentional wrongful act. The creditor can do this by presenting an enforcement notice to the enforcement court, in which the reason for the tortious act and the degree of fault can be understood. The enforcement court and the debtor are bound by the decision of the case court in the execution proceedings. If the tortious act deliberately committed in the writ is not shown as the reason for the claim, even if it cannot be revealed even through an interpretation, or if only the reason for the contractual claim is shown, the creditor can no longer prove that the cause of the claim stated in the writ is the wrongful act committed intentionally, without the consent of the debtor, in the enforcement proceedings.

The court has to evaluate all the circumstances of the concrete case within the framework of its discretion. In doing so, the court must balance the interests of the creditor (the rate of wrongdoing, the way the tort was committed, the damage suffered by the creditor, the advantages the debtor derives) and the debtor, including those entitled to maintenance.

I. GİRİŞ

Alman Medeni Usul Kanunu (deutsche Zivilprozessordnung; dZPO) m. 850 vd. hükümleri, işçi ücretinin haczini düzenlemektedir. Ortalama durumları dikkate alan genel bir hüküm olan¹ dZPO m. 850c ise, işçi ücretinin haczedilemez miktarını ayrıntısıyla düzenlemektedir. dZPO m. 850c/1 hükmü şu şekildedir: "İş ücreti, ödendiği döneme bağlı olarak aylık 1.178,58 Avro, haftalık 271,24 Avro veya günlük 54,25 Avro tutarından daha fazla değil ise haczedilemez"². Haciz işlemlerindeki pratiğe uygunluk ve hukuki kesinlik gerekçeleriyle, işçi ücretinin haczedilemez tutarı yukarıdaki şekilde şematize edilerek belirlenmiştir³ ve kural olarak sabittir⁴. Kural olarak sabit olacak şekilde haczedilemez tutarların belirlenmesi, icra takibinin etkinliği bakımından gereklidir⁵. Bu düzenleme talep olmaksızın da kendiliğinden dikkate alınmalıdır⁶.

Ancak bu hüküm, borçlunun veya alacaklının özel, bireysel ihtiyaçlarının söz konusu olduğu somut olaylarda hem borçlu hem de alacaklı açısından haksız sonuçlara, dolayısıyla adaletsizliklere yol açabilir⁷. Alman kanun koyucusu ortaya çıkacak bu haksız sonuçları, adaletsizlikleri göz önünde bulundurarak dZPO m. 850f hükmünü getirmiştir. dZPO m. 850f hükmüyle, dZPO m. 850c'nin genel düzenlemesiyle ortaya çıkabilecek sakıncalar, somut olaya uygun olarak ortadan kaldırılarak⁸, somut olay adaleti gerçekleştirilecektir⁹. dZPO m. 850f, esasen iki farklı durumu düzenlemektedir. 1. fıkrası, borçlunun özel ihtiyaçları veya talepleri halinde dZPO m. 850c'deki işçi ücretinin haczedilemez tutarının artırılmasına imkan tanımaktadır.

Çalışma konumuzu oluşturan dZPO m. 850f'nin 2. fıkrası ise, kasten işlenen haksız fiilden kaynaklı alacağın alacaklısı yararına, dZPO m. 850c'deki işçi ücretinin haczedilemez tutarının azaltılmasına imkan vermektedir. dZPO m. 850f/2 hükmü şu şekildedir: "Kasten işlenen haksız fiilden kaynaklı alacak nedeniyle icra takibi yapılırsa, icra mahkemesi alacaklının talebi üzerine iş ücretinin haczedilebilir kısmını madde 850c'de öngörülen sınırlamaları dikkate almadan belirleyebilir; fakat borçluya gerekli geçimini ve devam eden kanuni nafaka yükümlülüklerine yerine getirmek için gerekli olan kadarı bırakılmalıdır"¹⁰. Çalışmamızda dZPO m. 850f hükmünün tüm fıkraları incelenmeyecek olup, sadece kasten işlenen haksız fiilden kaynaklı alacağın icra takibinde, işçi ücretinin haczedilebilir kısmının alacaklının talebiyle icra mahkemesi tarafından belirlenmesinin şartları, usulü ve sonuçları üzerinde durulacaktır.

II. ŞARTLARI

dZPO m. 850f/2 hükmüne göre, alacaklı, borçlunun kendisine karşı kasten işlediği bir haksız fiil nedeniyle icra takibini yürütürse¹¹, icra mahkemesi alacaklının talebi üzerine, borçlunun kazandığı iş gelirin alacaklı tarafından haczedilebilecek kısmını, dZPO m. 850c'de öngörülen sınırlara bağlı olmaksızın belirleyebilir. dZPO m. 850f/2 hükmü, borçludan daha fazla yoksunluk bekler¹². Yani hüküm, ödeme gücünün sınırına kadar kasten gerçekleştirmiş olduğu haksız fiilden dolayı borçlunun sorumlu olması gerektiği düşüncesine dayanır¹³. Aynı zamanda bu hüküm, alacaklının uğramış olduğu zararı hızlı bir şekilde tazmin edebilmesini sağlayan, alacaklı lehine getirilmiş bir katılık düzenlemesidir (Härteregelung)¹⁴.

¹ MUSIELAK, Hans-Joachim/VOIT, Wolfgang/FLOCKENHAUS, Jasmin, Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz Kommentar, 19. Auflage, Franz Vahlen, München, 2022, § ZPO 850f, kn. 1; SAENGER, Ingo/KEMPER, Rainer, Zivilprozessordnung Handkommentar, 9. Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2021, § ZPO 850f, kn. 1.

² dZPO m. 850c/1'in Almanca metni; "Arbeitsentgelt ist unpfändbar, wenn es, je nach dem Zeitraum, für den es gezahlt wird, nicht mehr als 1. 1.178,59 Euro monatlich, 2. 271,24 Euro wöchentlich oder 3. 54,25 Euro täglich beträgt".

³ VORWERK, Volkert/WOLF, Christian/RIEDEL, Ernst: BeckOK ZPO, 44. Edition, C.H.Beck, München, 2022, § ZPO 850f, kn. vor 1; WIECZOREK, Bernhard/SCHÜTZE, Rolf A./LÜKE, Wolfgang, Zivilprozessordnung und Nebengesetze Grosskommentar, 10. Band, 1. Teilband, 4. Auflage, De Gruyter, Berlin/Boston, 2015, § ZPO 850f, kn. 1; CHER, Thomas/KRÜGER, Wolfgang/SCHMIDT, Karsten, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2. Band, 6. Auflage, C.H.Beck, München, 2020, § ZPO 850f, kn. 1.

⁴ WIECZOREK/SCHÜTZE/LÜKE, § ZPO 850f, kn. 1.

⁵ RAUSCHER/KRÜGER/SCHMIDT, § ZPO 850f, kn. 1.

⁶ RAUSCHER/KRÜGER/SCHMIDT, § ZPO 850f, kn. 1.

⁷ VORWERK/WOLF/RIEDEL, § ZPO 850f, kn. vor 1; WIECZOREK/SCHÜTZE/LÜKE, § ZPO 850f, kn. 1; RAUSCHER/KRÜGER/SCHMIDT, § ZPO 850f, kn. 1.

⁸ SAENGER/KEMPER, § ZPO 850f, kn. 1; WIECZOREK/SCHÜTZE/LÜKE, § ZPO 850f, kn. 1; RAUSCHER/KRÜGER/SCHMIDT, § ZPO 850f, kn. 1; MUSIELAK/VOIT/FLOCKENHAUS, § ZPO 850f, kn. 1; MUTHORST, Olaf, Grundzüge des Zwangsvollstreckungsrechts, 2. Auflage, Baden-Baden, 2016, s.123; BLOMEYER, Arwerd, Vollstreckungsverfahren, 1975, s.258.

⁹ PRÜTTING, Hanns/GEHRLEIN, Markus/AHRENS, Martin, ZPO Kommentar, 13. Auflage, Luchterhand, Köln, 2021 § ZPO 850f, kn. 1.

¹⁰ dZPO m. 850f/2'nin Almanca metni; "Wird die Zwangsvollstreckung wegen einer Forderung aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung betrieben, so kann das Vollstreckungsgericht auf Antrag des Gläubigers den pfändbaren Teil des Arbeitsentgelts ohne Rücksicht auf die in § 850c vorgesehenen Beschränkungen bestimmen; dem Schuldner ist jedoch so viel zu belassen, wie er für seinen notwendigen Unterhalt und zur Erfüllung seiner laufenden gesetzlichen Unterhaltungspflichten bedarf".

¹¹ dZPO m. 850f/2 hükmünün iflas takiplerine uygulanmayacağına ilişkin bakınız, PRÜTTING/GEHRLEIN/AHRENS, § ZPO 850f, kn. 59.

¹² WIECZOREK/SCHÜTZE LÜKE, § ZPO 850f, kn. 25. Düzenlemenin, bir borçlunun haksız fiil alacaklıları karşısında, diğer alacaklıları karşındakine nazaran korumaya daha az layık görüldüğü fikrine dayandığı yönünde bakınız, BÜCHMANN, Knud: "Privilegierte Lohnpfändung aus Vollstreckungsbescheiden bei unerlaubter Handlung". Neue Juristische Wochenschrift, 40(4), 1987, s.172.

¹³ RAUSCHER/KRÜGER/SCHMIDT, § ZPO 850f, kn. 16.

¹⁴ WIECZOREK/SCHÜTZE/LÜKE, § ZPO 850f, kn. 25; SCHUSCHKE, Winfried/WALKER, Wolf-Dietrich/THOLE, Christoph/KESSEN, Martin/KESSAL-WULF, Sibylle/LORENZ, Sathia/ELS, Frank, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz Kommentar, 7. Auflage, Carl Heymanns, 2020, § ZPO850f, kn. 10.

A. Kasten İşlenen Haksız Fiilden Kaynaklı Bir Alacak

1. Alacanın Niteliği

dZPO m. 850f/2 hükmüyle, alacaklıya imtiyaz tanınması, sadece borçlunun kasten işlediği bir haksız fiil durumunda mümkündür¹⁵. Doğrudan kastın yanı sıra dolaylı kastla (dolus eventualis; bedingter Vorsatz) haksız fiil işlenmesi durumu da imtiyaz için yeterli görülmektedir¹⁶. Haksız fiilin ihmal yoluyla gerçekleştirilmesi durumu, dZPO m. 850f/2 kapsamında alacanın imtiyazlı olması sonucunu doğurmaz. İhmalin hafif, orta veya ağır olması ya da bilinçli veya bilinçsiz olması sonucu değiştirmez¹⁷.

Alacaktanın talebi, öncelikle haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen Alman Medeni Kanunu (BGB) m. 823 vd. hükümlerinden kaynaklanabilir. Bunun yanında Haksız Rekabete Karşı Kanun (UWG) m. 9, Telif Hakkı ve İlgili Koruma Hakları Hakkındaki Kanun (UrhG) m. 97 ve Patent Kanunu (PatG) m. 139 gibi diğer kanunlardaki mutlak hakların ihlali halinde tazminat ödeme yükümlülüğünün düzenlendiği özel durumlardan da kaynaklanabilir¹⁸. Uygulamada en sık karşılaşılan durumlar ise, kasten yaralama, dolandırıcılık, zimmete para geçirme, güveni kötüye kullanma, hırsızlık ve kasıtlı rekabet ihlalleridir¹⁹.

dZPO m. 850f/2 hükmü, açıkça kasten işlenen haksız fiilden kaynaklı alacaklara bir imtiyaz tanıdığı için, kusursuz sorumluluktan (Gefährdungshaftung), sebepsiz zenginleşmeden (ungerechtfertigte Bereicherung) veya sözleşmenin ihlalinden kaynaklı talepler, bu imtiyazdan yararlanamayacaktır²⁰. Vergi kaçırmanın (Vergi Kanunu, AO m. 370), dZPO m. 850f/2 anlamında kasten işlenen bir haksız fiil teşkil etmediği kabul edilmektedir²¹.

Kasten işlenen haksız fiilden kaynaklı alacağın/ tazminatın türü ve şekli, bu alacanın imtiyaz kapsamına girebilmesi için önemli değildir. Alacak maddi veya manevi tazminat (BGB m. 253/2) ya da her ikisi de olabilir²². Aynı zamanda tazminatın ödenme şeklinin irat veya sermaye olması arasında bir fark da söz konusu değildir²³.

2. Alacanın Kapsamı

Haksız fiilden kaynaklı tazminat alacağının ödenmesine irat şeklinde karar verilmiş ise, birikmiş ödenmemiş irat şeklindeki alacaklar, zamansal bir sınırlama olmaksızın dZPO m. 850f/2 kapsamındaki imtiyazdan yararlanır²⁴.

Asıl alacak yanında, temerrütten kaynaklı faiz taleplerinin de dZPO m. 850f/2'nin sağladığı imtiyazdan yararlanıp yararlanmayacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, borç gecikmeden kaynaklandığı, haksız fiilden kaynaklanmadığı için, temerrüt faizi imtiyazdan yararlanamaz²⁵. Ancak doktrinde savunulan diğer görüşe göre ise, temerrüt faizi talebi esasen, kendi talep sebebine (paranın ödenmesinde gecikmeye) rağmen, sonuç olarak kasten işlenen haksız fiilin sonucu olduğundan, imtiyaz kapsamındadır²⁶.

Yargılama ve icra masraflarının ödenmesi talebinin de, sonuç olarak kasten işlenen haksız fiilden kaynaklandığı gerekçesiyle, ana alacak gibi dZPO m. 850f/2'deki imtiyazın kapsamında olduğu kabul edilmektedir²⁷. Tazminat sorumluluğunu gerektiren kasten gerçekleştirilen haksız fiil sonucunda,

¹⁵ PRÜTTING/GEHRLEIN/AHRENS, § ZPO 850f, kn. 37; STEIN, Friedrich/JONAS, Martin/WÜRDINGER, Markus, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 8. Band, 23. Auflage, Tübingen 2017, § 850f, kn. 10; MUSIELAK/VOIT/FLOCKENHAUS, § ZPO 850f, kn. 9; WIECZOREK/SCHÜTZE/LÜKE, § ZPO 850f, kn. 26; RAUSCHER/KRÜGER/SCHMIDT, § ZPO 850f, kn. 15; BROX, Hans/WALKER, Wolf-Dietrich, Zwangsvollstreckungsrecht, 11. Auflage, München 2018, s.316.

¹⁶ RAUSCHER/KRÜGER/SCHMIDT, § ZPO 850f, kn. 16; WIECZOREK/SCHÜTZE/LÜKE, § ZPO 850f, kn. 26; STEIN/JONAS/WÜRDINGER, § 850f, kn. 10; PRÜTTING/GEHRLEIN/AHRENS, § ZPO 850f, kn. 38.

¹⁷ SCHUSCHKE/WALKER/THOLE/KESSEN/KESSAL-WULF/LORENZ/ELS, § ZPO 850f, kn. 10; STEIN/JONAS/WÜRDINGER, § 850f, kn. 10; RAUSCHER/KRÜGER/SCHMIDT, § ZPO 850f, kn. 16; PRÜTTING/GEHRLEIN/AHRENS, § ZPO 850f, kn. 38.; ZÖLLER, Richard/HERGET, Kurt, Zivilprozessordnung: ZPO, 34. Auflage, Otto Schmidt, 2022, § ZPO 850f, kn. 8; BROX/WALKER, s.316.

¹⁸ MUSIELAK/VOIT/FLOCKENHAUS, § ZPO 850f, kn. 9; WIECZOREK/SCHÜTZE/LÜKE, § ZPO 850f, kn. 26; PRÜTTING/GEHRLEIN/AHRENS, § ZPO 850f, kn. 37.

¹⁹ VORWERK/WOLF/RIEDEL, § ZPO 850f, kn. 33; STEIN/JONAS/WÜRDINGER, § 850f, kn. 10; BLOMEYER, s.259. Nafaka yükümlülüğünün ihlali, aynı zamanda haksız fiil talebine yol açabilir (Alman Ceza Kanunu m. 170; Alman Medeni Kanunu m. 823/2) (VORWERK/WOLF/RIEDEL, § ZPO 850f, kn. 33).

²⁰ PRÜTTING/GEHRLEIN/AHRENS, § ZPO 850f, kn. 41; WIECZOREK/SCHÜTZE/LÜKE, § ZPO 850f, kn. 26; STEIN/JONAS/WÜRDINGER, § 850f, kn. 10; RAUSCHER/KRÜGER/SCHMIDT, § ZPO 850f, kn. 16.

²¹ VORWERK/WOLF/RIEDEL, § ZPO 850f, kn. 33; MUSIELAK/VOIT/FLOCKENHAUS, § ZPO 850f, kn. 9; STEIN/JONAS/WÜRDINGER, § 850f, kn. 10; RAUSCHER/KRÜGER/SCHMIDT, § ZPO 850f, kn. 16; PRÜTTING/GEHRLEIN/AHRENS, § ZPO 850f, kn. 41. BFH BB 1997, 671; BFH NJW 97, 1725-1726; BFH NJW 08, 3807.

²² STEIN/JONAS/WÜRDINGER, § 850f, kn. 10; WIECZOREK/SCHÜTZE/LÜKE, § ZPO 850f, kn. 26; RAUSCHER/KRÜGER/SCHMIDT, § ZPO 850f, kn. 15; PRÜTTING/GEHRLEIN/AHRENS, § ZPO 850f, kn. 42.

²³ STEIN/JONAS/WÜRDINGER, § 850f, kn. 10; WIECZOREK/SCHÜTZE/LÜKE, § ZPO 850f, kn. 26; RAUSCHER/KRÜGER/SCHMIDT, § ZPO 850f, kn. 15.

²⁴ WIECZOREK/SCHÜTZE/LÜKE, § ZPO 850f, kn. 28; STEIN/JONAS/WÜRDINGER, § 850f, kn. 10.

²⁵ RAUSCHER/KRÜGER/SCHMIDT, § ZPO 850f, kn. 15; PRÜTTING/GEHRLEIN/AHRENS, § ZPO 850f, kn. 43. Aynı yöndeki yargı kararları için bakınız, LG Ellwangen JurBüro InVo 2004, 162; LG Ellwangen JurBüro 2003, 660. Bu görüşü savunanlardan bir kısım ise, Alman Medeni Kanunu m. 849'daki durumlarda ancak faiz talepleri imtiyazlıdır, bunun haricinde ise imtiyaz kapsamında değildir görüşündedirler (PRÜTTING/GEHRLEIN/AHRENS, § ZPO 850f, kn. 43; KG NZI 09, 121).

²⁶ VORWERK/WOLF/RIEDEL, § ZPO 850f, kn. 34; MUSIELAK/VOIT/FLOCKENHAUS, § ZPO 850f, kn. 9. Aynı yöndeki yargı kararları için bakınız, BGH NJW-RR 2011, 791; BGH VM 2011, 131; BGH NJW 2012, 601; LG Stuttgart Rpfleger 2005, 38.

²⁷ MUSIELAK/VOIT/FLOCKENHAUS, § ZPO 850f, kn. 9; STEIN/JONAS/WÜRDINGER, § 850f, kn. 10; RAUSCHER/KRÜGER/SCHMIDT, § ZPO 850f, kn. 15; BROX/WALKER, s.316. Aynı yöndeki yargı kararları için bakınız, BGHZ 195, 224= NJW 2013, 1370; BGHZ 190, 353= NJW 2011, 2966; BGH NJW-RR 2011, 791.

borçlu aynı zamanda ceza kovuşturması geçirmiş ve alacaklı bu kovuşturmaya müdahil olmuş ise, ortaya çıkan masrafların da dZPO m. 850f/2 kapsamında imtiyazlı olup olmadığı tartışmalıdır. Hakim görüşe göre, bu tür alacaklar imtiyaz kapsamında değildir. Çünkü bu tür alacaklar maddi hukuk haksız fiil hükümlerine dayanmazlar; yalnızca usul hukuku hükümlerine dayanırlar²⁸. Yine bu görüşü savunanlar, ceza kovuşturmasının amacının, alacaklının zararının giderilmesi, eski haline getirilmesi olmadığını, aksine failin cezalandırılması konusundaki mağdurun isteğinin tatmini olduğunu ifade ederler²⁹. Azınlıkta kalan diğer görüşe göre ise, mağdurun ceza kovuşturmasına katılma imkanı da mağdurun hukuki durumunun eski haline getirilmesini sağlayabilecek tedbirlerdendir. Bu nedenle ceza kovuşturmasına katılan alacaklının ilgili masrafları dZPO m. 850f/2 kapsamına dahil edilmelidir³⁰.

3. Alacaklı veya Borçlu Taraftaki Değişikliklerin İmtiyaza Etkisi

Doktrin ve yargı içtihatları, "*Devredilen alacakla birlikte bu alacak için var olan ipotek, gemi ipoteği veya haciz hakları ile bunlar için verilmiş kefaletten doğan haklar yeni alacaklıya geçer*" düzenlemesinin yer aldığı Alman Medeni Kanunu (BGB) m. 401/1'den hareket ederek, alacağın ister bir hukuki işlemle olsun isterse kanundan kaynaklanan bir sebeple (miras) devri durumunda, dZPO m. 850f/2'deki imtiyazdan yeni alacaklının (hukuki haleflerin) da yararlanacağını ifade etmektedirler³¹.

Borçlu taraftaki değişiklikte ise, bu değişikliğin nasıl gerçekleştiği göz önüne alınarak ayrıma gidilmektedir. Borçlunun ölümü durumunda, onun sınırsız sorumlu mirasçılara karşı da alacaklının dZPO m. 850f/2'deki imtiyazdan yararlanacağı kabul edilmektedir³². Borçlu taraftaki değişikliğin hukuki bir işlemle ya borcun üstlenilmesi ya da borca katılma şeklinde olabilir. Alman Medeni Kanunu m. 414 vd. hükümlerine göre, alacaklı ile yapılan bir sözleşme ile üçüncü kişi, önceki borçlunun yerini alacak şekilde bir borç üstlenmişse, borç üstlenen yeni borçluya karşı alacaklının imtiyazının devam edeceği yine kabul edilmektedir³³. Buna karşılık, borçlunun yanında kanuni veya sözleşmeyle borca katılma durumunda, borca katılana karşı alacaklının dZPO m. 850f/2'deki imtiyazdan yararlanamayacağı kabul edilmektedir³⁴.

B. Kasten İşlenen Haksız Fiilden Kaynaklı Alacağın İspatı

1. İcra İlamı Vasıtasıyla İspat

a. Mahkemenin Esasa İlişkin Kesin Hükümüyle (İlamla) İspat

Alacaklının, dZPO m. 850f/2 kapsamındaki imtiyazdan yararlanabilmesi için, bu hükümdeki alacağı yönelik şartları somutlaştırmalı ve ispat etmelidir³⁵. Somutlaştırılması ve ispat edilmesi gereken tek şart ise, alacağın kaynağının kasten işlenen bir haksız fiil olmasıdır³⁶. Bunu ise alacaklı, haksız fiil borç sebebinin ve kusur derecesinin anlaşılacağı bir icra ilamını (Vollstreckungstitel) icra mahkemesine sunarak gerçekleştirebilir³⁷. Alacaklının icra mahkemesine sunduğu icra ilamından, alacağın kaynağının kasten işlenen bir haksız fiil olduğunun anlaşılması gerekir. Bu şartı sağlaması koşuluyla, her türlü icra ilamının kural olarak dZPO m. 850f/2'deki imtiyazdan yararlanabileceği ifade edilmektedir³⁸.

İcraya konulabilecek ilk icra ilamı dZPO m. 704'e göre, kesin hüküm kazanmış veya geçici olarak icra edilebilirliğine karar verilmiş, mahkemenin (esasa ilişkin) nihai kararları, diğer bir deyişle hükümleridir. Alacaklı, alacağının sebebinin kasten işlenen haksız fiil olduğunun anlaşılacağı bir ilamı sunarak ispatı gerçekleştirmiş olur³⁹. Hüküm fıkrasında (Urteilstenor) ilgili tespit yoksa bile, dZPO m. 850f/2'ye göre imtiyazlı icra hemen hariç bırakılmamalıdır. İlamın icra mahkemesi tarafından yorumlanması gerekir. İlamın yorumlanması konusunda icra mahkemesi yetkili ve sorumludur⁴⁰.

²⁸ZÖLLER/HERGET, § ZPO 850f, kn. 8; SCHUSCHKE/WALKER/THOLE/KESSEN/KESSAL-WULF/LORENZ/ELS, § ZPO 850f, kn. 10; PRÜTTING/GEHRLEIN/AHRENS, § ZPO 850f, kn. 43; MUSIELAK/VOIT/FLOCKENHAUS, § ZPO 850f, kn. 9; VORWERK/WOLF/RIEDEL, § ZPO 850f, kn. 35; WIECZOREK/SCHÜTZE/LÜKE, § ZPO 850f, kn. 28. Aynı yöndeki yargı kararları için bakınız, BGH NJW 2011, 2966= BGHZ 190, 353; BGH NZI 2011, 64; LG Hannover Rpfleger 82, 232.

²⁹Nakleden, RAUSCHER/KRÜGER/SCHMIDT, § ZPO 850f, kn.15; WIECZOREK/SCHÜTZE/LÜKE, § ZPO 850f, kn.28, dn. 92.

³⁰RAUSCHER/KRÜGER/SCHMIDT, § ZPO 850f, kn. 15.

³¹STEIN/JONAS/WÜRDINGER, § 850f, kn. 11; WIECZOREK/SCHÜTZE/LÜKE, § ZPO 850f, kn. 30; MUSIELAK/VOIT/FLOCKENHAUS, § ZPO 850f, kn. 9; RAUSCHER/KRÜGER/SCHMIDT, § ZPO 850f, kn. 16; PRÜTTING/GEHRLEIN/AHRENS, § ZPO 850f, kn. 39. Aynı yöndeki yargı kararları için bakınız, ArbG Köln KKZ 1981, 66; ArbG Koblenz MDR 1979, 611.

³²RAUSCHER/KRÜGER/SCHMIDT, § ZPO 850f, kn. 16; WIECZOREK/SCHÜTZE/LÜKE, § ZPO 850f, kn. 30; STEIN/JONAS/WÜRDINGER, § 850f, kn. 11; MUSIELAK/VOIT/FLOCKENHAUS, § ZPO 850f, kn. 9.

³³WIECZOREK/SCHÜTZE/LÜKE, § ZPO 850f, kn. 30; RAUSCHER/KRÜGER/SCHMIDT, § ZPO 850f, kn. 16; STEIN/JONAS/WÜRDINGER, § 850f, kn. 11.

³⁴MUSIELAK/VOIT/FLOCKENHAUS, § ZPO 850f, kn. 9; RAUSCHER/KRÜGER/SCHMIDT, § ZPO 850f, kn. 16; STEIN/JONAS/WÜRDINGER, § 850f, kn. 11, dn. 61.

³⁵WIECZOREK/SCHÜTZE/LÜKE, § ZPO 850f, kn. 31.

³⁶SAENGER/KEMPER, § ZPO 850f, kn. 9.

³⁷VORWERK/WOLF/RIEDEL, § ZPO 850f, kn. 36; STEIN/JONAS/WÜRDINGER, § 850f, kn. 14.

³⁸STEIN/JONAS/WÜRDINGER, § 850f, kn. 12; WIECZOREK/SCHÜTZE/LÜKE, § ZPO 850f, kn. 31; RAUSCHER/KRÜGER/SCHMIDT, § ZPO 850f, kn. 17. Buna karşılık kamu idarelerinin ve hizmet sağlayıcılarının icra edilebilir kararlarının bu kapsamda olmadığı ifade edilmektedir (STEIN/JONAS/WÜRDINGER, § 850f, kn. 12, dn. 62; RAUSCHER/KRÜGER/SCHMIDT, § ZPO 850f, kn. 17; PRÜTTING/GEHRLEIN/AHRENS, § ZPO 850f, kn. 46; WIECZOREK/SCHÜTZE/LÜKE, § ZPO 850f, kn. 31; LSG Mainz BB 1978, 663).

³⁹MUSIELAK/VOIT/FLOCKENHAUS, § ZPO 850f, kn. 10; WIECZOREK/SCHÜTZE/LÜKE, § ZPO 850f, kn. 31; DIERCK, Ralf/MORVILIUS, Theodor/VOLLKOMMER, Gregor/DÖRNDORFER, Josef, Handbuch Zwangsvollstreckungsrecht, 2. Auflage, München 2016, s.779.

⁴⁰GAUL, Hans Friedhelm: "Zwangsvollstreckungserweiterung nach vorsätzlich begangener unerlaubter Handlung - Kein Nachweis durch Vollstreckungsbescheid". Neue Juristische Wochenschrift, 85(40), 2005, s.2895; MUSIELAK/VOIT/FLOCKENHAUS, § ZPO 850f, kn. 10; PRÜTTING/GEHRLEIN/AHRENS, § ZPO 850f, kn. 44; VORWERK/WOLF/RIEDEL, § ZPO 850f, kn. 36;

İlamın yorumu sonucunda, borcun sebebinin kasten işlenen haksız fiil olduğu ortaya çıkıyorsa bu durumda da imtiyaz gerçekleşmiş olur. İcra mahkemesi ilamı yorumlarken, vakıalar ve hüküm gerekçesinden yararlanabilir⁴¹. Kastan işlenen haksız fiil, hükmün gerekçelerinden en azından birisini (hakların telahuku/ yarışması) oluşturuyor ve ilamda bu açıkça ifade edilmişse, ispat yine gerçekleşmiş olur⁴².

b. Diğer İcra İlamlarıyla İspat

dZPO m. 794, mahkemenin esasa ilişkin kararları haricinden icraya konulabilecek diğer icra ilamlarını düzenlemektedir. Bu ilamların bazıları, mahkemenin esasa ilişkin kararının aksine bir gerekçe ihtiva edebilemeyecekleri için, bu ilamlarla icraya konulan alacağın niteliğinin tespitinde sorunlar yaşanabilmektedir. Aşağıda bu tür ilamlar hakkında ortaya çıkan sorunlar ve görüşlere yer verilmeye çalışılacaktır.

Davalı duruşmaya veya sözlü yargılamaya katılmazsa, davacının talebi üzerine davalı için gıyap hükmü verilebilir (dZPO m. 331/1 birinci cümle). Bu durumda davacının sözlü olarak vakıa açıklamalarına davalının onay verdiği kabul edildiği için (dZPO m. 331/1 ikinci cümle), vakıaların inandırıcılığı, dava dilekçesinin kendi içindeki tutarlılığı ile sınırlıdır⁴³. Dava dilekçesinin kendi içindeki tutarlılığı incelemesi (Schlüssigkeitsprüfung) yapıldıktan sonra mahkeme tarafından verilen gıyap hükmünün (Versäumnisurteil) (dZPO m. 331), eğer hüküm fıkrasında kasten işlenen haksız fiil borç sebebi olarak açıkça tespit edilmişse ispat için yeterli olduğu kabul edilmektedir⁴⁴. Gıyap hükmünün fıkra kısmında buna ilişkin bir tespit yoksa icra mahkemesinin yukarıda mahkemenin nihai kararı için ifade edilen icra ilamını yorumlamasının söz konusu olup olmayacağına değinmek gerekir. Çünkü gıyap hükmü, gerekçe ihtiva etmek zorunda değildir (dZPO m. 313b/1). Gıyap hükmünde gerekçenin yerini, talep gerekçesi alır. Gıyap hükmünü veren mahkemenin, dava dilekçesinin kendi içinde tutarlılığı incelenmesi (Schlüssigkeitsprüfung) çerçevesinde incelediği ve kararına temel aldığı talep gerekçesinin yorumda kullanılmasının mümkün olup olmadığı yönünde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, icra mahkemesi adalet memuru tereddüte yer bırakmayacak şekilde, ihmali davranış söz konusu olmadığı için, ödeme talebinin zorunlu olarak kasten işlenen haksız fiile dayandığını talep gerekçesinden anlıyorsa, istisnai olarak gıyap hükmü ispat için yeterli olacaktır⁴⁵. Diğer bir görüşe göre ise, fıkra kısmında açıkça talebin kasten işlenen haksız fiile dayandığı tespit edilmemişse, dZPO m. 850f/2 kapsamındaki imtiyazdan yararlanmak için gıyap hükmü ispat aracı olarak kullanılamaz⁴⁶.

dZPO m. 313b/1'e göre gerekçe ihtiva etmesinin zorunlu olmadığı diğer bir hüküm çeşidi ise davalının davayı kabulü üzerine verilen kabul hükmüdür (Anerkenntnisurteil) (dZPO m. 307). Maddi hukuk incelemesine değil, aksine borçlunun usuli işlemine (davayı kabule) dayanan kabul hükmünün sadece, kasten işlenen haksız fiil borç sebebinin açıkça fıkra kısmında tespit edilmesi durumunda, imtiyazlı alacağı ispat için kullanılabilmesi kabul edilmektedir⁴⁷.

dZPO m. 794/1-4'e göre icraya konulabilecek diğer bir icra ilamı ise ihtar yargılaması diye ifade edebileceğimiz (küçük alacaklar için kabul edilmiş bir kurum olan) Mahnverfahren çerçevesinde (dZPO m. 688 vd.) mahkemenin vermiş olduğu icra kararıdır (Vollstreckungsbescheid). Doktrin ve yargı kararlarında hakim görüş olarak temsil edilen görüşe göre, icra kararı talep sebebi olarak kasten işlenen haksız fiili ifade etse bile, imtiyazlı alacağı ispata elverişli değildir. Çünkü ihtar yargılamasında

SCHUSCHKE/WALKER/THOLE/KESSEN/KESSAL-WULF/LORENZ/ELS, § ZPO 850f, kn. 11; DIERCK/MORVILIUS/VOLLKOMMER/DÖRNDORFER, s.779. BGH NJW 1986, 1440; BGH NJW 2013, 240; OLG Stuttgart OLGR 2000, 255.

⁴¹ AHRENS, Martin: "Anforderungen an den Vollstreckungstitel für eine privilegierte Pfändung nach § 850f II ZPO". Neue Juristische Wochenschrift, 56(19), 2003, s.1371; RAUSCHER/KRÜGER/SCHMIDT, § ZPO 850f, kn. 18; MUSIELAK/VOIT/FLOCKENHAUS, § ZPO 850f, kn. 10; WIECZOREK/SCHÜTZE/LÜKE, § ZPO 850f, kn. 31a. BGHZ 109, 275= NJW 1990, 834= JZ 1990, 392; BGHZ 152, 166; BGH NJW 2005, 1663. İlamın yorumu sırasında icra mahkemesi, ilamın parçası olmayan ceza mahkemesi hükmüne veya diğer senetleri dikkate alamaz (AHRENS, s.1371; GAUL, s.2895).

⁴² SAENGER/KEMPER, § ZPO 850f, kn. 9; PRÜTTING/GEHRLEIN/AHRENS, § ZPO 850f, kn. 44; MUSIELAK/VOIT/FLOCKENHAUS, § ZPO 850f, kn. 10; RAUSCHER/KRÜGER/SCHMIDT, § ZPO 850f, kn. 17; VORWERK/WOLF/RIEDEL, § ZPO 850f, kn. 39. BGHZ 109, 275= NJW 1990, 834; BGH NJW 2003, 515; OLG Hamm InVo 2000, 429.

⁴³ Gıyap kurumu hakkında ayrıntılı bilgiler için bakınız, PAPAĞCI, Acun: "Alman Mahkemelerince Verilen Gıyabi Kararların Yargılama ve Uluslararası Tebligat Kuralları Açısından Türk Hukukuna Uygunluğu". Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 22(1), 2016, s.463 vd.

⁴⁴ MUSIELAK/VOIT/FLOCKENHAUS, § ZPO 850f, kn. 10; STEIN/JONAS/WÜRDINGER, § 850f, kn. 13; VORWERK/WOLF/RIEDEL, § ZPO 850f, kn. 39; BROX/WALKER, s.316-317. BGH NJW-RR 2011, 791. Aksi yönde görüş için bakınız, LG Frankenthal Rpfleger 2006, 29.

⁴⁵ MUSIELAK/VOIT/FLOCKENHAUS, § ZPO 850f, kn. 10. BGHZ 183, 77= NJW 2010, 2210; OLG Naumburg NZI 2011, 772; OLG Stuttgart OLGR 2000, 255; LG München NJW 1965, 768.

⁴⁶ PRÜTTING/GEHRLEIN/AHRENS, § ZPO 850f, kn. 46. Koblenz NZI 08, 117.

⁴⁷ MUSIELAK/VOIT/FLOCKENHAUS, § ZPO 850f, kn. 10; PRÜTTING/GEHRLEIN/AHRENS, § ZPO 850f, kn. 46. Ancak böyle bir durumun kabul hükmünde ortaya çıkmayacağı ve bu yüzden imtiyazlı alacağı ispata elverişli olmadığı da ifade edilmektedir. Bakınız, WIECZOREK/SCHÜTZE/LÜKE, § ZPO 850f, kn. 31a; STEIN/JONAS/WÜRDINGER, § 850f, kn. 13; AHRENS, s.1372. OLG Brandenburg ZInsO 2009, 1503.

maddi hukuk incelemesi gerçekleşmez⁴⁸. İcra kararı yalnızca, mahkeme tarafından incelenmeyen alacaklının beyanlarına dayanır⁴⁹.

Mahkeme içi sulh (dZPO m. 794/1-1) veya icra edilebilir senetler (dZPO m. 794/1-5) durumunda, tarafların imtiyazlı icra konusunda anlaşabilecekleri ifade edilmektedir. Tarafların anlaşması, yukarıda incelemiş olduğumuz giyap hükmü çerçevesinde yapılan dava dilekçesinin kendi içindeki tutarlılık incelemesinin yerini alır⁵⁰. Eğer sulh veya icra edilebilir senetlerden, borçlunun kasten işlenen haksız fiilden dolayı icraya tabi olduğu anlaşılıyorsa, icra mahkemesinin maddi hukuk değerlendirmesi yaparak imtiyazlı icraya izin verme yetkisinin olmadığı kabul edilmektedir⁵¹.

Bu kısımda son olarak ele alacağımız icra ilamı ise aciz cetveli suretidir. Aciz Kanunu (InsO) m. 201/2'ye göre, aciz cetveli sureti, icra ilamı niteliğindedir. Aciz Kanunu m. 174/2'ye göre alacaklı, kayıt yaptırırken alacağın kasten işlenen haksız fiilden kaynaklandığını belirtmesi gerekir. Kasten işlenen haksız fiilden kaynaklandığı belirtilerek cetvelde kaydedilen alacak, aciz usulü sona erdikten sonra icra ilamı haline gelen aciz cetveli suretiyle icraya konulabilir. Bu durumda imtiyazlı alacağın ispatı için aciz cetveli sureti kabul edilecek midir? Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, hakimce yapılan bir tutarlılık incelemesine ve karara dayanmadığı için, imtiyazın ispatı için kullanılamaz⁵². Doktrinde ileri sürülen diğer bir görüşe göre ise, eğer kasten işlenen haksız fiilden kaynaklı alacak cetvelde tespit edilmiş ve borçlu tarafından buna itiraz edilmemişse, alacaklı alacağının dZPO m. 850f/2'ye göre imtiyazlı olduğunu aciz cetvelinin icra edilebilir suretini sunarak ispat edebilir⁵³.

2. İcra Mahkemesinin İnceleme Yetkisi

İcra yargılamasında icra mahkemesi (Vollstreckungsgericht) ve borçlu, ilamı veren mahkemenin (Prozessgericht; dava mahkemesi) kararı (ilam) ile bağlıdır⁵⁴. İlamı veren mahkeme ve icra mahkemesi arasındaki fonksiyonel görev dağılımının sonucu olarak, her ne kadar icra mahkemesi ilamı yorumlama yetkisine sahip olsa bile⁵⁵, ilamı veren mahkemenin nitelendirmiş olduğu alacak sebebinin, bağımsız olarak maddi hukuk bakımından inceleme yetkisine sahip değildir⁵⁶. Yalnızca, ilamı veren mahkeme tarafından yapılacak olan alacak sebebinin nitelendirilmesi, dZPO m. 850f/2 kapsamında imtiyazlı hacze olanak verir⁵⁷. Bu sonucu desteklemek için iki önemli gerekçe ileri sürülmektedir. İlki, icra yargılamasının ilamda belirtilen alacağın kasten işlenen haksız fiilden kaynaklanıp kaynaklanmadığı sorusunun açıklığa kavuşturmak için uygun olmadığıdır. Çünkü dZPO m. 834'e göre haciz kararı verilmeden önce borçlunun dinlenilmesi ancak alacaklının talebini şart koşar. Eğer alacaklı böyle bir talepte bulunmamışsa, borçlu dinlenilmeden sadece alacaklının tutarlı beyanları haciz kararının gerekçesi olacaktır. İkinci olarak, icra mahkemesinin ilama bağlılığı kesin hükmün etkisinden kaynaklı değildir. Eğer böyle olmuş olsaydı, icra mahkemesi geçici olarak icra edilebilen hükümler durumunda, hüküm fıkrasında açıkça kasten işlenen haksız fiil yer almış olsa bile, hüküm henüz maddi anlamda kesinleşmediği için dZPO m. 850f/2'ye göre imtiyazlı icrayı reddedebilirdi. Ancak icra mahkemesinin ilama bağlılığı, yukarıda da ifade ettiğimiz gibi icra yargılaması (Zwangsvollstreckungsverfahren) ve hüküm yargılaması (Erkenntnisverfahren; öğrenme yargılaması) arasındaki yetki dağılımına dayanır. İcra mahkemesine maddi hukuka göre inceleme yetkisi vermek, kanun tarafından icra organlarına verilmemiş ilamı tamamlama yetkisinden başka bir şey değildir⁵⁸.

⁴⁸ BÜCHMANN, s.173; DIERCK/MORVILIUS/VOLLKOMMER/DÖRNDORFER, s.779; GAUL, Hans Friedhelm/SCHILKEN, Eberhard/BECKER-EBERHARD, Ekkehard/LAKKIS, Panajotta, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Auflage, München, 2010, s.151; PRÜTTING/GEHRLEIN/AHRENS, § ZPO 850f, kn. 46; MUSIELAK/VOIT/FLOCKENHAUS, § ZPO 850f, kn. 10; STEIN/JONAS/WÜRDINGER, § 850f, kn. 13; WIECZOREK/SCHÜTZE/LÜKE, § ZPO 850f, kn. 31; VORWERK/WOLF/RIEDEL, § ZPO 850f, kn. 37. BGH NJW 2005, 1663; BGH NJW 2006, 2922; BGH NJW 2016, 1663; BGH NJW 2011, 791. İhtar yargılamasında talebin karşı tarafının kendini savunma imkanına sahip olması gerekçesiyle bu görüşe karşı bir görüş ileri sürülmektedir. Ancak bu görüş azınlıkta kalmaktadır. Bakınız, RAUSCHER/KRÜGER/SCHMIDT, § ZPO 850f, kn. 17; LG Leipzig BeckRS 2016, 06556; LG Leipzig FamRZ 2016, 74.

⁴⁹ MUSIELAK/VOIT/FLOCKENHAUS, § ZPO 850f, kn. 10; BROX/WALKER, s.316; GAUL, s.2896.

⁵⁰ VORWERK/WOLF/RIEDEL, § ZPO 850f, kn. 38; MUSIELAK/VOIT/FLOCKENHAUS, § ZPO 850f, kn. 10; STEIN/JONAS/WÜRDINGER, § 850f, kn. 13; PRÜTTING/GEHRLEIN/AHRENS, § ZPO 850f, kn. 46; ZÖLLER/HERGET, § ZPO 850f, kn. 9. BGH NZI 2009, 612; BGH NJW 2013, 239.

⁵¹ STEIN/JONAS/WÜRDINGER, § 850f, kn. 13; AHRENS, s.1372.

⁵² MUSIELAK/VOIT/FLOCKENHAUS, § ZPO 850f, kn. 10; PRÜTTING/GEHRLEIN/AHRENS, § ZPO 850f, kn. 46; GAUL, s.2897-2898. LG Koblenz NZI 2018, 569; AG Köln NZI 2017, 78; AG Aurich NZI 2016, 143; AG Münster BeckRS 2017, 120881.

⁵³ SAENGER/KEMPER, § ZPO 850f, kn. 9; RAUSCHER/KRÜGER/SCHMIDT, § ZPO 850f, kn. 19. BGH WM 2020, 750= NJW 2019, 3237; LG Lübeck NZI 2018, 609; LG Essen BeckRS 2017, 121026; LG Düsseldorf BeckRS 2009, 01673; LG Heilbronn Rpfleger 2005, 98.

⁵⁴ AHRENS, s.1371; MUSIELAK/VOIT/FLOCKENHAUS, § ZPO 850f, kn. 10; PRÜTTING/GEHRLEIN/AHRENS, § ZPO 850f, kn. 44; WIECZOREK/SCHÜTZE/LÜKE, § ZPO 850f, kn. 31b; SAENGER/KEMPER, § ZPO 850f, kn. 9; STEIN/JONAS/WÜRDINGER, § 850f, kn. 12; RAUSCHER/KRÜGER/SCHMIDT, § ZPO 850f, kn. 18. BGHZ 152, 166.

⁵⁵ Bakınız dn. 40.

⁵⁶ WIECZOREK/SCHÜTZE/LÜKE, § ZPO 850f, kn. 31b; PRÜTTING/GEHRLEIN/AHRENS, § ZPO 850f, kn. 44; VORWERK/WOLF/RIEDEL, § ZPO 850f, kn. 36; STEIN/JONAS/WÜRDINGER, § 850f, kn. 12; LACKMANN, Rolf, Zwangsvollstreckungsrecht, 9. Auflage, München, 2010, s.3; AHRENS, s.1371. BGH NJW-RR 2011, 791; BGH NJW 2005, 1663; BGH NJW 1990, 834; OLG Stuttgart OLGR 2000, 255; OLG Bonn Rpfleger 1994, 264; LG Düsseldorf Rpfleger 1987, 319; LG Landshut Rpfleger 1996, 470.

⁵⁷ PRÜTTING/GEHRLEIN/AHRENS, § ZPO 850f, kn. 45.

⁵⁸ GAUL/SCHILKEN/BECKER-EBERHARD/LAKKIS, s.84; STEIN/JONAS/WÜRDINGER, § 850f, kn. 12; BROX/WALKER, s.317; AHRENS, s.1371-1372; GAUL, s.2895.

İlamda kasten işlenen haksız fiil talep sebebi olarak gösterilmemiş, hatta yorumla dahi ortaya çıkarılmıyorsa veya sadece sözleşmeye dayalı talep sebebi gösterilmişse, alacaklı icra yargılamasında borçlunun rızası⁵⁹ olmaksızın artık, ilamda belirtilen alacağın sebebinin kasten işlenen haksız fiilin de oluşturduğu konusunu ispat edemez⁶⁰.

3. Tamamlayıcı Tespit Davası Açılması

İcra ilamından, yorum yoluyla dahi olsa alacaklının kasten işlenen haksız fiil olduğu anlaşılabilir ve alacaklı, borçlunun bu konuda rızasını da alamıyorsa, icra ilamını sunarak alacağının imtiyazını ispat edemeyecektir. Bu tür sorunlarla karşılaşmamaları için alacaklılara, ilamı elde edecekleri yargılama aşamasında (hüküm yargılaması; Erkenntnisverfahren; öğrenme yargılaması), icra ve iflas yargılamalarını da düşünerek, borçlu sebebinin hüküm fıkrasına (veya en azından hüküm gerekçesine) geçirilmesini talep etmeleri önerilir⁶¹.

Doktrin ve yargı içtihatlarında, icra ilamıyla ispat gerçekleşmediği durumda (borçlu da rıza göstermezse) alacaklının iki imkanının olduğu ifade edilmektedir⁶². Alacaklı, alacağının temellerinden birisi olarak kasten gerçekleştirilen haksız fiilin de olduğunu düşünüyorsa, hükmün tamamlanmasını (Urteilsergänzung) talep edebilir (dZPO m. 321)⁶³.

İkinci olarak alacaklının, dZPO m. 850f/2 anlamındaki alacaklının tespiti için ilamı tamamlayıcı tespit davası (titelergänzende Feststellungsklage) açabileceği kabul edilmektedir (dZPO m. 256)⁶⁴. Bu tespit davasını açmakta alacaklının, tespit hükmüne yönelik hukuki yararının olduğu kabul edilmektedir. Hukuki yarar, icra takibinde ortaya çıkmaktadır⁶⁵, zira alacaklı aksi takdirde icra imtiyazından yararlanamayacaktır⁶⁶. Farklı dava konuları nedeniyle, önceki verilmiş eda hükmünün kesinliğinin bu davaya engel olmayacağı ifade edilmektedir⁶⁷.

III. YARGILAMA

dZPO m. 850f/2'ye göre imtiyazlı haciz kararı, alacaklının talebi üzerine verilir⁶⁸. Talep, açıkça imtiyazlı hacze yönelik olmalı veya en azından bu amaç talepten anlaşılmalıdır. Talepte borçlunun gelirinin haczedilemez kısmının rakamsal olarak belirtilmesine gerek yoktur. Ancak alacaklı sadece haczi talebinde bulunmuş ve ilamdan imtiyazlı olduğu anlaşılıyorsa bu yeterli değildir. Ancak usuli işlem olan talebin yorumlanması da mümkündür. Fakat dZPO m. 850c kapsamındaki hacizden daha fazlasının amaçlandığı anlaşılmalıdır⁶⁹. Alacaklı, haczedilemez kısmın tamamen mahkeme tarafından belirlenmesini talep edebileceği gibi bu talebini belirli bir miktar ile de sınırlayabilir⁷⁰.

Talep süreye bağlı değildir. Hacizden önce veya hacizden sonra da talepte bulunulabilir⁷¹. İmtiyazlı haciz, yer bakımından yetkili icra mahkemesinden talep edilir (dZPO m. 828/2)⁷².

Alacak hacizlerinde, dZPO m. 834, haciz kararından önce borçlunun dinlenilmeyeceğini açıkça düzenlenmektedir⁷³. Bu hükmün, imtiyazlı haciz talebi hakkında da uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, anayasal olarak korunan asgari varlığın (Existenzminimum) ihlali tehlikesi nedeniyle borçlunun dinlenilmesi gerekir. Yalnızca borçluya dinlenilme hakkı verilerek

⁵⁹ Doktrinde borçlunun bu haciz korumasından feragat etmesinin mümkün olmadığı ileri sürülmektedir, GAUL/SCHILKEN/BECKER-EBERHARD/LAKKIS, s.151; GAUL, s.2895.

⁶⁰ PRÜTTING/GEHRLEIN/AHRENS, § ZPO 850f, kn. 44; MUSIELAK/VOIT/FLOCKENHAUS, § ZPO 850f, kn. 10; VORWERK/WOLF/RIEDEL, § ZPO 850f, kn. 40; RAUSCHER/KRÜGER/SCHMIDT, § ZPO 850f, kn. 21. BGH NJW 2003, 515.

⁶¹ STEIN/JONAS/WÜRDINGER, § 850f, kn. 12; WIECZOREK/SCHÜTZE/LÜKE, § ZPO 850f, kn. 32.

⁶² Borçlunun da menfi tespit davası açabileceği ifade edilmektedir, PRÜTTING/GEHRLEIN/AHRENS, § ZPO 850f, kn. 47.

⁶³ RAUSCHER/KRÜGER/SCHMIDT, § ZPO 850f, kn. 20; WIECZOREK/SCHÜTZE/LÜKE, § ZPO 850f, kn. 31b. LG Dortmund NJW 1962, 1828.

⁶⁴ BAUR, Fritz/STÜRNER, Rolf/BRUNS, Alexander, Zwangsvollstreckungsrecht, 13. Auflage, C.F. Müller, 2006, s.284; SAENGER/KEMPER, § ZPO 850f, kn. 9; PRÜTTING/GEHRLEIN/AHRENS, § ZPO 850f, kn. 47; WIECZOREK/SCHÜTZE/LÜKE, § ZPO 850f, kn. 31b; MUSIELAK/VOIT/FLOCKENHAUS, § ZPO 850f, kn. 10; RAUSCHER/KRÜGER/SCHMIDT, § ZPO 850f, kn. 20; STEIN/JONAS/WÜRDINGER, § 850f, kn. 13; VORWERK/WOLF/RIEDEL, § ZPO 850f, kn. 40; GAUL/SCHILKEN/BECKER-EBERHARD/LAKKIS, s.151, 158, 326. BGH NJW 2010, 2210; BGHZ 109, 275; BGH NJW 2003, 515; BGH NJW 2006, 2922; OLG Oldenburg NJW-RR 1992, 573; LG Augsburg DGVZ 1995, 26; LG Baden-Baden JurBüro 1995, 386; LG Düsseldorf NJW-RR 1987, 758; LG Koblenz MDR 1969, 151; LG Krefeld MDR 1970, 768. Bu tespit davası eğer söz konusu maddi hukuk talebi zamanışımına uğramış ise reddedilecektir (MUSIELAK/VOIT/FLOCKENHAUS, § ZPO 850f, kn. 10). İcra kararı durumunda tespit davasının açılabilirliği için bakınız, RAUSCHER/KRÜGER/SCHMIDT, § ZPO 850f, kn. 17; STEIN/JONAS/WÜRDINGER, § 850f, kn. 13.

⁶⁵ WIECZOREK/SCHÜTZE/LÜKE, § ZPO 850f, kn. 31b; RAUSCHER/KRÜGER/SCHMIDT, § ZPO 850f, kn. 20; KORNOL, Malte/WAHLMANN, Carsten, Zwangsvollstreckungsrecht, 2. Auflage, Baden-Baden, 2017, s.123; AHRENS, s.1372. BGH ZInsO 2012, 1614; BGHZ 109, 278; OLG Brandenburg FamRZ 2012, 1743.

⁶⁶ PRÜTTING/GEHRLEIN/AHRENS, § ZPO 850f, kn. 47.

⁶⁷ WIECZOREK/SCHÜTZE/LÜKE, § ZPO 850f, kn. 31b; STEIN/JONAS/WÜRDINGER, § 850f, kn. 13. Bu dava, kasten işlenen haksız fiil borçlunun sonradan ortaya çıkmasını şart koşmaz, STEIN/JONAS/WÜRDINGER, § 850f, kn. 13.

⁶⁸ RAUSCHER/KRÜGER/SCHMIDT, § ZPO 850f, kn. 20; PRÜTTING/GEHRLEIN/AHRENS, § ZPO 850f, kn. 48; MUSIELAK/VOIT/FLOCKENHAUS, § ZPO 850f, kn. 14; WIECZOREK/SCHÜTZE/LÜKE, § ZPO 850f, kn. 33; STEIN/JONAS/WÜRDINGER, § 850f, kn. 20; SAENGER/KEMPER, § ZPO 850f, kn. 14. Alacaklı talebini, yeni haczi kararı verilene kadar geri alabilir (WIECZOREK/SCHÜTZE/LÜKE, § ZPO 850f, kn. 33). Bu talebin yargılama harçlarından muaf olması konusunda bakınız (PRÜTTING/GEHRLEIN/AHRENS, § ZPO 850f, kn. 60; MUSIELAK/VOIT/FLOCKENHAUS, § ZPO 850f, kn. 18).

⁶⁹ PRÜTTING/GEHRLEIN/AHRENS, § ZPO 850f, kn. 48.

⁷⁰ RAUSCHER/KRÜGER/SCHMIDT, § ZPO 850f, kn. 27.

⁷¹ STEIN/JONAS/WÜRDINGER, § 850f, kn. 20; PRÜTTING/GEHRLEIN/AHRENS, § ZPO 850f, kn. 48.

⁷² PRÜTTING/GEHRLEIN/AHRENS, § ZPO 850f, kn. 49. İş mahkemeleri görevli değildir (STEIN/JONAS/WÜRDINGER, § 850f, kn. 21).

⁷³ GAUL/SCHILKEN/BECKER-EBERHARD/LAKKIS, s.540.

gerekli geçimi ve onun tarafından nafaka ödemekle yükümlü olduğu diğer ilgililer hakkında bilgi sağlanmış olunur⁷⁴. Diğer bir görüşe göre ise, talep, haciz talebiyle birlikte yapılıyorsa ve haczedilemez tutarın azaltılması hakkında hacizle birlikte karar verilecekse (dZPO m. 834), şayet alacaklı da borçlunun dinlenilmesini talep etmemişse⁷⁵, borçlu dinlenmemelidir⁷⁶. Eğer talep, haciz talebinden sonra yapılmışsa borçlu mutlaka dinlenilmelidir⁷⁷.

IV. KARAR

A. Genel Olarak

Karar, duruşma yapılmaksızın ve gerekçeli olarak verilir (Beschluss vasıtasıyla)⁷⁸. İcra mahkemesi talebi tamamen veya kısmen kabul etmiş ise, kararında haczedilemez tutarı somut olarak tespit etmelidir⁷⁹. Bu karar, haciz kararında olduğu gibi borçlu ve üçüncü kişi borçlu (Drittschuldner) olarak nitelendirilen işverene tebligat edilir⁸⁰. Alacaklıya ise sadece karar, talebin reddi durumunda tebligat edilir⁸¹.

Talebi kısmen veya tamamen reddedilen alacaklı, bu karara karşı acele itiraz (sofortige Beschwerde) yoluna başvurabilir (RPfIG m. 11; dZPO 794). Eğer borçlu dinlenilmişse, borçlu da karara karşı acele itiraz yoluna başvurabilir. Eğer dinlenilmemişse borçlu bu karara karşı icra şikayeti (Vollstreckungserinnerung) yoluna başvurabilir (dZPO 766)⁸².

B. Takdir Yetkisi

İcra mahkemesi borçluya bırakılacak tutarı, dZPO m. 850c'deki sınırlamalara bağlı olmaksızın, somut olayın tüm şartlarını, takdir yetkisi çerçevesinde değerlendirerek tespit edecektir⁸³. Böylece mahkeme, alacaklının (haksızlık oranı, haksız fiilin işlenme şekli, alacaklının uğradığı zarar, borçlunun elde ettiği avantajlar) ve nafaka hakkı olanlar da dahil olmak üzere borçlunun da menfaatlerini dengelemelidir⁸⁴. Mahkeme, borçluya mutlaka gerekli geçimi ve devam eden kanuni nafaka gereksinimlerini yerine getirmek için ihtiyaç duyduğu tutarı bırakmak zorundadır⁸⁵. Mahkeme, haczedilemez tutarı azaltırken borçluyu sosyal yardıma muhtaç hale getirmemelidir⁸⁶.

Bunun sonucu olarak, alacaklının takibinin dayanağı kasten işlenen haksız fiil olsa ve bu icra ilamıyla ispat edilmiş bile, icra mahkemesi mutlaka haczedilemez miktarı azaltmak zorunda değildir. Diğer bir deyişle icra mahkemesi mutlaka ücretin haczedilebilir kısmının alacaklı lehine artırılmasına olumlu yönde karar vermek zorunda değildir⁸⁷.

V. KARARIN ETKİSİ

Mahkeme, alacaklının talebini kabul ederse dZPO m. 850c'deki ücretin haczedilemez tutarına bağlı olmaksızın haczedilebilir kısmı belirleyecektir. dZPO m. 850f/2 hükmü, açık bir şekilde yalnızca ücretin imtiyazlı olarak haczine izin vermiştir. Bunun haricinde haczedilemez olarak düzenlenen dZPO m. 850a'daki "fazla mesai ücretinin yarısı, doğum yardımı, eğitim ödenekleri gibi" diğer gelirlerin haczedilmesine olanak sağlamaz⁸⁸.

⁷⁴ PRÜTTING/GEHRLEIN/AHRENS, § ZPO 850f, kn. 49. Aynı yönde, STEIN/JONAS/WÜRDINGER, § 850f, kn. 24; JAUERNIG, Othmar/BERGER, Christian, Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht, 23. Auflage, München, 2010, s.125.

⁷⁵ Eğer alacaklı, borçlunun dinlenilmesini talep etmişse, borçlu mutlaka dinlenilmelidir (BAUR/STÜRNER/BRUNS, s.284; WIECZOREK/SCHÜTZE/LÜKE, § ZPO 850f, kn. 34; LG Mannheim JurBüro 1984, 299; OLG Celle MDR 1972, 958).

⁷⁶ OLG Koblenz NJW 1975, 939; OLG Düsseldorf NJW 1973, 1133; OLG Celle MDR 1972, 958; LG Bochum Rpfleger 1997, 395. Aksi yönde görüş, OLG Hamm OLGZ 1973, 379= NJW 1973, 1332.

⁷⁷ ZÖLLER/HERGET, § ZPO 850f, kn. 16; MUSIELAK/VOIT/FLOCKENHAUS, § ZPO 850f, kn. 16; VORWERK/WOLF/RIEDEL, § ZPO 850f, kn. 41; GAUL/SCHILKEN/BECKER-EBERHARD/LAKKIS, s.540.

⁷⁸ PRÜTTING/GEHRLEIN/AHRENS, § ZPO 850f, kn. 50; MUSIELAK/VOIT/FLOCKENHAUS, § ZPO 850f, kn. 14.

⁷⁹ DIERCK/MORVILIUS/VOLLKOMMER/DÖRNDORFER, s.780; PRÜTTING/GEHRLEIN/AHRENS, § ZPO 850f, kn. 50.

⁸⁰ MUSIELAK/VOIT/FLOCKENHAUS, § ZPO 850f, kn. 16; PRÜTTING/GEHRLEIN/AHRENS, § ZPO 850f, kn. 50; RAUSCHER/KRÜGER/SCHMIDT, § ZPO 850f, kn. 4.

⁸¹ RAUSCHER/KRÜGER/SCHMIDT, § ZPO 850f, kn. 4. Talebin kısmen veya tamamen reddi durumunda karar dZPO 329/3'e göre, taraflara ve üçüncü kişi borçluya kendiliğinden tebligat edilir (WIECZOREK/SCHÜTZE/LÜKE, § ZPO 850f, kn. 35).

⁸² SCHUSCHKE/WALKER/HOLE/KESSEN/KESSAL-WULF/LORENZ/ELS, § ZPO 850f, kn. 19; MUSIELAK/VOIT/FLOCKENHAUS, § ZPO 850f, kn. 16; WIECZOREK/SCHÜTZE/LÜKE, § ZPO 850f, kn. 35; PRÜTTING/GEHRLEIN/AHRENS, § ZPO 850f, kn. 56-57; VORWERK/WOLF/RIEDEL, § ZPO 850f, kn. 41; BAUR/STÜRNER/BRUNS, s.284; DIERCK/MORVILIUS/VOLLKOMMER/DÖRNDORFER, s.780. OLG Koblenz NJW 1975, 939; OLG Düsseldorf NJW 1973, 1133. Tüm durumlarda bu karara karşı hukuki çarenin acele itiraz olduğu yönünde kararlar da vardır, SAENGER/KEMPER, § ZPO 850f, kn. 16.

⁸³ PRÜTTING/GEHRLEIN/AHRENS, § ZPO 850f, kn. 50; RAUSCHER/KRÜGER/SCHMIDT, § ZPO 850f, kn. 26; MUSIELAK/VOIT/FLOCKENHAUS, § ZPO 850f, kn. 11; WIECZOREK/SCHÜTZE/LÜKE, § ZPO 850f, kn. 34; SAENGER/KEMPER, § ZPO 850f, kn. 10; SCHUSCHKE/WALKER/THOLE/KESSEN/KESSAL-WULF/LORENZ/ELS, § ZPO 850f, kn. 13.

⁸⁴ BROX/WALKER, s.317; RAUSCHER/KRÜGER/SCHMIDT, § ZPO 850f, kn. 26; MUSIELAK/VOIT/FLOCKENHAUS, § ZPO 850f, kn. 11. LG Darmstadt InVo 2003, 293.

⁸⁵ WIECZOREK/SCHÜTZE/LÜKE, § ZPO 850f, kn. 27; SAENGER/KEMPER, § ZPO 850f, kn. 10.

⁸⁶ SAENGER/KEMPER, § ZPO 850f, kn. 10; STEIN/JONAS/WÜRDINGER, § 850f, kn. 17. BGH NJW-RR 2011, 706; BGH DGVZ 12, 11. Devletin sosyal yardımlarının amacı, alacaklıların borçlunun diğer varlıkları üzerinde imtiyazlı icra gerçekleştirmelerine olanak sağlamak değildir (SAENGER/KEMPER, § ZPO 850f, kn. 10). Borçlunun geçimi için bırakılması gereken tutarın nasıl belirlenmesi gerektiği hakkında ayrıntılı bilgiler için bakınız, VORWERK/WOLF/RIEDEL, § ZPO 850f, kn. 31-32a.1; RAUSCHER/KRÜGER/SCHMIDT, § ZPO 850f, kn. 27.

⁸⁷ VORWERK/WOLF/RIEDEL, § ZPO 850f, kn. 41; PRÜTTING/GEHRLEIN/AHRENS, § ZPO 850f, kn. 50; MUSIELAK/VOIT/FLOCKENHAUS, § ZPO 850f, kn. 11.

⁸⁸ BLOMEYER, s.259; WIECZOREK/SCHÜTZE/LÜKE, § ZPO 850f, kn. 27; PRÜTTING/GEHRLEIN/AHRENS, § ZPO 850f, kn. 51; RAUSCHER/KRÜGER/SCHMIDT, § ZPO 850f, kn. 28.

İcra mahkemesinin, dZPO m. 850f/2'ye göre alacaklının talebini kabul etmesi durumunda bu karardan sadece talepte bulunan alacaklı yararlanır⁸⁹. Eğer borçlunun ücreti üzerinde daha önce dZPO m. 850c'deki haczedilemez tutarlara göre bir alacaklı tarafından haciz gerçekleştirilmiş ise, daha sonraki dZPO m. 850f/2'ye göre verilmiş haciz kararı önceki hacze göre öncelik sağlamaz, dZPO m. 804/3'deki sıra geçerli olmaya devam eder⁹⁰. Bu durumda dZPO m. 850f/2'ye göre imtiyazlı haciz kararı verilmiş olan ikinci haciz sahibi alacaklı, sadece dZPO m. 850c'ye göre önceden haczedilmiş tutar ile ek olarak haczedilebileceği belirlenmiş tutar arasındaki farkı haczettirebilecektir⁹¹.

dZPO m. 850f/2 hükmü, nafaka hakkı sahibi alacaklıları dikkate aldığı için, nafaka hakkı sahibi alacaklılar, kasten işlenen haksız fiilden kaynaklı alacağın alacaklısına göre önceliklidirler⁹². Nafaka sahibi alacaklıların bu önceliği, daha sonra haciz gerçekleştirmiş olsalar bile, dZPO m. 850f/2 kapsamındaki imtiyazlı alacaklıya karşı devam eder⁹³.

Eğer mahkeme alacaklının talebini reddedecek olursa, dZPO m. 850c'deki haczedilemezlikle ilgili sınırlar uygulanmaya devam eder⁹⁴.

VI. TÜRK HUKUKUNDAKİ DURUM

Türk hukukunda ücret hacziyle ilgili genel düzenleme İcra ve İflas Kanunu (İİK) m. 83 hükmüdür. Hükme göre: "*Maaşlar, tahsisat ve her nevi ücretler, ... borçlu ve ailesinin geçinmeleri için icra memurunca lüzumlu olarak takdir edilen miktar tenzil edildikten sonra haczolunabilir (f.1). Ancak haczolunacak miktar bunların dörtte birinden az olamaz... (f.2)*". Çalışma konumuzu açısından ise işçi ücretinin haczine ilişkin özel düzenleme ise İş Kanunu (İŞK) m. 35'de yapılmaktadır. Hükme göre: "*İşçilerin aylık ücretlerinin dörtte birinden fazlası haczedilemez veya başkasına devir ve temlik olunamaz. Ancak, işçinin bakmak zorunda olduğu aile üyeleri için hakim tarafından takdir edilecek miktar bu paraya dahil değildir. Nafaka borcu alacaklılarının hakları saklıdır*"⁹⁵. Alman hukukunda dZPO m. 850f/2'de açıkça düzenlenmiş olan kasten işlenen haksız fiilden kaynaklı alacağına yönelik takiplerde, haczedilemez miktarın icra mahkemesi tarafından belirlenip, azaltılması yönündeki hüküm hukukumuzda bulunmamaktadır.

Kanaatimizce İşK m. 35'deki hüküm, takipte alacaklı ve borçlu arasında sağlanması gereken menfaat dengesini borçlu lehine bozmaktadır. Asgari ücretle çalışan işçi ücretlerindeki gibi, memurlardan dahi yüksek ücret alan işçilerin ücretlerinin de aynı şekilde dörtte birinden fazlasının haczedilememesi, kendisi ve ailesinin geçimini temin edecek miktardan fazlasının borçluda kalmasına yol açabilecektir. Bu durumun sonucu olarak ise, alacaklının alacağına kavuşması (borçlunun ücretinin daha fazlasının haczedilebilmesi mümkün olmasına rağmen) gecikecektir. Alman hukukunda yer alan dZPO m. 850f/2'ye benzer bir hükmün haksız fiille zarar gören alacaklı lehine hukukumuzda da yer alması, borçlu lehine bozulan menfaat dengesini tekrardan dengeye oturtacaktır. Bu sayede, borçlu ve ailesinin geçimi için gereken miktar borçluda bırakılmak kaydıyla, haksız fiille zarar gören alacaklı alacağına mevcut durumdan daha çabuk kavuşmuş olacaktır. İcra müdürünün borçlu ve alacaklı arasındaki menfaat dengesini sağlamada zorlanacağına yönelik çekinceleri gidermek ve şikayet usulüne yer vermemek adına, İşK m. 35'deki orandan daha fazlasının haczine karar verme yetkisi icra mahkemelerine verilebilir.

VII. SONUÇ

Türk hukukunda da işçi ücretinin kısmen haczedilmezliği düzenlenmektedir. İşK m. 35, işçi aylık ücretlerinin dörtte birinden fazlasının haczedilemeyeceğini açıkça düzenlemiştir. Ancak çalışma konumuzu oluşturan kasten işlenen haksız fiilden kaynaklı alacağına yönelik takiplerde, haczedilemez miktarın icra mahkemesi tarafından belirlenip, azaltılması yönündeki hüküm hukukumuzda bulunmamaktadır. Alman hukukunda bu durum, dZPO m. 850f/2'de bu durum açıkça düzenlenmiştir. Bu hükmün uygulanabilmesi için evvela kasten işlenen haksız fiilin ispatına yarayan bir icra ilamı bulunması gerekir. Alacaklının icra mahkemesinden bu yönde talepte bulunması gerekir. Eğer icra ilamı ile ispat gerçekleştirilecek olursa, mahkeme takdir yetkisine sahiptir. Her halükarda borçlunun haczedilemez tutarını azaltmak zorunda değildir. Borçlu ve alacaklının menfaatlerini dengelemelidir.

Mahkemenin kararı olumlu olur ise, dZPO m. 850c'deki haczedilemez sınırlara bağlı olmaksızın işçi ücreti alacaklı tarafından haczedilebilecektir. Ancak işçinin ücreti üzerinde daha önce hacizler mevcutsa, mahkemenin kararı dZPO m. 850f/2'ye göre sonra gerçekleşmiş hacze öncelik sağlamaz. Yine sıraya girmesi gerekecektir. İlk haciz, haczedilemez miktar haczedilemeyeceği için, haczedilemez tutara uzanamayacaktır. Alacaklı, bu durumda ilk haczin haczettığı tutar ile dZPO m. 850f/2'ye göre haczedilebilecek tutar arasındaki farka haczi koydurabilecektir.

Alman hukukunda yer alan dZPO m. 850f/2'ye benzer bir hükmün haksız fiille zarar gören alacaklı lehine hukukumuzda da yer alması, borçlu lehine bozulan menfaat dengesini tekrardan dengeye oturtacaktır. Bu sayede, borçlu ve ailesinin geçimi için gereken miktar borçluda bırakılmak

⁸⁹ PRÜTTING/GEHRLEIN/AHRENS, § ZPO 850f, kn. 53; WIECZOREK/SCHÜTZE/LÜKE, § ZPO 850f, kn. 36; VORWERK/WOLF/RIEDEL, § ZPO 850f, kn. 42.

⁹⁰ RAUSCHER/KRÜGER/SCHMIDT, § ZPO 850f, kn. 29; MUSIELAK/VOIT/FLOCKENHAUS, § ZPO 850f, kn. 13; STEIN/JONAS/WÜRDINGER, § 850f, kn. 18.

⁹¹ VORWERK/WOLF/RIEDEL, § ZPO 850f, kn. 42; MUSIELAK/VOIT/FLOCKENHAUS, § ZPO 850f, kn. 12, 13; WIECZOREK/SCHÜTZE/LÜKE, § ZPO 850f, kn. 36; RAUSCHER/KRÜGER/SCHMIDT, § ZPO 850f, kn. 29; STEIN/JONAS/WÜRDINGER, § 850f, kn. 18.

⁹² WIECZOREK/SCHÜTZE/LÜKE, § ZPO 850f, kn. 27; VORWERK/WOLF/RIEDEL, § ZPO 850f, kn. 43; RAUSCHER/KRÜGER/SCHMIDT, § ZPO 850f, kn. 29; PRÜTTING/GEHRLEIN/AHRENS, § ZPO 850f, kn. 53.

⁹³ VORWERK/WOLF/RIEDEL, § ZPO 850f, kn. 43; MUSIELAK/VOIT/FLOCKENHAUS, § ZPO 850f, kn. 13.

⁹⁴ MUSIELAK/VOIT/FLOCKENHAUS, § ZPO 850f, kn. 11.

⁹⁵ Ayrıntılı bilgiler için bakınız, AKIN, Levent: "Maaş ve Ücret Haczi". Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 44(1), 1995, s.351 vd.; YAVAŞ, Murat: "Maaş ve Ücret Haczi". Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (84), 2009, s.93 vd.

kaıdıyla, haksız fiille zarar gören alacaklı alacağına mevcut durumdan daha çabuk kavuşmuş olacaktır. İcra müdürünün borçlu ve alacaklı arasındaki menfaat dengesini sağlamada zorlanacağına yönelik çekinceleri gidermek ve şikayet usulüne yer vermemek adına, İŞK m. 35'deki orandan daha fazlasının hazine karar verme yetkisi icra mahkemelerine verilebilir.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Atif Şekli: Yazar, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | The author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde inÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde inÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın inÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The author declares that he complies with the scientific, ethical, and quotation rules of InULR in all processes of the paper and that he does not make any falsification of the data collected. In addition, he declares that Inonu University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than Inonu University Law Review.

KAYNAKÇA

- AHRENS, Martin: "Anforderungen an den Vollstreckungstitel für eine privilegierte Pfändung nach § 850f II ZPO", Neue Juristische Wochenschrift, 56(19), 2003, s.1371-1372.
- AKIN, Levent: "Maaş ve Ücret Haczi". Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 44(1), 1995. s.335-363.
- BAUR, Fritz/STÜRNER, Rolf/BRUNS, Alexander, Zwangsvollstreckungsrecht, 13. Auflage, C.F. Müller, 2006.
- BLOMEYER, Arwerd, Vollstreckungsverfahren, 1975.
- BROX, Hans/WALKER, Wolf-Dietrich, Zwangsvollstreckungsrecht, 11. Auflage, München 2018.
- BÜCHMANN, Knud: "Privilegierte Lohnpfändung aus Vollstreckungsbescheiden bei unerlaubter Handlung", Neue Juristische Wochenschrift, 40(4), 1987, s.172-174.
- CHER, Thomas/KRÜGER, Wolfgang/SCHMIDT, Karsten, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2. Band, 6. Auflage, C.H.Beck, München, 2020.
- DIERCK, Ralf/MORVILIUS, Theodor/VOLLKOMMER, Gregor/DÖRNDORFER, Josef, Handbuch Zwangsvollstreckungsrecht, 2. Auflage, München 2016.
- GAUL, Hans Friedhelm: "Zwangsvollstreckungserweiterung nach vorsätzlich begangener unerlaubter Handlung - Kein Nachweis durch Vollstreckungsbescheid", Neue Juristische Wochenschrift, 85(40), 2005, s.2894-2898.
- GAUL, Hans Friedhelm/SCHILKEN, Eberhard/BECKER-EBERHARD, Ekkehard/LAKKIS, Panajotta, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Auflage, München, 2010.
- JAUERNIG, Othmar/BERGER, Christian, Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht, 23. Auflage, München, 2010.
- KESSAL-WULF, Sibylle/LORENZ, Sathia/ELS, Frank, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz Kommentar, 7. Auflage, Carl Heymanns, 2020.
- KORNOL, Malte/WAHLMANN, Carsten, Zwangsvollstreckungsrecht, 2. Auflage, Baden-Baden, 2017.
- LACKMANN, Rolf, Zwangsvollstreckungsrecht, 9. Auflage, München, 2010.
- MUSIELAK, Hans-Joachim/VOIT, Wolfgang/FLOCKENHAUS, Jasmin, Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz Kommentar, 19. Auflage, Franz Vahlen, München, 2022.
- MUTHORST, Olaf, Grundzüge des Zwangsvollstreckungsrechts, 2. Auflage, Baden-Baden, 2016.
- PAPAKÇI, Acun: "Alman Mahkemelerince Verilen Giyabi Kararların Yargılama ve Uluslararası Tebligat Kuralları Açısından Türk Hukukuna Uygunluğu", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 22(1), 2016. s.457-488.
- PRÜTTING, Hanns/ GEHRLEIN, Markus/ AHRENS, Martin, ZPO Kommentar, 13. Auflage, Luchterhand, Köln, 2021.
- SAENGER, Ingo/KEMPER, Rainer, Zivilprozessordnung Handkommentar, 9. Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2021.
- SCHUSCHKE, Winfried/WALKER, Wolf-Dietrich/THOLE, Christoph/ KESSEN, Martin/ STEIN, Friedrich/ JONAS, Martin/ WÜRDINGER, Markus, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 8. Band, 23. Auflage, Tübingen 2017.
- VORWERK, Volkert/WOLF, Christian/RIEDEL, Ernst: BeckOK ZPO, 44. Edition, C.H.Beck, München, 2022.
- WIECZOREK, Bernhard/SCHÜTZE, Rolf A./LÜKE, Wolfgang, Zivilprozessordnung und Nebengesetze Grosskommentar, 10. Band, 1. Teilband, 4. Auflage, De Gruyter, Berlin/ Boston, 2015.
- YAVAŞ, Murat: "Maaş ve Ücret Haczi". Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (84), 2009, s.93-120.
- ZÖLLER, Richard/HERGET, Kurt, Zivilprozessordnung: ZPO, 34. Auflage, Otto Schmidt, 2022.

ÖMÜR BOYU GELİR SÖZLEŞMESİ

LIFETIME INCOME AGREEMENT

Turan ŞAHİN*  [10.21492/inuhfd.1036622](https://doi.org/10.21492/inuhfd.1036622) 

Makale Bilgi

Gönderi: 14/12/2021
Kabul : 13/10/2022

Anahtar Kelimeler

Ömür Boyu Gelir,
Talih ve Tesadüfe
Bağlı Sözleşme,
Ölüncüye Kadar
Bakma Sözleşmesi,
Gelir Alacaklısı,
Gelir Borçlusunu.

Article Info

Received: 14/12/2021
Accepted: 13/10/2022

Keywords

Lifetime Income,
Fortune and Chance
Contract,
Until Death Contract,
Income Creditor,
Income Borrower.

Özet

Sözleşmelerin amaç ve içerik bakımından ayrımında sonuçları talih ve tesadüfe bağlı olan sözleşmeler söz konusudur. Bu tür sözleşmelerde edimin kapsamı ve süresi talihe bağlıdır. Ömür boyu gelir sözleşmesinde de gelir ödeme edimi, anlaşmaya göre gelir alacaklısının, gelir borçlusunun veya üçüncü kişinin ömrü boyunca sürmektedir. Buradaki ömrün ne kadar süreceğinin belli olmaması, sözleşmeyi sonuçları talih ve tesadüfe bağlı sözleşme haline getirmektedir. Ömür boyu gelir; tarafların yapacakları sözleşme ile ortaya çıkabileceği gibi mahkeme kararına da (TBK m.51/II, TMK m.175, TMK m.176) dayanabilir. Ayrıca hâkim ölüncüye kadar bakma sözleşmesinde tarafların istemi üzerine ya da kendiliğinden bakım alacaklısına ömür boyu gelir bağlayabilir (TBK m.617/II). Mirasbırakanın yaptığı ölüme bağlı tasarrufla da ömür boyu gelir belirlenebilir (TBK m.516). Ömür boyu gelir sözleşmesi ile ulaşılmak istenen gelir alacaklısının geçimini sağlamaktır. Gelir ödeme borcunu üçüncü kişi de ifa edebilir. Sözleşme, Türk Borçlar Kanununda ömür boyu gelir sözleşmesi başlığı ile düzenlenmiştir. Ömür boyu gelir sözleşmesine ilişkin literatürde çok az sayıda çalışma vardır.

Abstract

In the distinction of contracts in terms of purpose and content, there are contracts whose results are dependent on luck and coincidence. In such contracts, the scope and duration of the performance depend on luck. In the lifetime income contract, the income payment act continues for the life of the income creditor, income debtor or third person according to the agreement. The uncertainty of how long the life will last here makes the contract a contract based on luck and chance. It comes for a lifetime; It can be revealed by the agreement of the parties, or it can be based on a court decision (TBK 51/II, TMK 175, TMK 176). In addition, the judge may assign a lifetime income to the care creditor upon the request of the parties or by himself in the contract of care until his death (TBK 617/II). Lifetime income can also be determined by the death-related savings made by the legator (TBK 516). The income that is desired to be achieved with a lifetime income contract is to provide for the livelihood of the creditor. The third party may also fulfill the income payment debt. The contract is regulated under the title of lifetime income contract in the Turkish Code of Obligations. There are very few studies in the literature on the lifetime income contract.

EXTENDED SUMMARY

Introduction and Research Purpose: Individuals need sufficient resources to meet their needs in order to continue their lives. This resource may have been created by the individual, sometimes with manual labor, sometimes with the service he provided, and sometimes with brain power. It is also possible for this source of income to arise from a situation that does not arise from the person himself. Whatever the reason, it is of great importance especially in terms of today's social conditions that people have an income that they hope to provide at certain intervals. Because it is unthinkable for an individual to meet all their needs in the position of producer. For example, producing wheat for food bread, owning a mill to grind it, and having an oven to bake bread is a great burden expected from people in today's social conditions. Therefore, people want to have a source from which they can generate periodic income in order to meet all their needs as much as possible to the maximum extent possible. The mentioned source is mostly due to a job. However, sometimes this periodic income may also consist of a person providing some performance to another individual periodically, as per the contract between them. This act, for example, can be determined graciously in return for a transfer of immovable or without any compensation, hence gratuitous. Considering the nature of the contract, people's confidence that an income will be given to them at certain intervals has a different importance because their lives and livelihoods depend on it, rather than the trust in each contract that the contract will be performed. Ultimately, the right arising from this contract is also a right to claim, and when it is not performed, the methods that the creditor can apply within the framework of the current law are determined. Apart from this, issues such as the parties leaving a point such as the time of payment open in the contract or the bankruptcy of the income debtor make the issue more complicated in the judiciary in terms of determining the fate of this income source. The said study was carried out in order to clarify the stated issues. In this context, the aim is to examine the contract in terms of its establishment, parties, terms and results, and to evaluate this review in the light of doctrinal views.

Literature Review: The lifetime income contract is generally examined in the private debt relations section of the law of obligations. However, apart from this, only a few studies can be mentioned as monographic works in the literature. On the other hand, the promise of a lifetime income is not only included in the contracts that are directly subject to this issue, but also in various legal institutions that turn into an income as a result, although its main subject is not the purpose of providing an income in itself, as per the testamentary disposition or court decision. As such, the field of the subject is expanding, the conflicts are increasing, but the literature to meet this is insufficient. In particular, the death of one of the parties, the fact that the contract eventually establishes a framework right and that more than one act constituting the necessity of it is included in this framework right increases the implementation problems of the subject. The aforementioned study has been presented in order to contribute to the solution of contractual or relationship problems in practice and to contribute to the increase in the number of studies in the literature.

Methodology and Findings: The study constitutes a qualitative research article. In the creation of the study, primarily the general law of obligations examinations given in this field were used. It has been tried to include monographic studies related to the subject in the context of their interests. Again, the arrangement of the contract in the Turkish Code of Obligations has been taken into consideration in the primary context both in terms of the essence of the issue and in terms of shedding light on the issue in case of conflict based on the wording and holistic interpretation of the Law. Of course, the will of the parties is taken as a basis in the interpretation of a contract, unless it violates the mandatory rules. However, if the parties do not make such a decision, the method by which the dispute will be resolved has also been tried to be examined by taking into account the provisions of the law. In line with the analysis, the contract has been tried to be examined based on the meanings of the terms such as "income creditor", "income debtor", "lifetime income", "income" within the scope of the institution. The terms that the parties are likely to include in the contract have also been interpreted based on the opinions put forward in the literature on this subject. Apart from this, although there is no lifetime income contract on its own, the periodic payment of financial compensation or alimony, which eventually turns into an income payment debt, are among the cases examined in the study within the scope of lifetime income contract.

Conclusions, Limitations, and Recommendation: As a result of the study, what kind of contract is the scope of the lifetime income contract and which institutions can be evaluated within this scope directly or in the context of its results, what elements are necessary to talk about a lifetime income contract, especially whether other acts other than money can be the subject of this contract, which party in the contract or the third person's life should be taken into account, if it is not included in this contract, how should it be determined by following, what should constitute the rights and obligations of the parties have been examined. In particular, the intervals at which the income debtor should fulfill his debt, how this will be interpreted if the period is not determined, what rights the creditor has if the income debtor defaults, and which methods the income creditor can apply to obtain their receivables in case of bankruptcy of the income debtor are among the issues that are important. In the end, the fact that the lifetime income contract forms the basis of individual incomes, and therefore whether it will be subject to different periods at the point of limitation, and whether the income receivable that has arisen or is not yet due can be transferred or not are among the issues examined within the scope of the study.

I. GİRİŞ

Kişiler için hayatlarını devam ettirebilecekleri sürekli bir gelir kaynaklarının olması önemli bir husustur. Özellikle günümüz sosyal ve ekonomik hayatı göz önüne alındığında kişilerden her türlü ihtiyaçlarını kendilerinden bizzat üreterek karşılamaları beklenemez. Dolayısıyla kişiler, çeşitli vasıtalarla kendilerine düzenli şekilde gelir elde edebilecekleri bir kaynak sağlamayı amaç edinirler. Günümüzde bu kaynaklardan birini de ömür boyu gelir sözleşmesi oluşturmaktadır.

Ömür boyu gelir sözleşmesi kişilerin bir ivaz karşılığında ya da ivazsız olarak belirli periyotlarla ve taraflardan birinin ya da üçüncü kişinin ömrü kıstasına bağlanmış şekilde gelir sağlamayı vaat ettikleri sözleşmedir. Ömür boyu gelir sözleşmesi dışındaki diğer bazı ilişkiler de periyodik gelir sağlamayı gerektirecek şekilde sonuçlanabilir. Bahsi geçen sözleşmenin hem doğrudan gelir sağlamayı amaçlar şekilde hem de sonuç olarak buna varan biçimde ortaya çıkabilmesi, uygulamada meydana gelecek uyumsuzlukların sayısını arttırmaya zemin hazırlamaktadır. Özellikle tarafların yaptıkları sözleşmede bazı noktaları açık bırakmaları ya da iflas gibi tarafların önceden tahmin edemedikleri birtakım ihtimallerin gerçekleşmesi, bu problemlerin başlıca sebeplerini oluşturmaktadır. Çalışmada da Türk Borçlar Kanunu'nun bu hususlardaki düzenlemeleri ve doktrinde ilgili meselerle ilgili ortaya konmuş görüşler dikkate alınarak ömür boyu gelir sözleşmesi ve ömür boyu gelir ilişkileri inceleme konusu yapılmıştır.

II. ÖMÜR BOYU GELİR SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE UNSURLARI

A. Tanımı

Ömür boyu gelir sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu'nun 607 ila 611. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Türk Borçlar Kanunu'nun 607. maddesinin 1.fıkrasına göre ömür boyu gelir sözleşmesi, gelir borçlusunun gelir alacaklısına, içlerinden birinin veya üçüncü bir kişinin ömrü boyunca belirli dönemsel edimlerde bulunmayı üstlendiği sözleşmedir. Gelir borçlusunun bir kişinin yaşamına bağlı olarak gelir alacaklısına belirli zaman aralıklarında para ya da istisnai olarak diğer misli eşya (gıda maddeleri) ile ödemelerde bulunması amacıyla yapılan sözleşmeye ömür boyu gelir sözleşmesi denir¹. Ömür boyu gelir sözleşmesinde para ödemesi şeklinde dolaylı bir bakım vardır².

B. Unsurları

Sözleşmenin unsurlarını gelir ödeme edimi, gelir ödeme ediminin dönemsel olması, edimin ömür boyu sürmesi ve anlaşma olarak ifade etmek mümkündür.

1. Gelir Ödeme Edimi

Alacaklıya ödenecek olan gelir³ kural olarak para⁴ şeklinde olup bunun yerine gıda maddesi verilmesi de kararlaştırılabilir⁵. Ömür boyu gelir sözleşmesi alacak ilişkisi kurmaktadır⁶. Türk Borçlar Kanunu m.607/1'deki "dönemsel edim" kavramı sözleşmede para dışında başka edimlerin de kararlaştırılabileceğini ifade etmektedir⁷. Bu kapsamda her ay bir cumhuriyet altını verilmesi kararlaştırılabilir⁸. Hizmet ediminin dönemsel olması halinde dahi ömür boyu gelir sözleşmesinden söz etmek mümkün değildir⁹.

2. Gelir Ödeme Ediminin Dönemsel Olması

Alacaklıya dönemsel olarak gelir ödeme taahhüdünde bulunulmaması halinde ömür boyu gelirden söz etmek mümkün değildir. Toptan olarak bir kez ya da ara sıra yapılacak olan ödemeleri içeren sözleşmede ömür boyu gelir özelliği yoktur¹⁰. Gelirin düzenli aralıklarla tekrarlanma şeklinde

¹ GUHL Theo/MERZ Hans/DRUEY Jean Nicolas: Das Schweizerische Obligationenrecht, Zürich 1995, s.574; bkz. ZEVKLİLER Aydın/GÖKYAYLA K.Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 20. Baskı, Turhan Kitabevi, İstanbul 2020, s.784; ayrıca bkz. WEGMANN Fritz: Der Leibrentenvertrag im schweizerischen Obligationenrecht, Zürich 1937, s.48 vd; BECKER Herman: İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, İkinci Bölüm, Çeşitli Sözleşme İlişkileri, (Çev.Suat Dura), Ankara 1993, s.1128; TERCİ Hayal: "Ömür Boyu Gelir Sözleşmesi ve Ölüncüye Kadar Bakım Sözleşmesi", Terazi Hukuk Dergisi, 100(9), 2014, s.224; TUNÇOMAĞ Kenan: Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.II, 3. Baskı, Sermet Matbaası, İstanbul 1977, s.1380; KORKMAZ Tekin: Ölüncüye Kadar Bakım Sözleşmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2008, s.22.

² Von BÜREN Bruno: Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, (Art. 184-551), Zürich 1972, s.234.

³ Düzenli aralıklarla tekrarlanan edimi ifade eder. YAVUZ Cevdet/ACAR Faruk/ÖZEN Burak: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İkinci Cilt, 11. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2022, s.1655; TUNÇOMAĞ, s.1380; Ayrıca bkz. KOSTKIEWICZ Kren Jolanta/WOLF Stephan/AMSTUTZ Marc/FANKHAUSER Roland: OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 3.Auflage Orell Füssli Verlag, 2016, s.Art. 516, Nr.1; GUHL/MERZ/DRUEY, s.574.

⁴ TBK m.609'da "ödeme" ifadesi söz konusu olduğu için taahhüt edilen gelir genellikle paradır. Bkz. KILIÇOĞLU Ahmet M.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2020, s.722; HONSELL Heinrich: Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 10. Auflage, Stämpfli Verlag, Zürich 2017, s.454; KOSTKIEWICZ/WOLF/AMSTUTZ/FANKHAUSER, Art. 516, Nr.1; FORRER Fiona/HIESTAND Thomas: Repetitorium Obligationenrecht Besonderer Teil, 2.Auflage, Orell Füssli Verlag, Zürich 2007, s.363; GUHL/MERZ/DRUEY, s.574.

⁵ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.1655; BECKER, s.1128; EREN Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s.820; TERCİ, s.224; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.784; KORKMAZ, s.22; SELİÇİ Özer: Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1976, s.29; DURAK Yasemin: "Ölüncüye Kadar Bakım Sözleşmesi", Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1 (1), 2015, s.274; AKARTEPE Alpaslan: Ölüncüye Kadar Bakım Sözleşmesi, İstanbul 2010, s.23; FORRER/HIESTAND, s.363; HONSELL Heinrich/VOGT Nedim Peter/WIEGAND Wolfgang (Hrsg.): Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art.1-529, 5.Auflage, Basel/Genf/München 2011, İşleyen: BAUER Thomas, Art. 516, Nr.1; GUHL/MERZ/DRUEY, s.574.

⁶ WEGMANN, s.49.

⁷ KILIÇOĞLU, s.722.

⁸ KILIÇOĞLU, s.722.

⁹ TERCİ, s.224; İş görme ediminin bu sözleşmenin konusunu oluşturamayacağı hususunda bkz. BİLGE Necip: Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Sevinç Matbaası, Ankara 1971, s.41; Periyodik olarak para ödemeleri veya bakım; kira, kiralama veya iş sözleşmesi gibi diğer sözleşme türlerinin bir sonucuysa bu tür sözleşmelere ilişkin hükümler veya daha sonra karma sözleşmelere ilişkin hükümler uygulanır. GUHL/MERZ/DRUEY, s.573.

¹⁰ KILIÇOĞLU, s.722; BİLGE, s.418; EREN, s.820; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.785; TERCİ, s.224.

dönemsel olarak ödenmesi gerekir¹¹. Gelirin bu biçimde ödenmesi sözleşmenin niteliğini dönemsel borç sözleşmesi yapmaktadır¹².

3. Edimin Ömür Boyu Sürmesi

Sözleşmede ki gelir ödeme ediminin süresi anlaşmaya göre taraflardan birinin veya üçüncü bir kişinin ömrü boyunca¹³ olacağından burada sonuçları talih ve tesadüfe bağlı sözleşmeden söz edilir¹⁴. Türk Borçlar Kanunu m.607/II'ye göre; “Sözleşme, aksine açık bir hüküm yoksa, gelir alacaklısının ömrü boyunca yapılmış sayılır.” şeklindedir. Ancak sözleşmenin gelir borçlusunun veya üçüncü bir kişinin ömrüyle sınırlı olarak yapılması mümkündür. Bu halde aksi kararlaştırılmamışsa gelir, gelir alacaklısının mirasçılara geçer (TBK m.607/III). Burada tartışılması gereken bir husus gelir alacaklısının yaşlılık geliri isteyebilme yaşına varması, gelir alacaklısı dulun sonradan evlenmesi, gelir borçlusunun yoksulluğa düşmesi hallerinin sözleşmenin sona erme nedeni olarak düzenlenip düzenlenemeyeceğidir. Bazı yazarlara göre¹⁵ bu haller sözleşmenin sona erme sebebi olarak düzenlenebilir. Sözleşmenin sona ereceği zamana ilişkin bir belirleme yapılmaması halinde TBK m.607/II'ye göre; “Sözleşme, aksine açık bir hüküm yoksa, gelir alacaklısının ömrü boyunca yapılmış sayılır.” şeklindedir.

Sözleşmenin sona ereceği zamanın gelir alacaklısının geçimini sağlayabilecek bir duruma kavuşması olarak belirlenmesi halinde kanaatimizce burada sözleşmede gelir ödeme edimi, ömür boyu olacak şekilde kararlaştırılmakta ancak sözleşme bozucu şarta bağlı olarak yapılmaktadır. Burada üzerinde durulması gereken bir husus da sözleşmenin tek taraflı olarak sona erdirilmesinin (einseitigen aufhebungs) mümkün olup olmadığıdır. Ölünceye kadar bakma sözleşmesinde olan bu özellik, ömür boyu gelir sözleşmesine yabancıdır¹⁶. Ölünceye kadar bakma sözleşmesinde TBK m.616 ve 617 hükümleri, sözleşmenin taraflarından birinin tek taraflı iradesi ile sözleşmenin sona erdirilmesine imkan tanırken, ömür boyu gelir sözleşmesi bakımından buna benzer özel bir hüküm söz konusu değildir.

4. Anlaşma

Sözleşmede gelir alacaklısı ve gelir borçlusu olmak üzere iki taraf yer alır. Gelir alacaklısının mutlaka gerçek kişi olması zorunluluğu vardır. Gelir borçlusu ise gerçek veya tüzel kişi olabilir¹⁷. Gelir alacaklısının gerçek kişi olma zorunluluğu TBK m.607/I ve TBK m.607/II hükümlerinden anlaşılmaktadır. TBK m.607/I kapsamında gelir ödemenin sözleşmenin taraflarından birinin veya üçüncü kişinin *ömrü boyunca* devam edeceğinden söz edilmiştir. Ayrıca TBK m.607/II'de, sözleşmede aksine bir hüküm olmadığında gelir alacaklısının *ömrü boyunca* sözleşmenin yapılmış sayılacağı düzenlenmiştir.

Ömür boyu gelir sözleşmesi rızai bir sözleşme olup, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamaları ile kurulur. Sözleşme TBK m.608 gereği yazılı şekilde yapılmadıkça geçerli olmaz. Hükümden şeklin adı yazılı şekil olduğu anlaşılmaktadır. Kılıçoğlu'na göre¹⁸ tek tarafa borç yükleyen bu sözleşmede, edim yükümlülüğü altına giren taraf gelir borçlusu olup, gelir alacaklısının karşı edim yükümlülüğü yoktur. Ancak Yavuz/Acar/Özen'e göre¹⁹ sözleşmenin ivazlı olması mümkün olup bu halde sözleşmede gelir alacaklısının yerine getirmesi gereken karşı edimde yazılmalı ve sözleşme onun tarafından da imza edilmelidir. Hatta karşı edim olarak taşınmazın devri vaad edildiğinde sözleşmenin resmi şekilde yapılması gerekir²⁰. Ömür boyu gelir sözleşmesinin mahkeme kararına dayandığı hallerde şekil mecburiyeti söz konusu olmaz. Örneğin boşanma davası sonucu bağlanan ömür boyu nafaka, ömür boyu iş göremezlik aylıkları mahkeme hükmüne dayanmaktadır²¹.

III. SÖZLEŞMENİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

A. Gelir Borçlusunun Durumu

1. Gelirin Ödenme Zamanı

Türk Borçlar Kanunu m.609/I'e göre; “Sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa ömür boyu gelir, her altı ayda bir ve peşin olarak ödenir” şeklindedir. Aksine anlaşma yapılmadığında her altı ayda bir peşin olarak ödeme yapılmasının gerekçesi bu gelirin alacaklının yaşamını sürdürmesi amacıyla

¹¹ EREN, s.820; BECKER, s.1128; TUNÇOMAĞ, s.1380; DURAK, s.274; Zaman içerisinde belirli aralıklarla düzenli veya düzensiz olarak tekrarlanan edim, önemli edimdir. İrad da önemli edimlere örnektir. EREN Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 26. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2021, s.112.

¹² EREN, s.820.

¹³ Ömür boyu gelir, sadece bir insanın yaşama süresince kuruluyorsa vardır. Örneğin bir insanın erginliğine veya eğitimini tamamlamasına kadar gelir ödenmesi kararlaştırılmışsa ömür boyu gelir sözleşmesi yoktur. BECKER, s.1129; İvazsız ve beş yıl müddetle sınırlanmış sözleşmenin ömür boyu gelir sözleşmesi olmadığı, bağışlama sözleşmesi olduğu yönünde Yargıtay 4. HD. 27.11.1947: S/K.5667/4907 bkz. TUNÇOMAĞ, s.1383; Emekli aylığı bağlanıncaya kadar gelir ödemenin belirlenmesinin, ömür boyu gelir olduğu yönünde bkz. FORRER/HIESTAND, s.363.

¹⁴ EREN, s.819; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.772; TUNÇOMAĞ, s.1380-1381; Ömür boyu gelir alacağı, gelir alacaklısının gereksinimleri gözönünde tutulmaksızın kesin olarak belirlenir. Bundan dolayı şans ve rastlantının rolü azdır. ÖZKAYA Eraslan: Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007, s.287.

¹⁵ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.1655-1656; TUNÇOMAĞ, s.1381; TERCİ, s.223; Ayrıca bkz. BECKER, s.1129; Sözleşmenin süresinin, kısa bir süre sonra gerçekleşmesi muhtemel olmayan, zamana özgü bir olayla kümülatif olarak sınırlanabileceği yönünde bkz. KOSTKIEWICZ/WOLF/AMSTUTZ/FANKHAUSER, Art. 516, Nr.2.

¹⁶ WEGMANN, s.49.

¹⁷ EREN, s.819; Gelirin gerçek bir kişinin hayatına dayanması şartıyla tüzel kişinin de gelir alacaklısı olabileceğinin düşünülebilir olduğu yönünde bkz. BAUER, Art. 516, Nr.2'deki yazar.

¹⁸ KILIÇOĞLU, s.723.

¹⁹ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.1656; Sözleşmenin ivaz içerebileceği yönünde bkz. ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.785; BECKER, s.1130; EREN, s.821; ŞAHİN Turan, Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s.79.

²⁰ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.1656; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.787; EREN, s.822; TUNÇOMAĞ, s.1386; TERCİ, s.224; DURAK, s.275; BECKER, s.1131-1132; BAUER, Art. 517, Nr.1.

²¹ Bkz. EREN, s.821-822; BAUER, Vor Art. 516-520, Nr.3.

ödenmesidir²². Ömür boyu gelirin ne zaman ödeneceği hususunda taraflar aralarında anlaşma yapabilirler. Bu kapsamda haftalık, aylık, üç aylık dönemlerde veya dönem başında peşin ödeme kararlaştırılabilir. Gelirin süresi ömrüne bağlanmış olan kişi, peşin ödeme öngörülen dönemin sona ermesinden önce ölse bile, o döneme ait gelirin tamamı gelir borçlusu tarafından borçlanılmış sayılır (TBK m.609/II). Bundan dolayı artanın geri verilmesi söz konusu olmaz. Tarafların ödemenin dönem sonunda yapılacağı konusunda anlaşmışları bir durumda alacaklıya sadece yaşadığı süreye ilişkin ödeme yapılır²³.

2. Gelir Borçlusunun Borcunu Yerine Getirmemesi

Gelir borcunun yerine getirilmesi borçlu tarafından da olabilir, üçüncü bir kişi de borcu yerine getirebilir. Nitekim TBK m.83'e göre; borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça borçlu, borcunu şahsen ifa etmekle yükümlü değildir. Gelir borcunun ifa edilmemesi halinde temerrüt söz konusu olur. Ömür boyu gelir sözleşmesi ivazsız ise, gelir alacaklısının aynen ifadan vazgeçip müspet zararının tazminini istemesi veya sözleşmeden dönüp menfi zararının tazminini istemesi mümkün olmaz. Zira bu iki hak karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde temerrüdün sonuçlarındandır.

Sözleşmenin ivazlı olduğu hallerde gelir alacaklısı TBK m.125 kapsamında müspet zararın giderilmesini isteyebilir ya da sözleşmeden dönüp menfi zararın tazminini (kusur varsa) isteyebilir²⁴. Kılıçoğlu, sözleşmenin sürekli edim borcu doğuran sözleşme olduğundan TBK m.126'nın uygulanması gerektiğini ifade eder²⁵.

Borçlunun temerrüdü konusunda burada özellik arz eden husus TBK m.121/I'de düzenlenmiştir. Anılan hükme göre; "Faiz veya irat borcunu ya da bağışladığı bir miktar parayı ödemekte temerrüde düşen borçlu, icra takibine girildiği veya dava açıldığı günden başlayarak, temerrüt faizi ödemekle yükümlüdür." şeklindedir. Hüküm kapsamında temerrüdü oluşumu daha önce olmasına rağmen borçlunun icra takibinin yapıldığı veya davanın açıldığı tarihten başlayarak faiz ödeme yükümlülüğü söz konusudur.

3. Gelir Borçlusunun İflası

Gelir borçlusunun iflası sözleşmeyi kendiliğinden sona erdirmez. "Gelir borçlusu iflas ederse, gelir alacaklısı, gelir borçlusunun yükümlü olduğu dönemsel gelirin elde edilebilmesi için ilgili sosyal güvenlik kurumunca ödenmesi gereken anaparaya denk düşen bir parayı iflas masasına kaydettirme hakkını elde eder." (TBK m.609/III). İcra ve İflas Kanunu m.197/II'ye göre; "Kaydı hayatla irat mukavelenamesinden doğan iddialarda Borçlar Kanununun 509 uncu maddesinin 3 üncü fıkrası hükmü caridir." şeklindedir. Gelir alacaklısı, iflasın açıldığı tarihte aynı gelirin elde edilmesi için kullanılması zorunlu sermayeyi isteyebilir²⁶. Ömür boyu gelir sözleşmesinin ivazsız olduğu (bağışlama niteliğindeki²⁷) sözleşmede borçlunun iflası halinde TBK m.296/II kıyasen uygulanarak sözleşmenin sona ereceğini ifade etmek mümkündür²⁸.

B. Gelir Alacaklısının Durumu

Ömür boyu gelir sözleşmesinde kök hak ve bireysel hak söz konusudur. Kök hak ömür boyu gelir isteme hakkını (taraflar arasındaki borç ilişkisini kuran temel hakkı) anlatırken, bireysel hak ise düzenli aralıklarla ödenecek her bir gelir alacağını anlatır²⁹. Tunçomağ'a göre gelirleri doğuran kök hak ve bu kök hak geniş anlamda borç ilişkisi veya bütünüyle alacak hakkıdır³⁰. Gelir alacaklısı sürekli bir alacak hakkı elde eder ve borçludan sözleşmeden kaynaklı temel borcuna uymasını ister. Ayrıca her döneme ilişkin olmak üzere gelirin ödenmesini isteme hususunda talep hakkı vardır³¹.

Alacaklının temel borç üzerindeki sürekli hakkı (kök hakkı) başkasına devredilemez, haciz ve iflas yoluyla icra takibinin konusu olamaz³². Bireysel hakkın ise tek başına devri, haciz ve iflas yoluyla takibe konu olması mümkündür³³. Nitekim bu bağlamda TBK m.610'a göre; "Sözleşmeyle aksi kararlaştırılmamışsa gelir alacaklısı, haklarını başkasına devredebilir."

²² GUHL/MERZ/DRUEY, s.575; BAUER, Art. 518, Nr.1; TERCİ, s.225; Kanun koyucu peşin ödeme yapılması gerektiğini düzenleyerek, gelir alacaklısının geçimini teminat altına almaktadır. YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.1656; TUNÇOMAĞ, s.1389.

²³ EREN, s.823; KILIÇOĞLU, s.724.

²⁴ EREN, s.823; BECKER, s.1130; Bkz. KOSTKIEWICZ/WOLF/AMSTUTZ/FANKHAUSER, Art. 518, Nr.2; Bkz. GUHL/MERZ/DRUEY, s.575; Gelir borçlusunun sözleşmenin ifa edilmemesinden doğan olumlu zarardan ya da sözleşmenin feshinden doğan olumsuz zarardan sorumlu olacağı yönünde bkz. BGE 82 II 441.

²⁵ KILIÇOĞLU, s.723.

²⁶ BECKER, s.1134; Gelir borçlusunun iflasının hukuki ilişkiyi ortadan kaldırmadığı, yalnızca zamanından önce ödemeyi zorunlu kıldığı, gelir borcunun yerini sermaye borcunun aldığı yönünde bkz. TUNÇOMAĞ, s.1391.

²⁷ İvazsız gelir sözleşmesinin niteliği itibarıyla bağışlama olduğu yönünde bkz. EREN, s.821.

²⁸ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.1657; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.787; Bkz. TUNÇOMAĞ, s.1391; SELİÇİ, s.88.

²⁹ EREN, s.820; Ayrıca bkz. YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.1655; SELİÇİ, s.29; AKARTEPE, s.23; Kök hak için "stammrecht" kavramını kullanan bkz. KOSTKIEWICZ/WOLF/AMSTUTZ/FANKHAUSER, Art. 519, Nr.1; Kök hak için "grundrecht" kavramını kullanan bkz. GUHL/MERZ/DRUEY, s.574.

³⁰ TUNÇOMAĞ, s.1381; Kök hak, kendisinden teker teker alacakların kaynaklandığı bir bütün haktır. TUNÇOMAĞ, s.1381; Temel hak ve tek (münferit) gelir hakkı arasında ayırım yapmak mutattır. Temel hak, münferit sınırlı alacak haklarının dayanağı olan toplu haktır. Kanun koyucunun böyle bir ayırımı benimsediği toplu hak ve tek alacak haklarının zamanlaşımı için özel süreler koyan OR 131 ve BK 129. (TBK 150.) maddelerinden anlaşılır. BECKER, s.1129.

³¹ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.787; TERCİ, s.225.

³² ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.787; HONSELL, s.454; FORRER/HIESTAND, s.365; GUHL/MERZ/DRUEY, s.575; BİLGE, s.424; TUNÇOMAĞ, s.1393; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.1657-1658; EREN, s.823-824; BECKER, s.1135; TERCİ, s.224; Bkz. KOSTKIEWICZ/WOLF/AMSTUTZ/FANKHAUSER, Art. 519, Nr.1, Nr.2.

³³ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.1657-1658; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.787; TUNÇOMAĞ, s.1387; TERCİ, s.224; Bkz. BAUER, Art. 519, Nr.1; ÖZKAYA, s.287; FORRER/HIESTAND, s.365; HONSELL, s.454; BGE 61 III 194 ff.

IV. TARAFLARIN ÖLÜMÜ

Tarafların ölümünün sözleşmeye etkisinin ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir.

A. Gelir Alacaklısının Ölümü

Gelir alacağının süresi gelir borçlusunun veya üçüncü bir kişinin ömrüyle sınırlı ise aksi kararlaştırılmamışsa gelir alacaklısı ölünce gelir, mirasçılara kalır (TBK m.607/III). Becker, anılan bu hükmün bağışlama suretiyle kurulan bir gelir söz konusuysa ihtiyatlı uygulanması gerektiğini ifade etmektedir³⁴. Buna gerekçe olarak ise bağışlayanda mirasçılarını da belirsiz bir zaman için yük altına sokma iradesinin olmadığını göstermektedir³⁵. Burada önce gelir borçlusu açısından ahlaki bir borcun ifasının söz konusu olup olmadığı, hangi durumda yasal kuralın onun tahmini iradesine daha uygun olduğu veya diğer türden olayların bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır³⁶.

B. Gelir Borçlusunun Ölümü

Gelir borçlusunun ölümü halini ikiye ayırarak incelemek gerekir. İvazsız gelir sözleşmesi bakımından borçlunun ölümü halinde sözleşme TBK m.298 uyarınca sona erer. Ancak ivazlı gelir sözleşmesi bakımından borçlunun mirasçıları borçtan sorumlu olurlar. Nitekim TMK m.599'a göre, mirasçılar mirasbırakanın borçlarından kişisel olarak sorumlu olurlar.

V. ÖMÜR BOYU GELİR İLİŞKİSİ DOĞURAN DİĞER HALLER

Ömür boyu gelir ilişkisi sözleşme ile ortaya çıkabileceği gibi mahkeme kararına da (TBK m.51/II, TMK m.175, TMK m.176) dayanabilir. Ayrıca hâkim ölünceye kadar bakma sözleşmesinde tarafların istemi üzerine ya da kendiliğinden bakım alacaklısına ömür boyu gelir bağlayabilir (TBK m.617/II). Mirasbırakanın yaptığı ölüme bağlı tasarrufla da ömür boyu gelir belirlenebilir (TBK m.516). Zevkliler/Gökyayla ömür boyu gelir ilişkisiyle ilgili düzenlemelerin (TBK m.607-610) bu hallere de uygulanacağını ifade etmektedir³⁷. Buradaki genel nitelikli düzenlemeler uygun düşüğü ölçüde uygulanır. Nitekim ömür boyu gelir ilişkisi doğuran diğer hükümlerde de iradın ne zaman sona ereceği, iradın artırılabilirliği gibi düzenlemeler vardır.

A. Mahkeme Kararı

Ömür boyu gelirin mahkeme kararına dayandığı halleri TBK m.51/II ve TMK m.175-176 ve TBK m.617/II olarak ifade etmek mümkündür.

1. Türk Borçlar Kanunu m.51/II

Haksız fiilden kaynaklı tazminatın, irat biçiminde ödenmesine hükmedilmesi söz konusu olduğunda ömür boyu gelir ilişkisi ortaya çıkmış olur. Ancak bu ilişkinin kaynağı sözleşme olmayıp mahkeme kararıdır.

2. Türk Medeni Kanunu m.175 ve TMK m.176

Yoksulluk nafakası ve maddi tazminat bakımından da mahkeme kararı ile ömür boyu gelir ilişkisi doğar. TMK m.175'e göre; "Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf, kusuru daha ağır olmamak koşuluyla geçimi için diğer taraftan malî gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir." TMK m.176'ı'na göre; "Maddî tazminat ve yoksulluk nafakasının toptan veya durumun gereklerine göre irat biçiminde ödenmesine karar verilebilir." şeklindedir. TMK m.176/III'e göre; "İrat biçiminde ödenmesine karar verilen maddî tazminat veya nafaka, alacaklı tarafın yeniden evlenmesi ya da taraflardan birinin ölümü hâlinde kendiliğinden kalkar; alacaklı tarafın evlenme olmaksızın fiilen evliymiş gibi yaşaması, yoksulluğunun ortadan kalkması ya da haysiyetsiz hayat sürmesi hâlinde mahkeme kararıyla kaldırılır." şeklindedir.

3. Türk Borçlar Kanunu m.617/II

Ömür boyu gelir sözleşmesi Türk Borçlar Kanununun 17. bölümünde ölünceye kadar bakma sözleşmesi ile birlikte yer almaktadır. Ölünceye kadar bakma sözleşmesinin önel verilmeksizin feshi başlıklı TBK m.617'ye göre;

"Sözleşmeden doğan borçlara aykırı davranılması sebebiyle sözleşmenin devamı çekilmez hâle gelir veya başkaca önemli sebepler sözleşmenin devamını imkânsız hâle getirir ya da aşırı ölçüde güçleştirirse, taraflardan her biri sözleşmeyi önel vermeksizin feshedebilir. Sözleşme bu sebeplerden birine dayanılarak feshedildiği takdirde kusurlu taraf, aldığı şeyi geri verir ve kusursuz tarafa, bu yüzden uğradığı zarara karşılık uygun bir tazminat ödemekle yükümlü olur. Hâkim, sözleşmenin önel verilmeksizin feshini yerinde bulabileceği gibi, taraflardan birinin istemiyle veya kendiliğinden, aile topluluğu içinde yaşamalarına son vererek, bakım alacaklısına ömür boyu gelir bağlayabilir"

şeklindedir. Hüküm kapsamında ölünceye kadar bakma sözleşmesinin feshi yerine bakım alacaklısına ömür boyu gelir bağlanabilir. Burada hâkim fesih sebeplerini yeterli görmezse sözleşmeyi feshetmeyip alacaklıya ömür boyu gelir bağlanmasına karar verir. Kanunun olumlu uyarılama hükümleri hâkime geniş bir takdir hakkı vererek sözleşmenin içeriğini değiştirme yetkisi tanımıştır³⁸. Sözleşmeden dönülmesinin tarafların, özellikle bakım alacaklısının menfaatine olmayacağı, fakat tarafların bir arada yaşamalarının da mümkün olmadığı durumlarda ömür boyu gelir bağlanmasına karar verilmelidir³⁹.

³⁴ BECKER, s.1131; Ayrıca bkz. TUNÇOMAĞ, s.1383-1384.

³⁵ BECKER, s.1131.

³⁶ BECKER, s.1131; Ayrıca bkz. TUNÇOMAĞ, s.1384.

³⁷ ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s.784.

³⁸ ARAT Ayşe: Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006, s.163 dn.145 ve 146'da belirtilen yazarlar; Ayrıca bkz. ŞAHİN, s.213; TUNÇOMAĞ, TBK m.617 bakımından hakime normal yetkilerini aşan bir müdahale hakkı tanıdığını, hakimin normal yetkilerinin tarafların iradelerini yorumlamak ve tamamlamak ile hukuki işlemin geçerliliğini incelemekten ibaret olduğunu ifade etmektedir. TUNÇOMAĞ, s.1302.

³⁹ AYDIN Gülşah Sinem: "Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesinin Türk Borçlar Kanunu'nun 617. Maddesine Dayalı Olarak Sona Ermesi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 24 (1), 2018, s.364.

Hakim fesih sebeplerini yeterli görmezse fesih yerine ömür boyu gelir bağlamaya karar verir. Yargıtay verdiği bir kararda;

“Davacının 1974 yılında çekişme konusu taşınmazın 7/16 payını oğlu davalıya temlik ettiği, bakım borçlusunun 30 yıl süreyle bakım borcunu yerine getirdiği, ancak son 10 yılda tarafların arasının bozulduğu, 2003 yılında evden ayrılan davacının zaman zaman davalı ile bir araya geldikleri, davacının birlikte yaşanan evde ayrı bir odaya yiyecek vs. ihtiyaçlarını almak suretiyle kendisini soyutladığı, son olarak dava tarihinden 3,5 yıl kadar önce ayrı bir ev kiralayıp orada yaşadığı, davacının bakım isteğini kabul etmediği görülmektedir. Öte yandan, tüm dosya kapsamından davalının kalp hastası olup, görme rahatsızlığının da bulunduğu, davalının sözleşmeden kaynaklanan edimini son yıllarda ifa edememesinde kusurunun bulunmadığı, davacının da bakım yapılmasına müsaade etmediği sonucuna varılmaktadır. Oyle ise, tarafların bir araya gelebilecekleri gözetilerek, davacıya irat bağlanmak suretiyle çekişmenin giderilmesi gerekeceğinde kuşku yoktur.”

değerlendirmesini yapmıştır⁴⁰. Ölünceye kadar bakma sözleşmesinin icrası sürecinde taraflar ömür boyu gelire çevirmeyi kendileri de gerçekleştirmiş olabilir. Konuya ilişkin olarak Yargıtay'ın verdiği karara göre⁴¹;

“Taraflar arasındaki ölünceye kadar bakma sözleşmesi yapıldığı 1970 yılından davanın açıldığı 1975 yılına kadar davalının izinli olarak İstanbul'a geldiği veya davacının kızının yanına gittiği kısa ve belirli dönemler dışında az önce açıklanan nedenlerle tarafların birbirlerinden ayrı ve uzakta yaşamaları suretiyle varlığını sürdürüp gitmiştir. Sözleşmenin düzenlendiği tarihte mevcut olan imkânsızlık daha sonraki yıllarda daha sürüp gitmiştir. Sözleşmenin bizzat bakma borcunun davalı tarafından yerine getirilmesi mümkün olmadığı anlaşılınca tarafların zımnı bir anlaşma yaptıkları ve bu anlaşma uyarınca; Davacının kış aylarında oturması için İstanbul'un merkezi ve mutena bir semtinde davalı tarafından davacı için bir apartman dairesi satın alındığı, - Yazları kızına ait bulunan yazlıkta oturmasına rıza gösterildiği, - Ayrıca davalı kızın sahip bulunduğu hanın aylık 30 bin lira tutan kira parasını bakım ve geçimini sağlamak üzere babasına bıraktığı açıktır. BK'nun 517. maddesinin son fıkrasına göre, bir taraflı fesih nedeninin gerçekleştiği hallerde hâkim mukaveleyi feshedecek yerde kendiliğinden birlikte yaşamaya son verip buna karşılık alacaklıya kaydı hayatla bir irat tahsis edebilir. Dava dolayısıyla hâkimin yapacağı bu durumu taraflar kendiliklerinden gerçekleştirmişlerdir. Zımnı anlaşma uyarınca sözleşmenin bizzat bakma ve birlikte yaşamaya ilişkin hükümleri kaldırılmış, yerine borçlunun yukarıda açıklanan şekilde irat ödemesi esas kabul edilmiştir. Yıllardan beri süregelen ve itiraza uğramayan bu icra şeklini geçersiz saymak imkânı yoktur.”

şeklinde. Tunçomağ'a göre, ölünceye kadar bakma sözleşmesi irada çevrildiğinde taraflar arasındaki ev ortaklığı son bulur, sözleşme devam eder, sadece sözleşmenin fiili hükümlerinde değişiklik meydana gelir⁴².

Kanaatimizce hâkim tarafından verilen ömür boyu gelire çevirme kararı ölünceye kadar bakma sözleşmesini ortadan kaldırmaz. Verilen kararlar bakma ve gözetme ediminin yerini ömür boyu gelir sağlama almıştır⁴³. Gauch ise ölünceye kadar bakma sözleşmesi niteliğinin yargısal uyarılma (dönüşüm) sonucu sona erdiğini, fakat ömür boyu gelir sözleşmesi şeklinde devam ettiğini belirtmektedir⁴⁴. Ölünceye kadar bakma sözleşmesinin feshedilmeyip bakım borçlusu aleyhine ömür boyu gelire hükmedilmesinin hukuki temelinde önceden yapılan ölünceye kadar bakma sözleşmesi yattığından bu halde bile sözleşme devam ettiğinden (bakma ve gözetme ediminin yerini ömür boyu gelir almıştır) gelirin ödenmemesi durumunda TBK m.617'den hareketle ölünceye kadar bakma sözleşmesinin feshi istenebilir⁴⁵.

Yargıtay bir kararında⁴⁶;

“Davacı 24.4.1973 günlü dilekçe ile açtığı ilk davada: Davalının ölünceye kadar bakma sözleşmesinin yükümlülüğünü yerine getirmediğini ve kendisine bakmadığını ileri sürerek iptalini istemiş, mahkemece 8.4.1974 gününde davanın reddine ve tarafların anlaşmaları uyarınca bilirkişinin takdir ettiği şekilde davalının her ay davacıya nafaka olarak 300 lira ödemesine karar verilmiş, bu karar davacının temyizi üzerine dairece onanmış ve düzeltme isteği reddedilerek kesinleşmiştir. Davacı son kez verdiği 15.11.1974 günlü dilekçe ile açtığı ikinci davada; davalının kendisine bakmadığından söz etmek suretiyle sözleşmenin feshini istemiş ve mahkeme davayı kabul etmiştir. İlk davada fesih isteği reddedilmiş, tarafların anlaşmaları uyarınca bakma yükümlülüğü ortadan kaldırılmış ve borçlunun alacaklıya ömür boyu gelir sağlaması karar altına alınmış bulunduğu göz önünde tutulmadan son açılan dava sonunda davalının bakma borcunu yerine getirmediğinden bahisle sözleşmenin feshine karar verilmesi yolsuzdur.”

değerlendirmesini yapmıştır.

B. Mirasbırakanın Yaptığı Ölümüne Bağlı Tasarruflar (TMK m.516)

Tek taraflı hukuki işlemde borcun doğmasına örnek olarak vasiyetname verilebilir. Nitekim mirasbırakan yaptığı vasiyetname ile irat (gelir) alacaklısı belirleyebilir. Mirasbırakan, bir kimseye onu mirasçı atamaksızın belirli bir mal bırakma yoluyla kazandırmada bulunabilir (TMK m.516/I). Belirli mal bırakma, bir kimse lehine bir iradın bağlanması şeklinde olabilir (TMK m.516/II). İradın (gelirin) ne kadar süre ödeneceği tasarrufta belirlenmemişse ömür boyu gelir söz konusu olur. Bu şekilde bir

⁴⁰ Yargıtay 1.HD. 15.07.2010; E.2010/6699, K.2010/8327. www.kazanci.com (Erişim: 28.11.2018).

⁴¹ Yargıtay 1.HD. 12.12.1978; E.1978/11657, K.1978/13022. www.kazanci.com (Erişim: 28.11.2018).

⁴² TUNÇOMAĞ, s.1304; Ayrıca bkz. AYDIN, 366.

⁴³ Bkz. ŞAHİN, s.216; Ömür boyu gelire çevirmede yine de ölünceye kadar bakma sözleşmesi olduğu yönünde bkz. SCHAEZLE Marc: Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 7.Teilband, Der Leibrentenvertrag und die Verpfändung, Art. 516-529 OR, Bern 1978, Art. 521, Nr. 13.

⁴⁴ GAUCH Peter: System Der Beendigung von Dauerverträgen, Fribourg 1968, s. 185.

⁴⁵ Yargıtay HGK. 04.03.1977; E.1974/1-900, K.1977/207. www.kazanci.com (Erişim: 28.11.2018); Ayrıca bkz. ŞAHİN, s.221.

⁴⁶ Yargıtay 1.HD. 13.06.1978; E.1978/4637, K.1978/6771. www.kazanci.com (Erişim: 28.11.2018).

irat (gelir) bağlanması halinde ortada ölüme bağlı tasarruf olduğundan, şartları oluştuğunda tasarrufun tenkisi istenebilir.

“Mirasbırakan, tahmin edilen devam sürelerine göre sermayeye çevrilmeleri hâlinde tasarruf edilebilir kısmı aşan intifa hakkı veya irat borcu ile terekesini yükümlü kılar, mirasçılarını, intifa hakkının veya irat borcunun tenkisini ya da tasarruf edilebilir kısmı vererek bu yükümlülüğün kaldırılmasını isteyebilirler.” (TMK m.568)

Ölüme bağlı tasarrufla irat (gelir) bağlanması halinde buna ilişkin istem hakkı tasarrufta başka bir esas öngörülmüş olmadıkça borçlar hukuku kurallarına tâbidir (TMK m.601/I). Burada TBK m.607 hükmü uygulanır⁴⁷.

VI. ZAMANAŞIMI

Ömür boyu gelir sözleşmesinde kök hak ve bireysel hak bakımından zamanaşımı süreleri farklıdır. Kök hak için zamanaşımı TBK m.146 gereği on yıldır⁴⁸. Bireysel hak bakımından ise her dönem için ifası gerektiğinden TBK m.147/b.1 hükmü gereği zamanaşımı beş yıldır⁴⁹. Burada üzerinde durulması gereken bir husus TBK m.150 hükmüdür. Buna göre;

“Ömür boyunca gelir ve benzeri dönemsel edimlerde, alacağın tamamı için zamanaşımı, ifa edilmemiş ilk dönemsel edimin muaccel olduğu günde işlemeye başlar. Alacağın tamamı zamanaşımına uğramışsa, ifa edilmemiş dönemsel edimler de zamanaşımına uğramış olur.”

Kök hak ve bireysel hak birbirlerine bağlı olduğundan dönemsel edimlerden birinin ödenmediği tarihten itibaren alacak için (kök hak) zamanaşımı işlemeye başlayacağından, alacağın zamanaşımına uğraması, daha sonra ödenmesi gereken ifa edilmemiş dönemsel edimlerinde zamanaşımına uğramasına sebep olur.

VII. SONUÇ

Sonuçları talih ve tesadüfe bağlı olan ömür boyu gelir sözleşmesinde para veya misli eşya şeklinde dolaylı bir bakım vardır. Sözleşmedeki gelir ödeme ediminin süresi anlaşmaya göre; taraflardan birinin veya üçüncü bir kişinin ömrü boyunca devam edecektir. Ömür boyu gelir, sözleşmenin karakteristik özelliğidir. Sözleşme borucu zarfa bağlı olarak da yapılabilir.

Gelir alacaklısının mutlaka gerçek kişi olması zorunlu değildir. Gelir borçlusu ise gerçek veya tüzel kişi olabilir. Ancak gelirin gerçek bir kişinin hayatına dayanması şartıyla, tüzel kişinin de gelir alacaklısı olabileceğinin düşünülebilir olduğu da ifade edilmektedir.

Sözleşme TBK m.608 gereği yazılı şekilde yapılmadıkça geçerli olmaz. Karşı edim olarak taşınmazın devri vaad edildiğinde sözleşmenin resmi şekilde yapılması gerekir. Ömür boyu gelir sözleşmesinin mahkeme kararına dayandığı hallerde şekil mecburiyeti söz konusu olmaz.

Gelir borcunun yerine getirilmesi borçlu tarafından da olabilir, üçüncü bir kişi de borcu yerine getirebilir. Ömür boyu gelir sözleşmesinde kök hak ve bireysel hak söz konusudur. Kök hak ömür boyu gelir isteme hakkını (taraflar arasındaki borç ilişkisini kuran temel hakkı) anlatırken, bireysel hak ise düzenli aralıklarla ödenecek her bir gelir alacağını anlatır. Bu ayırım gerek zamanaşımı süreleri, gerekse devre, haciz ve iflas takibine konu olup olmama bakımından önemlidir.

Ömür boyu gelir ilişkisi sözleşme ile ortaya çıkabileceği gibi mahkeme kararına da (TBK m.51/II, TMK m.175, TMK m.176) dayanabilir. Ayrıca hâkim ölünceye kadar bakma sözleşmesinde tarafların istemi üzerine ya da kendiliğinden bakım alacaklısına ömür boyu gelir bağlayabilir (TBK m.617/II). Mirasbırakanın yaptığı ölüme bağlı tasarrufla da ömür boyu gelir belirlenebilir (TMK m.516).

Ölünceye kadar bakma sözleşmesinde hâkim tarafından verilen ömür boyu gelire çevirme kararı, ölünceye kadar bakma sözleşmesini ortadan kaldırmaz. Verilen kararlar bakma ve gözetme ediminin yerini ömür boyu gelir sağlama almıştır. Ömür boyu gelir sözleşmesinde kök hak ve bireysel hak bakımından zamanaşımı süreleri farklıdır. Kök hak için zamanaşımı TBK m.146 gereği on yıldır. Bireysel hak bakımından ise her dönem için ifası gerektiğinden TBK m.147/b.1 hükmü gereği zamanaşımı beş yıldır.

⁴⁷ DURAL Mustafa/ÖZ Turgut, Türk Özel Hukuku, C.IV, Miras Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2019, s.149; Bu tür bir halde musaleh irat alacaklısı olup, bunu ifa ile yükümlü olanda (mirasçı veya üst musaleh) irat borçlusudur. İMRE Zahit/ERMAN Hasan: Miras Hukuku, 13. Basım, Der Yayınları, İstanbul 2017, s.130; Ayrıca bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip: Miras Hukuku, 3.Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1987, s.265; OZANEMRE YAYLA Hatice Tolunay: “Ön Vasiyet (Mirasçı Lehine Vasiyet) Kavramı, Ön Vasiyetin Unsurları ve Özellikleri”, Ankara Barosu Dergisi, 2017/2, s.125.

⁴⁸ HONSELL, s.454; EREN, s.824; TUNÇOMAĞ, s.1390; FORRER/HIESTAND, s.365.

⁴⁹ HONSELL, s.454; FORRER/HIESTAND, s.365; EREN, s.824; KILIÇOĞLU, s.723; TUNÇOMAĞ, s.1390; Bkz. EREN, Genel Hükümler, s.1460; OĞUZMAN Kemal M./ÖZ Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, s.586.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Atıf Şekli: Yazar, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | The author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The author declares that he complies with the scientific, ethical, and quotation rules of İnÜHFD in all processes of the paper and that he does not make any falsification of the data collected. In addition, he declares that İnönü University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than İnönü University Law Review.

KAYNAKÇA

- AKARTEPE Alpaslan, Ölüncüye Kadar Bakma Sözleşmesi, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.
- ARAT Ayşe, Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006.
- AYDIN Gülşah Sinem: “Ölüncüye Kadar Bakma Sözleşmesinin Türk Borçlar Kanunu'nun 617. Maddesine Dayalı Olarak Sona Ermesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 24(1), 2018, s.336-373.
- BECKER Herman, İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, İkinci Bölüm, Çeşitli Sözleşme İlişkileri, (Çev.Suat Dura), 1. Baskı, Yargıtay Yayınları, Ankara 1993.
- BİLGE Necip, Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Sevinç Matbaası, Ankara 1971.
- DURAK Yasemin, “Ölüncüye Kadar Bakma Sözleşmesi”, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1(1), 2015, s.265-299.
- DURAL Mustafa/ÖZ Turgut, Türk Özel Hukuku, C.IV, Miras Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2019.
- EREN Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 26.Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2021. (EREN, Genel Hükümler)
- EREN Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.
- FORRER Fiona/HIESTAND Thomas, Repetitorium Obligationenrecht Besonderer Teil, 2.Auflage, Orell Füssli Verlag, Zürich 2007.
- GAUCH Peter, System Der Beendigung von Dauerverträgen, Fribourg 1968.
- GUHL Theo/MERZ Hans/DRUEY Jean Nicolas: Das Schweizerische Obligationenrecht, Zürich 1995.
- HONSELL Heinrich/VOGT Nedim Peter/WIEGAND Wolfgang (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art.1-529, 5.Auflage, Basel/Genf/München 2011 (BAUER Thomas)
- HONSELL Heinrich, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 10. Auflage, Stämpfli Verlag, Zürich 2017.
- İMRE Zahir/ERMAN Hasan, Miras Hukuku, 13. Basım, Der Yayınları, İstanbul 2017.
- KILICOĞLU Ahmet M., Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2020.
- KOCAYUSUFPAŞAĞLU Necip, Miras Hukuku, 3.Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1987.
- KORKMAZ Tekin, Ölüncüye Kadar Bakma Sözleşmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2008.
- KOSTKIEWICZ Kren Jolanta/WOLF Stephan/AMSTUTZ Marc/FANKHAUSER Roland, OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 3.Auflage, Orell Füssli Verlag, 2016.
- OĞUZMAN Kemal M./ÖZ Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015.
- OZANEMRE YAYLA Hatice Tolunay, “Ön Vasiyet (Mirasçı Lehine Vasiyet) Kavramı, Ön Vasiyetin Unsurları ve Özellikleri”, Ankara Barosu Dergisi, (2), 2017, s.99-144.
- ÖZKAYA Eraslan, Ölüncüye Kadar Bakma Sözleşmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007.
- SCHAETZLE Marc, Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 7.Teilband, Der Leibrentenvertrag und die Verpfändung, Art. 516-529 OR, Bern 1978.
- SAHİN Turan, Ölüncüye Kadar Bakma Sözleşmesi, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.
- ŞELİÇİ Özer, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1976.
- TERECİ Hayal, “Ömür Boyu Gelir Sözleşmesi ve Ölüncüye Kadar Bakım Sözleşmesi”, Terazi Hukuk Dergisi, 100(9), 2014, s.223-230.
- TUNÇOMAĞ Kenan, Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C.II, 3.Bası, Sermet Matbaası, İstanbul 1977.
- Von BÜREN Bruno, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, (Art. 184-551), Zürich 1972.
- WEGMANN Fritz, Der Leibrentenvertrag im Schweizerischen Obligationenrecht, Zürich 1937.
- YAVUZ Cevdet/ACAR Faruk/ÖZEN Burak, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İkinci Cilt, 11. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2022.
- ZEVKLİLER Aydın/GÖKYAYLA K.Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 20. Baskı, Turhan Kitabevi, İstanbul 2020.

ANAYASA MAHKEMESİ'NİN İŞ İLİŞKİSİNDE İŞVERENİN EŞİT DAVRANMA BORCUNA İLİŞKİN KARARI VE DÜŞÜNDÜRDÜKLERİ (2016/5824 NO.LU 28/12/2021 TARİHLİ BURCU REİS BAŞVURUSU)

CONSTITUTIONAL COURT DECISION AND ITS THOUGHTS REGARDING EQUAL TREATMENT OF THE EMPLOYER IN EMPLOYMENT RELATIONSHIP (BURCU REİS APPLICATION NUMBERED. 2016/5824 DATED 28/12/2021)

Dilek DULAY YANGIN* & Hatice Duygu ÖZER**

Makale Bilgi

Gönderi: 03/07/2022
Kabul : 24/10/2022

Anahtar Kelimeler

Ayrımlı Yasağı,
Eşit Davranma Borcu,
Ayrımcılık Tazminatı.

Article Info

Received: 03/07/2022
Accepted: 24/10/2022

Keywords

Prohibition of
Discrimination,
Equal Treatment
Debt,
Compensation of
Discrimination.

Özet

İşverenin eşit davranma borcu iş hukukunda, ayrımcılık yasağı ve dar anlamda eşit davranma borcu çerçevesinde ikili görünüme sahiptir. İşverenin benzer durumdaki işçileri arasında ayrımcılık temellerine dayalı olmayan, farklı muamelede bulunmasının sonuçlarının ele alındığı çalışmada, konu Anayasa Mahkemesi'nin 2016/5824 no.lu 28/12/2021 tarihli Burcu Reis başvurusu özelinde değerlendirilmiştir. Anılan kararda işverenin benzer durumdaki küçük çocuğu olan kadın işçilerinden bir kısmını işyerinde açmış olduğu kreş imkanından yararlandırmasına karşın, başvurucuyu sebebi açıkça ortaya konulamayan bir şekilde yararlandırmamış olması, Anayasa Mahkemesi tarafından eşitlik ilkesine aykırı bulunarak, ortaya çıkan ayrımcılık yasağının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için iş yargısının yeniden yargılama yapmasına karar verilmiştir. Yargıtay'ın yerleşik içtihadına göre ise, İş Kanunu m.5 hükmünün yaptırımını teşkil eden ayrımcılık tazminatı sadece ayrımcılık temelli farklı muameleyle maruz kalan işçiler için söz konusudur. Oysa Anayasa Mahkemesi tarafından verilen karar, işverenin eşit davranma borcuna aykırı olan tüm durumlarda anılan tazminatın ödenmesini sağlamaya yönelik bir açılım sağlayacak niteliktedir. Bu sonuç, İş Kanunu m.5'deki farklı muameleyle maruz kalan işçinin üzerindeki ispat yükü açısından da işçi lehine sonuç doğuracak niteliktedir.

Abstract

The employer's obligation of equal treatment has a dual appearance in labor law, within the framework of the prohibition of discrimination and the obligation of equal treatment in the narrow sense. In this study, the results of the employer's different treatment among its workers in similar situations, which are not based on discrimination, are discussed. The subject has been evaluated in the context of the Constitutional Court's application no. 2016/5824 and dated 28/12/2021, Burcu Reis. In the mentioned decision, it has been examined that although the employer made some of the female workers with small children benefit from the kindergarten opportunity that was opened in the workplace, the applicant did not benefit in a way that could not be clearly revealed. It was decided by the Constitutional Court that the labor court would retrial in order to eliminate the consequences of the violation of the prohibition of discrimination, which was found to be against the principle of equality. According to the settled case-law of the Court of Cassation, discrimination compensation, which constitutes the sanction of Article 5 of the Labor Law, is only in question for workers who are exposed to different treatment based on discrimination. However, the decision given by the Constitutional Court is of such a nature as to provide an opening for the payment of the mentioned compensation in all cases that are contrary to the employer's obligation of equal treatment. This result is of a nature that will result in favor of the worker in terms of the burden of proof on the worker who is exposed to different treatment in Article 5 of the Labor Law.

 Bu eser [Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/) ile lisanslanmıştır.

* Doç. Dr., Manisa Celal Bayar Üniversitesi İİBF, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı.

** Doç.Dr. Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | Cite As: DULAY YANGIN Dilek/ÖZER Hatice Duygu, "Anayasa Mahkemesi'nin İş İlişkisinde İşverenin Eşit Davranma Borcuna İlişkin Kararı ve Düşündürdükleri (2016/5824 No.lu 28/12/2021 Tarihli Burcu Reis Başvurusu)", İnÜHFD, 13(2), 2022, s.376-389.

İntihal | Plagiarism: Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via a plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

In a recent decision of the Constitutional Court (Burcu Reis Application –A.N: 2016/5824) dated 28.12.2020, the issue of "whether there was a violation of the prohibition of discrimination in connection with the right to respect for family life because some women working in the same workplace were provided with nursery facilities, while others were not given this opportunity". has taken over.

This decision, which is justified very detailed and deals with the obligation of equal treatment in the labour relationship and the prohibition of discrimination, differs from the case-law developed by the Court of Cassation on the subject.

In our study, we will try to explain the Constitutional Court's decision by classifying the legal issues that need to be resolved under separate headings and make determinations after examining the event that forms the basis of the Constitutional Court's decision on the subject and the solution style of the local courts and the Court of Cassation.

There are many studies in the labour law doctrine literature on the determination of the employer's obligation of equal treatment. The main reason for this is that although the title of the article in Article 5 of the Labor Law is the "principle of equal treatment", the regulations in its content contain provisions specific to the prohibition of discrimination.

Adhering to the text of the law, it is seen that the discrimination compensation issued in case of violation of this article can only be paid to the workers who are exposed to discrimination, and that the workers are deprived of this compensation in case of different treatments that are not based on discrimination. It is seen that in the labor court decisions and Supreme Court decisions that deal with the subject, decisions have been made that no discrimination compensation should be awarded in favor of the worker in different treatments that are not based on discrimination. In our study, we have acted with the aim of clarifying that this result, which emerges only when the provision of the Labor Law is adhered to, is not satisfactory in terms of the law de lege frenda. Moreover, it is seen that the same conclusion was reached in the Individual Application decision of the Constitutional Court, which we examined. This is because, in the decision, the prohibition of the employer to take different actions among the workers based on language, race, color, gender, disability, political opinion, philosophical belief, religion and sect and similar discrimination, and equal treatment of the same or similar persons without discrimination. It is seen that the "obligation of equal treatment" in the narrow (general) sense, which can be defined, is handled in a way that differs from the stabilized case-law of the Court of Cassation.

In this case, the Constitutional Court firstly determined that the situation of the applicant is similar to that of the female workers for whom the employer provides nursery facilities in terms of having a child in the nursery age.

In terms of determining whether a different treatment was given to the applicant compared to the female employees in a similar and comparable situation, it was revealed that the employer's failure to provide nursery facilities to the applicant constitutes different treatment, which can be understood "at first glance".

According to the Court, it cannot be understood by the case on what grounds the employer did not make the applicant benefit from the nursery opportunity and it is not known on what criteria he chose the female workers whom he made use of the nursery facility. Since the employer has not disclosed these criteria to the judicial authorities, it cannot be determined on what basis the employer bases the different treatment. In terms of different treatment that can be understood at first glance, it is not meaningful to expect the person exposed to different treatment to reveal the reason for the different treatment.

In this context, the only thing expected from the person claiming that the prohibition of discrimination has been violated is to prove the existence of different treatment. After that, the burden of proving that the situation is based on an objective and reasonable reason rests with the employer, and it is seen that the employer did not provide any explanation as to the reason for the different treatment. It has been concluded that the prohibition of discrimination has been violated since the courts of instance did not consider that the employer did not fulfill its obligation to prove that the difference in treatment was based on an objective and reasonable reason. Therefore, the Constitutional Court decided to refer the decision to the labor court for a retrial in order to eliminate the consequences of the violation of the prohibition of discrimination in connection with the right to respect for family life.

While there is no doubt about seeing this decision of the Constitutional Court, which has brought a new perspective to the understanding that has long been accepted by the labor judiciary and the Supreme Court, in our opinion, what should be done is that the regulation in Article 5 of the Labor Law which is limited only to the prohibitions of discrimination should be rewritten. This will pave the way for the compensation of discrimination to be paid to the worker both in violation of the obligation of equal treatment in the narrow sense and in case of discrimination. While awarding compensation, determining the discrimination-based ones from the upper limit and the others lower than the others, will not be separated from the dual formation of the obligation of equal treatment in labor law.

Finally we would like to state that we have concluded that it would be appropriate to make legal changes in line with the decision of the Constitutional Court in our study, which has the feature of a "mixed case study".

I. GİRİŞ

Anayasa Mahkemesi yeni tarihli bir kararında (28/12/2021 tarihli Burcu Reis Başvurusu Başvuru Numarası:2016/5824)¹ “aynı işyerinde çalışan bazı kadınlara kreş imkânı sağlanırken bazılarında bu imkânın tanınmaması nedeniyle aile hayatına saygı hakkıyla bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının ihlal edilip edilmediği” meselesini ele almıştır. Ayrıntılı bir biçimde gerekçelendirilen ve iş ilişkisinde eşit davranma borcu ile ayrımcılık yasağının ele alındığı bu karar, Yargıtay’ın konuya ilişkin geliştirdiği içtihatın farklılık göstermektedir. Biz çalışmamızda Anayasa Mahkemesi’nin konuya ilişkin kararına esas teşkil eden olay ve yerel mahkemeler ile Yargıtay’ın çözüm tarzını inceledikten sonra Anayasa Mahkemesi’nin kararını çözümü gereken hukuki meseleleri ayrı başlıklar altında sınıflandırmak suretiyle açıklama yapmaya ve tespitlerde bulunmaya çalışacağız.

A. Karara Konu Olay ve Mercilerin Çözüm Tarzı

İnceleyeceğimiz kararda özetle;

“Davacı, 3/10/2005 tarihinden 19/4/2011 tarihine kadar X. Anonim Şirketine ait bir işyerinde çalışmıştır. Kendisine işyeri tarafından kreş imkânı sunulmadığından, çocuğunu 18/3/2010-2/6/2011 tarihleri arasında başka bir kreşe göndermiş ve toplam 4.000 TL kreş ücreti ödediğini ileri sürerek, İş Mahkemesi’nde işveren aleyhine tazminat davası açmıştır. Başvurucu dava dilekçesinde, işyerinde çalışan çocuklu bazı kadınlara kreş imkânı sağlanırken kendisine bu imkânın tanınmadığını iddia ederek işverenin *Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik*’in (Yönetmelik) 15. maddesiyle getirilen yükümlülüğü ihlal ettiğini belirtmiştir. Dava dilekçesinde ayrıca çocuğunun kreşi için yaptığı masrafların yasal faiziyle birlikte ödenmesini, bunun yanında eşit işlem yükümlülüğüne aykırı davranılması sebebiyle ayrımcılık tazminatına da hükmedilmesini istemiştir. İş Mahkemesi 19/6/2013 tarihinde davayı ayrımcılık tazminatı yönünden kabul ederek başvurucuya 3.787,28 TL tazminat ödenmesine, yoksun kaldığı haklar ile kreşe ödenen bedelin tazmini isteminin ise reddine karar vermiştir. Kararın gerekçesinde, işverenin eşit davranma borcunun işyerinde çalışan ve aynı durumda bulunan işçiler arasında keyfî biçimde ayırım yapmasını yasakladığı belirtilmiştir. Kararda; işverenin kreş uygulaması konusunda işçiler arasında farklı muamele gerçekleştirdiğinin tanık beyanlarıyla ispatlandığı, işverenin ise bunun aksini ortaya koymadığı ifade edilmiştir. Yoksun kalınan haklara yönelik olarak ise kararda; işverenin sağladığı imkânın işçilerin çocuklarının anlaşmalı kreşlere gönderilmesinden ibaret olduğu, bunun dışında herhangi bir ödemenin yapıldığının başvurucu tarafından ispatlanmadığı vurgulanmıştır. Kararda son olarak 4857 sayılı Kanun’un 5. maddesinin altıncı fıkrasına göre başvurucunun ancak ayrımcılık tazminatı ile yoksun kaldığı hakları isteyebileceği, çocuğunun kreşi için yaptığı masrafları talep edemeyeceği, bu sebeple kreşe ödediği tutara ilişkin talebinin kanuni dayanağının bulunmadığı” açıklanmıştır.

Tarafların karşılıklı temyizi üzerine Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tarafından 16/2/2015 tarihinde İş Mahkemesi kararı (davacı)başvurucu aleyhine bozulmuştur. Kararın gerekçesinde; Anayasa’nın 10. maddesine, bazı uluslararası sözleşme ve belgelerin eşitlik ilkesiyle ilgili hükümlerine ve 4857 sayılı Kanun’un 5. maddesine yer verildikten sonra işverenin eşit işlem borcunun dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep gibi sebeplere dayalı ayrımcılık yapmasını yasakladığı vurgulanmıştır. Kararda; başvurucunun 4857 sayılı Kanun’un 5. maddesinde sayılan ayrımcılık sebeplerinin gerçekleştiğini ispatlayamadığı, bu nedenle başvurucu lehine ayrımcılık tazminatına hükmedilmesinin hukuka aykırı olduğu belirtilmiştir. İş Mahkemesi bozma kararına uyarak 14/10/2015 tarihinde; yoksun kalınan haklar ve kreş bedeli yönünden önceki karardaki gerekçeyle, ayrımcılık tazminatı yönünden ise bozma kararındaki gerekçeyle davayı reddetmiştir.

B. Anayasa Mahkemesi’nin Yaklaşımı ve Çözümü Gereken Hukuki Sorunlar

Anayasa Mahkemesi ilk olarak, “kreşten yararlanamama durumunun ailenin huzur ve refahını etkilediği açık olduğundan, 4857 sayılı Kanun’un mülga 88. maddesi ve buna dayanılarak çıkarılan Yönetmelik’te düzenlenen kreş imkânının Anayasa’nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkı kapsamında kaldığı” sonucuna ulaşmıştır. Bu çerçevede “başvurucunun Anayasa’nın 20. maddesi kapsamındaki aile hayatına saygı hakkının norm alanına giren bir menfaatinin bulunduğu tespit edilmiş olması, Anayasa’nın 10. maddesinde güvence altına alınan ayrımcılık yasağı kapsamında inceleme yapılması için yeterli görülmüştür”.

Esas bakımından yaptığı incelemede ise,

“Mahkeme öncelikle başvurucunun durumunun kreş çağında çocuğunun bulunması yönüyle işverenin kreş imkânı sağladığı kadın işçilerle benzer olduğunu tespit etmiştir. Başvurucuya benzer ve kıyaslanabilir durumdaki kadın çalışanlara göre farklı bir muamele yapılmış olup olmadığının belirlenmesi bakımından ise işverenin başvurucuya kreş imkânı sağlanmamasının farklı muamele teşkil ettiği hususunun ilk bakışta anlaşılabilir nitelikte olduğunu diğer bir ifadeyle başvurucunun kreş imkânından yararlandırılmamasının işverenin saikinden bağımsız olarak farklı muamele teşkil ettiğini”

ortaya koymuştur. Dolayısıyla işverenin, durumları benzer olan çocuklu kadın çalışanları arasında kreş imkânından yararlandırma bakımından farklılık yarattığının ortaya konulduğu kabul edilmelidir. Mahkeme’ye göre,

“olayda işverenin hangi sebep temelinde başvurucuyu kreş imkânından yararlandırmadığı anlaşılammakta ve kreş imkânından yararlandırdığı kadın işçileri hangi kriterlere göre seçtiği bilinmemektedir. İşveren, bu kriterleri yargı mercilerine açıklamadığından işverenin farklı muameleyi hangi temele dayandığı tespit edilememektedir. İlk bakışta anlaşılabilen farklı muameleler yönünden- bu muameleye maruz kalan kişiden muamelelerin sebebinin ortaya koymasını beklemek anlamlı değildir. Bu bağlamda ayrımcılık yasağının ihlal edildiğini iddia eden kişiden beklenenin, farklı muamelelerin varlığını ispatlamasıyla sınırlı olması gerekir. Farklı muamelelerin varlığının ortaya konulmasından sonra bunun nesnel ve makul bir sebebe dayandığını

¹ RG. 27.01.2022; 31732.

ispatlama külfeti işverene ait olup olayda işverenin farklı muamelesinin sebebi konusunda herhangi bir açıklama getirmediği görülmektedir. Derece mahkemelerinin işverenin farklı muamelesinin nesnel ve makul bir sebebe dayandığını ispatlama yükümlülüğünü yerine getirmediğini gözetmemiş olması nedeniyle ayrımcılık yasağının ihlal edildiği”

sonucuna ulaşılmıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin kararında işverenin dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzer ayrımcılık temellerine dayalı olarak işçiler arasında farklı işlem yapma yasağı anlamına gelen ayrımcılık yasağı ile ayrımcılık temellerine dayanmaksızın aynı yahut benzer kişilere eşit davranılması olarak tanımlanabilecek dar (genel) anlamda eşit davranma borcunun Yargıtay'ın istikrar kazanmış içtihatlarından farklılık gösterecek biçimde ele alındığı görülmektedir. Bu bağlamda işverenin dar anlamda eşit davranma borcuna aykırı davranması halinde işçinin İş Kanunu m.5 kapsamında ayrımcılık tazminatına hak kazanmasının mümkün olup olmadığı ve ayrımcılık iddiasının ispatında özellikli arz eden durumların neler olduğu tartışılması gereken hukuki meseleler olarak karşımıza çıkmaktadır.

II. BAŞLICA HUKUKİ KAYNAK VE REFERANSLAR

Türk hukukunda eşitlik ilkesinin Anayasal dayanağını 1982 Anayasası m.10 oluşturmakta olup “Kanun Önünde Eşitlik” kenar başlığını taşıyan madde uyarınca “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.” Anılan hüküm tüm hukuk düzeninde ve bireyler arası ilişkilerde geçerli olabilecek bir eşitlik ilkesi öngörmüş olup anılan ilke hem dil, din, ırk, siyasi düşünce, felsefi inanç, cinsiyet ve benzeri nedenlerle ortaya çıkabilecek ayırım yapma yasağını hem de bunun dışında kalan haller bakımından söz konusu olabilecek genel anlamda eşit davranma borcunu ihtiva etmektedir². Diğer bir deyimle

“Anayasa'nın 10. maddesi ayrımcılık yasağı biçiminde düzenlenmemiş olsa bile eşitlik ilkesinin anayasal bağlamda her durumda dayanılacak normatif bir değer taşıması nedeniyle ayrımcılık yasağının da etkili bir şekilde hayata geçirilmesi gerekmekte olup, eşitlik ilkesi somut bir ölçü norm olarak ayrımcılık yasağını da içermektedir³”.

Bununla birlikte anılan düzenlemenin kapsamı belirlenirken hükmün lafzına bağlı kalınmamalı söz konusu ayırım yasakları dışında kalan hallerin de içeriğe dahil olduğu kabul edilmelidir. Anayasa Mahkemesi, çeşitli tarihlerde yapılan bireysel başvurular neticesinde verdiği kararlarda durumu şu şekilde ifade etmektedir:

“...Anayasa koyucu 10. maddede açık uçlu bir ayrımcılık temeli bırakarak, günün değişen koşulları karşısında ayrımcılığa yol açabilecek yeni toplumsal sınıflandırmaların ortaya çıkması halinde, maddenin yaşayan ve dinamik bir şekilde yorumlanmasının ve içinin doldurulmasının önünü açmıştır (Tuğba Arslan, [GK], B. No. 2014/256, 25/06/2014, § 115; İbrahim Uysal, B. No. 2014/1711, 23/07/2014, § 48; Hüseyin Kesici, B. No: 2013/3440, 20/4/2016, § 56). Bu kapsamda ayrımcılık yasağı, “din, siyasi görüş, cinsel ve cinsiyet kimliği gibi bir bireyin kişiliğinin unsurları olan ve kişisel tercihler temeline dayanarak veya cinsiyet, ırk, engellilik ve yaş gibi hiçbir şekilde tercih yapılamayacak kişisel özellikler temeline dayanarak fırsatlar sunulmasını ya da fırsatlardan mahrumiyetin reddini” içerir (Tuğba Arslan, § 114; Cemal Duğan, B. No. 2014/19308, 15/02/2017, § 42). “Nesnel ve makul bir gerekçe olmaksızın konuyla ilgili olarak aynı veya benzer durumda olan kişilere farklı muamelede bulunulması ve farklı muamelesinin, meşru bir amaç veya haklı bir neden taşımadığı ve kullanılan araç ile gerçekleştirilmek istenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi kurulmadığı durumlarda ayırmı farklı muamele ortaya çıkmaktadır (Tuğba Arslan §§ 120, 121)”. “Bununla birlikte madde metninde yer alan “herkes” ve “benzeri sebepler” ifadeleri ayrımcılığa karşı korunan kişi ve ayrımcılık temelleri açısından sınırlı bir yaklaşımın benimsenmediğini ortaya koymakta olup madde metninde yer alan temeller örnek niteliğindedir (Hüseyin Kesici, B. No: 2013/3440, 20/4/2016, § 56; Reis Otomotiv Ticaret ve Sanayi A.Ş., § 79).”

Anayasa Mahkemesi'nin inceleme konusu kararda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14. maddesine de atıf yaptığı görülmektedir.

“Ayrımcılık Yasağı” başlıklı anılan hükmeye göre, “Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır. AİHM’e göre farklı muamele, nesnel ve makul bir gerekçeye sahip olmaması halinde ayrımcı olarak nitelendirilir. Diğer bir deyişle meşru bir amaç taşımadığı veya kullanılan araçlarla gerçekleştirilmek istenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi bulunmadığı tespit edilen farklı muamele, ayrımcılık oluşturur (Fabris/Fransa [BD], B. No: 16574/10, 7/2/2013, § 56). Sözleşme'nin 14. maddesi bütün muamele farklılıklarını değil yalnızca belirlenebilir nesnel veya kişisel vasıf farklılıklarını ya da biri diğerinden ayrılabilir statü farklılıklarını yasaklamaktadır. 14. madde, diğerlerinin yanında cinsiyet, ırk ve mülk de dahil olmak üzere statü oluşturan belirli gerekçeleri saymaktadır. Bununla birlikte Sözleşme'nin 14. maddesinde yer alan listenin bu maddenin lafzında “herhangi başka bir durum” denilmekle sınırlı sayıda olmadığı kabul edilmektedir (Clift/Birleşik Krallık, B. No: 7205/07, 13/7/2010, § 55)”.

İnceleme konusu kararda mahkemenin hükmeye esas teşkil ettiği referans norm olan İş Kanunu 5. madde “eşit davranma ilkesi” kenar başlığını taşımaktadır ve Anayasa m.10’da yer alan eşitlik ilkesinin iş hukukunda yansımaları olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bahse konu hükmeye göre,

² SÜZEK, Sarper: “İşverenin Eşit Davranma Borcu”, Sicil İş Hukuku Dergisi, (12), Aralık 2008, s.25 (Eşit Davranma); YILDIZ, Gaye Burcu: İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Ankara 2008, s.35 vd; ERTÜRK, Şükran/GÜRSEL, İlke: “İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, Beta 2011, s.426

³ AYM, 23/9/1996; E.1996/15, K.1996/34; Tuğba Arslan [GK], B. No: 2014/256, 25/6/2014, § 108; Nurcan Yolcu, § 30; Gülbu Özgüler, § 37.

“İş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz. İşveren, esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmi süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamaz. İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılınmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz. Aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılmaz. İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz. İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir. 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31 inci maddesi hükümleri saklıdır. 20 nci madde hükümleri saklı kalmak üzere işverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davrandığını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur.”

Anılan hükmün kenar başlığı eşit davranma ilkesi olmasına rağmen hükmün lafzında işverenin eşit davranma borcuna değinilmemiş olup, bu durum kapsam bakımından çeşitli sorularla akla getirmektedir. Hükmün gerekçesinde işverenin işe alımdan başlayarak, tüm çalışma koşulları yönünden eşit davranma yükümlülüğünden bahsedilmekte olup, eşit davranma borcunun en önemli dayanağının Anayasa'nın 10. maddesi olduğu ifade edilerek konuya ilişkin uluslararası düzenlemelere gönderme yapılmaktadır. İş Kanunu m.5 hükmü temelini Anayasa'nın 10. maddesinden almaktadır ve inceleme konusu kararda da ifade edildiği üzere (par. 33) Anayasa m.11 hükmü gereği Anayasa hükümleri, kişileri de bağlayan temel hukuk kuralları olduğundan 5. maddenin kapsamının bu çerçevede tayin edilmesi; hükmün lafzında yalnızca ayırım yasaklarından söz edilmiş olmasının işverenin genel anlamda eşit davranma borcunu dışlamayacağı kanaatindeyiz⁴. Nitekim Anayasa Mahkemesi kararlarında da, “Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, bazen yan yana ve bazen de aynı şeyi ifade etmek üzere kullanılabilen kavramlardır. Günümüzde eşitlik ilkesi insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerin ayrılmaz parçasıdır. Başka bir deyişle eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, uluslararası hukukun en üstünde yer alan temel hukuk normu olarak kabul edilmektedir. Bu itibarla eşitlik ilkesi hem başlı başına bir hak hem de diğer insan hak ve özgürlüklerinden yararlanılmasına hâkim, temel bir ilke olarak kabul edilmelidir” (AYM, Tuğba Arslan Kararı, Başv. 2014/256, K: 25/06/2014) denilmek suretiyle kavramları bir bütün olarak ele aldığı anlaşılmaktadır⁵.

Doktrinde Doğan Yenisey tarafından da ifade edildiği üzere, “4857 sayılı yasa ile bir yandan işverenin genel anlamda eşit davranma yükümlülüğü varlığını korurken, öte yandan bazı ayrımcılık yasakları özel olarak düzenlenmiş, böylece eşit işlem ilkesi, iş hukukunda katmanlı bir yapıya kavuşmuştur.”⁶.

Uğan Çatalkaya, isabetli bir biçimde iş hukuku bakımından eşitlik ilkesinin iki boyutlu bir yapıda olduğunu ifade etmiştir⁷. Bu ikili yapı; ayırım yasakları ve eşit işlem yapma borcu olarak adlandırılmaktadır. Ancak bu ikili yapıyı ifade etmek için doktrinde seçilen kavramlar bakımından farklılıklar göze çarpmaktadır⁸. Bizim de çalışmamız kapsamında tercih ettiğimiz “dar anlamda eşit davranma borcu” ve “ayırım yasakları” terminolojik bakımından işverenin eşit davranma borcunun iki bileşenini karşılamaktadır. “Dar anlamda eşit davranma borcu” ayrımcılık temellerine dayanmaksızın

⁴ UĞAN ÇATALKAYA, Deniz: “İş Hukukunda Eşitlik İlkesinin İki Bileşeni: İşverenin Dar Anlamda Eşit Davranma Borcu ve Ayırım Yasağı”, (69), 2021, Çalışma ve Toplum, s.864; DOĞAN YENİSEY, Kübra: “İş Kanunu’nda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı” (11), 2006, Çalışma ve Toplum, s.64 vd; ERTÜRK/GÜRSEL, s.431; Doktrinde Yıldız tarafından isabetle belirtildiği üzere yapılacak bir kanun değişikliği ile İş Kanununun 5.maddesinin “eşitlik ilkesi” başlığı altında hem dar anlamda eşit işlem yapma borcunu hem de ayrımcılık yasağını kapsayacak hale gelmesine kadar işverenin ayrımcılık yasağı dışında kalan dar anlamda eşit işlem yapma borcunun yasal dayanağı Anayasanın 10.maddesi olarak kabul edilmelidir” YILDIZ, s.65; BAYSAL, Ulaş: “İşverenin Eşit Davranma Borcu ve İş Sözleşmesinin Feshinde Uygulanması”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 7(25), 2010, s.71; GÜLMEZ, Mesut: “İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi”, 25(2), 2010, s.239; Karşı görüş için bkz. AYKAC, Hande Bahar; Fesih Hakkının Eşit Davranma Borcu İle Sınırlandırılması, Tankut Centel (Ed), İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II, İstanbul Ekim 2016, s.52; ÖZKARACA, Ercüment/ÜNAL ADINIR, Canan: “Dar Anlamda Eşit Davranma Borcunda Ayrımcılık Tazminatına Hak Kazanılıp Kazanılmayacağı (Karar İncelemesi)”, Sicil İş Hukuku Dergisi, (46), 2021, s.131; SÜZEK, Eşit Davranma, s.26; Doktrinde Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca mevcut düzenleme dikkate alındığında genel anlamda eşit davranma borcunun normatif dayanağının İş Kanunu m.5 değil, Anayasa'nın 10.maddesi olduğunu ifade etmektedir. ÇELİK, Nuri/CANIKLIOĞLU, Nurşen/CANBOLAT, Talat/ÖZKARACA, Ercüment: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 34. Bası, İstanbul 2021, s.457; SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 21.Baskı, İstanbul 2021, s.471 (İş Hukuku); Aynı yönde ÜNAL, Canan: İş Hukukunda Yaş Ayrımcılığı, 2017, İstanbul, s.87.

⁵ DEMİR, Kübra: “İşverenin Eşit Davranma Borcunun Sınırı: 6701 sayılı Kanun’da Ayrımcılık Yasağının İstisnaları”, Sosyal Güvenlik Dergisi (Journal of Social Security), 12(1), 2022, s.21.

⁶ DOĞAN YENİSEY, s.65.

⁷ UĞAN ÇATALKAYA, s.891.

⁸ Bu farklılığın sebebi ise, işverenin eşit davranma borcunun iki boyutu olduğunu kabul etmekle birlikte her ikisinin de tek bir kavram gibi bütünleştirilerek kullanılmasıdır. Örneğin, Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, eşit davranma ilkesinin işverenin işçiler arasında ayırım yapılmaması şeklinde bir borç olarak birlikte ele almıştır. MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI Muhittin/ BAYSAL, Ulaş: İş Hukuku, Yenilenmiş 7. Baskı, Ankara 2022, s.723-724. Narmanlıoğlu ise, ayrımcılık temelli yasakların mutlak ayırım yasakları, sözleşme türüne göre veya işin niteliği gibi nedenlerden kaynaklanan işçiler arasında eşit işlem yapmama durumunu ise nisbi ayırım olarak belirleyerek aslında kanaatimizce ayırım yasakları ve eşit işlem yapma borcu ayırımına işaret etmiştir. NARMANLIOĞLU, Ünal: İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, İstanbul 2012, s.325); Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca tarafından ise, ayrımcılık temelli davranışlar ve işverenin işçilerine eşit işlem yapmasının birlikte “geniş anlamda eşit davranma”, ayrımcılık temelli davranışlar dışında kalan kısmı karşılamak için de “genel anlamda eşit davranma” borcu ifadesinin tercih edildiği görülmektedir. Yine benzer yönde olmak üzere, ayrımcılık yasağının, “dar anlamda eşit davranma borcu” olarak anıldığı görüşlerin ise çoğunlukta olduğu görülmektedir (SÜZEK, İş Hukuku, s.468-474. DOĞAN YENİSEY, s.66-69; ÖZKARACA/ÜNAL ADINIR, s.131 vd.). Ancak terminolojide farklılık bulunmasının sadece Türk iş hukuku öğretilerine mahsus olmadığı, yabancı ulusal iş hukuklarında ve AİHM kararlarında da rastlanılan bir durum olduğu yönünde, UĞAN ÇATALKAYA, s.866-867.

işverenin aynı yahut benzer işçilerine eşit davranmasını ifade ederken, “ayrımcılık yasağı” kişinin değiştiremeyeceği yahut değiştirmesinin kendisinden beklenemeyeceği özelliklerine dayalı olarak farklı işlem ve etki yasağını ifade etmektedir⁹. Amaçları itibariyle birbirine paralel olan bu iki kavram, şu şekilde birbirinden daha kolay ayırt edilebilmektedir; işverenin sergilediği her ayrımcılık temelli muamele işçilere eşit şekilde davranılmaması olarak nitelendirilse de, her eşit şekilde davranılmayan durum, ayrımcılık olarak nitelendirilmeyebilecektir. Örnek vermek gerekirse, farklı cinsiyette olanlara aynı miktarda ücret ödemeyen işveren ayrımcılık yapmış sayılmakta ve eşit işlem borcuna aykırı davranmış olduğu kabul edilmekle birlikte, işveren ile aralarında eskiye dayanan dostluk ilişkisi bulunması nedeniyle bir işçiye yüksek ücret ödenirken diğerine daha düşük ücret belirlenmiş olması işverenin ayrımcılık yasağına aykırı davranması olarak nitelendirilmeyecektir.

Sonuç olarak kanaatimizce, eşitlik ilkesinin iş hukukundaki görünümünü üst başlık olarak işverenin geniş anlamda eşit davranma borcu olarak kabul etmek, bu borcun alt ayrımlarını ise, ayrımcılık yapmama borcu ve dar anlamda eşit davranma borcu olarak belirlemek gerekecektir. Bu ayrımın önemi ise, incelemekte olduğumuz kararda olduğu gibi işçi bakımından ortaya çıkacak sonuçlar açısından kendisini gösterecektir.

III. İŞVERENİN BAZI KADIN ÇALIŞANLARA KREŞ İMKÂNI SAĞLARKEN BAZILARINA BU İMKÂNIN TANINMAMASI BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRMELER

A. İşverenin İşçilerine Kreş İmkânı Sağlama Yükümlülüğü

Karara konu olan uyuşmazlığı eşitlik ilkesi ve ayrımcılık tazminatı özelinde incelemeye geçmeden önce işverenin işçilerine kreş imkânı sunma yükümlülüğünden kısaca bahsetmek gerekecektir. Zira işverenin yasa veya sözleşme gereği yapmakla yükümlü olmayıp da ikram, atıfet niteliğinde işçilerine yapacağı yardımlar veya sunacağı imkânlara ilişkin olarak işçileri arasında eşit davranma borcu bulunmamaktadır¹⁰.

İşverenin kreş açma yükümlülüğü¹¹ ile ilgili olarak, “Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik¹²” yürürlükte olup, belli sayının üzerinde kadın çalışanı olan işyerlerinde işverenin çocuk bakım yurdu kurma zorunluluğu getirilmiştir¹³. Anılan yönetmeliğin 13/2. maddesine göre “150’den çok kadın çalışanı olan işyerlerinde, 0-6 yaşındaki çocukların bırakılması, bakımı ve emziren çalışanların çocuklarını emzirmeleri için işveren tarafından, ... bir yurdun kurulması zorunludur.” Maddenin devamında, “İşverenler, ortaklaşa oda ve yurt kurabilecekleri gibi, oda ve yurt açma yükümlülüğünü, kamu kurumlarınınca yetkilendirilmiş yurtlarla yapacakları anlaşmalarla da yerine getirebilirler.” hükmüne yer verilmiştir.

Burada anılan, “işverenin yurt açmak yerine mevcut yurtlarla anlaşma yapmak suretiyle bu yurtlardan hizmet alması” hususu, üzerinde değerlendirme yapılacak niteliktedir. İşverenin piyasadaki çocuk bakım yurtlarıyla anlaşma yükümlülüğünün içeriği iş mevzuatında açıkça belirlenmemiş ancak “uygulamada işverence, belirlediği çocuk bakım kurumları ile anlaşmalar yaparak belirli sayılarda yer rezerve etmesi, kreş ücretini ödemesi hatta çocukların servis-ulaşım hizmetinin de bu anlaşmaya dâhil edilmesi, iyi uygulama örnekleri” olarak tespit edilmiştir¹⁴. İşverene bizzat yurt açma ya da piyasadaki yurtlarla anlaşma konusunda seçim hakkı tanınmış olduğu görülmektedir. Ancak işçiye sağlanan bu imkânın tamamen ücretsiz mi olacağı ya da hizmetin içeriğinde neler olması gerektiği mevzuatta açıklığa kavuşturulması gereken konulardır¹⁵. Böyle bir düzenleme bulunmadığından, yapılması gereken, işverenin konuyu iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi hükümleriyle açıklığa kavuşturması olacaktır.

İncelediğimiz kararda işverenin kadın çalışan sayısına ilişkin bir bilgi yer almadığından, işverenin ilgili yönetmelikteki zorunluluk nedeniyle değil de işyerinde süregelen bir uygulamaya göre çalışanlara kreş imkânı sağlanmış olduğu düşünülebilir. Öte yandan, işverenin çocuk yurdu hizmeti sunmasına ilişkin sözleşmelerde de herhangi bir düzenleme bulunmadığı zira gerek ilk derece mahkemesinin gerekse yüksek mahkemenin yargılama sürecinde bu yönde bir delilden bahsedilmediği görülmektedir. Ancak 9. Hukuk Dairesi’nin karar metninde davalının cevap olarak sunduğu bilgilerden anlaşıldığı kadarıyla davalı işverenin kreş açma yükümlülüğünün bulunduğunu ve bu yükümlülük kapsamında ilginç ve anlaşılması güç bir işyeri uygulaması geliştirdiği görülmektedir.

Söz konusu savunmaya göre,

⁹ UGAN ÇATALKAYA, s.892; ÖZKARACA/ÜNAL ADINIR, s.131; DOĞAN YENİSEY, s.66.

¹⁰ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.726.

¹¹ İşverenin söz konusu yükümlülüğü çocuk bakım yurdu kurma olarak mevzuatta ifade edilmekle birlikte biz çalışmamızda uygulamada bilinen ve sıklıkla kullanılan şekilde “işverenin kreş açma yükümlülüğü” kavramını kullanacağız.

¹² RG: 16.08.2013; 28737. Önemle belirtelim ki, davanın açıldığı tarihte bu yönetmelik değil, aynı adlı 2004 tarihli bir başka yönetmelik yürürlükteydi. Ancak işverenin çocuk bakım yurdu açmasına ilişkin hükümler her iki yönetmelikte de aynıdır.

¹³ Yükümlülüğün işyerindeki çalışanların çocuk sayılarına göre değil de, kadın çalışan sayısına göre belirlenmesi de tartışmaya açıktır. Oysa benzer amaçlı düzenleme olan Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Açılacak Çocuk Bakımevleri Hakkında Yönetmelik’te (RG: 8.12.1987; 19658) yükümlülük çocuk sayısına göre düzenlenmektedir. Bu konudaki değerlendirme için bkz. KUTSAL SAVAŞ, Fatma, “İşverenin Kreş Açma Yükümlülüğü: Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin Konu İle İlgili İki Farklı Kararının Düşündürdükleri”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (2), 2019, s.521.

¹⁴ DULAY YANGIN, Dilek: “Türk İş Hukuku Mevzuatında İşverenlerin Kreş Açma Yükümlülüğüne İlişkin Getirilen Hükümlerin Çalışma Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi”, Özel Hukukun Güncel Sorunları ve Anayasanın Özel Hukuka Etkileri Sempozyumu, 17-19 Nisan 2021, Yayınlanmamış Tebliğ.

¹⁵ Oysa Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Açılacak Çocuk Bakımevleri Hakkında Yönetmelik m.13’de, çocuk bakımevi hizmetlerinin ücretli olduğu, toplu ulaştırma giderleri çocuk velileri tarafından ayrıca karşılanacağı ve veliden aylık ücret dışında kira, ısıtma, aydınlatma, personel ve demirbaş giderleri için ayrıca ücret alınmayacağı açıkça belirlenmiştir.

“...şirketin İş Kanunu 88. maddesinde (anılan hüküm mülga olmakla birlikte aynı yükümlülük 6331 sayılı Kanun m.30 kapsamında devam etmektedir.) düzenlenmiş olan yasal zorunluluğunu yerine getirdiğini ve mağazalar bazında kreş uygulamasını gerçekleştirdiğini, kreş uygulaması olan mağazada, personelin başlangıç mağazasında kreş uygulaması var ise ve personelin bu haktan faydalanıyorsa, transfer olduğu mağazada kreş uygulaması olmasa da personelin bu haktan faydalandırıldığını, yine personelin başlangıç mağazasında bu hakkı yok ise ve transfer olduğu mağazada herkes bu haktan faydalanıyorsa, bu personelin de bu haktan faydalandırıldığını, ancak bir kısım personel yine mağaza bazında bu haktan faydalanmıyorsa o zaman bu personelin de bu haktan faydalanmadığını, bir de personel tekrar transfer olduğunda ve yeni mağazada bu hakkı yok ise, hakkını kullandıysa artık bu personelin kullandığı hakkıyla yeni mağazaya gittiğini...”

belirtmek suretiyle aslında yasal zorunluluk olan kreş açma yükümlülüğünü karmaşık bir işyeri uygulaması ile şekillendirdiği görülmektedir. Anayasa Mahkemesi de haklı olarak, anılan yükümlülüğün yasadaki kaynaklandığını dikkate almış, işverenin bu yükümlülüğü işyeri uygulaması şeklinde belirlemesi ve bu işyeri uygulamasının iş koşulu haline gelip gelmediğini diğer bir ifade ile işçi açısından talep hakkı doğurup doğurmadığı hususunu tartışma gereği duymamıştır.

Yine davalı işverenin kreş açma yükümlülüğünü yerine getirirken, Anayasa Mahkemesi kararında da tespit edildiği üzere, “mağaza bazında kreş açma uygulaması yaptığı” görülmektedir. Oysa ilgili Yönetmeliğin 13/4. maddesinde, “Oda ve yurt açma yükümlülüğünün belirlenmesinde, işverenin belediye ve mücavir alan sınırları içinde bulunan tüm işyerlerindeki kadın çalışanların toplam sayısı dikkate alınır” hükmü bulunduğu dolayısıyla işverenin işyerleri arasında farklı muameleye gitmesinin mümkün olmayacağını kabulü gerekecektir. O halde, somut olay bakımından söz konusu yükümlülük yasadaki kaynaklanmış olup, işverenin atıf olarak değerlendirilemeyecek bir hizmeti olduğundan, bu uygulamanın da eşit davranma borcu kapsamında olduğu kabul edilmelidir.

B. Anayasa Mahkemesi’nin Esasa İlişkin Değerlendirmeleri

Kararda belirtildiği üzere;

“Anayasa Mahkemesi’nin Anayasa’nın 10. maddesi kapsamında inceleyebileceği bir meselenin varlığından söz edilebilmesi için aynı veya göreceli olarak benzer durumda olan kişilere yönelik olarak farklı muamelelerin varlığının şart olduğu (par.47) ve Anayasa’nın 10. maddesinde sayılan belirlenebilir özellikler temelinde yapılan farklı muamele ve durumların bu anlamda farklı muamele teşkil edebileceği ifade edilmiştir (par 48).—Bu çerçevede Mahkeme somut olay bağlamında aynı işyerinde çalışan ve kreş çağında çocuğu bulunan kadın işçilerin kıyaslanabilir ve benzer durumda olup olmadığını ele almış ve başvurucunun durumunun kreş çağında çocuğunun bulunması yönüyle işverenin kreş imkânı sağladığı kadın işçilerle benzer olduğunun açık olduğunu tespit etmiştir (par 55). Buna göre aynı durumda bulunanlara yönelik olarak gerçekleştirilen bir farklı muamelelerin ayrımcılık yasağını ihlal etmemesinin ön koşulu, objektif ve makul bir nedene dayanmasıdır. Objektif ve makul bir nedene dayanmayan her türlü farklı muamele otomatik olarak ayrımcılık yasağını ihlal eder (par 64)”.

Anayasa Mahkemesi’nin bu yaklaşımı ve bir sonraki bölümde ele alınacak eşit davranma borcunun ihlali halinde ispat yüküne ilişkin geliştirdiği yaklaşım Yargıtay’ın İş Kanunu 5. maddesinin uygulanmasına yönelik oluşturduğu istikrarlı uygulamayı değiştirme potansiyeline sahiptir. Bu sebeple öncelikle ayrımcılık tazminatına hak kazanılması bakımından Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tarafından geliştirilen istikrar kazanmış içtihadı değinilmesi gerekmektedir.

Yargıtay’ın yerleşik uygulaması, işverenin eşit davranma borcunu ihlal ettiği her durumda tazminat yaptırımının öngörülmediği; bu yaptırımın söz konusu olması için maddede mutlak olarak belirtilen ayrımcılık nedenlerinden birinin gerçekleşmesi şartının aranması yönündedir¹⁶. Daire’nin farklı tarihlerde verdiği kararlarda anılan istikrarlı tutumunu devam ettirdiği ve davacının maaşının geç ödenmesinin, diğer işçilere fazla mesai ücreti ödenirken davacıya ödenmemesi yahut mailine geç cevap verilmesi gibi durumların ayrımcılık tazminatına hak kazandırmasının mümkün olmadığını ifade ettiği; farklı uygulamaların dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi bir nedene dayalı olduğunun iddia ve ispat edilmesi koşulunu aradığı görülmektedir¹⁷.

Ancak Daire’nin geliştirdiği istikrar kazanmış uygulamanın doktrinde tartışmalara konu olduğu da görülmektedir. Doktrinde bir kısım yazar, Daire ile aynı yönde olmak üzere madde metni ile bağlı kalıp lafzi yorum yaparak ayrımcılık temellerine dayanmaksızın işverenin aynı yahut benzer işçilerine eşit davranmasını ifade eden “*dar anlamda eşit davranma borcu*” nun İş Kanunu m.5 hükmünde düzenlenmediğinden aynı maddenin 6. fıkrasında yer alan ayrımcılık tazminatına hak kazanılmasının mümkün olmadığını ifade etmektedir¹⁸. Diğer görüş taraftarları ise hükmün lafzına bağlı kalınmasının isabetli olmadığını; hakkaniyet ve adalet gereği amaca uygun yorum yapılarak ortaya çıkan boşluğun dar anlamda eşit davranma borcunun ihlali halinde de ayrımcılık tazminatına hükmedilmesi yönünde

¹⁶ Bu yönde pek çok karar bulunmaktadır. Bunlardan bazılarını şu şekilde sıralamak mümkündür; Yargıtay 9.HD. 25.7.2008; E.2008/27310, K.2008/22095 bir diğer kararda, “Davalı işveren tarafından davacının harcırah, kira, ücret, yemek yardımının eksik yapılmasının nedeni olarak davacının dil, ırk, cinsiyet ya da siyasal düşüncesinden dolayı yapılmış ayrımcılığı ortaya koyan bir saptamanın bulunmadığı anlaşıldığından davacının ayrımcılık tazminatı talebinin reddinin gerektiğine” hükmedilmiştir (Yargıtay 9.HD, 26.01.2021; E.2020/4817, K.2021/2405 (Sinerji Mevzuat ve İctihat Bilgi Bankası).

¹⁷ Aynı yönde, Yargıtay 9.HD, 13.10.2021; E.2021/10130, K.2021/14251; Yargıtay 9.HD, 17.03.2021; E.2020/9093, K.2021/6337; Yargıtay 9.HD, 03.03.2021; E.2020/4588, K.2021/5455; Yargıtay 9.HD, 11.01.2021; E.2017/17932, K.2021/183; Yargıtay 9.HD, 06.10.2020; E.2016/24252, K.2020/10625.

¹⁸ ÖZKARACA/ÜNAL ADINIR, s.133; ÜNAL, s.103; SÜZEK, İş Hukuku, s.493; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.469; Doktrinde Ugan Çatalkaya olması gereken hukuk açısından, İş Kanunu m. 5 hükmünün, işverenin eşit davranma borcunun her iki boyutunu kapsayacak biçimde yeniden formüle edilmesinin ve her iki halde de eşitliği bozan tutumun yaptırma bağlanmasının isabetli olacağı ifade etmektedir. UGAN ÇATALKAYA, s.889; Aykaç da burada bir yasa boşluğu değil, yasakoyucunun bilinçli olarak susmasının söz konusu olduğunu ifade etmekte ve mevcut düzenleme karşısında dar anlamda eşit davranma borcunun ayrımcılık tazminatına hak kazandırmasının mümkün olmadığını ifade etmektedir. AYKAÇ, s.116.

hakim tarafından doldurulması gerektiğini ifade etmektedir¹⁹. Evvelce de ifade edildiği üzere maddenin kenar başlığı “eşit davranma borcu” olmasına ve gerekçesinde açıkça yer verilmesine rağmen İş Kanunu m.5 hükmünün lafzında kişinin değiştiremeyeceği yahut değiştirmesinin kendisinden beklenemeyeceği özelliklerine dayalı olarak farklı işlem ve etki yasağını ifade eden ve ayrımcılık temellerine dayanan farklı işlem yasağı düzenlenirken ayrımcılık temeline dayanmaksızın işverenin aynı yahut benzer işçilerine eşit davranmasını ifade ederken “dar anlamda eşit davranma borcu” na değinilmemiştir. Hükmün lafzına bağlı kalınarak yasada gösterilen ayrımcılık temellerine bağlı farklı işlem halinde ayrımcılık tazminatına hükmedilebileceğinin kabul edilmesi işverenin keyfi uygulamalarının önünü açacak ve eşit davranma borcunun kağıt üzerinde kalmasına sebebiyet verecektir. İş Kanunu’nun 5. maddesi temelini Anayasa’nın 10. maddesinden almakta olup ayrımcılık tazminatına esas teşkil eden uygulamaların ayrımcılık temelinin içeren farklı işlemler yanında dava konusu olayda görüldüğü üzere ayrımcılık temelinin içermeyen aynı veya benzer işçilere farklı uygulamaları da kapsadığı kabul edilmelidir²⁰. Doktrinde Doğan Yenisey tarafından isabetle belirtildiği üzere ayrımcılık yasakları temel hak ve özgürlükler ile ilişkili iken, dar anlamda eşit davranma borcu işverenin yönetim hakkı ile ilişkilidir²¹. İnceleme konusu kararda Anayasa Mahkemesi tarafından da ifade edildiği üzere Anayasa madde 11 hükmü gereği Anayasa’nın 10. maddesi bireyler arasında da doğrudan uygulanabilir nitelikte olup bu yönüyle işverenin yönetim hakkını sınırlayıcı bir görünüm arz etmektedir. İşverenin aynı veya benzer durumdaki işçileri arasında objektif nedenler olmaksızın keyfi veya hukuken haklı görülemeyecek nedenlerle farklı davranması halinde bu durumun yaptırımsız kalmasının hükmün amacına aykırı düşeceği kanaatindeyiz²².

Yukarıda zikredilen istikrar kazanmış kararlarına karşın, Daire’nin 05.10.2020 tarihinde verdiği kararda şu ifadelerle yerleşik uygulamasından ayrılması ve Anayasa Mahkemesi’nin yaklaşımı ile benzerlik gösteren bir tutum geliştirmesi dikkat çekici niteliktedir:

“Somut uyuşmazlıkta, davacı aynı bölümde çalıştığı diğer personellerle aynı işi yaptığı halde kendisine daha az ücret ödeyen işverenin eşit davranma borcuna aykırı davrandığı ve iş sözleşmesini bu nedenle haklı olarak feshettiği iddiasıyla tazminat ve fark ücret isteminde bulunmuştur”. Mahkemece “...Özel bir nedene dayanmadan (cinsiyet ayrımcılığı vs.) performans, verimlilik ve bunun gibi kriterlere göre zam oranlarının belirlenmesi ise işverenin yönetim yetkisi kapsamında kalmakta olup, esasen daha fazla efor sarf eden, daha fazla verimli olan işçi açısından diğer işçilere göre yüksek zam verilmesi de eşitliğin gereğidir. Davacı ile aynı bölümde çalışan işçilerin ücretlerinin dökümünün verildiği tablodan da anlaşılacağı üzere, davacıdan daha düşük ücret alan işçilerin olması, erkek işçiler arasında da zam oranlarının farklılık göstermesi karşısında, davacıya cinsiyet ayrımı nedeni ile ücretinden kesinti veya düşük zam yapılmadığı...davalı işyerinde cinsiyet ayrımdan dolayı eşit işlem borcuna aykırı davranılmadığı ve bu sebeple düşük ücret ödenmediği...” bu bağlamda fesihle haklı olmadığı gerekçesiyle davacının kıdem tazminatı, ücret farkı ve eşit işlem borcuna aykırılık tazminatı taleplerinin reddine karar verilmiştir. Dosya içeriği ve özellikle davalı işveren tanıklarının anlatımlarından, davacının işyerinde başarılı bir işçi olduğu, yeteneğinde veya performansında hiç bir yetersizlik bulunmadığı anlaşılmaktadır. Dosyadaki mevcut delil durumuna göre davacı cinsiyet ayrımcılığı yönündeki iddiasını kanıtlayamamış ise de işverenin eşit işe eşit ücret ödememesi eşit işlem borcunun ihlali niteliğindedir ve ayrımcılık tazminatının koşulları oluşmuştur. Mahkemece davacının çalışma süresi de dikkate alınarak, anılan yasanın 5. maddesi kapsamında ayrımcılık tazminatına hükmedilmesi gerekirken tazminat talebinin reddine karar verilmesi hatalıdır²³

Anılan karar doktrinde çeşitli eleştirilere konu olmuştur. Özkaraça/Ünal Adınır, davacının cinsiyet ayrımcılığı yönündeki iddiasını kanıtlayamamasına rağmen işverenin eşit işe eşit ücret ödememesinin eşit işlem borcunun ihlali niteliğinde olduğuna değinilerek ayrımcılık tazminatının koşullarının oluştuğu sonucuna ulaşılmasını hukuki temelden yoksun ve isabetsiz bulurken, bu ayrık uygulamaların Yargıtay’ın istikrar kazanan içtihadını değiştirebilecek potansiyelde olmadığını ve “kaçak” bir karar olarak değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir²⁴. Ugan Çatalkaya’ya göre de, “karar metninden açıkça anlaşılamayan ve somut uyuşmazlığa özgü bir durumun var olabilir; ulaşılan bu farklı sonucun gerekçesinin Yargıtay’ın bu konuda görüş değişikliğine gitmesi yönünde olup olmadığını, izleyen zamanlarda vereceği diğer kararlar gösterecektir”²⁵.

Yargıtay’ın yerleşik uygulamasından sapma gösteren bu kararda eşit işe eşit ücret prensibinin ihlal edilmiş olması ayrımcılık tazminatına hak kazandıracak sebepler arasında zikredilerek Anayasa Mahkemesi’nin inceleme konusu kararda geliştirdiği tutuma yakın bir yaklaşım benimsendiği söylenebilir. Gerçekten incelediğimiz kararda Mahkeme, “başvurucunun durumunun kreş çağında çocuğunun bulunması yönüyle işverenin kreş imkânı sağladığı kadın işçilerle benzer olduğunun açık olduğunu” ifade ettikten sonra, işveren tarafından yapılan bu muameleye ilişkin açıklık getirilmediğini ortaya koyarak Anayasa’nın 10. maddesi kapsamında ayrımcılık yasağının ihlal edildiğini tespit etmiştir. İşverenin bu davranışı aynı yahut benzer durumda olan işçilerin haklı ve objektif sebepler

¹⁹ ERTÜRK/GÜRSEL, s.449; BAYSAL, s.76.

²⁰ YILDIZ, s.329.

²¹ DOĞAN YENİSEY, s.66.

²² Bu konuda Alman hukukuyla kıyaslama yaptığımızda, Alman Genel Eşit Muamele Yasasında, (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz-AGG) işverenin eşit davranma borcu, “ayrımcılık temelli” ya da “herhangi bir ayrımcılık temeline dayanmayan” şeklinde ele alınmakla birlikte her iki durum için de “mağduriyet yaşanmış olma” şeklinde ortak bir tanımlama kullanılmıştır. Bunun sonucu olarak her iki duruma maruz kalana da aynı korunma yollarının uygulanmasına müsait bir sistem kabul edilmiştir. Böylece bizdekine benzer yönde bir tartışmanın ortaya çıkması engellenmiştir (Alman Genel Eşit Muamele Yasası Rehberi, [²³ Yargıtay 9.HD, 05.10.2020; E.2017/16279, K.2020/10415 \(Sinerji\).](https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/Wegweiser/agg_wegweiser_tu_erkisch.pdf?__blob=publicationFile, s.11, (Erişim: 27.05.2022); ayrıca bkz. ErfK/SCHLACHTER, 22. Aufl. 2022, AGG § 1 Rn. 2.</p></div><div data-bbox=)

²⁴ ÖZKARACA/ÜNAL ADINIR, s.134-135.

²⁵ UGAN ÇATALKAYA, s.890.

olmadıkça farklı işleme tabi tutulmamasını ifade eden dar anlamda eşit davranma borcunun ihlali niteliğindedir. Evvelce de ifade edildiği üzere, dar anlamda eşit davranma borcu ile ayrımcılık yasakları adeta birbiri ile bütünleşmiş yapışık iki kavram yahut madalyonun iki yüzü gibi görülse de aralarında “ayrımcılık” temeline dayanan nüans söz konusudur. Ayrımcılık yasağı kişinin, değiştiremeyeceği yahut değiştirmesinin kendisinden beklenemeyeceği özellikleri sebebi ile ayrımcı muameleye tabi tutulmamasını ifade etmekte olup, tespit noktasında, yasaklanmış olan bir ayırım kriterine dayalı uygulamanın varlığı yeterli görülmektedir²⁶. Dar anlamda eşit davranma borcuna aykırılığın tespitinde ise işçilerin sağlanan menfaat açısından karşılaştırılabilir durumda olup olmadığı değerlendirilmekte ve sonra da işçiler arasında kıyaslama yapılmaktadır. Anayasa Mahkemesi de somut olayda her ne kadar terminolojik bakımdan “ayrımcılık yasağı” kavramını tercih etmiş olsa da²⁷ yöntem açısından öncelikle kreş imkanı sağlanan işçilerin aynı veya benzer durumda olup olmadığını tespit etmiş, bunu takiben yapılan farklı muameleyi ve haklı nedene dayanıp dayanmadığını ele alarak dar anlamda eşit davranma borcuna aykırılığın tespiti çalışmıştır. Bu yönüyle Mahkeme’nin yaklaşımı Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin eşit işe eşit ücret halinde ayrımcılık tazminatına hak kazanılacağını öngören yaklaşım ile paralellik arz etmekte olup, Daire’nin istikrar kazanan uygulamasını değiştirebilecek potansiyele sahiptir.

C. Başvurucunun Talep Edebileceği Haklar Bakımından Değerlendirmeler

Davacı, işverenin kendisine karşı ayrımcı davrandığı gerekçesiyle ayrımcılık tazminatı, ayrıca bu süreçte yoksun kalınan haklarını ve kreşe ödediği parayı talep etmiş olduğu yerel mahkeme ve Yargıtay kararlarında ifade edilmiştir.

Kararda tartışmanın odağında, özellikle “ayrımcılık tazminatı alınıp alınmayacağı hususunun bulunduğu görülmektedir. Bunun nedeni ise, İş Kanunu m.5’in düzenleme şeklinin sadece ayrımcılığa maruz kalan çalışanlar bakımından ayrımcılık tazminatı alma hakkını sağlayıp, dar anlamda eşit davranma borcuna aykırılığın ayrımcı bir durum olmadığı gerekçesiyle, ayrımcılık tazminatına hak kazanmayı mümkün kılmamasıdır.

Ayrımcılık tazminatına hak kazanmaya yönelik iş mevzuatı açısından varılan sonuç, aslında kişiye ayrımcılık tazminatı ödenmesinin mümkün olmayacağıdır. Varılan bu sonuç, yasa metnine uygun olsa da, vicdani değerlendirme yapıldığında, farklı muameleye maruz kalan mağduru korumadığı için adil bir çözüm olarak görülmemelidir²⁸. İşte bu eksikliği giderme çabasıyla Anayasa Mahkemesi’nin ayrımcılık yasağının ihlal edilmesini kabul ettiği görülmektedir. Oysa burada ihlal edilen ayrımcı muameleye maruz kalmama hakkı değil, eşit muameleye tabi tutulmama hakkıdır. Bu nedenle kanaatimizce Anayasa Mahkemesi kararında bu farkı ortaya koyması isabetli olurdu. Öte yandan, bu yaptırım eksikliğinin yasa boşluğu olarak görülmesi her somut olay açısından farklı çözüme gidilmesine neden olabilecektir. Bu nedenle, İş Kanunu m.5’de yapılacak değişikliklerle ayrımcılık tazminatının hem ayrımcılık yapılması hem de dar anlamda eşitlik borcunu kapsayacak şekilde verilmesi sağlanmalıdır²⁹. Bu çözüm yolu kuşkusuz Anayasa Mahkemesinin bakış açısına uyum sağlaması bakımından daha isabetli olacaktır.

Talep konusu olan diğer hak ise, davacının “yoksun kaldığı hakları”dır. İş Kanunu m.5’in lafzı, ayrımcılık teşkil eden durumlarda, ayrımcılık tazminatının yanı sıra yoksun kalınan hakların da talep edilebileceği yönündedir. Bir diğer ifade ile m.5/6’daki, “İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında...” ifadesi yoksun kalınan hakların da sadece ayrımcı muameleye maruz kaldığı durumda istenebileceğini kabul etmektedir. O halde, mevcut yasal düzenleme karşısında, ayrımcılık temelli olmayan bir şekilde farklı muameleye maruz kalan işçinin yoksun kaldığı hakları da istemesi mümkün olmayacaktır³⁰. Kuşkusuz bu sonuç da vicdanları rahatsız edici niteliktedir. Yargıtay kararları incelendiğinde, ilginç bir şekilde, “her iki alacağa hak kazanma hususunda bağlantı kurmadığı” ve “eşit davranma borcuna aykırılığın tespit edildiği durumda, işçiye, mahrum kaldığı alacağın ödenmesine hükmedilmesini ancak yapılan farklı uygulamanın İş Kanunu’nun 5. maddesinde sayılan nedenlere dayanmadığı” gerekçesiyle ayrıca ayrımcılık tazminatı da almasının mümkün olmayacağını kabul etmiş olduğu görülmektedir³¹.

Anayasa Mahkemesi’nin *yoksun kalınan hakka* ilişkin talebe karşı verdiği kararı değerlendirmeden önce, “yoksun kalınan hak” kavramından ne anlaşılması gerektiğini açıklığa kavuşturmakta yarar vardır. İşverenin eşit davranma borcu açısından yoksun kalınan hakların talep edilmesi eda davasına konu olacak ve “işveren şayet bu borca aykırı davranmasaydı işçi hangi durumda olacak idiyse” işverenin işçiye o hakları sağlamaya mecbur edilmesi” olarak anlaşılacaktır³². Bu yönde bir eda davasının ise, genellikle ücret ve sosyal yardım gibi işverenin işçisine bir şeyler vermesine

²⁶ UGAN ÇATALKAYA, s.879, 892; AYKAÇ, s.55.

²⁷ Doktrinde Karan tarafından da işaret edildiği üzere, “Anayasa Mahkemesi ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine dair iddiaları kimi zaman eşitlik ilkesi kimi zaman ayrımcılık yasağı başlığı altında incelemiş olup bu durum Mahkeme tarafından eşitlik ilkesi ile ayrımcılık yasağının birbiri ile örtüşen veya örtüşmeyen ve başvurunun konusuna göre biri diğerine öncelikle gündeme gelecek şekilde uygulanacağına dair kafa karışıklığına yol açabilecek niteliktedir”, KARAN, Ulaş: Uluslararası İnsan Hakları ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, İstanbul 2017, s.78.

²⁸ Nitekim öğretilerde eşit davranma borcuna aykırı davranılması durumunda açıkça bir hukuki yaptırım düzenlenmemesi eksiklik olarak görülmekte, ortaya çıkan bu kanun boşluğunun hâkim tarafından doldurulmak suretiyle bu durum için de ayrımcılık tazminatına hükmedilebileceği sonucuna ulaşılabileceği yönünde görüşler mevcuttur (YILDIZ, 2008, s.329; BAYSAL, s.76). İncelemekte olduğumuz kararda tam da bu görüş doğrultusunda bir çözüm bulunduğu görülmektedir.

²⁹ Bu yönde, UGAN ÇATALKAYA, s.889. Hatta yazar, ilgili maddeye şu şekilde bir ekleme yapılması gerektiği tavsiyesinde bulunmaktadır; “İşveren, aynı ya da benzer durumdaki işçilere, farklı uygulamayı haklı gösteren bir gerekçe bulunmadıkça, eşit davranmakla yükümlüdür.”

³⁰ Aksi yönde, SÜZEK, s.494. Öğretilerde Ünal da, aynı sonucu kabul etmekle birlikte dayanağı İş K. m.5/6 hükmü değil, genel anlamda sözleşmeye aykırılık hükümleridir (s.462).

³¹ Yargıtay 9.HD, 17.10.2018; E.2015/29956, K.2018/18539 lexpera.com.

³² TUNCA, s.219.

yönelik durumlarda açılabilceği, işverenin yönetim hakkına ilişkin konularda ya hiç söz konusu olmayacağı ya da nadiren söz konusu olabileceği ifade edilmektedir³³. İnceleme konumuz bakımından işçinin yoksun kaldığı hak, “işyerindeki kreş hizmetinden yararlanma” olduğundan, parasal bir talep olmayıp, işverenin yönetim hakkı kapsamında olan bu hak, işçiye ileriye yönelik olarak kreşten yararlanma hakkı tanınması yönünde bir talep hakkı olacaktır. Ancak hukuk sistemimizde mahkeme kararıyla işvereni bir şey yapmaya yönelik olarak cebri icraya zorlama mekanizması bulunmadığı hatırlanırken, işçinin işvereni buna nasıl zorlayacağı tartışma konusu olacaktır. Kaldı ki bunun için iş ilişkisinin devam ediyor olması ön koşul olarak kabul edilmelidir. Dolayısıyla incelemekte olduğumuz uyuşmazlıktaki gibi işçinin iş sözleşmesi sona erdikten sonra açacağı eda davasında, kreşten yararlanma şeklinde bir talepte bulunması fiilen mümkün olmamalıdır. Oysa uyuşmazlıkta davacı işçinin yoksun kaldığı hakkı da talep konusu yaptığı görülmektedir. Davacının bu talep ile muhtemelen kreş için yaptığı harcamayı istediği akla gelmektedir. Zira işverenin kreş hizmeti almayan işçileri için parasal nitelikte “kreş yardımı” türünde bir nakdi yardım yapmadığı anlaşılmaktadır. Şayet işyerinde bu yönde bir uygulama olsaydı, ancak o durumda davacı işçinin bu parasal ödemeyi talep etmesi, yoksun kaldığı hakkın talebi niteliğinde olurdu.

Davacının talepleri arasında, kendi imkânlarıyla çocuğunu gönderdiği kreş masraflarının kendisine iadesi de bulunmaktadır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, bu talebi yukarıda incelediğimiz yoksun kalınan hakları kapsamında değerlendirmek mümkün olmamalıdır. Zira yoksun kalınan hak kavramı her durumda mağdurun malvarlığında meydana gelen azalma olarak anlaşılmamalıdır. Nitekim yerel mahkeme de, uyuşmazlıkta işçinin kendi imkânıyla gönderdiği kreş için yaptığı masrafların yoksun kalınan hakları kapsamında olmadığına hükmetmiş ve bu masrafların talebinin yasal dayanağı bulunmadığını belirtmiştir (par.12). Yargılama sürecinde Yargıtay da aynı yönde hüküm vermiştir. Ancak bu talep genel hükümler çerçevesinde maddi tazminat davasına konu olabilecektir³⁴. Zira iş sözleşmesi sona ermiş bir işçinin yoksun kaldığı haklarını isteme imkânı kalmamıştır. Ancak bu konunun İş Kanunu m.5’de açıkça düzenlenmiş olması daha isabetli olurdu. Bu husus anılan maddede açıkça yer almış olsaydı kanaatimizce bu imkânın da sadece ayrımcılığa maruz kalanlar için uygulanıp, dar anlamda eşit davranma borcuna aykırılık durumları için de geçerli olup olmayacağı tartışması da yaşanacaktı.

Son olarak belirtmek gerekir ki, eşit davranma borcuna aykırı davranan işverene karşı işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkının olup olmadığı ayrı bir sorundur. İncelemekte olduğumuz kararda işçi bu yönde bir talepte bulunmadığından, biz de çalışmamızda bu tartışmaya yer veremeyeceğiz³⁵.

IV. EŞİT DAVRANMA BORCUNUN İHLAL EDİLDİĞİNE YÖNELİK İDDİALARIN İSPATI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRMELER

Anayasa Mahkemesi inceleme konusu kararda,

“işverenin bir kısım kadın işçisine kreş imkânı sağlarken benzer durumda olan diğer işçilere sağlamamasını sabit olduğunu, işverenin seçimi neye göre gerçekleştirdiğini yargı mercilerine açıklamadığından farklılığının sebebinin anlaşılmadığını, -ilk bakışta anlaşılabilen farklı muameleler yönünden- işverenin esas aldığı temeli açıklamamış olmasının farklı muamelelerin bir sebebe dayanmadığı anlamına gelmeyeceğini” ifade etmiştir (par 62, 63). Mahkeme’ye göre “salt sebebin bilinmemesinden hareketle farklı muamelelerin bulunmadığını söylenmesi Anayasa’nın 10. maddesiyle güvence altına alınan ayrımcılık yasağının içinin boşaltılmasına neden olur” (par 63). “Anayasa’nın 10. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağının amacı benzer durumda bulunanlara objektif ve makul bir sebebi olmaksızın farklı muamelede bulunulmasının önlenmesi olup aynı durumda bulunanlara yönelik olarak gerçekleştirilen bir farklı muamelelerin ayrımcılık yasağını ihlal etmemesinin ön koşulu, objektif ve makul bir nedene dayanmasıdır. Objektif ve makul bir nedene dayanmayan her türlü farklı muamele otomatik olarak ayrımcılık yasağını ihlal eder” (par 64). “Farklı muamelelerin varlığının ortaya konulmasından sonra bunun nesnel ve makul bir sebebe dayandığını ispatlama külfeti işverene aittir ve somut olayda işverenin farklı muamelelerin sebebi konusunda herhangi bir açıklama getirmediği görülmektedir” (par 66).

Dava konusu olayda,

“İş Mahkemesi işverenin kreş uygulaması konusunda işçiler arasında farklı muamele gerçekleştirdiğinin tanık beyanlarıyla ispatlandığını, işverenin ise bunun aksini ortaya koymadığını ifade ederken Yargıtay, somut olayda başvurucunun 4857 sayılı Kanun’un 5. maddesinde sayılan ayrımcılık sebeplerinin gerçekleştiğini ispatlayamadığı”

sonucuna ulaşmıştır. Somut olayda da görüldüğü üzere Yargıtay’ın yerleşik uygulaması, “ayrımcılık iddiasının güçlü bir biçimde ispatını arama ve işçinin somut verilerle desteklenmemiş olan ayrımcılık iddialarını kabul etmeme” yönündedir³⁶. Anayasa Mahkemesi tarafından ulaşılan sonuçun değerlendirilmesi için ise öncelikle İş Kanunu m.5/f.son’da eşit davranma borcuna aykırılık iddialarının ispatına ilişkin yer verilen özel duruma değinilmesi gerekmektedir.

³³ Tuncay, s.220 dn. 9’da sayılan yazalar. Oysa Türk hukukunda özellikle HMK. m.105’deki eda davası tanımı dikkate alındığında, işverenin yönetim hakkına yönelik hususlarda da eda davası açılabilceği görüşü hakimdir (ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.471; ERTÜRK/GÜRSEL, s.452).

³⁴ TUNCAI, s.222 vd.; YILDIZ, s.326.

³⁵ Yargıtay’ın vermiş olduğu iki farklı kararı değerlendiren Savaş Kutsal, 2015 tarihli kararda kreş açılmamış olmasının işçi açısından haklı fesih nedeni olmayacağına hükmedilmesi ancak 2016 tarihli kararda ise aksi yönde olmak üzere, İş Kanunu m.24’deki hükme istinaden, “çalışma şartları uygulanmazsa” şeklinde ifadeye yer verilerek, işçiye kreş hizmetinin verilmemesini çalışma koşullarının uygulanmaması nedeniyle işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmesine olanak sağlayacağına hükmedilmesini eleştirmiştir, (SAVAŞ KUTSAL, s.508 vd.). İşçiye kreş olanağı sunulmamasının işçi açısından haklı fesih sebebi olarak kabul edildiği Yargıtay kararının isabetli olduğu yönünde ise, DULAY YANGIN, s.1008.

³⁶ OKUR, Zeki: “İş Uyuşmazlıklarında İşçi Lehine İspat Kolaylığı”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan, (74), 2016, s.590.

4857 sayılı İş Kanunu 5. maddesinin son fıkrasına göre,

“...20. madde hükümleri saklı kalmak üzere işverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davrandığını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur.”

Anılan hükmün, “AB 97/80 sayılı Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık Hallerinde İspat Yükünün Düzenlenmesine İlişkin ve 2006/54 sayılı İstihdam ve Meslek Konularında Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele ve Fırsat Eşitliği İlkesinin Uygulanmasına İlişkin Direktiflere” paralel bir görünüm arz ettiği söylenebilir³⁷. Gerçekten bahse konu Direktiflerde,

“üye devletlere, kendilerine eşit muamele ilkesinin uygulanmaması suretiyle yanlış davranıldığını düşünen kişiler bir mahkemeye veya başka bir yetkili makama doğrudan ya da dolaylı ayrımcılığın gerçekleştiğini ortaya koyabilecek esaslar sunduklarında, eşit muamele ilkesinin ihlal edilmediğini ispat etme yükümlülüğünün davalıya ait olmasını sağlamak için gerekli önlemleri alma yükümlülüğü”

getirilmiştir (m.19). Buna göre eşit davranma borcuna aykırılık iddiasında bulunan davacının bu borcun ihlal edildiğine dair öngörülebilir bulunabilecek olguları sunması halinde ispat yükü işverene geçecektir³⁸. Avrupa Adalet Divanı’nın da iş ilişkisinde eşit davranma borcunun ihlal edildiğine yönelik iddiaları incelerken şeffaflık başta olmak üzere, ispat araçlarına erişim güçlüğünü göz önünde tutarak genel ispat kurallarını ayrımcılığa uğradığını iddia eden taraf lehine yumuşattığı görülmektedir³⁹. Divan’a göre, özellikle eşit değerde iş için eşit ücret iddialarında şeffaflık sorunu sebebiyle yaşanan ispat güçlüğü ayrımcılık mağduru işçiye yüklenemez; karşılaştırma yapmanın mümkün olmadığı hallerde kadınların erkeklere göre daha düşük ücret aldıkları kabul edilmelidir. Ayrımcılık mağduru işçiye yüklenebilecek ispat yükü, objektif olarak ulaşılabılır ispat araçlarının sunulmasından ibaret olmalı ve bundan öteye gitmemelidir⁴⁰.

4857 Sayılı İş Kanunu 5. maddesinin son fıkrasında yer alan “*ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösterme*” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği konusunda doktrinde farklı görüşlerin ileri sürüldüğü görülmektedir. *Baysal*’a göre,

“bu durumda işçi, hafifletilmiş ispattan faydalanabilmek için bir takım ispatlanması kolay ve genel hayat tecrübesine dayanarak bir ayrımcılığın varlığını muhtemel gösteren vakiaları ortaya koyacak, işveren ise bu durumda davranışının hukuka uygunluğunu ispatlamakla yükümlü olacaktır⁴¹”.

Yıldız’da benzer bir biçimde anılan hüküm ile hafifletilmiş ispat yükünün benimsendiği görüşündedir⁴². *Albayrak/Yuvah* ise meselenin usul hukuku bakımından ne şekilde nitelendirileceğini detaylı bir biçimde ele aldığı çalışmada, İş Kanunu 5. maddesinde yer alan düzenlemenin “*hafifletilmiş ispat yükü*” olarak nitelendirilmesinin yerinde olmadığını; ispat yükünün hafifletilmesi değil ispat yükünün değişmesi kavramının kullanılması gerektiğini ifade etmektedir. Bu görüşe göre, İş Kanunu m.5/son’da usuli taleplerin kabulündeki ara kararlarda kullanılan yaklaşık ispat değil, esas hak uyumsuzluğunu çözüme kavuşturan tam ispat vardır. Kanun koyucu ayrımcılık yaşağının ispatının zor olduğundan hareketle hâkimlere yol göstermek istemiş ve somut olayda hâkimin düşük dereceli ispat ölçüsü ile yetinebileceğini “*ihtimal*” kavramını kullanarak ifade etmek istemiştir⁴³. *Ünal*’da bu hüküm ile davacının ispat yükünü yerine getirmesinin tam ispatın gerçekleşmesine bağlı olduğunu, madde hükmünde yer alan “*güçlü bir biçimde gösteren bir durum*” ifadesinden de anlaşıldığı üzere, her tür emare değil kuvvetli emarelerin arandığını ve ilk görünüş ispatına işaret edildiğini belirtmektedir⁴⁴.

Yargıtay’ın mobbing’e ilişkin verdiği yeni tarihli bir kararında⁴⁵ mobbing iddialarının niteliği gereği ispatının güçlüğü göz önünde tutularak yaklaşık ispatın benimsendiğini, İş Kanunu m.5/son da belirtilen eşit davranma borcunun ihlali halinde ispata ilişkin getirilen kuralın da bu kapsamda değerlendirilebileceğini ifade etmiş olması dikkat çekici niteliktedir. “Yaklaşık ispat”, “bir davadaki esas hakkın varlığına ve maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeye elverişli olmayan usuli taleplerin kabulündeki ara kararlarda kullanılan ispat rejimine verilen ad olup, ihtiyati haciz ve tedbir, eski hale getirme, adli yardım, hakimin reddi gibi durumlar” bu ispata örnek olarak gösterilebilir⁴⁶. Bu sebeple

³⁷ Eşit davranma borcunun ihlaline yönelik ispat meselesinin AB Hukuku bakımından öncelikle 15.12.1997 tarih ve 97/80 sayılı “Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık Hallerinde İspat Yükünün Düzenlenmesine İlişkin Direktif” te düzenlendiği görülmektedir. Bu Direktifi yürürlükten kaldıran “2006/54 sayılı İstihdam ve Meslek Konularında Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele ve Fırsat Eşitliği İlkesinin Uygulanmasına İlişkin Direktif’in” aynı esaslara yer verdiği görülmektedir. Eşit davranma borcunun ihlali halinde ispat meselesinin tarihsel seyrine ilişkin olarak bkz. ÖZDEMİR, Erdem; İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları, 2006, İstanbul, s.219 vd.

³⁸ CRAIG, Paul/BURCA, De Grainne: EU Law, Text, Cases And Materials, Oxford University Press, 2011, s.918-919.

³⁹ EuGH Urt. v. 16.7.2015 – C-83/14, BeckRS 2015, 80950.

⁴⁰ “Ücrette şeffaflık politikasının benimsenmediği bir işyerinde davacı tarafından kadın çalışanların büyük kısmının erkeklerden daha düşük ücret aldıklarının ortaya konması halinde, ücret uygulamasının ayrımcı nitelikte olmadığını ispat yükünün işverene düşeceği” yönündeki karar için bkz. ATAD C-109/88 Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark v Dansk Arbejdsgiverforening, acting on behalf of Danfoss, ECR [1989] 03199.

⁴¹ BAYSAL, s.94. Alman hukukunda da AGG § 22’deki ispat yükü ile ilgili olarak benzer bir kabul söz konusudur (MüKoBGB/Thüsing, 9. Aufl. 2021, AGG § 22 Rn. 6-23, Rn.11).

⁴² YILDIZ, s.301.

⁴³ ALBAYRAK, Hakan/YUVALI, Ertuğrul: “İşverenin Eşit Davranma Borcuna Aykırı Davrandığı İddialarının İspat Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 9(34), 2012, s.90, 92.

⁴⁴ ÜNAL, s.414-417.

⁴⁵ Yargıtay 9.HD, 15.12.2021; E.2021/12218, K.2021/16601 (Çalışma ve Toplum, (73), 2022).

⁴⁶ Yaklaşık ispat hakkında, PEKANİTEZ, Hakan/ÖZEKES, Muhammet/AKKAN, Mine/TAŞ KORKMAZ, Hülya, Pekanitez Usul Medeni Usul Hukuku, C.2, İstanbul 2015, s.1616 vd.; BAŞÖZEN, Ahmet, “Güncel Yargıtay Kararları Işığında İhtiyati Tedbirlerde “Yaklaşık İspat” ve “İhtimal” Kavramı”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 16(Özel Sayı), 2014, s.653-694 (Basım Yılı: 2015) Prof. Dr. Hakan PEKANİTEZ’e Armağan, s.656.

Daire'nin eşit davranma borcunun ihlali iddialarını da kapsayacak biçimde anılan kavramı kullanmasının teknik olarak uygun olmadığı kanaatindeyiz. Daire'nin ayrımcılık tazminatına konu olan talepler bakımından istikrar kazanmış uygulamasının ise ayrımcılık iddiasının güçlü bir biçimde ispatını arama ve işçinin somut verilerle desteklenmemiş olan ayrımcılık iddialarını kabul etmeme yönünde olduğu söylenebilir⁴⁷.

Anayasa Mahkemesi ise inceleme konusu karar ile Daire'nin ayrımcılık tazminatı taleplerinde ispata ilişkin oluşturduğu yerleşik uygulamayı etkileyebilecek nitelikte bir yaklaşım geliştirmiştir. Kararda,

“farklı muamelenin varlığının ilk bakışta anlaşılabilirdiği hâllerde başvurucağın herhangi bir ispat çabasına girişmesinin beklenmeyeceği, bu bağlamda ayrımcılık yasağının ihlal edildiğini iddia eden kişiden beklenenin, farklı muamelenin varlığını ispatlamasıyla sınırlı olması; farklı muamelenin varlığının ortaya konulmasından sonra bunun nesnel ve makul bir sebebe dayandığını ispatlama külfetinin ise işverene ait olması gerektiği”

belirtmiştir (par 65, 66). Mahkeme'ye göre,

“bundan öte farklı muamelenin dayandığı sebebi gösterme külfetinin kişiye yüklenmesi kimi durumlarda farklı muamelede bulunanın sadece kendisinin bildiği ve onun zihninde saklı olan sebebi bulup ortaya koyması yükümlülüğü altına sokulması anlamına gelebilir. Bu durumda da farklı muamelede bulunanın tamamen keyfî davrandığı ve farklı muamelenin sebebinin, maruzu tarafından bilinmesinin mümkün olmadığı veya ispatlanamayacağı durumlarda ayrımcı uygulamayı yapan kişiye hukukun denetiminden kaçırılmış bir alan oluşturma fırsatı verilmiş olur” (par 65).

Anayasa Mahkemesi'nin anılan karar ile AB hukukuna paralel olarak ispatın hafifletilmesi yoluyla ayrımcılık yasağının etkin bir biçimde uygulanması amacına uygun bir biçimde hareket ettiği kanaatindeyiz. Eşit davranma borcunun ihlali iddialarında ilk aşama davacının ispat yükünü yerine getirmesi olmakla birlikte işçinin bu iddiayı genel hatları ile ortaya koyması halinde ispat yükü yer değiştirecek ve işverene geçecektir. Aksi durumun kabulü ispatsızlığın riskinin davacının üzerinde kalmasına sebep olarak eşit davranma ilkesinin içinin boşaltılması sonucunu doğuracak ve anılan ilke kâğıt üzerinde soyut bir kavram olarak varlığını sürdürecektir. Terfi ettirilen tüm işçilerin işveren ile aynı etnik gruba mensup olması ve terfi ettirilmeyen işçinin farklı bir etnik gruptan olması yahut bir kadın işçinin kendisi ile eşit değerde iş gören erkek işçiden daha düşük ücret aldığı ortaya koyması ihlal ihtimalini güçlü şekilde gösteren durumlar olarak kabul edilebilir⁴⁸. Nitekim Avrupa Adalet Divanı *Brunnhofner kararı* ile

“davacının kadın ve erkek çalışanlar arasında ücrette farklılık olduğuna ve işin mukayese edilebilir türden olduğuna dair delil göstermesi halinde, ilk bakışta bir ayrımcılığın kabul edileceğine ve bunu takiben eşit ücret ilkesine ilişkin bir ihlal olmadığını ispatlama yükünün işverene ait olacağına”

hükmetmiştir⁴⁹. 1993 yılında vermiş olduğu *Enderby* kararında da ayrımcılık konusunda ispat yükünün kural olarak, buna maruz kaldığını iddia ederek işverene karşı bu ayrımcılığın ortadan kaldırılmasını talep eden işçiye ait olduğunu ancak açık bir ayrımcılığa maruz kaldığı görülen işçiler bakımından ispat yükünün yer değiştirebileceğini ifade etmiştir⁵⁰.

Kararda başvurucağın, durumları benzer olan kadın işçiler arasında işverenin kreş uygulamasından yararlandırma bakımından farklılık oluşturduğunu tanık beyanları ile ortaya koyduğundan, diğer bir deyimle karşılaştırılabilir durumda bulunanlara nazaran farklı işlemi ortaya koyduğundan ispat yükünün yer değiştireceği kabul edilmelidir⁵¹. Bu durumda işçi eşit davranma borcunun ihlal edildiğini genel hatları ile ortaya koymuş olduğundan, işveren objektif ve makul bir sebebe dayandığını ispatlama yükümlülüğü altında olacaktır⁵². Ayrımcılığa uğradığını ileri süren işçinin aynı işyerinde karşılaştırılabilir durumda olan işçiye göre görünüşte haklı bir neden olmaksızın farklı işleme tabi tutulduğu iddiası ilk bakışta eşit davranma borcunun ihlal edildiği yönünde kanaat oluşturabilecektir⁵³.

Yıldız'a göre, İş Kanunu m.5/son hükmü hem ayrımcılık yasağına aykırılık hem de dar anlamda eşit davranma borcuna aykırılıkta kullanılacaktır⁵⁴. Olması gereken hukuk açısından ispat yükünün geniş anlamda eşit davranma borcunun iki bileşenine de uygulamak gerekse de, maddenin lafzı dikkate alındığında, “işverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davrandığını işçi ispat etmekle yükümlüdür” ifadesi yukarıdaki hükümlerde sadece ayrımcılık yasağına aykırılık durumları düzenlediğinden, işverenin ayrımcılık iddiasını ispatlamak için özellikle dolaylı ayrımcılıkta kullanılan ayrımcılığa konu olan grupların istatistiksel veya nicelik bakımından analizi olarak ifade edilen istatistik yöntemi kullanılmaktadır⁵⁵. Oysa dar anlamda eşit davranma borcuna aykırılığın ispatında

⁴⁷ Bu yönde, Yargıtay 9.HD, 13.10.2021; E.2021/10025, K.2021/14235; Yargıtay HGK, 05.10.2021; E.2018/880, K.2021/1153; Yargıtay 9.HD, 17.3.2021; E.2020/9093, K.2021/6337.

⁴⁸ BAYSAL, s.94; ALBAYRAK/YUVALI, s.91.

⁴⁹ ATAD C-381/99 Susanna Brunnhofer v Bank der österreichischen Postsparkasse AG, ECR [2001].

⁵⁰ ATAD C-127/92 Dr. Pamela Mary Enderby v Frenchay Health Authority and Secretary of State for Health, ECR [1993] I-05535.

⁵¹ Nitekim Yargıtay 9. Hukuk Dairesi cinsiyet ayrımcılığı iddiasında bulunan davacının tanık dinletmemesi ve dinlenen davalı tanıklarının da iddiayı doğrulamamış olması karşısında davacının İş Kanunu m. 5/son hükmünden kaynaklanan ispat yükünü yerine getirmede sonucuna ulaşmıştır. Yargıtay 9.HD, 08.09.2014; E.2012/33335, K.2014/25434 (Sinerji); Doktrinde Okur işçinin asıl ispat faaliyetini yerine getirdikten sonra ispat yükünün yer değiştirmesinin söz konusu olmayacağını, davalı işverenin gerçekleştirilmesi gereken faaliyetin karşı ispat olduğunu ifade etmektedir. OKUR, s.591-592.

⁵² Doktrinde Özdemir tarafından da isabetle belirtildiği üzere işveren bu durumda farklı davranıldığı iddia edilen işçilerin yaptığı işin kıyaslanabilir olmadığı yahut bunlar arasında başarı, verim vb. konularda farklılıklar olduğu gibi objektif sebepleri ileri sürebilir. ÖZDEMİR, s.225.

⁵³ OKUR, s.591.

⁵⁴ YILDIZ, s.301.

⁵⁵ ÖZDEMİR, s.221-223.

kıyas yapılacak bir başka grup olmadığından, bu yöntemle başvurmak mümkün olamayabilecektir. Kanaatimizce, ayrımcılık tazminatına hak kazanma konusunda olduğu gibi burada da genel anlamda eşit davranma borcunu düzenlemiş olduğunu kabul ederek, ispatla ilgili hususu da, sadece ayrımcılık durumlarına özgülememek gerekmektedir.

V. ANAYASA MAHKEMESİNCE VERİLEN YENİDEN YARGILAMA KARARININ UYUŞMAZLIK AÇISINDAN ÖNEMİ

İncelemekte olduğumuz bireysel başvuruya ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi'nin ihlal kararı vermiş olduğu görülmektedir. Özü itibarıyla bir tespit kararı niteliğinde olan ihlal kararı ile ilgili olarak ifade edilmesi gereken ilk husus, iş yargısı tarafından verilen hükmü kendiliğinden ortadan kaldırıcı nitelikte olmadığıdır⁵⁶. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi kararlarında, ihlal kararı ile birlikte; yeniden yargılamaya, tazminata hükmetme ve genel mahkemelerde dava açılması yolunu gösterme ve nihayet ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmetme kararından bir ya da birden fazlası da ihlal kararına eşlik etmektedir⁵⁷.

Somut olay bakımından değerlendirdiğimizde, Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu kararda başvurucu işçiye kreş imkanı sunulmamasının aile hayatına saygı hakkıyla bağlantılı olarak, "ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna" ve dolayısıyla ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere yerel iş mahkemesine gönderilmesine" hükmedildiği görülmektedir.

Bu noktada derece mahkemesinin yeniden yargılama yaparken ilk dikkat etmesi gereken, önceki kararını kaldırmak olmalıdır. Ardından ihlale sebep olan husus, derece mahkemesinin kararının sonucunda doğmuşsa ve bu durum usuli bir işlem hatasından kaynaklanmamışsa, mahkemenin önceki kararının aksi yönünde karar vermesi gerekmektedir. Bu durumda, yerel iş mahkemesinin işçiye ayrımcılık yapıldığının kabulü yönünde karar verebileceği kanaatindeyiz. Ancak iş mevzuatı açısından, ayrımcılıktan söz edebilmek için İş Kanunu m.5'de sayılan, "dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı" bir farklı muamelenin ortaya çıkması gerekmektedir. Somut olay bakımından sayılan ayrımcılık temellerine dayanan bir davranış olmadığına göre, kanaatimizce yeniden yargılamada derece mahkemesinin ayrımcılığın varlığına ve dolayısıyla ayrımcılık tazminatına hükmetmesi İş Kanunu'nun bakış açısına göre, mümkün olmamalıdır. Fakat yukarıda yaptığımız değerlendirmeler doğrultusunda, İş Kanunu m.5'de açık bir düzenleme yapılması gerektiği, bu yapılmıyaya kadar iş yargıcının ayrımcılık temelli eşit davranmama durumlarına ilişkin tazminatı, ayrımcılık temelli olmayan keyfi farklı muamelelere de kıyas yoluyla uygulaması isabetli olacaktır.

Ayrıca hatırlamak gerekir ki, ortada başvurucunun uğradığı bir zarar bulunmaktadır. Bunu gidermek amacıyla derece mahkemesinin başvurucunun ilk talebi doğrultusunda yapmış olduğu kreş masraflarının kendisine ödenmesine de hükmebileceği kanaatindeyiz.

Nihayet, Anayasa Mahkemesi başvurucunun tazminat talebini reddetmiştir. Bu ifadeden anlaşılması gereken, tartışmaya konu ettiğimiz ayrımcılık tazminatı olmayıp, yeniden yargılama yapılmasının yeterli bir giderim sağlamaması durumunda başvurucuya verilecek tazminattır. Kararda yeniden yargılama yapılması ihlali ortadan kaldırmaya yeterli görülmüş olduğundan, isabetli bir şekilde tazminat ödenmesine gerek duyulmamıştır (par 78).

VI. SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

İşverenin işçileri arasında eşitlik ilkesine aykırı davranmasının sonuçlarını tartıştığımız çalışmamızda, İş Kanunu m.5 kapsamında düzenlenen genel (geniş) anlamda eşit davranma borcunun dar anlamda eşit davranma borcu ile ayrımcılık yapma yasağı biçiminde ikili görünümü olması bunun ve sonuçları ele alınmıştır. Özellikle dar anlamda eşit davranma borcuna aykırılığın yaptırımının İş Kanunu m.5'in ifade ediliş biçimine bağlı kalındığında, mevcut olmaması ve iş mahkemelerinin yerleşik içtihadının da bu yönde olması, iş hukuku öğretisinde eleştiriye konu olmaktadır. Eleştirilerin ortak noktası, işverenin ayrımcılık temelli olmayan farklı muamelesine maruz kalan işçinin gerektiği gibi korunmamasıdır. Bu da, işvereni dar anlamda eşit davranma borcunu ihlal etme noktasında cesaretlendirmekte ve yapılan her farklı muamelenin işverenin yönetim hakkı çerçevesinde değerlendirmesine yol açmaktadır.

Anayasa Mahkemesi ise önüne gelen bireysel başvuruda, Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesinin ikili görünümü olsa da, her iki ihlalin de, işverenin ayrımcı davranışı olarak değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir. İş yargısının ve Yargıtay'ın öteden beri kabul ettiği anlayışa yeni bir bakış açısı kazandıran Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı isabetli olarak görme konusunda bir kuşku bulunmamakla birlikte, kanaatimizce yapılması gereken, İş Kanunu m.5'deki düzenlemenin sadece ayrımcılık yasaklarına özgüldüğü algısına neden olan ifadelerin yasa koyucu tarafından yeniden kaleme alınması olacaktır. Böylece ayrımcılık tazminatının hem dar anlamda eşit davranma borcuna aykırılıkta hem de ayrımcılık yapıldığında işçiye ödenmesinin önü açılacaktır. Tazminata hükmedilirken ayrımcılık temelli olanlara üst sınırdan, diğerlerine daha düşük olacak şekilde belirleme yapılması da geniş anlamda eşit davranma borcunun iş hukukundaki ikili oluşumundan da ayrılmamış olunacaktır.

⁵⁶ DOĞRU, Osman: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi, İstanbul 2012, s.92.

⁵⁷ GÜMÜŞAY, Ramazan: Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Yolunda İhlal Kararlarının İcrası, Ankara 2019, s.48.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Atıf Şekli: Yazarlar Dilek DULAY YANGIN ve Hatice Duygu ÖZER, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamışlardır. | **Dilek DULAY YANGIN ve Hatice Duygu ÖZER who are the authors of this paper, have not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.**

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Yazarların makaleye katkı oranları eşittir. | **Authors' contribution rates to the article are equal.**

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazarlar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | **No conflict of interest or common interest has been declared by the authors.**

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | **The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.**

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazarlar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedirler. | **The authors declare that they comply with the scientific, ethical, and quotation rules of İnULR in all processes of the paper and that they do not make any falsification of the data collected. In addition, they declare that İnönü University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than İnönü University Law Review.**

KAYNAKÇA

- AYKAÇ, Hande Bahar: Fesih Hakkının Eşit Davranma Borcu İle Sınırlandırılması, Tankut Centel (Ed), İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II, İstanbul Ekim 2016.
- BAŞÖZEN, Ahmet: “Güncel Yargıtay Kararları Işığında İhtiyati Tedbirlerde “Yaklaşık İspat” ve “İhtimal” Kavramı”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 16(Özel Sayı), 2014, (Basım Yılı: 2015) Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ’e Armağan.
- BAYSAL, Ulaş: “İşverenin Eşit Davranma Borcu ve İş Sözleşmesinin Feshinde Uygulanması”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, (25), 2010.
- CRAIG, Paul/BURCA, De Grainne: EU Law, Text, Cases and Materials, Oxford University Press, 2011
- ÇELİK, Nuri/CANIKLIOĞLU, Nursen/CANBOLAT, Taalat/ÖZKARACA, Arcument: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 34. Bası, İstanbul 2021. (İş Hukuku).
- DEMİR, Kübra: “İşverenin Eşit Davranma Borcunun Sınırı: 6701 sayılı Kanun’da Ayrımcılık Yasağının İstisnaları”, Sosyal Güvenlik Dergisi (Journal of Social Security), 12(1), 2022.
- DEMİR, Kübra: İş Hukukunda 6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Bağlamında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, İstanbul 2021.
- DOĞAN YENİSEY, Kübra: “İş Kanunu’nda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, Çalışma ve Toplum Dergisi, 11(4), 2006.
- DOĞRU, Osman: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi, İstanbul 2012.
- EKMEKÇİ, Ömer/GEMALMAZ, H. Burak/ASLAN, Volkan/YILMAZ, Hilal: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvurunun Temel Esasları ve İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Kararlar, İstanbul 2022.
- ERTÜRK, Şükran/GÜRSEL, İlke: “İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, Beta 2011.
- GÜLMEZ, Mesut: “İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi”, 25(2), 2010.
- KARAN, Ulaş: Uluslararası İnsan Hakları ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, İstanbul 2017.
- GÜMÜŞAY, Ramazan: Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Yolunda İhlal Kararlarının İcrası, Ankara 2019.
- DULAY YANGIN, Dilek: “Türk İş Hukuku Mevzuatında İşverenlerin Kreş Açma Yükümlülüğüne İlişkin Getirilen Hükümlerin Çalışma Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi”, Özel Hukukun Güncel Sorunları ve Anayasanın Özel Hukuka Etkileri Sempozyumu, 17-19 Nisan 2021, Yayınlanmamış Tebliğ.
- KARAN, Ulaş: Öğreti ve Uygulamada Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası, İstanbul 2018.
- KUTSAL SAVAŞ, Fatma: “İşverenin Kreş Açma Yükümlülüğü: Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin Konu İle İlgili İki Farklı Kararının Düşündürdükleri”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (2), 2019.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI Muhittin/BAYSAL: Ulaş, İş Hukuku Yenilenmiş 7. Baskı, Ankara 2022.
- NARMANLIOĞLU, Ünal: İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, İstanbul 2012.
- OKUR, Zeki: “İş Uyuşmazlıklarında İşçi Lehine İspat Kolaylığı”: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan, (74), 2016.
- ÖZDEMİR, Erdem; İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları: Beta, İstanbul, 2006.
- ÖZKARACA, Arcument/ÜNAL ADINIR, Canan: “Dar Anlamda Eşit Davranma Borcunda Ayrımcılık Tazminatına Hak Kazanılıp Kazanılmayacağı (Karar İncelemesi)”, Sicil İş Hukuku Dergisi, (46), 2021.
- PEKCANİTEZ, Hakan/ÖZEKES, Muhammet/AKKAN, Mine/TAŞ KORKMAZ, Hülya, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, C.2, İstanbul 2015.
- SCHLACHTER- ErfK: 22. Aufl. 2022, AGG § 1 Rn. 2.
- SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 21. Baskı, İstanbul 2021,
- SÜZEK, Sarper: “İşverenin Eşit Davranma Borcu”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık (12), 2008. (Eşit Davranma)
- TUNCAY, A. Can: İş hukukunda Eşit Davranma İlkesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982.
- UGAN ÇATALKAYA, Deniz: “İş Hukukunda Eşitlik İlkesinin İki Bileşeni: İşverenin Dar Anlamda Eşit Davranma Borcu ve Ayrımcılık Yasağı”, Çalışma ve Toplum Dergisi, 69(2), 2021.
- ÜNAL, Canan: İş Hukukunda Yaş Ayrımcılığı, İstanbul, 2017.
- YILDIZ, Gaye Burcu: İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Ankara 2008.

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA LIBEL TOURISM

LIBEL TOURISM IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW

Esra TEKİN* [10.21492/inuhfd.999552](https://doi.org/10.21492/inuhfd.999552) 

Makale Bilgi

Gönderi: 23/09/2021
Kabul : 21/10/2022

Anahtar Kelimeler

*Şeref ve Haysiyet İhlali,
Libel Tourism,
Milletlerarası Yetki,
İfade Hürriyeti,
Kişilik Hakları.*

Article Info

Received: 23/09/2021
Accepted: 21/10/2022

Keywords

*Violation of Honor and
Dignity,
Libel Tourism,
International Jurisdiction,
Freedom of Expression,
Personality Rights.*

Özet

Bilgi ve iletişim teknolojilerindeki gelişmeler sonucunda kişiler, coğrafi sınırlardan bağımsız olarak dünyanın öteki ucundaki kişilerle kolayca iletişim kurabilmektedirler. Ancak bu durum, yabancılık unsuru içeren kişilik hakkı, özellikle şeref ve haysiyet ihlallerinin artmasına sebep olmaktadır. İnternet ortamındaki bir içeriğin dünya üzerinde her yerde erişilebilir olması da ihlalin sonuçlarını ağırlaştırmaktadır. Kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden davacı, çoğu zaman içeriğin her yerde erişilebilir olduğu gerekçesiyle kendi lehine sonuç alabileceği mahkemelerde davasını ikame etmektedir. Nitekim internet ortamında ihlalin herhangi bir coğrafi bölgeye lokalize edilmesinin zor olması sebebiyle, bazı devletler kendi mahkemelerinin milletlerarası yetkisini kolaylıkla tesis etmektedirler. Davacının kendi lehine sonuç alacağı mahkemeleri tercih etmesi olağan bir durum olsa da, dava ve taraflarla zayıf ve geçici irtibatlarla sahip bir mahkemede dava açılması milletlerarası özel hukuk açısından kabul edilebilir bir durum değildir. Forum shoppingin özel bir türü olan libel tourism, davacının, kendi lehine sonuç alacağı mahkemelerde davasını ikame etmesidir. İfade hürriyeti ve kişilik hakları arasındaki çatışma sonucunda hukuk düzenlerinin farklı tercihlere sahip olması, kişilik haklarının ihlaline uygulanacak maddi hukuk kurallarının farklılaşmasına yol açmaktadır. İnternet ortamında kişilik haklarının sözleşme dışı ihlalinde uygulanacak hukuk konusunda yeknesak bir uygulamanın bulunmaması ve devletlerin kendi millî hukuklarını uygulama eğiliminde olmaları davacının işini kolaylaştırarak en lehe maddi hukuk kurallarına sahip hukuk düzenlerini tercih etmesine yol açmaktadır. Ne var ki, bu hukuk düzenlerinden alınan ilâmların ifade hürriyeti korumasının üstün tutulduğu ülkelerde tenfiz talep edildiğinde çoğu zaman kamu düzenine aykırılık sebebiyle bu talepler reddedilmektedir. Çalışmamızın temel amacı libel tourismun sebep ve sonuçlarını açıklamak ve söz konusu soruna ilişkin yabancı doktrin tarafından öne sürülen çözüm önerilerine yer vermektir.

Abstract

As a result of developments in information and communication technologies, people can easily communicate with each other on the other side of the world. However, this situation has led to an increase in the violation of personality rights, especially honor and dignity, which includes foreign element. The fact that a content on internet is accessible everywhere in the world aggravates the consequences of the violation. Claiming that her/his personal rights have been violated, the plaintiff often brings her/his action in courts where she/he can get results in her/his favor on the grounds that the content is accessible everywhere. Some states easily establish the international jurisdiction of their courts because it is difficult to localize the violation. Although it is normal for the plaintiff to choose the courts in which she/he will obtain results in her/his favor, filing a lawsuit in a court with weak and temporary contacts with the lawsuit and parties is not an acceptable situation in terms of private international law. Libel tourism, a special type of forum shopping, is the plaintiff's litigation in the courts where she/he will get results in her/his favor. As a result of the conflict between freedom of expression and personality rights, legal orders have different preferences, which leads to differentiation of the substantive law rules applicable to the violation of personality rights. The lack of a uniform practice on the law to be applied in the non-contractual violation of personality rights in the internet environment and the lex forist approaches of the states facilitate the work of the plaintiff and cause the plaintiff to prefer legal systems which have the most favorable substantive law rules. The main purpose of our study is to explain the causes and effects of libel tourism and to include the suggestions put forward by the foreign doctrine.

 Bu eser Creative Commons Atıf-Gayri Ticari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

*Dr. Öğr. Üy., Dicle Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | Cite As: TEKİN Esra, "Milletlerarası Özel Hukukta Libel Tourism", İnÜHFD, 13(2), 2022, s.390-404.

İntihal | Plagiarism: Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via a plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

Libel tourism, which means forum shopping of the modern age, may come to the fore in legal claims based on violation of honor and dignity on the internet, if the victim chooses the courts that can decide in her/his favor. Although it is reasonable for the plaintiff to make claims in the jurisdiction where she/he will get the most favorable result, the enforcement of a judgment taken from a jurisdiction that does not have real contact with the parties and the dispute may be rejected on grounds of contravention of public order. Libel tourism is particularly related to the cases where the plaintiffs demand the enforcement in the United States of a judgment they have taken against a defendant living in the USA on the grounds that their honor and dignity have been violated in a foreign country's jurisdiction. In US Law, libel tourism has been seen as a threat to the constitutionally protected freedom of expression.

Libel tourism occurs for various reasons. These are the establishment of international jurisdiction based on accessibility in the internet, the determination of their own law as the law to be applied after the courts establish their international jurisdiction, the application of the substantive law rules that are suitable for the plaintiff regarding the determination of personality rights, especially the liability for violation of honor and dignity, and the victory of the protection of personality against the freedom of express. Providing universal access to content on the Internet results in the fact that states can easily establish the international jurisdiction of their courts by taking this accessibility into consideration. It should be noted that the violation of personality rights on the internet without any contract is widely qualified as tort. While it is difficult to determine the place of harm even in distance tort cases, the internet environment has made the situation even more difficult. Although the connecting factor of "the place where the damage occurs or may occur" is widely adopted in the determination of international jurisdiction in disputes arising from tortious cases, the interpretation of this connecting factor on the internet varies between countries. Lack of a uniform rule and application regarding the law to be applied to honor and dignity violations occurring in the internet environment, and the fact that the states consider *lex fori* as the applicable law often lead to libel tourism. Therefore, applicable law will differ according to the forum in which the case was filed. This situation can be abused by the plaintiff. The difference in the balance between freedom of expression and personality rights in legal systems also differentiates the rules regarding proof. For example, in a lawsuit arising from violation of honor and dignity in the USA, where freedom of expression is superior, the burden of proof lies with the plaintiff; In other words, the plaintiff must prove that the statement in question is false. However, in England, the defendant must prove the accuracy of the allegations.

Libel tourism has a chilling effect on freedom of expression guaranteed by democratic societies. Authors or online content providers may abstain from sharing content or news regarding persons residing in other jurisdictions in order not to be concerned about being sued in other jurisdictions. In addition to its chilling effect on freedom of expression, the most important consequence of libel tourism in terms of private international law is the rejection of the enforcement of the judgment on the grounds that the enforcement of the judgment taken by a court that does not have real contact with the lawsuit and parties as a result of libel tourism is considered superior to the protection of freedom of expression in the country where it is requested. In most of the legal orders, the enforcement of the judgments taken from foreign courts on the grounds of "violation of public order" is denied. According to article 54/1-c of the Turkish Act on Private International Law and International Civil Procedure (numbered 5718), which regulates the main conditions of enforcement, in order for foreign court judgments to be enforced, "the provision should not be clearly contrary to the public order".

The most effective method of combating libel tourism is undoubtedly an international consensus. Libel tourism is a problem created by the internet; therefore, it should be tried to be solved with a global move. In this context, the establishment of a reasonable balance between international jurisdiction, the law to be applied and the competing interests of the plaintiff and the defendant should be considered. Although the contract does not always provide a perfect harmonization, libel tourism can only be reduced by an international convention. In this article, the suggestions of the foreign doctrine regarding the solution of libel tourism are evaluated

I. GİRİŞ

İletişim ve ulaşım araçlarındaki gelişme coğrafi sınırların önemini azaltmıştır. Bu durum, iletişimi kolaylaştırmanın yanı sıra kişilik haklarının ve özellikle de kişilik hakları kapsamında korunan şeref ve haysiyetin ihlâlinin kolaylaşmasına da zemin hazırlamıştır¹. İnternet ortamının geleneksel medyadan farklı olan özellikleri² milletlerarası özel hukuk açısından çeşitli sorunlara yol açmaktadır. Şöyle ki, internet ortamındaki bir materyal coğrafi sınırlardan bağımsız olarak her yerdedir³. Bu nedenle internet ortamında herhangi bir kişinin şeref ve haysiyetini ihlâl ettiği iddia edilen bir içerik, internet erişiminin bulunduğu her yerde görülebilir durumdadır ve internet ortamında meydana gelen bir ihlâl belirli bir coğrafi alana lokalizasyonu oldukça zordur. Bu durum da uygulanacak hukukun tespiti sırasında hukukî ilişkilerin niteliğinden hareket edip, bu hukukî ilişkileri soyut kavram kategorileri altında toplayan *Savinyen* (İhtilâfçı) metodun⁴ internet ortamına adapte edilmesi hususunda problemlere neden olmaktadır. Nitekim *Savinyen* metod, hukukî ilişkileri önemli unsurlarına bakarak belli bir devlete bağladığı için lokalizasyon temellidir⁵.

İnternet ortamında zarara sebep olduğu iddia edilen içeriğin neredeyse tüm dünya üzerinde erişime açık olması, bir kişilik hakkı ihlâline karşı birden çok yargı sahasında dava açılabilmesi ihtimalini gündeme getirebilecektir⁶. Gerçekten, içeriğin her yerde erişilebilir olması sebebiyle, dünya üzerindeki herhangi bir mahkeme, dava konusu veya taraflarla yakın mahkeme olarak nitelendirilebilecektir⁷. Bazı ülkelerde kişilik haklarının ihlâlüne ilişkin çok elverişli maddî hukuk düzenlemeleri bulunduğu gerekçesiyle, özellikle İngiltere’de yetkili mahkemenin tayini hususunda davacı lehine davranılıp kolayca milletlerarası yetki tesis edildiğinden, kişilik haklarına halel geldiğini iddia eden taraf, mutad meskeni olmayan veya tâbiyetinde bulunmadığı hukuk düzeninde bu şekilde bir yetki tayinine yer veren ülkelerde hak arayışına girmektedir⁸. Bu durum, milletlerarası özel hukuk literatüründe libel tourism olarak adlandırılmaktadır⁹.

Libel kavramı, bir kişi hakkında kötü ve yanlış şeyler içeren bir yazı parçası anlamına gelmektedir¹⁰. Libel tourism terimini, “yayın yoluyla hakaret turizmi” olarak Türkçe’ye çevirmek mümkün olsa da, bu çalışmada terimin orijinal hâlinin kullanılması tercih edilmiştir. Hakaret, “onur kırma, küçültücü söz veya davranış” olarak tanımlanmıştır¹¹. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun¹² 125. maddesinde hakaret, “bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat etme veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldırma” şeklinde ifade edilmiştir. Tanımlardan da anlaşıldığı üzere, yayın yoluyla hakaret turizmi ifadesi ilk bakışta cezaî bir kavramı andırmaktadır. Oysa çalışmamız konunun milletlerarası özel hukuk boyutuna ilişkindir. Nitekim, *libel tourism* bir *forum shopping* türüdür ve *forum shopping* öğretide orijinal hâliyle kullanılmaktadır¹³.

Milletlerarası yetkinin tayininde ülke ile dava veya taraflar arasındaki zayıf, geçici ve tesadüfî irtibat noktalarının yetki tesisinde yeterli sayılması aşkın yetki ile libel tourisma yol açıp, kişiyi tabî hâkiminden uzaklaştıracaktır. Uluslararası forum shoppinge benzeyen¹⁴ libel tourism milletlerarası özel hukukun mücadele ettiği sorunlardan biridir¹⁵. Forum shoppingden farklı olarak libel tourism, internet ortamında kişilik haklarının ihlâlüne ilişkin uyuşmazlıklarda gündeme gelebilecektir. Libel tourism forum shoppingden

¹ İnternette iletişimin sözlü iletişime benzediğine ilişkin bkz ÖZEL, Sibel: Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması, 2. Bası, Seçkin, İstanbul 2004, s.148.

² İnternetin milletlerarası özel hukuk açısından önem arz eden özelliklerine ilişkin sınıflandırma hakkında bkz TEKİN, Esra: Milletlerarası Özel Hukukta Kişilik Haklarının İnternet Yoluyla İhlâlinde Sorumluluk, On İki Levha, İstanbul 2021, s.10-23.

³ TEKİN, s.11.

⁴ *Savinyen* metodda somut olay cereyan ettiğinde hâkim *a priori* bir fikrî çalışma ile bulunmuş önemli öğeyi göz önüne almakta ve o öğenin ilişkin bulunduğu devlet kanunlarını tatbik etmektedir. Örneğin hukukçular yaptıkları fikrî çalışma ile haksız fiillerde fiilin işlendiği yerin önemli öğe olduğunu tespit etmişlerdir: GÖĞER, Erdoğan: Devletler Hususî Hukuku, 4. Bası, Ankara Üniversitesi, Ankara 1977, s.34-35; LE BOS, Yves-Édouard: Renouveau de la Théorie du Conflit de Lois dans un Contexte Fédéral, Dalloz, 2010, s.184-185; SEVİĞ, Muammer Raşit: Devletler Hususî Hukuku, İstanbul Üniversitesi, 1983, s.37; TURHAN, Turgut: Haksız Fiilden Doğan Kanunlar İhtilâfi Alanında İka Yeri Kuralı, Dayınlarlı, 1989, s.28-29.

⁵ GÖĞER, s.35.

⁶ TEKİN, s.140.

⁷ DARDAĞAN, Esra: Milletlerarası Usul Hukukunda “Aşkın Yetki” Kavramı, Siyasal Kitabevi, 2005, s.69.

⁸ GONZÁLEZ, Javier Carrascosa: “The Internet- Privacy and Rights Relating to Personality” Recueil des Cours, Tome 378, 2015, s.287-288.

⁹ TEKİN, s.139 vd.

¹⁰ Cambridge Dictionary: “Definition of Libel”, <https://dictionary.cambridge.org/tr/s%C3%B6z%C3%B6k/ingilizce/libel>, (Erişim: 10.04.2021).

¹¹ Türk Dil Kurumu Sözlükleri, <https://sozluk.gov.tr/>, (Erişim: 11.04.2021).

¹² Kabul Tarihi: 26.09.2004, Yayımlandığı Resmî Gazete Tarih: 12.10.2004, Sayı: 25611.

¹³ *Forum shopping* teriminin öğretide Türkçe bir karşılığa yer verilmeksizin orijinal hâliyle kullanıldığı çalışmalar için bkz GİRAY, Faruk Kerem: “Forum Shopping-Forum Non Conveniens Kavramları ile Anti-suit Injunction Kararlarının Türk Milletlerarası Usul Hukukundaki Görünümleri”, in GÜRLER, Sercan (ed.) Adaletle Yönelmiş Bir Toplumsal Düzen Olarak Hukuk: Prof. Dr. Yasemin Işıktaç Armağanı, Sümer Kitabevi, 2020, s.869-890; SEVİĞ, Vedat Raşit: “Milletlerarası Özel Hukuk Alanında Yetki Anlaşmasının Ayrıcılığı”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 55(3), 1996, s.179-190; KARACA, Hüseyin Akif: “Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukuk Konusundaki Avrupa Konseyi Roma III Tüzüğü Kapsamında Hukuk Seçimi”, Marmara Üniversitesi Avrupa Topuluğu Enstitüsü Avrupa Araştırmaları Dergisi, 27(2), 2019, s.241-262.

¹⁴ MCFARLAND, Robert L.: “Please Do Not Publish this Article in England: A Jurisdictional Response to Libel Tourism” (November 2009) Mississippi Law Journal, s.12-13, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1514988, (Erişim: 20.04.2021); GONZÁLEZ, s.289.

¹⁵ AUDA, Ali G. R.: “A Proposed Solution to the Problem of Libel Tourism”, Journal of Private International Law, 12(1), 2016, s.107.

ayırın özellik libel tourismün küresel ve anlık iletişim çağının ürünü olmasıdır¹⁶. Belirtmek gerekir ki, iddia sahibinin davasını en lehe sonuç alacağı *forumda* (mahkemede) ikame etmesi makul bir durum olsa da; zayıf irtibatları mahkemelerin yetki tesisi için yeterli bulan devletlerin mahkemelerinde dava açılması milletlerarası usûl hukukunda yargı hakkının kötüye kullanılmasına neden olacaktır¹⁷.

II. LIBEL TOURISM KAVRAMI

A. Tanım

Libel tourism, kişilik haklarının ihlâl edildiğini iddia eden bir davacının, kendi lehine yasalara sahip mahkemede dava ikame etmesi hâlidir¹⁸. İfade hürriyeti ve kişilik haklarının korunması hukuk düzenlerinde çatışan iki değerdir. Hukuk düzenlerinin, çatışan iki değeri aynı anda koruyabilmesi mümkün olmadığından bu değerler arasında bir tercih yapılmalıdır¹⁹. Kişilik hakları ve ifade hürriyeti arasındaki bu çatışma libel tourismün temel sebebidir. Nitekim Amerika Birleşik Devletleri (ABD) Anayasası'nın 1. Değişikliği ifade hürriyeti koruması sağlamakta ve kongrenin basın ve ifade hürriyetini kısıtlayıcı yasa yapamayacağını belirtmektedir²⁰. Dolayısıyla libel tourismde davacının hedefi çoğu zaman ABD'de ikamet eden bir yayıncı ya da yazar olup, davacı, kişilik hakkı koruması üstün olan ülkelerde davasını ikame etmek suretiyle ABD Anayasası'nın davalı yazar ya da yayıncı açısından sağlamış olduğu üstün ifade hürriyeti korumasını bertaraf etmeye çalışmaktadır²¹.

Libel tourism kavramı ilk olarak New York Temyiz Mahkemesi'nin²² 2007 tarihli *Ehrenfeld v. Bin Mahfouz*²³ kararında karşımıza çıkmaktadır. Bu sebeple söz konusu karara ilişkin açıklamalara yer verilmesi konunun anlaşılması açısından faydalı olacaktır. *Ehrenfeld* tarafından kaleme alınan "*Funding Evil: How Terrorism is Financed-and How to Stop It?*" (Kötülüğü finanse etmek: Terörizm nasıl finanse edilir ve nasıl durdurulur?) adlı bir kitap, *Chicago* merkezli bir yayıncı tarafından yayımlanmıştır. Kitap, Suudi Arabistanlı bir finansör olan *Khalid Salim Bin Mahfouz*'un, *El Kaide* ve "*diğer islamcı terör grupları*²⁴" için finansal destek sağladığını iddia etmiştir. Kitap ABD'de yayımlanmış olmasına rağmen yirmi üç kopyası internet üzerinden İngiltere'deki okuyuculara satılmıştır ve kitabın bir bölümü *ABC New's web* sitesinde İngiltere'de erişime açılmıştır. *Mahfouz*, kişilik haklarının ihlâl edildiği gerekçesine dayanarak *Ehrenfeld* aleyhine İngiltere'de dava açmıştır. Davalı *Ehrenfeld*, İngiltere'de dava açma maliyeti, dava açmaya ilişkin İngiliz hukukundan doğan usûlî engeller sebebiyle ve ayrıca somut bir bağlantıya sahip olmayan ve kendisinin *New York*'taki ifade hürriyetine halel getirecek ölçüde davacı dostu yasalara sahip olan bir yargı sahasında davaya katılmayı tercih etmemiştir. İngiliz Mahkemesi davalının (*Ehrenfeld* ve yayıncısı) gıyabında hüküm vermiştir. Bu hükme göre mahkeme, zararların tazminine ve İngiltere ile Galler'de sonradan yapılacak yayınların önlenmesine hükmetmiştir.

Mahfouz, bu kararı ABD'de tenfiz etme girişiminde bulunmamıştır; ancak *Ehrenfeld*, *New York* Federal Mahkemesinde İngiliz gıyabî hükmünün tenfize elverişsiz olduğunu belgelemek amacıyla²⁵ tespit davası açmıştır. Mahkeme, davayı *New York* mahkemelerinin söz konusu davada şahsî yetkisi bulunmadığı gerekçesiyle reddetmiştir.

Libel tourism, özellikle davacıların yabancı bir ülkenin yargı sahasında, şeref ve haysiyetlerinin ihlâl edildiği gerekçesiyle ABD'de yaşayan bir davalıya karşı aldıkları ilâmın ABD'de tenfizini talep ettikleri durumlara ilişkindir. ABD Hukukunda libel tourism, anayasal korumaya sahip ifade hürriyetine karşı bir tehdit olarak görülmüştür. Bir yasa boşluğu olarak görülen libel tourism, ifade hürriyeti koruması ABD hukukundaki gibi güçlü olmayan devlet mahkemelerinden alınan maddî ve/veya manevî tazminata ilişkin ilâmların ABD'de tenfizinin talep edildiği hâllere ilişkindir^{26 27}.

¹⁶ MCFARLAND, s.12-13.

¹⁷ ŞANLI, Cemal/ESEN, Emre/ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, 7. Bası, Beta, İstanbul, 2019, s.342-354; GARNETT, Richard/RICHARDSON, Megan: "Libel Tourism Or Just Redress? Reconciling The(English) Right To Reputation With The (American) Right To Free Speech In Cross-Border Libel Cases", *Journal of Private International Law*, 5(3), 2009, s.482; ELMASULU, Dilek Ece: Türk ve Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda Şeref ve Haysiyete İnternet Yoluyla Saldırıdan Doğan Sorumluluk Davalarında Milletlerarası Yetki, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2018, s.89.

¹⁸ MCFARLAND, s.8.

¹⁹ ÖZEL, s.40.

²⁰ "Congress shall make no law ... abridging the freedom of speech, or of the press...." *First Amendment to the Constitution of the United States America – Freedom of Religion, Press, Expression*, 15.12.1791. <https://constitutioncenter.org/interactive-constitution/amendments/amendment-i>, (Erişim: 21.04.2021).

²¹ MCFARLAND, s.8.

²² *Libel tourism* tartışması çoğunlukla ABD ve İngiltere arasında yaşanmıştır. Bu sebeple çalışmamızdaki açıklamalar çoğunlukla ABD mahkeme kararları üzerinden yapılacaktır.

²³ *Ehrenfeld v. Bin Mahfouz* 881 N.E.2d 830 (N.Y. 2007), <https://www.courtlistener.com/opinion/1983183/ehrenfeld-v-bin-mahfouz/>, (Erişim: 08.03.2021).

²⁴ Bu husus söz konusu kararda "...al Qaeda and other "Islamist terror groups."..." şeklinde ifade edilmiştir.

²⁵ Bu dava ile *Ehrenfeld*, İngiliz mahkemelerini *libel tourism* yol açtıkları gerekçesiyle suçlamıştır. AUDA, s.106

²⁶ STURTEVANT, Tara: "Can the United States Talk the Talk & Walk the Walk when It Comes to Libel Tourism: How the Freedom to Sue Abroad Can Kill the Freedom of Speech at Home", *Pace Int'l L. Rev.*, 22(1), 2010, s.269.

²⁷ *Mahfouz*'un İngiltere mahkemelerinden aldığı kararın tenfizini ABD'de talep etmemiş olması *Ehrenfeld*'in zarar görmediği anlamına gelmemektedir. *Ehrenfeld*'in kitabı İngiltere'de kara listeye alınmıştır; dolayısıyla *Ehrenfeld*'in gelecekteki yayınları açısından kötü bir şöhret oluşturmuştur bu durum. Ayrıca söz konusu dava, kendileri aleyhine dava açılacağı korkusuyla diğer yazarların da özğürce yayın yapmalarının önüne geçmiştir. STURTEVANT, s.293; STAVELEY-O'CARROLL, Sarah: "Libel

B. Libel Turizminin Sebepleri

Libel tourism çeşitli sebeplerle ortaya çıkmaktadır. Bunlar, internet ortamında erişilebilirliğe dayalı yetki tesisi, mahkemelerin kendi milletlerarası yetkilerini tesis ettikten sonra uygulanacak hukuk olarak kendi hukuklarını tayin etmeleri, kişilik haklarının özellikle de şeref ve haysiyet ihlâline ilişkin sorumluluğun belirlenmesine ilişkin davacı açısından elverişli hükümlerin bulunduğu maddî hukuk kurallarının tatbiki ve kişiliğin korunması ile ifade hürriyeti arasındaki değerler ihtilâfi sonucunda kişiliğin korunmasının galip gelmesidir²⁸.

1. İnternet Ortamında Yargı Yetkisinin Tesis Edilmesi

a. Genel Olarak

Yabancılık unsuru içeren ihtilâflarda milletlerarası yetki, kural olarak ihtilâf veya davanın tarafları ile mahkeme arasındaki şahsî veya coğrafi irtibata göre tesis edilmektedir²⁹. Her devlet, yabancılık unsuru ihtiva eden ihtilâflarda kendi mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tesis eden bağlantıyı diğer devletlerden bağımsız olarak, kendiliğinden belirlemektedir³⁰. Ancak milletlerarası usul kurallarının düşünsel temelleri olmayan kurallar olduğunu söylemek doğru olmayacaktır³¹. Gerçekten, bu kuralların oluşturulmasında milletlerarası toplumun ihtiyaçları ve uluslararası ilişkilerin nezaketi gibi hususların göz önünde bulundurulması gerekmektedir³².

İnternet ortamındaki bir içerik coğrafi sınırlardan bağımsız olduğu için bu içeriğin herhangi bir coğrafi alana lokalize edilmesi güçleşmektedir. Gerçekten, internet üzerindeki bir içeriğe evrensel erişim sağlanması, devletlerin bu erişilebilirliği dikkate alarak kendi mahkemelerinin milletlerarası yetkisini kolaylıkla tesis edebilmesi sonucunu doğurmaktadır. Belirtmek gerekir ki, internet ortamında kişilik haklarının herhangi bir sözleşmeye dayanmaksızın ihlâli yaygın olarak haksız fiil olarak vasıflandırılmaktadır³³.

Haksız fiillerden doğan uyuşmazlıklarda milletlerarası yetkinin tayininde “zararın meydana geldiği veya gelebileceği yer” irtibat unsuru yaygın olarak benimsenmiş olmasına rağmen bu irtibat unsurunun internet ortamında yorumlanması ülkeler arası farklılıklar göstermektedir. Amerikan hukukunda erken dönem yaklaşımı olarak kullanılmış olan erişilebilirlik (mozaik) yaklaşımı³⁴ Avrupa ülkelerinde halen kullanılmaktadır³⁵. Haksız fiillere ilişkin genel kabul görmüş yetki unsuru “zararın meydana geldiği yer” olsa da, bu unsurun internet ortamında yorumlanması hukuk düzenleri arasında farklılıklar göstermektedir.

Tourism Laws: Spoiling the Holiday and Saving the First Amendment”, New York University Journal of Law and Liberty, 4(3), 2009, s.275.

Yazarlar İngiltere’de fiziki olarak yayın yapmaktan kaçınmalarına rağmen İngiltere’de sorumlu tutulmaktadırlar: MOORE, Todd W.: “Untying Our Hands: The Case for Uniform Personal Jurisdiction Over “Libel Tourists”, Fordham L. Rev., 77(6), 2009, s.3214. Ancak bir diğer görüşe göre, *Ehrenfeld*’in kitabı İngiltere’de kara listeye alınmış olsa da ABD’de hâlâ mevcuttur dolayısıyla ABD’deki ifade hürriyeti üzerinde soğutucu bir etkiden söz etmek mümkün değildir: GARNETT/RICHARDSON, s.478.

²⁸ GONZÁLEZ, s.287-288; STURTEVANT, s.275.

²⁹ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s.342; ÇELİKEL, Aysel/ERDEM, Bahadır: Milletlerarası Özel Hukuk, 14. Bası, Beta, 2016, s.516; DOĞAN, Vahit: Milletlerarası Özel Hukuk, 2. Bası, Seçkin, 2013, s.64; GÜNGÖR, Gülin: Türk Milletlerarası Özel Hukuku, Yetkin, Ankara, 2021, s.217; AKINCI, Ziya: Milletlerarası Özel Hukuk, Vedat, 2020, s.114.

³⁰ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s.343.

³¹ GÜNGÖR, s.217.

³² GÜNGÖR, s.217; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s.343.

³³ Ayrıntılı bilgi için bkz TEKİN, s.93; SVANTESSON, Dan Jerker B.: Private International Law and the Internet, 3rd ed., Wolters Kluwer, 2015, s.111.

³⁴ *Inset System Inc. v. Instruction Set Inc.* (937 F. Supp. 161, 1996), karar metni için bkz <https://cyber.harvard.edu/property00/jurisdiction/insetsum.html>, (Erişim: 02.08.2020); Karar hakkında bkz DARDAGAN, Esra: “Milletlerarası Yargı Yetkisi Kurallarının Sanal Ortama Uygulanması: Amerikan Hukukuna Bakış”, KÜHFD, 4, 2005, s.96; TEKİN, s.116-117; AHN, Annie Soo Yeon: “Clarifying the Standards for Personal Jurisdiction in Light of Growing Transactions on the Internet: The Zippo Test and Pleading of Personal Jurisdiction”, Minn. L. Rev., 99(6), 2015, s.2333; POSADA, Obdulio César Velásquez: “Jurisdictional Problems in Cyberspace Defamation”, International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional, 6, 2005, s.266.

³⁵ Avrupa Birliği (AB) kapsamında, Hukukî ve Ticarî Konularda Mahkemelerin yetkisi ve İlamların Tanınması ve Tenfizine İlişkin 12.12.2012 tarihli Brüksel I bis Tüzüğü (Regulation (Eu) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast), İngilizce metni için bkz <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012R1215&from=FR>, (Erişim: 21.09.2020), mahkemelerin yetkisine ilişkin uyumlaştırmayı sağlama amacıyla kaleme alınmıştır. Tüzüğün haksız fiillere ilişkin m. 7(2) hükmüne göre yetkili mahkeme, “zararın meydana geldiği veya gelebileceği yer” mahkemesidir. Ancak özellikle mesafe haksız fiillerinde zararın meydana geldiği yerin tayini gayesiyle üye devletler, Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD)’na bazı davalar hakkında ön sorunlar iletilmişlerdir. Bu ön sorunlar neticesinde ABAD’ın zarar yerine ilişkin içtihadı oluşmuştur. *Fiona Shevill and Others v. Presse Alliance SA* (ABAD, 30.11.1976, C- 21/76, Kararın Fransızca metni için bkz <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:61976CJ0021&from=EN>, (Erişim: 21.04.2021) davasında, basın yoluyla kişilik haklarının ihlâline ilişkin olarak, gazetenin veya derginin dağıtıldığı yer mahkemesinin o yerde meydana gelen zararlarla sınırlı olarak milletlerarası yetkiyi haiz olduğu kanaatine varılmıştır. Tüm zararların talep edilebileceği yer ise yayıncının kuruluş (tesis) yeridir. 2011 yılında ABAD, *eDate ve Martinez* (ABAD, C-509/9 *eDate Advertising and Others v. X and Société MGN Limited*, 25.10.2011 ve C-161/10 *Olivier Martinez and Robert Martinez v. MGN Limited*, Karar metinleri için bkz <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62009CJ0509&from=EN>, (Erişim: 12.04.2021) kararlarıyla yeni bir irtibat unsuru olan mağdurun menfaatler merkezinin bulunduğu yer mahkemelerini tüm zararlara ilişkin yetkili tayin etmiş de *Shevill* davasındaki erişilebilirliğe dayalı içtihadını da saklı tutmuştur. Erişilebilirlik yaklaşımının internet ortamında uygulanmaması gerektiği hakkında bkz AZZI, Tristan: “Compétence Jurisdictionnelle en matière de Cyber-Délits: L’incontestable Déclin du Critère de l’accessibilité à propos de plusieurs arrêts récents”, Rev. Crit. DIP Octobre- Décembre, 2020, s.696. Nitekim *Mittelbayerischer Verlag KG v. SM* kararına (C-800/19) ilişkin 23.02.2021 tarihli ABAD Genel Avukatı (hukuk sözcüsü) *Bobek*’in kaleme aldığı öneride de erişilebilirlik

Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) internet ortamında meydana gelen kişilik hakkı ihlallerine ilişkin "zararın meydana geldiği veya gelebileceği yer" irtibatını somutlaştırmak amacıyla *eDate* ve *Martinez*³⁶ davalarındaki ön sorunları üzerine yeni bir yetki irtibatı olan "mağdurun menfaatler merkezi (the Place Where the Alleged Victim has his/her Centre of Interests)" kavramını³⁷ gündeme getirmiştir. Ancak mağdurun menfaatler merkezi irtibatı AB hukukunda sıklıkla tartışılmıştır. Her ne kadar zararın meydana geldiği yer kavramını internet ortamına adapte etmeye çalışsa da mağdurun menfaatler merkezi kavramı davalının yetkili mahkemeyi öngörebilmesi açısından yeterli değildir. Söz konusu kararların genel avukatı *Cruz Villalón*'un önerisi, zarar yerinin "uyuşmazlığın ağırlık merkezi" olarak yorumlanmasıdır³⁸. Kişilik haklarını ifade hürriyetinden fazla koruma misyonu ışığında ABAD yalnızca mağdurun menfaatler merkezini benimsemiştir. ABAD bu seçimiyle, genel avukat tarafından inşa edilen ve her iki tarafın da menfaatlerini göz önünde bulunduran hassas dengeyi yok etmiştir³⁹.

2. Uygulanacak Hukuka İlişkin Yeknesaklığın Bulunmaması ve Devletlerin Kendi Millî Hukuklarını Uygulamaya Meyilli Olmaları

Libel Tourismun bir diğer sebebi de, internet ortamında meydana gelen şeref ve haysiyet ihlallerine uygulanacak hukuka ilişkin yeknesak bir kuralın bulunmamasıdır. Gerçekten, AB hukukunda dahi, kişilik hakları ve ifade hürriyeti arasındaki çatışmada üye devletlerin tercihlerinin farklı olması sebebiyle yeknesak bir kanunlar ihtilâfi kuralı ihdas edilememiştir. AB'de sözleşme dışı sorumluluğa uygulanacak hukuku belirleyen Roma II Tüzüğü⁴⁰ özel hayatın gizliliğinin ihlali ve kişilik haklarının ihlâline uygulanmamaktadır (m. 1(2)(g)). Roma II Tüzüğü tartışıldığında bu konu ifade hürriyeti ve kişilik hakları arasındaki dengeyi bazı devletlerde farklı tesis edilmiş olması sebebiyle kapsam dışı bırakılmıştır⁴¹. Üye devletlerin temel bir hak olarak kabul edilen ifade hürriyeti ve kişilik haklarının korunması arasındaki çatışmada farklı tercihlere sahip olması bu konuda mutabakat sağlanmasının önüne geçmiştir⁴². Bu sebeple, AB kapsamında dahi her üye devlet uygulanacak hukuku kendi kanunlar ihtilâfi kurallarına göre belirlemektedir⁴³. Dolayısıyla davanın açılmış olduğu foruma göre uygulanacak hukuk farklılık gösterecektir. Özellikle de mahkemelerin kendi millî hukuklarını uygulama eğiliminde olduğu hâllerde davacının kendi lehine kuralların uygulanabilmesi amacıyla internet ortamının evrensel erişimini kötüye kullanacağı durumlar gündeme gelebilecektir. Nitekim internet ortamında davalının uygulanacak hukuku öngörebilmesi de zorlaşacaktır. Gerçekten, libel tourismi tetikleyen, davacının bir forumda davasını ikame ettiğinde uygulanacak hukukun o forumun hukuku olduğunu öngörebiliyor olmasıdır⁴⁴.

3. Davacı Lehine Maddî Hukuk Kurallarının Bulunması

İfade hürriyeti ve kişilik hakları arasındaki çatışma, devletlerin kişilik haklarının ihlâline uygulanacak maddî ve usûlî yasal çerçevelerini şekillendirmektedir. Örneğin, ifade hürriyeti korumasının büyük önemi haiz olduğu ABD'de şeref ve haysiyet ihlâlinden doğan bir davada, ispat yükü davacıdadır; bir diğer ifadeyle, davacı dava konusu ifadenin yanlış olduğunu ispat etmelidir⁴⁵. Özellikle ABD Yüksek Mahkemesi'nin *New York Times v. Sullivan*⁴⁶ davasında verdiği karar ile kamusal görev ifa eden kişileri

teorinin internet ortamında kullanılmaması gerektiğine ilişkin açıklamalara yer verilmiştir. Öneri metni için bkz <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62019CC0800>, (Erişim: 26.04.2021), para.39-44.

³⁶ *Martinez* davasında, Fransız aktör *Olivier Martinez*, Avustralyalı şarkıcı *Kylie Minogue*'dan ayrıldıktan sonra özel hayatının ve resim haklarının İngiltere menşeli bir çevrim içi gazete tarafından ihlâl edildiği gerekçesiyle Fransa'da dava açmış; ancak davalı İngiliz şirketi, Fransız mahkemeleriyle uyumsuzluk arasında maddî bir ilişkinin bulunmadığı gerekçesiyle yetki itirazında bulunmuştur. C-161/10 *Olivier Martinez and Robert Martinez v. MGN Limited*, Karar metinleri için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62009CC0509&from=EN>, (08.08.2022).

³⁷ Kavram hakkında tartışmalar için bkz. GONZÁLEZ, s.354-369.

³⁸ "Opinion of Mr. Advocate General Cruz Villalón, 29.03.2011", p. 42-54, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62009CC0509&from=EN>, (27.08.2022).

³⁹ PECHE, Laurent: "Conflicts of Jurisdictions et Cyberdélits: Une 'Adaptation' Problématique de la Jurisprudence Shevill par la CJUE", <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2037763>, (Erişim: 22.08.2022), s.6-7.

⁴⁰ AB kapsamında sözleşme dışı sorumluluğa uygulanacak hukuku Roma II Tüzüğü (Regulation (Ec) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations, <https://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2007:199:0040:0049:EN:PDF>, (Erişim: 26.04.2021) belirler.

⁴¹ TARMAN, Zeynep Derya: "Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma II Tüzüğü (AT 864/2007)" in Özkan, Işıl/Süral, Ceyda/Tütüncübaşı, Uğur (Ed.), Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, S.401-402.

⁴² Dolayısıyla Roma II Tüzüğü kültürel çatışmalar için mükemmel bir sahne olmuştur: NIELSEN, Peter Arnt: "Choice of Law for Defamation, Privacy Rights and Freedom of Speech", Oslo Law Review, 6(1), 2019, s.37.

⁴³ Kişilik haklarının ihlâlinde hukukî sorumluluğun tayinine ilişkin AB üyesi devletlerin ulusal düzenlemeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz TEKİN, s.191-195; ETLİOĞLU ERÇETİNGÖZ, Seçil: İnternet Ortamında Şeref ve Haysiyetin Korunmasında Uygulanacak Hukuk, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019, s.97 vd.; ESENYEL HANAZ, Fatma: Kişilik Haklarının İhlalinde Sorumluluk ve Uygulanacak Hukuk, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2018, s.397 vd.

⁴⁴ MCFARLAND, s.3.

⁴⁵ MCFARLAND, s.26.

⁴⁶ *New York Times Co. v. Sullivan and Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 376 U.S. 254 (1964); Karar için bkz <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/376/254>, (Erişim: 25.04.2021). Söz konusu uyumsuzluk *New York Times*'in 29.03.1960'da yayımlanmış olduğu "Onların Yükselen Sesine Kulak Verin!" başlıklı bir ilana ilişkindir. İlan Alabama polisinin siyahi öğrencilere ilişkin tutumunu eleştirmektedir. Olaylara ilişkin yanlış ifadeler de içeren bu ilanda isim belirtilmemiş olmasına karşın, *Montgomery* kentinin polis sorumlusu L.B. *Sullivan*, ilandaki ithamların kendisini hedef aldığı ileri sürerek dava açmıştır. Alabama'daki mahkeme, ilanın karalama niteliğinde olduğunu belirterek, gazeteyi 500.000 Amerikan Doları tazminata mahkûm etmiştir. Ancak *New York Times*'in temyiz başvurusu üzerine Yüksek Mahkeme, basın özgürlüğü konusunda tarihi bir karara imza atmıştır. Söz konusu dava federal anayasal ayrıcalığın ilk defa ortaya çıktığı dönüm noktası niteliğinde bir davadır. İngiltereli bir

eleştirme konusunda basına neredeyse sınırsız bir özgürlük alanı bahşedilmiştir⁴⁷. Buna göre ancak bir haberi, yanlış olduğunu bilerek veya haberin doğru olup olmadığı hususunda pervasız bir umursamazlık sergileyerek yayınladığı takdirde yayıncının sorumluluğu gündeme gelecektir⁴⁸. Davacı kamu görevlisi, ifade hürriyetini korumak amacıyla çok ağır bir ispat yükü ile karşı karşıya bırakılmıştır⁴⁹. ABD'deki durumdan farklı olarak İngiliz hukukunda davacı, davalının zarara sebep olduğu iddia edilen içeriği yayınladığını ispat ettiğinde ilk bakışta haklı görülen (*prima facie case*) bir davaya sahip olacaktır⁵⁰. Davalının ispat yükü çok ağırdır; buna göre davalı iddiaların doğruluğunu ispat etmelidir⁵¹.

Ayrıca ABD hukukunda tek yayın kuralı (*single publication rule*) benimsenmiş olup, yayının genel olarak veya kısmen kamuya ibraz edildiği ilk eylemin tarihi esas alınır⁵². Bir başka ifadeyle, dava konusu içeriğin her yayını dünya çapındaki herhangi bir mahkemede yeni bir dava sebebi oluşturmaz⁵³. Ancak İngiliz hukukunda 2013 tarihli *The Defamation Act* düzenlemesine⁵⁴ kadar çoklu yayın kuralı (*multiple publication rule*) benimsenmiş olup, yayıncı haberin yayınlanmasının üstünden çok zaman geçmiş olsa dahi her zaman dava edilme tehdidiyle karşı karşıya kalmaktadır⁵⁵.

Hukuk düzenleri arasındaki maddî hukuka ve usul hukukuna ilişkin farklılıklar davacının davasını ikame ederken dikkate aldığı hususlardır. Nitekim İngiliz hukukundaki ispat yüküne ilişkin düzenlemeler davacı lehineyken Amerikan hukukunda ifade hürriyetinin federal düzeyde korunmasının bir sonucu olarak düzenlemeler neredeyse davacı aleyhinedir. Bu sebeple, kişilik haklarının ihlâl edildiğini iddia eden kişiler internet ortamının evrensel erişimini göz önünde bulundurarak lehe sonuç alacakları ülke mahkemelerinde hukukî taleplerde bulunmaktadır. Gerçekten de internet ortamında meydana gelen haksız fiillere uygulanacak hukuk konusunda yeknesak bir kanunlar ihtilâfi kuralının bulunmayışı üye devletlerin kendi millî hukuklarını uygulama eğilimine girmelerine sebep olmaktadır. Söz konusu davacı, davasını ikame ettiği mahkemenin hukukunun uygulanacak hukuk olarak tayin edileceğini çoğu zaman öngörebilecektir. Bu sebeple davacı zayıf irtibatları haiz ülke mahkemelerini salt lehe karar almak amacıyla tercih edebilecektir.

Birbirinden farklı bu yasal çerçeveler, özellikle dünya çapında üne sahip ekonomik bakımdan güçlü kişilerin İngiliz hukukundaki davacı dostu kurallardan istifade edebilmek amacıyla İngiliz mahkemelerini tercih etmelerine sebep olmaktadır. Örneğin, 2008 yılında bir Danimarka gazetesi olan *Ekstrabladet* internet sitesinde, İzlanda'da faaliyet gösteren bir banka olan *Kaupthing*'in vergi kaçırdığı iddiasını içeren İngilizce bir makale yayımlamıştır. Söz konusu gazeteyle karşı Londra'da dava açılmıştır. *Kaupthing*, gazetenin Danca ve İngilizce makalelerinin bir kısmının İngiltere ve Galler'de indirilip okunduğunu ve dolayısıyla bir İzlanda bankasının Birleşik Krallık'ta bir Danimarka gazetesine dava açabileceğini ileri sürmüştür. İngiliz mahkemeleri *Ekstrabladet*'i özür ve tazminata hükmetmiştir⁵⁶. 2010 yılında ise, Danimarkalı bir radyoloji profesörü aleyhine bir uluslararası sağlık hizmeti şirketi tarafından Londra'da dava açılmıştır⁵⁷. Profesör, *Oxford*'da bir sunum yapmış ve daha sonra radyolojiye ilişkin bilimsel bir dergide makale yayımlamıştır. Bu sunum ve makalede Profesör, şirketin piyasaya sürmüş olduğu bir ürünün yan etkilerinin bulunduğunu ifade etmiştir. Danimarka'da ifade hürriyeti koruması büyük önemi haiz olduğundan⁵⁸ Danimarkalı davacılar zayıf bağlantılara dayanarak İngiliz mahkemelerini tercih etmişlerdir. Gerçekten de maddî hukuklardaki bu politika temelli farklılıklar *libel tourism* yol açabilmektedir.

avukat “*actual malice*”in gündeme geldiği Sullivan davasını şeref ve haysiyeti lekeleyenlerin tüzüğü olarak nitelendirmiştir: BATES, Stephen: “More Speech: Preempting Privacy Tourism”, Hastings Comm. & Ent. L. J.,33(3), 2011, s.385.

⁴⁷ MCFARLAND, s.7.

⁴⁸ ARSLAN, Zühtü: ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, 42, <http://www.libertdownload.com/ldt/ifade-hurriyeti/abd-yuksekk-mahkemesi-kararlarinda-ifade-ozgurlugu.pdf>, (Erişim: 23.10.2019).

⁴⁹ TEKİN, s.146.

⁵⁰ NIELSEN, Peter Arnt: “Libel Tourism From A European Perspective”, in Essays in Honour of Michael Bogdan, Offprint, Juristförlaget i, Lund, 2013, s.387.

⁵¹ NIELSEN, Peter Arnt: “Libel Tourism: English and EU Private International Law”, Journal of Private International Law, 9(2), 2013, s.269.

⁵² MCFARLAND, s.9.

⁵³ STAVELEY-O'CARROLL, s.260-261.

⁵⁴ *The Defamation Act*, 2013, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/26/contents/enacted>, (Erişim: 25.04.2021).

⁵⁵ Ancak *Defamation Act (Section 8)* söz konusu kuralı değiştirmiştir. Buna göre, sonraki yayın ilk yayından bariz bir şekilde farklı ise *multiple publication rule* uygulanabilecektir. Ancak 2013 tarihli *Defamation Act* dahi İngiliz mahkemelerinin özellikle dünya çapında tanınmışlığa sahip kişiler tarafından dava açmak amacıyla tercih edilmesinin önüne geçememiştir, AUDA, s.112; PRICE QC, James/MCMAHON, Felicity: *Blackstone's Guide To The Defamation Act 2013*, Oxford, 2013, s.131-132.

⁵⁶ HANSON, Nigel: “Global Risks Rise Publishing Online”, <https://pressgazette.co.uk/global-risks-rise-publishing-online/>, (Erişim: 31.08.2022); NIELSEN, s.35.

⁵⁷ NIELSEN, s.35.

⁵⁸ Danimarka Anayasası'nın 77'nci bölümünde ifade hürriyeti düzenlenmiştir. Buna göre, “herhangi bir kişi, bir mahkemede sorumlu tutulmasına bağlı olarak, fikirlerini basılı, yazılı ve sözlü olarak yayımlama özgürlüğüne sahiptir. Sansür ve diğer önleyici tedbirler bir daha asla getirilmeyecektir”. Danimarka Anayasası için bkz. https://www.constituteproject.org/constitution/Denmark_1953.pdf?lang=en, (Erişim: 31.08.2022).

4. Değerler İhtilâfı ve Kişiliğin Korunmasının Bu İhtilâf Sonucunda Galip Gelmesi

Uluslararası bir sözleşme olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)⁵⁹'nin 10. maddesi, bir insan hakkı olarak ifade hürriyetini düzenlemiştir. Bu hükmü göre⁶⁰,

“Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğü ile kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir almak ve vermek özgürlüğünü de içerir. Bu madde, devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine bağlı tutmalarına engel değildir.”

Bu hakkın sınırsız bir biçimde kullanılmayacağı da söz konusu hükmün 2. fıkrasında belirtilmiştir. Gerçekten “başkalarının şöhret ve haklarının korunması” ifade hürriyetinin sınırı olarak belirlenmiştir. Nitekim AİHS'nin “Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkı” başlıklı 8. Maddesi de kişilik haklarını güvence altına almaktadır. Buna göre, “Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.”

Şüphesiz ki özel ve aile hayatına saygı hakkı ile ifade hürriyeti Türkiye de⁶¹ dahil olmak üzere birçok devletin iç hukukunun bir parçası hâline getirdiği AİHS tarafından insan hakkı olarak düzenlenmiştir. Nitekim her iki hak da eşit saygıyı hak etmektedir⁶². Ancak AİHM somut olayın şartlarını dikkate alarak bu iki temel hak arasındaki dengeyi tesis etmektedir⁶³.

Libel tourisme yol açan sebeplerden biri ise kişilik hakları ve ifade hürriyeti arasındaki ihtilâf sonucunda kişiliğin korunmasının galip gelmesidir⁶⁴. Bu değerler ihtilâfı, libel tourismini klasik forum shoppingden ayırmaktadır⁶⁵.

Kişilik hakları ve ifade hürriyeti şüphesizdir ki temel haklardır. Ancak hukuk düzenlerinin çatışan farklı değerleri aynı anda koruyabilmesi mümkün olmayacağından, bu iki değer arasında tercih yapması gerekmektedir⁶⁶. Nitekim AİHS'de de somut olayın şartlarına göre değerlendirme yapıp bu iki hak arasındaki denge tesis edilmektedir. Bu çatışmanın yönetimi hukuk düzenleri arasında farklılıklar göstermektedir⁶⁷. Avrupa sisteminde, ifade hürriyeti ya da kişilik hakları lehine sistematik bir öncelik bulunmamaktadır; bir başka ifadeyle somut olayın şartlarına göre kişilik hakları veya ifade hürriyeti arasında tercih yapılmaktadır⁶⁸. ABD'nin Kuzey eyaletlerinde benimsenen sistemde ise ABD Anayasası'nın 1. değişikliği gereğince ifade hürriyeti büyük önemi haizdir⁶⁹. Türk hukukunda Avrupa sistemi benimsenmiş olup, somut durum göz önünde bulundurularak hangi hukukî değer diğerine üstün tutulacağına karar verilmektedir. Değerler arasındaki bu çatışma libel tourisme yol açabilmektedir. Gerçekten de ifade hürriyetinin mutlak korumayı haiz olduğu devletler gerek maddi hukuk kurallarını gerek usule ilişkin kurallarını ifade hürriyetini koruma amacıyla davalı lehine düzenlemişlerdir. Kişilik haklarının ihlâli iddiasıyla açılan davaların sonucu bu iki temel hakkın farklı şekilde dengelendiği ülkelerde birbirinden farklı olacaktır.

III. LIBEL TOURISMİN MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK AÇISINDAN SONUCU

İngiliz mahkemelerinin internet ortamındaki uyuşmazlıklarda kolaylıkla kendi milletlerarası yetkisini tesis etmesi sonucunda verilen kararların ABD'de tenfizi talep edildiğinde, ABD Anayasası tarafından güvence altına alınan ifade hürriyetinin zedelendiği gerekçesiyle bu taleplerin çoğu reddedilmiştir⁷⁰. *Ehrenfeld* kararı ile ABD'deki yazarların ifade ve basın hürriyeti üzerinde soğutucu bir etki gündeme gelmiştir⁷¹. Gerçekten, ABD vatandaşı yazarlar, eserlerini kaleme alırken başka yargı sahalarıyla temas etmeye çabasına girmişlerdir⁷². Ayrıca belirtmek gerekir ki, İngiliz mahkemelerinden alınan bir tedbir, internet ortamında ihlâl sebepleri olduğu iddia edilen içeriğin satışının önüne geçebilecektir; bu durum da

⁵⁹ 04.11.1950 tarihli İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme (*Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, ETS No. 005, Rome), 04.11.1950 tarihinde Roma'da imzaya açılmış ve 03.09.1954 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Sözleşmeyi 04.11.1950 tarihinde, Ek Protokolü (Ek 1 No'lu Protokolü) 20.03.1952 tarihinde imzalamıştır. İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi ve Buna Ek Protokolün Tasdiki Hakkında Kanun için bkz RG: 19.03.1954; 8662. Metinlerin resmî Türkçe çevirisi aynı tarihli RG'de yayımlanmıştır. Onay belgeleri, 18.05.1954 tarihinde tevdi edilmiş ve metinler aynı tarihte Türkiye bakımından yürürlüğe girmiştir.

⁶⁰ AİHS'nin Türkçe tercümesi için bkz https://www.anayasa.gov.tr/media/3542/aihs_tr.pdf, (Erişim: 30.04.2021).

⁶¹ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın m.90/5 hükmüne göre, “*usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası anlaşma hükümleri esas alınır*”. Söz konusu hükümle AİHS ve usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin diğer milletlerarası anlaşmalara kanunların da üstünde bir statüsü bahsedilmiştir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. GÖZLER, Kemal: *Hukukun Temel Kavramları*, B. 18, Ekin, Bursa 2020, s.36-38.

⁶² Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 8 Rehberi, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_TUR.pdf, (Erişim: 02.08.2022), s.16.

⁶³ AİHS m. 8'e ilişkin detaylı bilgi için bkz., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 8 Rehberi, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_TUR.pdf, (Erişim: 02.08.2022), s.36-46.

⁶⁴ STURTEVANT, s.275.

⁶⁵ GONZÁLEZ, s.289; MCFARLAND, s.12.

⁶⁶ ÖZEL, s.40.

⁶⁷ NILSSON, Axel: *Personality Rights, Defamation and the Internet*, Lund University Faculty of Law, Master Thesis, 2017, s.25; GONZÁLEZ, s.327.

⁶⁸ GONZÁLEZ, s.327

⁶⁹ NILSSON, s.25

⁷⁰ TEKİN, s.147-148.

⁷¹ STURTEVANT, s.293; ELMASULU, s.90.

⁷² MOORE, s.3214.

İngiliz mahkemelerinden alınan sonucun ifade hürriyetine ilişkin tüm dünyada etkiye neden olabileceğinin göstergesidir⁷³. Bunun üzerine 2010 yılında ABD’de libel tourism’e cevaben eyaletler arası yeknesaklığı sağlamak amacıyla *Speech Act*⁷⁴ kaleme alınmıştır⁷⁵. Bu yasada ABD hukukundaki ifade hürriyeti koruması dikkate alınmış ve bir yabancı mahkeme ilâmının ABD’de tenfiz edilebilmesi için, tenfizi talep edilen kararın verildiği ülkenin en az ABD Anayasası kadar ifade hürriyeti koruması sağlamış olması şartı aranmıştır⁷⁶. Ancak ABD Anayasası’ndan ufak sapmaların tenfiz edilmemeye neden olup olmayacağı hususu madde lafzından net bir şekilde anlaşılammaktadır⁷⁷.

Daha önce de belirtildiği gibi, davacının davasını en lehe sonuç alacağı yer mahkemesinde ikame etmesi makul bir durumdur. Ancak, zayıf irtibatları yetki tesisi için yeterli bulan devletlerin mahkemelerinde dava açılması veya bu davada davalının savunma haklarına riayet edilmemiş olması gibi durumlar söz konusu kararın yabancı mahkemelerde tenfizi talep edildiğinde sorunlara yol açacaktır. Libel tourism’in en önemli sonucu, kararın tenfizinin talep edildiği ülkede ifade hürriyeti koruması üstün tutulduğu gerekçesiyle, kararın kamu düzenine aykırılığı sebebiyle tenfizinin reddedilmesi durumudur. Bir devletin başka devlet mahkemelerince verilmiş kararları tanınması ve/veya tenfiz etmesinin dayanağı uluslararası nezaket (*comity*) esasıdır; ancak libel tourism ile uluslararası nezaket esası kötüye kullanılabilir⁷⁸. Gerçekten bu kötüye kullanmanın önüne geçebilmek amacıyla çoğu hukuk düzeninde “kamu düzenine aykırılık” gerekçesiyle yabancı mahkemelerden alınan ilâmların tenfizi reddedilmektedir. Örneğin, Alman Federal Mahkemesi (*Bundesgerichtshof*) Brüksel I bis Tüzüğüne göre tenfizi talep edilen Polonya mahkemesi kararını, Alman Anayasası’nın ifade hürriyeti korumasına aykırı olduğu sebebiyle kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle reddetmiştir⁷⁹. Bu karara göre⁸⁰, 2013 yılında, aynı zamanda bir kamu kuruluşu olan Alman yayın şirketi ZDF Nazi imha kamplarına ilişkin bir film yayımlamıştır, ancak söz konusu filmde yanlış bir ifadeyle *Auschwitz ve Majdanek* hakkında “Polonya imha kampları” ifadesinin kullanılması üzerine bu kampların eski bir mahkûmu ZDF aleyhine kişilik haklarının ihlâl edildiği gerekçesiyle Polonya’da dava ikame etmiştir. Mahkeme, ZDF’nin internet sitesinde ana sayfasında hem Polonya halkının tarihinin filmde yanlış gösterildiğine dair bir bildiri hem de bir özür beyanı yayınlamasına hükmetmiştir. Mahkeme kararına göre davalı, internet sitesinin ana sayfasında en az bir ay süre kalmak şartıyla çerçeve içerisinde ve koyu harflerle almanca özür beyanını yayımlamalıdır. Bu beyan,

“www.zdf.de adlı sitede 15.07.2013’de yayımlanan ifadeler için ZDF pişmanlığını dile getirmektedir. Nitekim söz konusu ifadeler gerçek dışıdır ve Majdanek ve Auschwitz kamplarının Polonya tarafından yönetildiğini söylemek suretiyle Polonya ulusunun tarihini saptırmaktadır. ZDF bu kampların eski bir mahkûmu olan davacının kişilik haklarını, özellikle de ulusal kimliğini (Polonya ulusuna ait olma hissini) ve ulusal onurunu ihlâl ettiği için özür dilemektedir.”

şeklinde olmalıdır. *Cracow* Temyiz Mahkemesi kararı onaylamıştır; ancak kararın Almanya’da tenfizi talep edildiğinde Alman Federal Mahkemesi bu talebi, Alman kamu düzenini ihlâl ettiği gerekçesiyle reddetmiştir. Mahkeme, kararında basın ve ifade özgürlüğüne (Alman Anayasası’nın 5.maddesi) ve Anayasa Mahkemesi’nin içtihatlarına atıfta bulunmuştur. Bununla birlikte, Alman yasalarına göre, bir özür beyanı, bir ifade beyanı (*Meinungsäusserung*) olarak nitelendirilmektedir ve temel ifade hürriyeti hakkına göre, hiç kimse kendi görüşüne uymayan bir beyanda bulunmakla yükümlü değildir⁸¹. Bir başka ifadeyle Polonya mahkemesinin hükmetmiş olduğu özür metninin yayımlanması negatif ifade hürriyetini açıkça ihlâl etmektedir nitekim bu ifadeler mahkemenin ifadesidir ve hiç kimse kendisinin olmayan bir görüşü yayımlamakla yükümlü değildir⁸². Negatif ifade hürriyetinin kapsamına, bir kişinin başka birinin görüşünü kendi görüşüymüş gibi ifade etmeye zorlanmayacağı hususu da girmektedir⁸³. Polonya mahkeme hükmündeki bir ifadenin yanlış ya da doğru olduğuna ilişkin ifade de bir görüştür ve ZDF bu görüşü benimsemeye zorlanamaz. Dolayısıyla kararın tenfizi reddedilmiştir. Bu ret Brüksel I bis Tüzüğüne

⁷³ Bilgi dünyasında dünya tek bir ünedir, tek başına ülkeler bu üneden ayrılmaz. Örneğin, mahkeme kitabın satışını yasakladığı takdirde kitap, *Amazon* gibi çevrim içi satış platformlarından kaldırılacaktır: AUDA, s.110.

⁷⁴ ABD hukukunda 10.08.2010 tarihli *Securing the Protection of our Enduring and Established Constitutional Heritage Act* (Yerleşik ve Sürekli Anayasal Mirasın Korunmasını Güvence Altına Alan Kanun), “*Speech Act*” olarak kısaltılmıştır. *Speech Act* metni için bkz <https://www.congress.gov/111/plaws/publ223/PLAW-111publ223.pdf>, (Erişim: 15.04.2021).

⁷⁵ KLEIN, Andrew R.: “Some Thoughts on Libel Tourism”, *Pepp. L. Rev.*, 38, 2010, s.388.

⁷⁶ BARBOUR, Emily C.: “*The Speech Act: The Federal Response to “Libel Tourism”*”, Congressional Research Service (CRS) Report for Congress, 16.09.2010, s.10-11.

⁷⁷ KLEIN, s.389.

⁷⁸ STURTEVANT, s.280.

⁷⁹ Karar hakkında değerlendirmeler için bkz CALSTER, Geert Van: “*ZDF: A German refusal of Polish judgment based on ordre public. (And prof Hess’ comment on same)*”, <https://gavclaw.com/2018/09/06/zdf-a-german-refusal-of-polish-judgment-based-on-ordre-public-and-prof-hess-comment-on-same/>, (Erişim: 30.04.2021); HESS, Burkhard: “*The German Federal Civil Court rejects the recognition of a Polish judgment in a defamation case under the Brussels I Regulation for violation of public policy*”, <https://gavclaw.com/2018/09/06/zdf-a-german-refusal-of-polish-judgment-based-on-ordre-public-and-prof-hess-comment-on-same/>, (Erişim: 30.04.2021).

⁸⁰ Karara ilişkin açıklamalar için bkz <https://gavclaw.com/2018/09/06/zdf-a-german-refusal-of-polish-judgment-based-on-ordre-public-and-prof-hess-comment-on-same/>, (Erişim: 30.04.2021).

⁸¹ HESS, <https://gavclaw.com/2018/09/06/zdf-a-german-refusal-of-polish-judgment-based-on-ordre-public-and-prof-hess-comment-on-same/>, (Erişim: 30.04.2021).

⁸² MOSTOWIK, Piotr/ FIGURA-GÓRALCZYK, Edyta: “Polish Death Camps” as an “Opinion” of which Expressing is Protected by German Law? Questionable *Bundesgerichtshof*’s Judgement of 19.7.2018” in BAINCZYK, Magdalena/KUBIAK-CYRUL, Agnieszka (ed.), *State’s Responsibility FOR International Crimes*, Franz Steiner Verlag, Stuttgart 2021, s.99.

⁸³ MOSTOWIK/FIGURA- GÓRALCZYK, s.103.

uygundur, gerçekten de Brüksel I bis Tüzüğü üye devletler arasında uyumlaştırmayı sağlamasına rağmen kararların kamu düzenine aykırılık sebebiyle tenfiz edilemeyeceği istisnasına yer vermiştir⁸⁴. Bu karar ifade hürriyeti ve kişilik hakları çatışmasındaki tercihin üye devletlerde dahi farklılık gösterdiğinin kanıtıdır. Karar tam anlamıyla bir libel tourism örneği olmasa da ifade hürriyetini ihlâl ettiği gerekçesiyle kararların tanınması ve/veya tenfizinin engellenebileceğini açıkça göstermektedir.

Kanaatimizce bazı ifadeler bir “fikir” olmanın yanı sıra gerçekliği ispatlanabilir ifadelerdir. Nitekim “Polonya imha kampları” tarihi olarak yanlışlığı ispatlanabilen nitelikte bir ifadedir. Polonya mahkemesi kararında gerçekliği ispat edilebilen nesnel ifadeler de mevcuttur. Kanaatimizce uluslararası mücemele esası da göz önünde tutularak Brüksel I bis Tüzüğü’nün kamu düzenine ilişkin hükmünün de istisnai mahiyeti dikkate alınarak Alman Federal Mahkemesinin hükmün tenfizini sağlaması ya da Polonya mahkemesince verilen kararın doğrudan davalının internet sitesine yüklenmesi yerinde olabilirdi. Gerçekten de HESS’in de ifade ettiği gibi bir mahkeme kararının naklen yayımlanması bir fikir açıklaması niteliğinde olmayacaktır.

IV. TÜRK MİLLETLERARASI USÛL HUKUKUNA İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

A. Genel Olarak

Türk hukukunda daha önce de ifade edildiği gibi, ifade hürriyeti ve kişilik hakları arasındaki denge somut olayın şartları dikkate alınarak belirlenmektedir⁸⁵. Türk hukukunda şimdiye dek libel tourismin *Ehrenfeld* davası gibi belirgin bir emsali bulunmamaktadır. Ancak değerler arasındaki bu farklı tercihler Türk hukukunda da yabancı mahkemelerden alınan tazminata ilişkin ilâmların kamu düzeni sebebiyle tenfizinin önüne geçebilecektir. Belirtmek gerekir ki, devletlerin tanıma ve tenfiz müesseselerine hukukî düzenlemelerinde yer vermesinin dayanağı uluslararası mücemele doktrindir⁸⁶. Gerçekten, uluslararası ilişkilerin gelişmesi neticesinde, hükümlerin verildikleri ülke dışında icrası mümkün hâle gelmiştir⁸⁷.

B. Türk Milletlerarası Usûl Hukuku Bakımından İncelemeler

Türk hukukunda yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun⁸⁸ (MÖHUK)’un m. 50-59 hükümlerinde düzenlenmiştir. Söz konusu hükümlerde öngörülen şartları taşıyan yabancı mahkeme ilâmı hakkında Türk mahkemesi tanıma veya tenfiz kararı vermekle yükümlüdür⁸⁹. Ayrıca Türk hukukunda, yabancı mahkemenin vermiş olduğu ilâmın maddî ve hukukî olgular açısından yeniden incelenmesi anlamındaki *révision au fond* sistemi benimsenmemiştir⁹⁰. Bir diğer ifadeyle Türk hukukunda tanıma veya tenfiz taleplerinde, yabancı mahkemeden alınan ilâmın esastan incelenmesi yasağı söz konusudur.

1. Yabancı Mahkeme Kararının Türk Kamu Düzenine Açıkça Aykırı Olması

Tenfizin esas şartlarını düzenleyen MÖHUK m. 54/1-c hükmüne göre, yabancı mahkeme kararları hakkında tenfiz kararı verilebilmesi için “hükmün kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması” gerekmektedir. Bu kapsamda yabancı mahkeme ilâmında yer alan hüküm ve bu hükmün Türkiye’de icra edilmesi ile meydana gelecek sonuç değerlendirilmelidir⁹¹. Kategorik olarak bazı konuların kamu düzeninden kabul edilmesi sebebiyle yabancı mahkeme kararlarının tenfizinin engellenmesi kamu düzeni kavramının yanlış yorumlanması anlamına gelmektedir⁹². Kamu düzeni kavramı hakkında Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu’nun 2012 yılında verdiği karar⁹³ yol göstericidir. Söz konusu karara göre,

“...Esasa uygulanan hukukun Türk Hukukunda farklı olması ya da Türk Hukukunun emredici kurallarına aykırı olması gibi nedenlerle yabancı kararın tenfizi reddedilemez. Burada esas alınması gereken kıstas, yabancı ilâmın Türk Hukukunda bir veya birden çok kanun hükümlerine aykırı bulunmasından çok, Türk Hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına ve hukuk siyasetine, Anayasa’da yer alan temel hak ve özgürlüklere milletlerarası alanda geçerli ortak ve kabul görmüş hukuk prensiplerine, ikili anlaşmalara, gelişmiş toplumların benimsedikleri ahlak ve adalet anlayışına, medeniyet seviyesine siyasi ve ekonomik rejimine bakmak olmalıdır...”

Kararda da ifade edildiği üzere milletlerarası alanda genel kabul görmüş hukuk prensipleri dikkate alınması gereken kıstaslar arasındadır. Dolayısıyla hüküm sonucunun, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu kararındaki çerçeve doğrultusunda Anayasanın temel ilkelerine ve hukukun genel prensiplerine

⁸⁴ Ancak Hess bu kararı eleştirmekte ve bildiri yayımlanmasına ilişkin önerisini belirtmektedir. Hess’e göre Polonya’dan alınan kararın hüküm sonucunun yayımlanması bildiri yerine geçebilecektir. ZDF’nin *Cracow* Temyiz Mahkemesi kararını yayımlaması yazara göre Alman kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyecektir: HESS, <https://gavclaw.com/2018/09/06/zdf-a-german-refusal-of-polish-judgment-based-on-ordre-public-and-prof-hess-comment-on-same/>, (Erişim: 30.04.2021).

⁸⁵ Yargıtay HGK, 02.11.2016, E.2014/4-1184, K.2016/1012: www.kazanci.com, (Erişim: 29.04.2021).

⁸⁶ SARGIN, Fügen/ERTEN, Rifat: “MÖHUK Hükümleri Dairesinde Tanınmanın Hukukî Niteliği, Usûlü ve Karşılaşılan Bazı Sorunlar: “Yeni Bir Düzenleme Yapma Gereği”, UTTDER, 2, 2014, s.42-43.

⁸⁷ ARAT, Tuğrul: “Yabancı İlâmların Tanınması ve Tenfizi”, AÜHFD, 21,1964, s.423.

⁸⁸ Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5718, Kabul Tarihi 27.11.2007, RG: 12.12.2007; 26728 (MÖHUK).

⁸⁹ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s.533.

⁹⁰ TİRYAKIOĞLU, Bilgin: Yabancı Boşanma Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi, Ankara Üniversitesi, 1996, s.16.

⁹¹ TEKİN, s.159.

⁹² TİRYAKIOĞLU, Bilgin: “Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzenine Aykırılık” in Balkar Bozkurt, Süheyla (ed.), Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Güncel Gelişmeler, İstanbul 2018, s.83.

⁹³ Yargıtay İBĞK’nin 10.02.2012 tarihli ve E.2010/1, K.2012/1 sayılı içtihadı birleştirme kararı (RG: 20.09.2012; 28417) için bkz. www.kazanci.com, (Erişim: 01.05.2021).

aykırı düşmediği sürece tenfizi reddedilmemelidir⁹⁴. Milletlerarası bir mutabakatın ürünü olan AİHS hükümleri ve içtihatları da kamu düzenine aykırılık belirlenmeye çalışılırken dikkate alınmaktadır. Bir devletin kişilik hakları ve ifade hürriyeti arasındaki çatışmada benimsediği tercihin Türk hukukundakinden farklı olması tek başına, bu mahkemelerden alınan ilâmların tenfizinin önüne geçmemelidir⁹⁵. Çatışan değerler arasındaki tercihten ziyade hüküm sonucunun Türk kamu düzeni üzerindeki etkisi dikkate alınmalıdır. Bir başka ifadeyle, hüküm sonucunun Anayasa⁹⁶ ve AİHS ile güvence altına alınan ifade hürriyetini önemli ölçüde ve açıkça ihlâl ettiği durumlarda söz konusu ilâmın tenfizi reddedilmelidir⁹⁷.

2. Kararı Veren Mahkemenin Dava Konusu veya Taraflarla Gerçek Bir İlişkinin Bulunmaması

MÖHUK m. 54(1)(b) hükmü gereğince yabancı mahkemelerce verilmiş bir ilâmın tenfiz edilebilmesi için aranan şartlardan biri de, “davalının itiraz etmesi şartıyla ilâmın, dava konusu veya taraflarla gerçek bir ilişkisi bulunmadığı hâlde kendisine yetki tanıyan bir devlet mahkemesince verilmiş olmaması”dır. 2675 sayılı Kanundan farklı olarak 5718 sayılı Kanunda söz konusu hüküm kaleme alınmıştır. Madde gerekçesinde “dava konusuyla veya taraflarla hukukî ve fiili anlamda gerçek bir ilişkisi olmaksızın yabancı bir mahkemenin kendisini yetkili sayması milletlerarası yetki alanında istenmeyen “aşırı yetki” olarak kabul edilmektedir” ifadesine yer verilmiştir⁹⁸. Milletlerarası yetki tesisinde ülke ile uyumsuzluk arasındaki geçici, sübjektif veya zayıf irtibatların yeterli kabul edilmesi, verilen kararın milletlerarası alanda etkisini zayıflatmanın yanı sıra, davacıya tabii mahkeme dışında kendisine avantajlar sağlayacağı yargı mercilerine gitme imkânı da sağlar⁹⁹. Örneğin vatandaşlığa bağlı yetki tesisi, uyumsuzluk konusu dışındaki bir malvarlığı unsuruna bağlı yetki tesisi, davacıya bağlı yetki tesisi veya tebligata bağlı yetki tesisi aşırı yetkiye örnek olarak gösterilebilir; ancak somut olaya ilişkin değerlendirme yapılmaksızın söz konusu irtibat noktalarının aşkın yetkiye sebep olduğunu söylemek doğru olmayacaktır¹⁰⁰.

İnternet ortamında yalnızca erişilebilirlik kistasına dayalı yetki tesisi hâlleri aşkın yetkiye ilişkin tartışmalara yol açabilecek niteliktedir. Somut olaydaki diğer irtibatlar dikkate alınmaksızın kişilik haklarının ihlâline neden olan içeriğin kararı veren ülkede erişilebilir olması sebebiyle söz konusu ülke mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tesis etmesi hâlinde aşkın yetkiden söz edebilmek mümkündür. İnternet ortamına ilişkin yeknesak düzenlemelerin bulunmaması ve mevcut hukuk kurallarının internet ortamına adapte edilmesinin güçlüğü sebebiyle devletler kendi milletlerarası yetkilerini kolaylıkla tesis edebileceklerdir. Devletlerin egemenliği sebebiyle her devlet kendi milletlerarası yetkisini tayin eden kuralları düzenlemektedir. Egemen devletlerce henüz işbirliğinin sağlanmadığı internet ortamına ilişkin uyumsuzluklarda devletler, uluslararası hukukun genel ilkelerini ve *comity* esasını göz önünde bulundurarak karar vermelidir. Ancak mahkemelerin dava ve taraflarla gerçek ilişkisi değerlendirilirken kanaatimizce AİHS m. 6 hükmünün gerekleri de dikkate alınmalıdır. İnternet ortamının yasal düzenlemelerden yoksun olması kişilerin adalete erişim hakkının önüne geçmemelidir.

V. ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

A. Yakınlık İlkesi ile *Libel Tourism*in Önlenmeye Çalışılması

İnternet ortamının dünya çapında erişime olanak vermesi, daha önce de açıklandığı üzere erişilebilirlik yaklaşımı öne sürülerek mahkemelerin dava ve taraflarla gerçek bağlantıları bulunmaksızın milletlerarası yetkilerini kolaylıkla tesis etmeleri sonucunu doğurabilmektedir. Gerçekten, erişilebilirlik yaklaşımının internet ortamına aktarılması libel tourism'e yol açabilecektir¹⁰¹. Ancak ABAD'ın daha sonraki içtihadında ileri sürdüğü *mağdurun menfaatler merkezi* irtibat unsuru da üye devletler arasında farklı uygulamalara yol açabilecek mahiyettedir¹⁰².

Uygulanacak hukukun yakınlık ilkesine göre tayin edilmesi *libel tourism* çözüm olarak ileri sürülmüştür¹⁰³. Yakınlık ilkesine dayanan ihtilâf kuralları karşılaştırmalı hukukta en önemli ilişkiyi haiz

⁹⁴ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s.576-577; NOMER, Ergin: Devletler Hususi Hukuku, 21.B, İstanbul, 2015, s.505.

⁹⁵ TEKİN, s.160.

⁹⁶ 18.10.1982 tarihli ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, RG: 09.11.1982; 17863. Anayasanın 25. maddesinde tanımlanan düşünce ve kanaat hürriyeti ile 26. maddesinde güvence altına alınan düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti demokratik toplumun gereklerindedir: TEKİN, s.45-46.

⁹⁷ TEKİN, s.160.

⁹⁸ 5728 sayılı Kanunun gerekçesi için bkz. <https://app.e-uyar.com/gerekce/index/56f56e83-5377-4d8e-a878-5f734839c05e>, (Erişim: 30.06.2020).

⁹⁹ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s.567.

¹⁰⁰ HUYSAL, Burak/ŞERMET SÜZEN, Begüm: “Tanıma ve Tenfiz Davalarında Kararı Veren Mahkemenin Yetkisinin İncelenmesi”, in BALKAR BOZKURT, Süheyla: Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Güncel Gelişmeler, İstanbul 2018, s.60.

¹⁰¹ GONZÁLEZ, s.417; AZZI, s.696; *Mittelbayerischer Verlag KG v. SM* (ABAD, C-800/19, 23.02.2021, Kararın İngilizce metni için <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62019CC0800>, (Erişim: 12.04.2021) kararında ABAD hukuk sözcüsü (*Advocate General*) Bobek'in görüşüne göre, erişilebilirlik yaklaşımının internet ortamına aktarılmamalıdır, bkz para 39-44. Hukuk sözcüsüne göre, bu yaklaşım internet ortamında kişilik haklarının ihlâli sonucunda başvurulacak hukukî koruma yollarının bölünebilir veya bölünemez olarak vasıflandırılması sorununu gündeme getirmektedir, para.44.

¹⁰² *Edate* ve *Martinez* kararlarında ifade edildiği üzere, “Bir kişinin menfaatler merkezi genellikle mutad meskenine tekabül etmektedir. Fakat bir kişi mukim olduğu yer dışında da menfaatler merkezine sahip olabilir. Örneğin bir devlette profesyonel bir aktiviteyi yürütmek bu devletle yakın ilişkiyi tesis edebilir. “Bkz Para 49. Bu ifade, mağdurun menfaatler merkezi irtibat unsurunun davacı ve davalının yarışan menfaatleri arasında denge kurulmaya çalışılmasının bir ürünü olduğunu gözler önüne sermektedir: AUDA, s.114.

¹⁰³ HARTLEY, Trevor C.: “‘Libel Tourism’ and Conflict of Laws”, *International and Comparative Law Quarterly*, 59(1), 2010, s.35.

hukuk, en yakın irtibatlı hukuk, buna bağlı olarak daha yakın irtibatlı hukuk veya çok daha yakın irtibatlı hukuk yapıları olarak çıkmaktadır¹⁰⁴. Gerçekten, çağdaş hukuk düzenleri öngörebildikleri düzeyde objektif özel bağlama kurallarına, öngöremedikleri atıptık durumlar için ise hukukî düzenlemelerin özellikle internet gibi gelişmelerden asgari düzeyde etkilenmesi amacıyla esnek ihtilâf kurallarına yönelmektedir¹⁰⁵. Ancak en sıkı ilişkili hukukun tespitinde *lex fori* sıklıkla tercih edilmektedir¹⁰⁶. Ayrıca yakınlık ilkesine dayanan bir ihtilâf kuralının tatbikinin kaçınılmaz sonucu hukukî kesinlik, güvenlik ve öngörülebilirlikten uzaklaşmasıdır¹⁰⁷. Kanaatimizce uygulanacak hukuk belirlenirken yakınlık ilkesinin yanında davacı ve davalının yarışan menfaatleri arasındaki makul denge tesis edilmeye çalışılmalıdır¹⁰⁸.

B. Uluslararası Sözleşme ile *Libel Tourism*in Önlenmeye Çalışılması

Libel tourism internetin yarattığı bir sorundur; dolayısıyla küresel bir hamle ile çözülmeye çalışılmalıdır. Sözleşme her zaman mükemmel bir uyumluluk tesis etmese de libel tourism ancak uluslararası bir sözleşme ile engellenmeye çalışılabilir. Ancak İngiltere ve ABD bu sözleşmenin tarafı olmadığı sürece libel tourismun engellenmesi pek mümkün görünmemektedir¹⁰⁹. *Auda*'nın önerisine göre şeref ve haysiyet ihlâline ilişkin ilâmların tanınması ve tenfizine ilişkin uluslararası sözleşme metni şu şekilde olmalıdır¹¹⁰:

Madde 1: Bu sözleşme, internet ortamında şeref ve haysiyet ihlâline ilişkin özel hukuk taleplerine dayanan ilâmların tanınması ve tenfizine uygulanır. Kararı veren ülkede ikamet etmeyen davalılara karşı alınan ilâmların başka bir âkit devlette tanınması veya tenfizi taleplerinde bu sözleşme hükümleri uygulanır.

Madde 2: Bir devlet bu sözleşmeyi imzalarken, onaylarken veya bu sözleşmeye taraf olurken, karşılıklılık ilkesine dayanarak sadece belli âkit devletlerden verilen kararları tanıyıp tenfiz edebileceğini beyan edebilir.

Madde 3: Bir ilâm davalının ikametgâhı veya mağdurun menfaatler merkezi mahkemelerinden alınmışa tanınır ve tenfiz edilir.

a) “mağdurun menfaatler merkezi”nin nerede olduğunu belirleyebilmek için nesnel bir değerlendirmeye ihtiyaç vardır:

i. Mağdurun tanındığı ve varsa yaşam planını yürüttüğü yer, ve

ii. Şeref ve haysiyeti ihlâl ettiği iddia edilen makale, belli bir bölgede ilgi uyandırması ve bu bölgedeki okuyucuları aktif olarak kendisine erişime teşvik etmesi bakımından bu bölgeyle nesnel olarak ilişkiliyse

b) Bu nesnel belirlemede dikkate alınması gereken faktörlerden diğer ikisi de (bunlar sınırlı değildir) içeriğin dili ve yargı sahasında mağdurun popülaritesinin durumudur.

Madde 4: Yukarıdakilere ek olarak, Bir *web* site abonelik istiyorsa erişimin sağlandığı yerlerde davacı, o bölgedeki zararlar sınırlı olarak dava açabilir.

a) Abonelik gerektiren *web* site¹¹¹, yalnızca belirli yargı sahasındaki aboneler tarafından içeriklere erişim sağlanabilen sitedir. Abonelerden erişim için bir ücret ödemeleri istenebilir. *Web* sitenin operatörünün bir yargı sahasında yargılanmaması için erişimi o bölgeye yasakladığını açıkça netleştirmelidir¹¹².

Madde 5: Tanıma veya tenfiz için başvuru devlet, hüküm açıkça kamu düzenine aykırı ise tenfizi reddedebilir.

Kamu düzeni kavramı ülkeden ülkeye değişiklik gösteren bir kavramdır; dolayısıyla kamu düzeni müdahalesi ancak açıkça aykırılık hâllerinde gündeme gelmelidir. Nitekim Brüksel I *bis* Tüzüğünde de kamu düzeni müdahalesi söz konusudur¹¹³. Ancak daha önce de ifade ettiğimiz üzere, ifade hürriyeti ve kişilik hakları arasındaki farklı normatif çerçeveleri haiz devletler, farklı yasal düzenlemeler içeren hukuk düzenlerinden alınan ilâmların tenfizi talep edildiğinde kamu düzeni hükmüne sıklıkla başvurmuşlardır¹¹⁴. Dolayısıyla kamu düzenine aykırılığa ilişkin hükmün mevcudiyeti bazı durumlarda sözleşmenin amacına hizmet etmeyebilecektir.

¹⁰⁴ GÜNGÖR, Gülin: Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı (Yakınlık Yaklaşımı), Yetkin, 2007, s.21.

¹⁰⁵ GÜNGÖR, s.253.

¹⁰⁶ NIELSEN, s.40.

¹⁰⁷ GÜNGÖR, s.256.

¹⁰⁸ MÖHUK m. 35 ve mehaz 1987 tarihli İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Federal Kanunu (*Loi Fédérale sur le Droit International Privé-LDIP*, Kanunun Fransızca metni için bkz https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1988/1776_1776_1776/fr, (Erişim: 02.05.2021) m. 139 davalının uygulanacak hukuku öngörülebilirliğini de dikkate almışlardır. Ancak bu öngörülebilirliğin internet ortamında nasıl belirleneceği müphemdir. Ayrıca LDIP m. 139 ve MÖHUK m. 35 maddeleri en sıkı ilişkili hukuku belirleme amacıyla kaleme alınmışlardır. LDIP m. 139 hakkında açıklamalar için bkz TEKİN, s.202 vd.; REYMOND, Michel: La Compétence Internationale en cas d'Atteinte à la Personnalité par Internet, Schulthess, 2015, s.178-181.

¹⁰⁹ AUDA, s.123.

¹¹⁰ AUDA, s.121-122.

¹¹¹ *Auda*, açık erişimli *web* siteleri ile abonelik gerektiren *web* siteleri arasında ayırım yapmıştır. Bu ayırım davalının öngörülebilirliğine dayanmaktadır. Açık erişimli *web* sitelerinde davacının nerede olduğu davalı tarafından öngörülemezken; abonelik gerektiren *web* sitelerinde özellikle de paralı abonelik durumunda, kredi kartı bilgilerinden davacının mutad meskenine ilişkin davalı bilgi sahibi olabilecektir. Dolayısıyla davalı, abonelik suretiyle, o yer mahkemelerinin zararlar sınırlı yetkisini kabul etmektedir: AUDA, s.118-119. Ancak kanaatimizce *web* siteleri bu şekilde karakterize etmek gelişen teknoloji karşısında işlevsiz hâle gelebilecektir. Örneğin, bazı ülkelerde çeşitli *web* sitelere erişim yasakları bulunmasına rağmen, o ülkede yaşayan internet kullanıcıları çeşitli yazılımlar veya teknik araçlarla bu yasakları bertaraf edebilmektedirler. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz TEKİN, s.15.

¹¹² Bu hükümle failin niyetine önem atfedilmiştir. Bu netleştirme, açık bir uyarı şeklinde olmalıdır. En temel düzeyde, *web* site operatörü belirli bölgelerdeki kullanıcıları bu içeriğe erişimin illegal olduğu hususunda uyarmalıdır: GOLDSMITH, Jack: “Unilateral Regulation of the Internet: A Modest Defence”, *European Journal of International Law*, 11(1), 2000, s.140.

¹¹³ Brüksel I *bis* Tüzüğüne göre tanıma ve tenfiz engelleri hakkında detaylı bilgi için bkz. SÜRAL, Ceyda: “Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi” in Özkan, Işıl/Süral, Ceyda/Tütüncübaşı, Uğur (ed.), Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s.220-223.

¹¹⁴ Bkz III no'lu başlık altında açıklanan *Cracow* Temyiz Mahkemesinin onadığı ilâmın tanınmasını reddeden *Bundesgerichtshof* kararı.

Sözleşmenin 3. maddesindeki “mağdurun menfaatler merkezi” irtibat unsuru da üye devletler arasında farklı yorumlamalara maruz kalabilecek mahiyettedir. Gerçekten, mağdurun menfaatler merkezi, AB üyesi devletler tarafından defalarca ön sorun olarak ABAD’a intikal ettirilmiştir¹¹⁵. Ancak söz konusu unsurun yorumuna ilişkin henüz somut kriterlere ulaşılamamıştır.

VI. SONUÇ

Gelişen teknoloji, özellikle çeşitli sosyal medya platformlarının yaygınlaşması, internet ortamında kişilik haklarının ihlâlini yaygınlaştırmıştır. Libel tourism, şeref ve haysiyetin internet ortamında ihlâlüne dayanan hukukî taleplerde, mağdurun kendi lehine karar verebilecek mahkemeleri tercih etmesi durumunda gündeme gelebilecektir. Özellikle internet ortamındaki içeriğin dünya üzerindeki her yerden erişilebilir olması davacının uyuşmazlık ve taraflarla zayıf ve geçici irtibatlarla sahip yargı sahasında davasını ikame etmesi sonucunu doğurabilecektir. Davacının en lehe sonuç alacağı yargı sahasında taleplerde bulunması makul bir durum olsa da, uyuşmazlık ve taraflarla gerçek irtibatları haiz olmayan bir yargı sahasından alınan kararın tenfizi kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle reddedilebilecektir.

Libel tourismün temel sebebi, temel haklardan olan ifade hürriyeti ve kişilik hakları arasındaki değerler ihtilâfidir. Özellikle ifade hürriyetinin üstün tutulduğu ABD gibi devletlerde libel tourism sıklıkla tartışılmıştır. Libel tourismün bir diğer sebebi de, internet ortamında milletlerarası yetkinin tesisinde yalnızca erişilebilirliğin dikkate alınmasıdır. İnternet ortamının sınırları bertaraf eden doğası, içeriğin herhangi bir coğrafi alana lokalize edilmesini güçleştirmektedir. Haksız fiillere ilişkin yetki kuralı olan zararın meydana geldiği yer irtibatı çoğu hukuk düzeninde benimsenmiş olsa da söz konusu irtibatın internet ortamında yorumu konusunda yeknesaklık söz konusu değildir. Erişilebilirliğe bağlı yetki tesisi sonucunda mahkemelerin kendi maddî hukuk kuralları uygulaması eğilimde olmaları ve davacının da bu durumu dikkate alarak hareket etmesi libel tourismün bir diğer sebebidir. AB kapsamında dahi ifade hürriyeti ve kişilik hakları arasındaki dengenin üye devletler arasında farklılık göstermesi nedeniyle uygulanacak hukuk konusunda uyumlaştırma sağlanamamıştır. Bir hukuk düzeninde şeref ve haysiyet ihlâlüne ilişkin sorumluluğu belirleyen hükümlerin davacı açısından elverişli olması özellikle de dünya çapında tanınmış davacıların erişilebilirlik kıstasına dayanarak davasını söz konusu devlet mahkemelerinde ikame etmesine yol açmaktadır.

Libel tourism demokratik toplumların güvence altına aldığı ifade hürriyeti üzerinde soğutucu bir etki yaratmaktadır. Yazarlar veya internet ortamındaki içerik üreticileri başka yargı sahalarında dava edilme kaygısı yaşamamak için bu yargı sahalarında ikamet eden kişilere ilişkin içerik veya haber paylaşma konusunda çekimser kalabileceklerdir. İfade hürriyeti üzerindeki soğutucu etkisinin yanı sıra libel tourismün milletlerarası özel hukuk bakımından en önemli sonucu, libel tourism sonucunda dava ve taraflarla gerçek bir irtibata sahip olmayan bir mahkemeden alınan kararın tenfizinin talep edildiği ülkede ifade hürriyeti koruması üstün tutulduğu gerekçesiyle, kararın tenfizinin reddedilmesidir. Libel tourism sonucu alınan kararların tenfizi uluslararası nezaket esasının kötüye kullanılmasına yol açabilecektir. Bu sebeple çoğu hukuk düzeninde “kamu düzenine aykırılık” gerekçesiyle yabancı mahkemelerden alınan ilâmların tenfizi reddedilmektedir. ABD hukukunda libel tourismce cevap olarak *Speech Act* kaleme alınmıştır.

Libel tourismün önüne geçebilmek amacıyla ulusal düzeyde alınan tedbirler hukuk düzenleri arasındaki farklılıkları derinleştirmektedir. Libel tourism ile mücadelenin en etkili yöntemi şüphesizdir ki uluslararası bir mutabakattır. Sözleşme her zaman mükemmel bir uyumluluk sağlamasa da libel tourism ancak uluslararası bir sözleşme ile azaltılabilir. Ancak birçok uluslararası sözleşme istisnâ karakterde olsa da “kamu düzeni” müdahalesini saklı tutmaktadır. İfade hürriyeti ve kişilik hakları arasındaki dengenin hukuk düzenlerince farklı tesis edilmiş olması sebebiyle yabancı mahkemelerden alınan ilâmların tenfizinde kamu düzeni müdahalesine sıklıkla başvurulmaktadır. Ancak kanaatimizce uzun vadede kaleme alınacak bu sözleşmede kamu düzeni müdahalesine yer verilecek olması problemin çözümü bakımından tartışılmalı sonuçlar doğurabilecektir.

¹¹⁵ Bkz. *Bolagsupplysningen OÜ, Ingrid Ilsjan v Svensk Handel AB* (ABAD, 07.04.2016, C- 194/16, Kararın İngilizce metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62016CN0194>, (Erişim: 17.02.2021) ve *Mittelbayerischer Verlag KG v. SM* kararı (ABAD, C-800/19, 23.02.2021, Kararın İngilizce metni için <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62019CC0800>, (Erişim: 12.04.2021).

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Atf Şekli: Yazar Esra TEKİN bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Esra TEKİN who is the author of this paper has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The author declares that she complies with the scientific, ethical, and quotation rules of İnULR in all processes of the paper and that he does not make any falsification of the data collected. In addition, she declares that İnönü University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than İnönü University Law Review.

KAYNAKÇA

- AHN, Annie Soo Yeon: "Clarifying the Standards for Personal Jurisdiction in Light of Growing Transactions on the Internet: The Zippo Test and Pleading of Personal Jurisdiction", *Minn. L. Rev.*, 99(6), 2015, s.2325-2361.
- AKINCI, Ziya: *Milletlerarası Özel Hukuk*, Vedat, 2020.
- ARAT, Tuğrul: "Yabancı İllamların Tanınması ve Tenfizi", *AÜHFD*, (2), 1964, s.421-528.
- AUDA, Ali G. R. : "A Proposed Solution to the Problem of Libel Tourism", *Journal of Private International Law*, 12(1), 2016, s.106-131.
- AZZI, Tristan: "Compétence Juridictionnelle en matière de Cyber-Délits: L'incontestable Déclin du Critère de l'accessibilité (à propos de plusieurs arrêts récents)", *Rev. Crit. DIP* Octobre- Décembre, 2020, s.695-711.
- BARBOUR, Emily C.: "The Speech Act: The Federal Response to "Li-bel Tourism", *Congressional Research Service (CRS) Report for Congress*, 16.09.2010, s.1-15.
- BATES, Stephen: "More Speech: Preempting Privacy Tourism", *Hastings Comm. & Ent. L. J.*, 33(3), 2011, s.379-406.
- CALSTER, Geert Van: "ZDF: A German refusal of Polish judgment based on ordre public. (And prof Hess' comment on same)", <<https://gavclaw.com/2018/09/06/zdf-a-german-refusal-of-polish-judgment-based-on-ordre-public-and-prof-hess-comment-on-same/>>
- ÇELİKEL, Aysel/ERDEM, Bahadır: *Milletlerarası Özel Hukuk*, 14. Bası, Beta, 2016.
- DARDAĞAN, Esra: "Milletlerarası Yargı Yetkisi Kurallarının Sanal Ortama Uygulanması: Amerikan Hukukuna Bakış", *KÜHFD*, 4, 2005, s.81-121.
- DARDAĞAN, Esra: *Milletlerarası Usul Hukukunda "Aşkın Yetki" Kavramı*, Siyasal Kitabevi, 2005.
- ELMASULU, Dilek Ece: *Türk ve Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda Şeref ve Haysiyete İnternet Yolıyla Saldırıdan Doğan Sorumluluk Davalarında Milletlerarası Yetki*, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2018.
- ESENYEL HANAZ, Fatma: *Kişilik Haklarının İhlalinde Sorumluluk ve Uygulanacak Hukuk*, İstanbul Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2018.
- ETLİOĞLU ERÇETİNGÖZ, Seçil: *İnternet Ortamında Şeref ve Haysiyetin Korunmasında Uygulanacak Hukuk*, Marmara Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019.
- GARNETT, Richard/RICHARDSON, Megan: "Libel Tourism Or Just Redress? Reconciling The(English) Right To Reputation With The (American) Right To Free Speech In Cross-Border Libel Cases", *Journal of Private International Law*, 5(3), 2009, s.471-490.
- GİRAY, Faruk Kerem: "Forum Shopping-Forum Non Conveniens Kavramları ile Anti-suit Injunction Kararlarının Türk Milletlerarası Usul Hukukundaki Görünümleri", in Gürler, Sercan (ed.) *Adaletle Yönelmiş Bir Toplumsal Düzen Olarak Hukuk: Prof. Dr. Yasemin Işıktaç Armağanı*, Sumer Kitabevi, 2020, s.869-890.
- GOLDSMITH, Jack: "Unilateral Regulation of the Internet: A Modest Defence", *European Journal of International Law*, 11(1), 2000, s.135-148.
- GONZÁLEZ, Javier Carrascosa: "The Internet- Privacy and Rights Relating to Personality" *Recueil des Cours*, Tome 378, 2015.
- GÖĞER, Erdoğan: *Devletler Hususî Hukuku*, 4. Bası, Ankara Üniversitesi, Ankara 1977.
- GÖZLER, Kemal: *Hukukun Temel Kavramları*, B. 18, Ekin, Bursa 2020.
- GÜNGÖR, Gülin: *Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı*, Yetkin, 2007.
- GÜNGÖR, Gülin: *Türk Milletlerarası Özel Hukuku*, Yetkin, 2021.
- HANSON, Nigel: "Global Risks Rise Publishing Online", <https://pressgazette.co.uk/global-risks-rise-publishing-online/>, (Erişim: 31.08.2022).
- HARTLEY, Trevor C.: "'Libel Tourism' and Conflict of Laws", *International and Comparative Law Quarterly*, 59(1), 2010, s.25-38.
- HESS, Burkhard: "The German Federal Civil Court rejects the recognition of a Polish judgment in a defamation case under the Brussels I Regulation for violation of public policy", <<https://gavclaw.com/2018/09/06/zdf-a-german-refusal-of-polish-judgment-based-on-ordre-public-and-prof-hess-comment-on-same/>>

- HUYSAL, Burak/ŞERMET SÜZEN, Begüm: “Tanınma ve Tenfiz Davalarında Kararı Veren Mahkemenin Yetkisinin İncelenmesi”, in Balkar Bozkurt, Süheyla (ed.), *Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Güncel Gelişmeler*, İstanbul 2018, s.47-69.
- KARACA, Hüseyin Akif: “Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukuk Konusundaki Avrupa Konseyi Roma III Tüzüğü Kapsamında Hukuk Seçimi”, *Marmara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Enstitüsü Avrupa Araştırmaları Dergisi*, 27(2), 2019, s.241-262
- KLEIN, Andrew R.: “Some Thoughts on Libel Tourism”, *Pepp. L. Rev.*, 38, 2010, s.375-392.
- LE BOS, Yves-Edouard: *Renouvellement de la Théorie du Conflit de Lois dans un Contexte Fédéral* (Daloz 2010).
- MCFARLAND, Robert L.: “Please Do Not Publish this Article in England: A Jurisdictional Response to Libel Tourism” (November 2009) *Mississippi Law Journal*, <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1514988>
- MOORE, Todd W.: “Untying Our Hands: The Case for Uniform Personal Jurisdiction Over “Libel Tourists”, *Fordham L. Rev.*, 77(6), 2009, s.3207-3249.
- MOSTOWIK, Piotr/ FIGURA-GÓRALCZYK, Edyta: “Polish Death Camps” as an “Opinion” of which Expressing is Protected by German Law? Questionable Bundesgerichtshof’s Judgement of 19.7.2018” in *Bainczyk, Magdalena/Kubiak-Cyruł, Agnieszka (ed.), State’s Responsibility FOR International Crimes*, Franz Steiner Verlag, Stuttgart 2021, s.91-116.
- NIELSEN, Peter Arnt: “Choice of Law for Defamation, Privacy Rights and Freedom of Speech”, *Oslo Law Review*, 6(1), 2019, s.32-42.
- NIELSEN, Peter Arnt: “Libel Tourism From A European Perspective”, in *Essays in Honour of Michael Bogdan*, Offprint, Juristförlaget i, Lund, 2013, s.387-399.
- NIELSEN, Peter Arnt: “Libel Tourism: English and EU Private International Law”, *Journal of Private International Law*, 9(2), 2013, s.269-288.
- NILSSON, Axel: *Personality Rights, Defamation and the Internet*, Lund University Faculty of Law, Master Thesis, 2017.
- NOMER, Ergin: *Devletler Hususi Hukuku*, B. 21, Beta, 2015.
- ÖZEL, Sibel: *Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması*, 2. Bası, Seçkin, İstanbul 2004.
- PECHE, Laurent: “Conflicts de Jurisdictions et Cyberdélits: Une ‘Adaptation’ Prob-ématique de la Jurisprudence Shevill par la CJUE”, <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2037763>, (Erişim: 22.08.2022).
- POSADA, Obdulio César Velásquez: “Jurisdictional Problems in Cyberspace Defamation”, *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 6, 2005, s.247-300.
- PRICE QC, James/MCMAHON, Felicity: *Blackstone’s Guide To The Defamation Act 2013*, Oxford, 2013.
- REYMOND, Michel: *La Compétence Internationale en cas d’Atteinte à la Person-nalité par Internet*, Schulthess, 2015.
- SARGIN, Fügen/ERTEN, Rifat: “MÖHUK Hükümleri Dairesinde Tanınmanın Hukukî Niteliği, Usûlü ve Karşılaşılan Bazı Sorunlar: “Yeni Bir Düzenleme Yapma Gereği”, *UTTDER*, 2, 2014, s.37-137.
- SEVİÇ, Muammer Raşit: *Devletler Hususi Hukuku*, İstanbul Üniversitesi, 1983.
- SEVİÇ, Vedat Raşit: “Milletlerarası Özel Hukuk Alanında Yetki Anlaşmasının Ayrıcılığı”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 55(3), 1996, s.179-190.
- STAVELEY-O’CARROLL, Sarah: “Libel Tourism Laws: Spoiling the Holiday and Saving the First Amendment”, *New York University Journal of Law and Liberty*, 4(3), 2009, s.253-292.
- STURTEVANT, Tara: “Can the United States Talk the Talk & Walk when It Comes to Libel Tourism: How the Freedom to Sue Abroad Can Kill the Freedom of Speech at Home”, *Pace Int’l L. Rev.*, 22(1), 2010, s.269-296.
- SÜRAL, Ceyda: “Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi” in *Özkan, Işıl/Süral, Ceyda/Tütüncübaşı, Uğur (Ed.), Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s.205-234.
- SVANTESSON, Dan Jerker B.: *Private International Law and the Internet*, 3rd ed., Wolters Kluwer, 2015.
- ŞANLI, Cemal/ESEN, Emre/ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci: *Milletlerarası Özel Hukuk*, 7. Bası, Beta, 2019.
- TEKİN, Esra: *Milletlerarası Özel Hukukta Kişilik Haklarının İnternet Yoluyla İhlâlinde Sorumluluk*, On İki Levha, İstanbul 2021.
- TİRYAKİOĞLU, Bilgin: *Yabancı Boşanma Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi*, Ankara Üniversitesi, 1996.
- TİRYAKİOĞLU, Bilgin: “Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzenine Aykırılık” in *Balkar Bozkurt, Süheyla (ed.), Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Güncel Gelişmeler*, İstanbul 2018, s.83-95.
- TURHAN, Turgut: *Haksız Fiilden Doğan Kanunlar İhtilâfi Alanında İka Yeri Kuralı*, Dayınlarlı, 1989.

YAPAY ZEKÂNIN MAHKEME KARARLARINDA KULLANIMI
ULUSLARARASI BİR BAKIŞ VE ROBOT HÂKİMLER HAKKINDA DÜŞÜNCELERAN INTERNATIONAL LOOK ON THE USE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE
IN COURT DECISIONS AND OPINIONS ABOUT ROBOT JUDGESHikmet BİLGİN*  10.21492/inuhfd.1152196 

Makale Bilgi

Gönderi: 01/08/2022
Kabul : 24/10/2022

Anahtar Kelimeler

Yapay Zekâ,
Yargılama,
Robot Hâkimler,
Yapay Zekânın
Mahkemelerde
Kullanımı.

Article Info

Received: 01/08/2022
Accepted: 24/10/2022

Keywords

Artificial Intelligence,
Judiciary,
Robot Judges,
Use of Artificial
Intelligence in Courts.

Özet

Günümüzdeki teknolojik gelişmeler baş döndürücü hızla ilerlemeye devam etmektedir. Sanayi devriminden başlayarak, bilgisayarın keşfi ve sonrasında günümüze kadar gelen süreçte insan benzeri robotların veyahut insan gibi düşünebilen programların ortaya çıkması insanların diğer alanlarda olduğu gibi hukuk alanındaki rolünün de değişmeye başlamasına neden olmuştur. Yapay zekânın önemini kavrayan gelişmiş ülkeler bu alandaki araştırma ve geliştirme (AR-GE) faaliyetlerine ağırlık vermektedirler. Bu faaliyet alanlarından biri de yapay zekânın hukuk alanındaki kullanımınıdır. Mahkemelerin iş yükü, yargı teşkilatındaki yapısal sorunlar ve hâkimlerin meslekî yetersizlikleri sebebiyle, insanın adaleti gereği gibi tesis etmesi giderek zorlaşmaktadır. İnsanın zihnen yaptıkları işlerde de yetenek sergilemeyi başaran yapay zekâ sistemlerinin, yargılama yapıp hüküm verme sanatına dair önemli gelişmeler sergilediği görülmektedir. Bu itibarla, çalışmanın birinci bölümünde kısa bir şekilde yapay zekâ tanımlanmakta ve tarihsel olarak önemli dönüm noktaları ele alınmaktadır. İkinci bölümde ise, yapay zekânın mahkemelerde kullanımına ilişkin genel bir çerçeve sunulduktan sonra uluslararası örneklerine yer verilmektedir. Üçüncü ve son bölümde ise, robot hâkimler ve geleceğine ilişkin tartışma yürütülmektedir.

Abstract

Today's technological developments continue to progress at a dizzying pace. Beginning with the industrial revolution, the discovery of the computer and the emergence of human-like robots or programs that can think like humans in the process that has come to the present, the role of humans in the field of law, as well as in other fields, has started to change. Developed countries, which understand the importance of artificial intelligence, focus on research and development (R&D) activities in this field. One of these fields of activity is the use of artificial intelligence in the field of law. Because of the workload of courts, structural problems in the judiciary and professional inadequacies of judges, it is getting harder for human beings to establish justice as it should. It is seen that artificial intelligence systems, which have succeeded in displaying skills in the works that people do mentally, have shown significant developments in the art of judgments and adjudication. In this framework, in the first part of this study, the definition and characteristics of artificial intelligence are briefly mentioned and historical development with important milestones are included. In the second part of this study, after presenting a general framework regarding the use of artificial intelligence in courts, some examples in the international arena will be given. In the third and final part, discussions on robot judges and the future of robot judges will be discussed.

 Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

*Dr. Arş. Gör., Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | Cite As: BİLGİN Hikmet, "Yapay Zekânın Mahkeme Kararlarında Kullanımına Uluslararası Bir Bakış ve Robot Hâkimler Hakkında Düşünceler", İnÜHFD, 13(2), 2022, s.405-419.

İntihal | Plagiarism: Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via a plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

Digitalization and information technologies are rapidly penetrating every aspect of society. It is observed that the development in these areas also provides a great support to the research and application of artificial intelligence systems. Today, artificial intelligence is ubiquitous and has already permeated various areas of life. Artificial intelligence is already used extensively in many areas such as searching for the fastest transportation route, calculating the shortest distance on the map, applying the most suitable loan offer or selecting applicants for a new job position. As a matter of fact that, in 2017, when a journalist asked John G. Roberts Jr., the Chief Justice of the United States of America, whether he sees that a day has come when artificial intelligence-assisted intelligent machines will help court decisions, the Chief Justice said that “that day has already begun to be lived” is extremely striking in terms of showing the point reached in the developments.

Human beings are creatures that can feel, think, make decisions and behave according to their feelings and thoughts. For example, judges with a daughter can make stricter decisions on violence against women than judges without daughters. As can be seen from this example, people tend to act according to the facts in their own subjective world when making decisions. On the other hand, artificial intelligence is closed to such tendencies and concludes the work for which it is programmed, impartially. For example, artificial intelligence algorithms have the ability to ignore factors that do not directly affect the situation.

The use of artificial intelligence in the field of law has the potential to serve to minimize the element of subjectivity in court decisions. Besides, the often overloaded judicial apparatus can be relieved through artificial intelligence systems, and artificial intelligence can lead to more justice in society. A virtual assistant that analyzes all decisions in a few seconds and makes recommendations for the current case based on them can greatly improve the quality of court decisions. While determining the way and methods to be followed in reaching justice, which is the purpose of the trial, belief systems, ideological views, the will of the founding power, etc. Factors play a direct role, as well as the developments in science and technology, it can be said that mixed methods are used by making use of all kinds of formations created by human beings. Therefore, as the factors affecting human decision are reviewed and handled within the framework of scientific evaluations, it is understood how primitive, flawed, wrong and unreliable decisions were made in the past. The rise in trends towards scientific evaluations in the judgment process accelerates artificial intelligence studies as an alternative to human intelligence. The use of artificial intelligence in court decisions has many positive effects, such as greater objectivity, streamlined judicial systems, lower costs through more efficient use of resources, and greater access to justice for larger segments of the population. On the other hand, the use of artificial intelligence in courts can cause many problems such as lack of transparency, legitimacy of decisions and who will be responsible, discrimination due to the fact that the evaluation is not made on an individual basis, systematic errors and erroneous system data. In addition, it is difficult for artificial intelligence to distinguish which facts will be deemed immoral under which conditions, while concluding the invalidity of the contract, for example, due to the determination of immorality, in the part of the reasoning that constitutes the legal basis of the decisions. Likewise, it is extremely ambiguous whether artificial intelligence, which needs to apply legal interpretation methods and basic logic principles, can act with the notion of law while executing these operations. Therefore, in our opinion, artificial intelligence can help, not in the form of a robot judge, but in the form of presenting a draft decision to the judge of the court at the decision stage.

In the light of the data discussed above, the scope of this study has been narrowed down to exclude the issues related to how artificial intelligence can help lawyers or citizens seeking rights and justice in the context of legal procedure, and it has been focused on how artificial intelligence can play a role in the execution of the judicial function and how artificial intelligence can be benefited. In this framework, in the first part of this study, the definition and characteristics of artificial intelligence are briefly mentioned and historical development with important milestones are included. In the second part of this study, after presenting a general framework regarding the use of artificial intelligence in courts, some examples in the international arena will be given, and at which stages of the trial process, artificial intelligence-equipped software programs will be useful and the speed, labor and cost savings and efficiency they will provide in the trial will be evaluated. In the third and final part, discussions on robot judges and the future of robot judges will be discussed.

I. GİRİŞ

Dijitalleşme ve bilgi teknolojileri toplumun her alanına hızla yayılmaktadır. Bu alanlardaki gelişimin aynı zamanda yapay zekâ sistemlerinin araştırılmasına ve uygulanmasına büyük bir destek sağladığı gözlemlenmektedir. Günümüzde yapay zekâ bireysel ve toplumsal yaşamın birçok alanına çoktan nüfuz etmiştir. En hızlı ulaşım yolunu aramak, haritada en kestirme mesafeyi hesaplamak, en uygun kredi için başvuru yapmak veya yeni bir iş pozisyonu için başvuran adaylar arasından seçim yapmak gibi birçok konuda yapay zekâ halihazırda yoğun şekilde kullanılmaktadır. Nitekim 2017 yılında bir gazetecinin, dönemin Amerika Birleşik Devletleri Başyargımcısı olan John G. Roberts Jr.'a, “yapay zekâ destekli akıllı makinelerin mahkeme kararlarına yardımcı olacağı bir günün geldiğini görüp görmediği” yönündeki sorusu üzerine, Başyargımcının “o günün çoktan yaşanmaya başladığını” söylemesi de, gelişmelerde gelinen noktayı göstermesi açısından son derece çarpıcıdır¹.

İnsan hissedebilen, düşünebilen, hislerine ve düşüncelerine göre kararlar alan ve davranışlar sergileyen bir varlıktır. Örneğin, bir kız çocuğu olan hâkim, kadına yönelik şiddet konusunda, kız çocuğu olmayan hâkimlere nazaran daha katı kararlar verebilir. Görüldüğü üzere insan, karar verirken kendi öznel dünyasındaki gerçeklere göre hareket etme eğilimi gösterebilmektedir. Yapay zekâ ise bu tip eğilimlere kapalı olup, programlandığı işi tarafsız ve nesnel bir şekilde sonuçlandırır. Örneğin yapay zekâ algoritmaları, ahvali doğrudan etkilemeyen faktörleri göz ardı edebilme kabiliyetine sahiptir.

Hukuk alanında yapay zekânın kullanılması, mahkeme kararlarındaki öznellik unsurunun en aza indirilmesine hizmet etme potansiyeline sahiptir. Keza, aşırı iş yükü altındaki yargı erki yapay zekâ yardımıyla rahatlatılabilir ve adaletin tesisi daha iyi sağlanabilir. Tüm kararları saniyeler içinde analiz eden ve buna göre mevcut dava için önerilerde bulunan bir sanal asistan, mahkeme kararlarının kalitesini büyük ölçüde artırabilir. Yargılamanın amacı olan adaletin tesisinde izlenecek yol ve yöntemler belirlenirken, inanç sistemleri, ideolojik görüşler, kurucu iktidarın iradesi vb. etkenler doğrudan rol oynadığı gibi, bilim ve teknolojiye kaydedilen gelişmelerle birlikte insanın ortaya koyduğu her türlü oluşumdan faydalanılarak karma yöntemlere başvurulduğu da söylenebilir. Dolayısıyla insan kararını etkileyen unsurlar, bilimsel değerlendirmeler çerçevesinde yeniden gözden geçirilip ele alındıkça, geçmişte ne denli ilkel, kusurlu, yanlış ve güvenilmez kararlar verildiği de anlaşılmaktadır. Yargılama sürecinde bilimsel değerlendirmelere yönelik eğilimlerin yükseliş kazanması, insan zekâsına alternatif olarak yapay zekâ çalışmalarını hızlandırmaktadır².

Yapay zekânın mahkeme kararlarında kullanımı, daha fazla nesnellik, yargı sisteminin rahatlatılması, kaynakların daha verimli kullanılması yoluyla daha düşük maliyetler ve nüfusun daha geniş kesimleri için yargıya erişim gibi birçok olumlu etkiye sahiptir. Öte yandan, yapay zekânın mahkemelerde kullanımı şeffaflık eksikliği, kararların meşruiyeti ve sorumluluğunun kime ait olacağı, değerlendirmenin birey temelli yapılmaması, sistematik hatalar ve sistem verilerinin hatalı olması nedeniyle ayrımcılık gibi pek çok soruna neden olabilir. Örneğin, kararların hukuksal dayanağını oluşturan gerekçe kısmında ahlaka aykırılık saptanması sebebiyle sözleşmenin hükümsüzlüğü sonucuna varılırken, hangi vakıaların hangi somut koşullar altında ahlaka aykırı sayılacağını yapay zekânın ayırt etmesi güçtür. Keza hukuksal yorum metodlarını ve temel mantık ilkelerini de uygulaması gereken yapay zekânın bu işlemleri yürütürken hukuk nosyonu ile hareket edip edemeyeceği de muğlaktır. Dolayısıyla, yapay zekânın robot hâkim şeklinde doğrudan hüküm vermekten ziyade, hâkime karar taslağı sunmak şeklinde bir yardımcı dokunabilir.

Çalışmanın kapsamı, yapay zekânın hukuk muhakemesi bağlamında hak ve adalet arayışındaki avukatlarla veya vatandaşlara nasıl yardımcı olabileceğine ilişkin hususlar dışarıda bırakılacak şekilde daraltılarak yapay zekânın yargısal fonksiyonun icrasında nasıl bir rol üstlenebileceği ve hüküm vermede yapay zekâdan nasıl faydalanılabileceği hususlarına ağırlık verilmiştir. Bu çerçevede, çalışmanın birinci bölümünde kısaca yapay zekânın tanımı ve özelliklerine değinilerek tarihsel olarak önemli dönüm noktalarına yer verilmiştir. Çalışmanın ikinci bölümünde, yapay zekânın mahkemelerde kullanımına ilişkin genel bir çerçeve sunulduktan sonra, uluslararası alandaki bazı örneklerine yer verilmiş olup, yargılama sürecinin hangi aşamalarında yapay zekâ donanımlı yazılım programlarının işe yarayacağı ve bunların yargılamada sağlayacağı hız, emek ve masraftan tasarruf ile etkinlik değerlendirilecektir. Üçüncü ve son bölümde ise, robot hâkimler ve robot hâkimlerin geleceğine ilişkin tartışmalara değinilecektir.

II. YAPAY ZEKÂNIN TANIMI ve GELİŞİMİ

A. Kavramsal Açıdan Yapay Zekâ

Yapay zekânın uluslararası kabul edilen bir tanımı olmamakla birlikte araştırma konusuna göre farklılaşan tanımlar mevcuttur. Bir tanıma göre yapay zekâ, genel olarak hissedebilen, anlayabilen, harekete geçebilen ve öğrenebilen bilgi teknolojilerine atıfta bulunmaktadır³. Bir başka tanıma göre ise yapay zekâ, bilgisayar tabanlı sistemlerin, normalde insanlar tarafından yapılan bazı görevleri icra etmesi veya problemleri çözmesi ile ilişkili çalışmalardır⁴. Yapay zekâ sistemleri ise, algoritmalar kullanarak insanlara ait bilişsel yetenekleri simüle etmeye

¹ SCHLAEFLI, Samuel: “Der Roboter dein Richter und Tröster”, <https://www.cetoday.ch/news/2021-07-18/der-roboter-dein-richter-und-troester> (Erişim: 18.06.2022).

² BORA-ÇINAR, Sevda: “Dava Yönetimi ve Yapay Zekâ Etkileşimi Üzerine Düşünceler”, *Legal Hukuk Dergisi*, 20(234), 2022, s.2091-2092.

³ KOLBJORNSRUD, Vegard/AMICO, Richard/THOMAS, Robert J.: “The Promise Of Artificial Intelligence” Redefining management in the workforce of the future, https://www.researchgate.net/publication/306039533_The_promise_of_artificial_intelligence_Redefining_management_in_the_workforce_of_the_future (Erişim: 18.06.2022).

⁴ KHALİL, Omar E. M.: “Artificial Decision-Making and Artificial Ethics: A Management Concern”, *Journal Of Business Ethics*, 12(4), 1993, s.313.

çalışır. Basitçe söylemek gerekirse, yapay zekâ algoritmaları, bir veri girişinin bir veri çıkışına dönüştürülmesini sağlayan matematiksel talimatlardır⁵.

Yapay zekâ tabanlı sistemler, tamamen yazılım tabanlı ve sanal dünyada çalışabilir halde olabileceği gibi (örneğin, sesli asistanlar, görüntü analiz yazılımları, arama motorları, ses ve yüz tanıma sistemleri), donanım cihazlarına da (örneğin, gelişmiş robotlar, otonom araçlar, dronlar) yerleştirilebilmekte; kullanım talimatları, özel bir hedefe ulaşmak veya belirli bir görev alanı kapsamındaki spesifik uygulama problemini çözmeye odaklanan sınırlı bir tür olarak tasarlanabilmektedir. Programlamanın belirlediği sınırlar içinde hareket eden bu yapay zekâ formu, “zayıf/dar yapay zekâ” olarak bilinir. İnsanlardan farklı olarak zayıf/dar yapay zekâ sistemleri, sadece dar sınırlar dahilindeki belirli görevlerin nasıl yapılacağını öğrenebilir ve insandan daha hızlı ve verimli şekilde görevleri yerine getirebilir⁶. Gelgelelim günümüzde zayıf/dar yapay zekâ, insan aklının alamayacağı kadar çok veriyi, insan ile mukayese edilemez bir hızla işleyebilmekte; eriştiği veri miktarı ile bilgi sayım hızı arttıkça daha kompleks, çoklu fonksiyonları yerine getirebilir hâle gelmekte ve makine öğrenmesine giden yolu açmaktadır⁷. “Güçlü yapay zekâ” olarak adlandırılan sistemler ise, bundan ayırt edilmelidir. İkinci tür sistemler bir program komutu ile harekete geçirilse de, bir makine öğrenmesi ve eğitim aşamasından sonra bağımsız olarak gelişmeye devam ederler. Derin öğrenme veya yapay sinir ağları yöntemlerini kullanarak bilişsel beceriler kazanırlar. Bu tip sistemler kendi densesel süreçlerini harekete geçirir. Örneğin, yeni bulgular için mevcut veri kaynaklarını arar ve buna dayanarak orijinal algoritmasını bağımsız olarak değiştirir. Alınan kararlar artık kesin programlamanın soyut olarak önceden belirlenmiş ürünü değil, özerk bir sürecin sonucudur. “Güçlü yapay zekâ” başlangıçta hâlâ var olan belirliliği bırakması ile karakterize edilir⁸. İnsan beynini taklit edebilecek, insana benzer şekilde düşünebilecek ve çalışabilecek bir teknolojinin geliştirilmesi amaçlanan güçlü yapay zekânın, gelişmiş bilişsel teknolojik özellikleri taşıdığı ve insanlara özgü bilinç, hassasiyet ve duyarlılık melekelerine sahip olduğu kabul edilmektedir⁹.

B. Tarihsel Olarak Yapay Zekânın Gelişimi

İnsanoğlunun en önemli özelliklerinden birisi düşünebilmesidir. Binlerce yıldır insanoğlu nasıl düşünüp akıl yürüttüğünü, düşüncenin nasıl oluştuğunu anlamaya çalışmıştır. Yapay zekâ ise, nasıl düşündüğünü anlamaktan ziyade, mantık yürütebilen yapıların nasıl inşa edilebileceğine yoğunlaşmaktadır. Bilgisayar bilimiyle uğraşanların genel kabulüne göre, yapay zekâ ile ilgili iki farklı yaklaşım mevcuttur: Birincisi, “Bilişsel Simülasyon Yaklaşımı” olarak, insan bilincine ilişkin modeller önermektedir. Bu yapay zekâ simülasyonunun amacı, bilgisayarları sadece zekâ gerektiren görevleri yapmaları için değil, ayrıca bunu insanlar gibi yapmaları için programlamaktır. İkinci yaklaşım ise “Mühendislik Yaklaşımı”dır. Bu yaklaşım, birincisiyle aynı şekilde bilgisayarların zekâ gerektiren işleri yapmalarını sağlamayı amaç edinir ve fakat ondan farklı olarak insan bilincinin süreçlerini modellemez¹⁰.

İlk olarak İngiliz bilim adamı Alan Turing’in 1950 tarihli “Computing Machinery and Intelligence” başlıklı makalesinde öne sürdüğü “Makineler düşünebilir mi?” sorusuna cevap aramaya başlamasıyla hayatımıza giren yapay zekâ, aynı yıllarda Ord. Prof. Cahit Arf’in, Erzurum Atatürk Üniversitesi’nde “Makineler Düşünebilir mi ve Nasıl Düşünebilir?” konulu çalışmasını sunmasıyla ülkemizde de ilk kez duyulmaya başlamıştır¹¹. Bununla birlikte, yapay zekâ ile ilgili ilk bilimsel çalışma, 1943 yılında Warren McCulloch ve Walter Pitts tarafından yapılan, “doğru olarak tanımlanmış ağların öğrenebileceği” görüşünü ileri sürdükleri çalışma olarak kabul edilmektedir. Ancak yapay zekânın temeline ilişkin çalışmaların 19. yüzyıla kadar uzandığı da söylenebilir. 19. yüzyılda, İngiliz matematik bilimci George Boole’nin, mantık ve düşünme sürecini kullanmak için kullanmış olduğu sembolik cebir, birçok yapay zekâ sisteminin teorik temelini oluşturmuş ve bu sayede yapay zekâ fikri, bilimsel bir güvenilirlik kazanmaya başlamıştır. Hatta Boole’nin teorisi, 1930’lu yıllarda Michigan Institute of Technology (MIT) yüksek lisans öğrencilerinin, elektrik devrelerinin doğru-yanlış mantık ifadelerini bulma potansiyellerinin olduğunu görmeleriyle birincil önem kazanmıştır. Bu fikir, yapay zekâ için gerekli teknolojiye sahip dijital bilgisayarların gelişimindeki anahtar rolü oynamıştır¹². 1950 yılına gelindiğinde ise, Marvin Minsky ve Dean Edmonds, ilk yapay zekâ örneği sayılabilecek bir bilgisayar yapmış ve 40 nöronun hareketlerini simüle etmişlerdir.

Ayrıca Princeton Üniversitesi, yapay zekânın adlandırılmasında çok önemli bir yere sahiptir. 1956 yılında, Dartmouth Kolejinde gerçekleştirilen bir çalışmada otomasyon teorisi, nöral testler ve zekânın incelenmesiyle ilgilenen Amerikalı bilim adamları bir araya gelmiş ve iki aylık bir çalıştay düzenlemişlerdir. Bu çalıştayda satranç oynama gibi bazı program uygulamaları ve fikirler geliştirilmiş olup, insanların doğuştan sahip oldukları problem çözme becerisine sahip olan makine olan yapay zekânın ilk tanımı da yapılmıştır¹³. Keza aynı dönemde Simon ve

⁵ Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi): Künstliche Intelligenz und Recht im Kontext von Industrie 4.0, s.3, https://www.plattform-i40.de/PI40/Redaktion/DE/Downloads/Publikation/kuenstliche-intelligenz-und-recht.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (Erişim: 01.07.2022).

⁶ DOĞAN, Erdem: Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Sorumluluğu, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2022, s.32-33; ERSOY, Çağlar: Robotlar, Yapay Zekâ ve Hukuk, 5. Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2020, s.30-31.

⁷ ÜNSAL, Burçak: “Yapay Zekâ, Robotlar, Hukuki Düzenlemeler”, İstanbul Barosu Dergisi, 93(4) 2019, s.66.

⁸ Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi): Künstliche Intelligenz und Recht im Kontext von Industrie 4.0, s.3.

⁹ DOĞAN, s.33 ve oradaki dn.48.

¹⁰ LLOYD, Dan: “Frankenstein's Children: Artificial Intelligence And Human Value”, Metaphilosophy, 16(4), 1985, s.307, <https://www.jstor.org/stable/pdf/24436823.pdf> (Erişim: 18.06.2022).

¹¹ Ulusal Yapay Zekâ Stratejisi (2021-2025), s.91, https://cbddo.gov.tr/SharedFolderServer/Genel/File/TR-UlusalYZ_Stratejisi2021-2025.pdf (Erişim: 29.06.2022).

¹² COPPOLA, Deborah: “Artificial Intelligence: Where Science Fiction Meets Reality”, American Society For Engineering Education Prism, 7(6), 1998, s.19.

¹³ McCARTHY, John/MINSKY, Marvin/ROCHESTER, Nathaniel/SHANNON, Claude: A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence, 31 August 1955, AI Magazine, 27(4) 2006, s.12-14, <https://ojs.aaai.org/index.php/aimagazine/article/view/1904> (Erişim: 28.06.2022).

Newell adlı bilim adamlarının Logic Theorist adını verdikleri bir program da mevcuttu. Hatta Simon'a göre "sayısal olmayan şekilde düşünebilen ve eskiden beri tartışılan zihin-beden problemini çözmüş olan bir bilgisayar programı" dahi geliştirmişlerdi. Nitekim, adı geçen çalıştaydan çok kısa süre sonra da bu program Russell ve Whitehead adlı yazarların kaleme almış oldukları Principia Mathematica adlı eserin birinci bölümündeki pek çok teoremi çözen Simon ve Newell, adlarından çokça söz ettirmeyi başarmıştır¹⁴. Dartmouth Çalıştayı yeni kırılmalar yaratmamış olsa bile, yapay zekâ alanı açısından, en azından gelecekteki yirmi yıl boyunca yapay zekânın kimler tarafından (katılımcı kuruluşlar) kullanılacağını belirlemiştir¹⁵. Aynı zamanda "Yapay Zekâ" olarak isim belirlenmesi de bu çalıştay içerisinde gerçekleşmiş ve hatta katılımcılar, sonraki kırk yıl için bir ajanda oluşturmuşlardır¹⁶.

Newell ve Simon'un Logic Theorist ile kazanmış oldukları başarı, bu dönemde General Problem Solver (GPS)'ı dizayn etmeleriyle bir adım daha ileri gitmiştir. GPS, insanların problem çözmeye kullandıkları protokolleri taklit etmesi üzerine tasarlanmıştır. GPS, bu yönüyle insansı düşünmenin ilk örneklerinden birisini teşkil etmiştir. GPS ve sonrasında, satranç oynayan, hatta daha ileri giderek öğrenmeyi başaran ve yaratıcılarını bile yenen, en zor matematiksel denklemleri çözebilen programlar, yapay zekâ üzerine çalışanları heyecanlandırırsa da sınırlı düzeyde başarının göstergesi haline dönüşmüştür. Bunun, temelde iki nedeni vardır: İlk olarak, yapay zekâ programlarının ilk örnekleri, yapmış oldukları işe ilişkin konular hakkında herhangi bir şey bilmemekte ve fakat sözlü manipülasyonlarla başarı sağlamaktaydılar. Bunun en önemli örneği de, Amerika'nın, Rusya'daki bilimsel araştırmalarla ilişkili çalışmaların makinelerle çevirisini yaptırması olmuştur. Çeviride arka plan bilgisi olmadığı için kelime farklılıkları ve anlam farklılıkları meydana gelmiş ve sonrasında Amerikan hükümeti bilimsel metinlerin çevirisinde makinelerle acil ihtiyaç olmadığını belirtmiştir. İkinci olarak, yapay zekânın çözmeye çalıştığı pek çok problemin işleme zorluğu söz konusudur. İlk yapay zekâ programlarının çoğu, problem çözmeye, çözümü bulana kadar adımlardaki farklı kombinasyonları denemekte ve doğruyu bulana kadar bunu sürdürmektedir. Bu, ilk başlarda işe yarar gibi gözükse de, bilgisayarların karmaşıklaşması sorunun daha fazla donanım ve daha fazla hafızaya dönüşmesine sebep olmuştur. Bilgi temelli sistemlerin ortaya çıkmasıyla problem çözme gibi eylemler daha kolay halledilebilir seviyeye ulaşmış ve yapay zekâ ile bilginin birlikteliği sağlanabilmiştir¹⁷.

1970'li yıllardan itibaren yapay zekâyâ dayalı hukuk projelerinin birçoğu, bilgisayarlarca işlenebilir şekilde hukukî argümantasyonu, mahkeme kararlarını, yasal düzenlemeleri ve bütün mevzuat birikimini hesaplamalı olarak modellemeye odaklanmış olup, hukuk alanına uygulanabilir yapay zekâ projelerinin gidişatı, dijitalleşmiş hukukî bilginin üretimine ve kurallara dayalı hukuk sistemlerinin dijital işleyişine yönelmeye başlamıştır¹⁸. 1980'li yıllara gelindiğinde ise, artık yapay zekâ teknolojisi, total bir endüstri hâline dönüşüp bilhassa özel sektörün bu alana yönelik ilgisini artırması sebebiyle, 1987 yılında gerçekleştirilen Uluslararası Yapay Zekâ ve Hukuk Konferansında (the International Conference of Artificial Intelligence and Law- ICAIL) yapay zekâ tekniklerinin hukuk alanındaki uygulamalarını ön plana çıkaran çalışmalar yapılmıştır¹⁹. 1990'lı yıllardan itibaren de yapay zekâ alt hizmet dallarına ayrılarak pek çok alanda kullanılmaya başlamıştır. Bu alanlara örnek olarak, robotik araçları, doğal ses tanımlamayı, otomasyon ve zaman planlamasını, hukukun yan uzmanlık alanlarını gösterebiliriz. Gelgelelim 2000'li yılların başında artık, hukukî bilgiye erişim tekniklerinden ziyade, makine öğrenimini kullanan hukuk teknolojisine dayalı bir yaklaşıma paralel olarak, yargısal faaliyetlerin çeşitli şekillerde daha etkin ve verimli hâle getirilmesi için makineleşmiş hukuk analizi, bilişsel hukuk ve kodlanan mevzuata göre hukukî öngörüler elde edilmesine yönelik çalışmalar ağırlık kazanmıştır²⁰.

III. YAPAY ZEKÂNIN MAHKEME KARARLARINDA KULLANIMI

A. Yargıda Yapay Zekâ Kullanımının Türleri

Hukuk alanında yapay zekâ, dijitalleşmeyi tamamlama yolundaki en önemli kilometre taşlarından biridir. Mahkemeler, dijitalleşme sürecinde taraflara, belgelerini elektronik ortamda sunma; diğer mahkemeler ve adli merciler ile güvenli elektronik iletişim sağlama seçeneği getirmekte; hatta idarî başvuru ve şikayetler, e-formlar kullanılarak buna ilişkin işlemler çevrimiçi şekilde yapılabilmektedir. Dahası, elektronik bildirim sistemleri, ilgililere önemli belgelerin ne zaman teslim edilmesi gerektiğini hatırlatmaktadır. E-belgeler olarak adlandırılan elektronik veri tabanlarının giderek daha fazla alanda kullanıldığını gözlemlemekteyiz.

Günümüzde, yapay zekâ kavramı ile ilişkilendirilen çok sayıda sistem bulunmaktadır. Yapay zekânın yargıdaki uygulamasında basit bir hâkim yardımcısı gibi işleyen sistemlerden, karar taslakları hazırlayan yahut kararları tahmin eden uygulamalara ve hatta doğrudan karar veren robot hâkimlere kadar uzanan sistemler mevcuttur. Bu sistemlerin hepsinin ortak amacı, yargı gücünün işlevsel olarak kullanılmasına hizmet etmek olup, bunları üç farklı grupta inceleyebiliriz:

1. Hâkime Yardımcı Yapay Zekâ

Hâkime yardımcı yapay zekânın ilk türü "Doküman Analizi" grubunda yer almakta olup, belirli bir içeriğe sahip belge ve metinlerin aranmasına yardımcı olan, makine öğrenmesi teknolojilerinden (doküman incelemesi,

¹⁴ RUSSEL Stuart J./NORVIG, Peter: "Artificial Intelligence: A Modern Approach", Third Edition, Prentice Hall Series in Artificial Intelligence, Pearson, New Jersey 2010, s.17-18.

¹⁵ RUSSEL/NORVIG, s.18.

¹⁶ WILLIAM F. Clocksin: "Artificial Intelligence and the Future", Philosophical Transactions: Mathematical, Physical and Engineering Sciences, 361(1809), 2003, s.1722; MCCARTHY/MINSKY/ROCHESTER/SHANNON, s.12-14.

¹⁷ RUSSEL/NORVIG, s.18.

¹⁸ SURDEN, Harry: "Artificial Intelligence and Law: An Overview", Georgia State University Law Review, 35(4) 2019, s.1327.

¹⁹ SURDEN, s.1327.

²⁰ SURDEN, s.1328; DOĞAN, s.81.

belge analizi, evrak tanıma, e-keşif) yararlanan sistemleri içermektedir. Bu sistemler, büyük miktarda belgeyi görüntüleme ve analiz etme hususlarında yaygın bir şekilde kullanılmaktadırlar. Bu tür sistemler, yargı kollarında hâkimler tarafından değerlendirilebilir olmakla birlikte, davalarla ilgili kararları hızlı ve her şeyden önce daha güvenilir bir şekilde bulmaya yardımcı olmaktadır²¹. Yapay zekâ e-keşif sistemleriyle insan emeği ve uzun süreler gereksiz milyonlarca belgenin, ticarî sır, gizlilik, mahremiyet ihlâli gibi endişeler bertaraf edilerek hızlı ve ucuz şekilde incelenmesi, sadece yargılama ile ilgisi bulunan dokümanların analizinin yapılması mümkün hâle gelmiştir²². Keza 7413 sayılı “Hâkimler ve Savcılar Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” ile yapılan değişiklikle birlikte²³ hukukumuzdaki yerini alan ve 01.01.2023 tarihi itibarıyla yürürlüğe girecek olan hâkim yardımcılığı kurumuna alternatif olarak doküman analizi yapan yapay zekâ sistemleri, veri işleme kapasitesi ve hızı itibarıyla insandan çok daha verimli ve pratik sonuçlar ortaya koyabilir. Yine yapay zekâ sistemleri, bütün yargı içtihatları ve doktriner metinler arasında, görülmekte olan dava ile ilgisi bulunanları araştırıp bulma işini, gerçek hâkime ya da hâkim yardımcısına nazaran çok daha süratli tamamlayabilir ve daha nitelikli bir ön hazırlık sağlayabilir.

Yargının işini kolaylaştırabilecek hâkime yardımcı yapay zekâ türünün ikincisi ise, “Doküman Oluşturulması” grubunda yer almakta ve standartlaştırılmış belgelerin oluşturulmasını (doküman otomasyonu, belge üretimi) desteklemektedirler. Bu sistemler, özellikle hukuk firmaları tarafından halihazırda yaygın olarak kullanılmaktadır. Ayrıca çeşitli çevrimiçi platformlar aracılığıyla sözleşme, vasiyetname vb. hukukî belgeleri üretebilmektedirler. Hâkimler, yakın gelecekte daha hızlı kararlar vermek, kararların bir kısmını veya en azından karar taslaklarını üretmek için ikinci grup sistemlerden yararlanma imkanına sahip olacaklardır²⁴. Bundan başka, hâkime yardımcı yapay zekânın ikincil görevleri kapsamında tarafların duruşmadaki sözlü beyanlarının doğal dil işleme (natural language processing- NLP) ve ses analizi yoluyla tutanağa aktarılması, tensip zaptı hazırlanması, yüz tanıma teknolojisi sayesinde elektronik duruşmaya katılanların kimlik doğrulamasının yapılması, yemin veya ikrar beyanında kişinin beden dili, jest, mimik analizi yoluyla doğruyu söyleyip söylemediğinin oransal tahmin edilmesi gibi hususlar dahi sayılabilir.

Hem hukukî hem de teknolojik araçlar yönünden hâkime yardımcı yapay zekâ türleri, aşağıda açıklayacağımız diğer sistemlere göre daha az tartışmalı ve hukukumuzda daha kolay entegre edilebilecek nitelikte teknolojilerdir. Zira, yargılamayı yürüten ve kararı veren tek aktör, yine gerçek hâkimin kendisi olacağından, bunun yanı sıra kanun yolu denetimi yürürlüğünü koruyacağından ve yapay zekâ yargılama sürecine doğrudan müdahale edebilecek yetkinliğe sahip kılınmayacak şekilde programlanacağından, doküman analizi, veri işleme, doküman oluşturulması gibi özellikleriyle hâkime yardımcı yapay zekâ sistemlerinin mevcut yargısal işleyişe önemli katkılar sağlayacağı ve eleştiriye açık yönlerinin bu konularda bir olumsuzluk yaratmayacağı söylenebilir²⁵.

2. Kararları Tahmin Eden ve Karar Taslakları Sunan Yapay Zekâ

Yargıda yapay zekânın kullanımına ilişkin ikinci tür sistem ise, “Karar Tahmini” grubunda kategorize edilmekte olup, yargı kararlarının istatistiksel analizi, değerlendirilmesi ve kararların veri destekli tahmini (sonuç tahmini, tahmine dayalı analitik) ile ilgilenen sistemleri içermektedir. Karar tahmininde bulunan yapay zekâ sistemleri, içtihatlardan hareketle makine öğrenmesi teknolojisini kullanır ve davaya bakmakta olan hâkimin, davayı hangi hukukî gerekçeye dayanarak hangi olasılığa göre karara bağlayacağını önceden tahmin etmeye çalışır²⁶. Bu yapay zekâ sistemleri ulaştıkları sonucu, mahkeme kararları ve davalar hakkında çok sayıda tarihsel veriden hareketle tümevarımsal olarak geliştirirler²⁷. Bu tür yapay zekâ sistemlerini kullanan avukatlar, mahkemece yapay zekânın tahmin ettiğinden farklı bir karar verilmesi hâlinde, bu karara karşı hangi hukukî argümana dayanarak kanun yoluna başvuracaklarını görme şansına kavuşur ve kanun yoluna başvuru dilekçesinin hukukî temeli ortaya çıkmış olur²⁸.

Bu grup, tahminler için hangi verilerin kullanılabilirliğine bağlı olarak, iki farklı sistemden oluşmaktadır: İlk türü, karar tahminleri için dosya analizlerine ilişkin verileri kullanır. Stanford Üniversitesi’nde geliştirilen Lex Machina sistemi burada bir öncü olarak kabul edilebilir. Lex Machina ve benzeri yazılımlar, hâkimler ve kararları hakkında çok büyük miktarda veri toplayıp analiz ederek, yapısal olarak matematiksel bir denkleme benzer şekilde, genellikle insan tahmininden daha doğru sonuçlar sunan, veriye dayalı istatistiksel modeller üretmiştir²⁹. Örneğin Lex Machina yazılımı, ABD Patent Yasası hakkında hiçbir bilgisi olmadan, ABD patent vekillerinden daha doğru bir şekilde patent anlaşmazlığına ilişkin kazanma veya kaybetme olasılığını tahmin etmiştir. Bu sistemde tahminlerin temeli, sorumlu hâkimlerin, ilgili hukuk firmalarının ve avukatların isimlerinin yanı sıra anlaşmazlığın konusunun niteliği ve değeri de dahil olmak üzere 100.000’den fazla patent hukuku davası hakkında bilgilere

²¹ RÜHL, Giesela: “KI in der gerichtlichen Streitbeilegung”, in hrsg. KAULARTZ, Markus/BRAEGELMANN, Tom: Rechtshandbuch Artificial Intelligence und Machine Learning, Kapitel 14 Streitbeilegung, München 2020, s.618, https://beckassets.blob.core.windows.net/productattachment/readingsample/14694084/29876057_9783406746581_leseprobe_ki%20in%20der%20gerichtlichen%20streitbeilegung.pdf (Erişim: 18.06.2022).

²² BORA-ÇINAR, s.2113; SÜMER, Seda Yağmur: “Ceza Yargılamasının Geleceği: Robot Hakim”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 23(2) 2021, s.1559.

²³ RG: 28.06.2022; 31880.

²⁴ RÜHL, s.619.

²⁵ YILMAZ, Oğuz Gökhan: “Yargı Uygulamasında Yapay Zekâ Kullanımı – Yapay Zekâ Hâkim Cübbesini Giyebilecek Mi?”, Adalet Dergisi, 66(1) 2021, s.405.

²⁶ YILMAZ, s.405.

²⁷ RÜHL, s.620.

²⁸ YILMAZ, s.405; GÜLTEKİN-VÂRKONYİ, Gizem: Robot Yargıçlar, Teknolojinin Yargıdaki Geleceği, Fırsatlar ve Riskler, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2022, s.46-47.

²⁹ REMUS, Dana/LEVY, Frank S.: “Can Robots Be Lawyers? Computers, Lawyers, and the Practice of Law”, 27.11.2016, s.30, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2701092 (Erişim: 22.06.2022).

dayanmaktadır. ABD Yüksek Mahkemesi'nin kararlarını tahmin etmek için son yıllarda bilimsel çalışmalarda kullanılan sistemler de dosya analizi sistemine dayanmaktadır. 2002 yılında yapılan bir çalışmada, araştırmacılar bir bilgisayar ve 83 uzmandan oluşan bir grup kullanarak Yüksek Mahkemenin bir alt mahkeme kararını onaylayıp onaylamayacağını incelemişlerdir. Yürürlükteki yasalar da dahil olmak üzere tüm bilgilere erişmesine izin verilen uzmanların aksine bilgisayar, tahminini yalnızca altı faktöre dayandırmıştır; 1) alt mahkemenin yargı bölgesi, 2) hukuk alanı, 3) davacının kimliği, 4) davalının kimliği, 5) alt mahkeme kararının ideolojik yönelimi, 6) davanın temeli. 1994'den 2002 yılına kadar Yüksek Mahkemenin vermiş olduğu 628 farklı karar, tahmin verisi olarak kullanılmıştır. Sonuç olarak yapay zekâ, vakıaların %75'inde; insanlardan oluşan alanında uzman kişiler ise yalnızca %59,1'inde isabetli kararlar vermişlerdir. Bu sonuç, 2017 yılında yapılan ikinci bir çalışmada büyük ölçüde doğrulanmıştır. Bu defa bilgisayar, 1816'dan 2015 yılına kadar olan geçen tarihsel dönemden 28.000 farklı mahkeme kararını tahmin etmek için önemli ölçüde daha fazla veri kullanmak zorunda kalmış ve sistem sadece karardan önce mevcut olan ve yürürlükteki kanunla hiçbir ilgisi olmayan bilgileri kullanmıştır. Yapay zekâ, yine davaların %70'inden fazlasında doğru karar vermiştir³⁰.

Kararların yapay zekâ tarafından tahmininde kullanılan ikinci tür, olgu analizine dayanmaktadır. Bu sistem, şimdiye kadar birincisinden daha az kullanıma sahiptir. Örneğin bu sistem, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarını öngören bir çalışmada kullanılmıştır. Bilim adamları, başlangıçta yapay zekâyı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesi (işkence yasağı), 6. maddesi (adil yargılanma hakkı) ve 8. maddesi (özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı) ile ilgili 600'e yakın kararı gerekçeleriyle birlikte programlamışlardır. Daha sonra sistem, bu verilerin %10'u ile eğitilmiş; geriye kalan %90'lık kısım için ise, nihayetinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ilgili düzenlemeleri ihlâl edip etmediğini tahmin etmiştir. Şaşırtıcı bir şekilde yapay zekâ, kararların %79'unda isabet (doğruluk) oranı yakalamıştır³¹. Benzer bir sistem, Birleşik Krallık Finansal Hizmetler Ombudsmanının kararlarını öngören bir çalışmada daha da iyi sonuçlar elde etmiştir. Case Cruncher Alpha isimli yapay zekânın, belirli bir kredi sigortası ürününün yasal olarak satılıp satılmadığını belirlemesi gerektiğinde sistem, bu amaçla ombudsmanlık ofisinden alınan yaklaşık 100.000 kararla beslenmiş ve Case Cruncher Alpha, ombudsmanın gelecekteki kararlarını %86,6 oranı ile doğru olarak tahmin etmiştir. Yaklaşık 100 iş avukatından oluşan bir karşılaştırma grubu ise sadece %62,3 doğruluk oranına ulaşabilmiştir³². Yine, Amerika Birleşik Devletleri'nde istatistiksel bir model olan Supreme Court Predictor (Yüksek Mahkeme Kahini) adlı bir yapay zekâ yazılımı, yalnızca karar tarihinden önce mevcut olan verileri kullanarak, 60 yıllık yüksek mahkeme kararlarını (1953-2013) yaklaşık %70 doğrulukla öngörmeyi başarmıştır³³.

Görülmekte olan davanın yargılama aşamasında hâkime yönelik karar taslağı önerisi sunan yapay zekâ uygulamalarında ise sistem, benzer olaylar hakkında mahkemenin daha önceki içtihatlarını esas alarak örnek bir karar metni hazırlar ve bunun akabinde hâkim, yapay zekânın önerisine göre karar verebileceği gibi, bununla bağlı olmayıp karar taslağını revize edebilir yahut tümüyle görmezden gelerek önerilenden farklı bir karar verebilir³⁴. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 282. maddesi dikkate alındığında, esasa ilişkin nihaî karara etkisi yönünden bilirkişi raporuna benzetilebilecek olan yapay zekânın karar taslağı önerisiyle bağlı olmama prensibi gereği hâkim, yapay zekânın önerisini serbestçe değerlendirebilir ve delillere ilişkin HMK m.198 hükmüne göre hareket tarzı benimseyebilir. Bu konuda, tıpkı bilirkişi raporu ve diğer deliller bakımından olduğu gibi, yapay zekânın sunduğu karar taslağı önerisinin de, hâkimin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ilkesi uyarınca bağlayıcılık taşımayacağı açıktır (AY m.138/2). Bununla birlikte, yapay zekânın karar taslağı önerisi sunan türü, özellikle idare hukuku ve özel hukuk menşei tazminat hesabını içeren uyuşmazlıklarda daha iyi sonuçlar verebilir. Zira ceza davalarında hâkime karar taslağı önerisi sunulması, hâkimin vicdanî kanaatini dolaylı yoldan dahi olsa etkilemeye elverişli nitelikte sayılabileceği gibi, ceza muhakemesinin özüne, suçsuzluk karinesine ve 'şüphe sanık lehine yorumlanır' ilkesi gibi ceza hukukunun temel ilkelerine aykırılığa ve sanık aleyhine adil yargılanma hakkının ihlâline yol açabilecektir³⁵.

3. Doğrudan Karar Veren Yapay Zekâ (Robot Hâkim)

Yapay zekânın, yargıdaki kullanımına ilişkin üçüncü türü ise, ileride ayrıntılı olarak değinileceği üzere, adeta gerçek bir hâkim gibi davalar hakkında karar veren robot hâkimlerdir. Kanımızca "robot hâkim" icadı, ütopyik ve çok yakın gelecekte hayatımıza girmeyecek bir proje gibi gözükse de, içinde bulunduğumuz dijital çağda hukukun bazı alanlarında yaşanan dönüşüme paralel şekilde, kısmen dahi olsa riskleri minimize ederek robot hâkimlerden faydalanacağımız günlerin geleceğini söylemek de afaki olmayacaktır. Ancak şu an için, hem hukukî altyapı eksikliği sebebiyle hem sosyokültürel açıdan hem de teknolojik anlamda robot hâkim kavramına henüz hazır olmadığımız aşikardır. Zira kişisel verilerin korunması ve paylaşımına ilişkin etik tartışmalar bir yana, gerek meşruiyet temelinde toplumun ikna olması açısından gerekse robot hâkim kararlarının kanun yolu denetimine tâbi tutulması açısından birçok belirsizliğin giderilmesinin uzun zaman alacağı düşünüldüğünde, şimdilik robot hâkim ile ilgili tartışmaların teorikten öte bir etki doğurmayacağı kanaatindeyiz. Bundan başka, robot hakimin, karar verme sürecinde ortaya çıkabilecek algoritmik bazı sorun ve hatalardan dolayı ötürü "önyargılı" kararlar verebilme olasılığı; karar verirken toplum vicdanı kavramına yabancı olması sebebiyle "takdir yetkisini" nasıl kullanacağı; nihai karar merci pozisyonunda olmaktan ziyade, bir araç olarak yargılamada destekleyici bir rol üstlendiği durumda, gerçek hakimin yargı yeteneği ve yeterliliğine ilişkin kamuoyunun algısının etkilenebileceği;

³⁰ RÜHL, s.621.

³¹ RÜHL, s.621.

³² RÜHL, s.621.

³³ EARL, Elizabeth: Law profs develop Supreme Court predictor to better understand court decisions, Abajournal, 01.12.2014, https://www.abajournal.com/magazine/article/law_prof_develop_supreme_court_predictor (Erişim: 22.06.2022).

³⁴ YILMAZ, s.406.

³⁵ YILMAZ, s.406.

yargılamanın sùjeleriyle iletişim konusunda hâlen bir gerçek kişi hâkim seviyesinde olmayan robot hâkimin toplumun adalet duygusunu tatmin edebilmekte karşılaşacağı riskler, yukarıda zikredilen kanaati pekiştirmeye elverişli argümanlar olarak öne sürülebilir³⁶.

B. Yapay Zekânın Mahkeme Kararlarında Kullanımına İlişkin Avantajlar ve Dezavantajlar

Hukukta yapay zekâ sistemlerinin kullanımı, yargı için hukuk birliği ve güvenliği ile mahkemeler önünde eşitliğin sağlanması adına önemli fırsatlar sağlayabilir. Bu yolla belirli bir hukuki konudaki tüm içtihatlar, yapay zekâyaya dayalı sistemler aracılığıyla saniyeler içinde değerlendirilme imkânına sahip olabilir. Nitekim yapay zekâ ile desteklenen yargılamanın vadettiği en önemli teminatlardan biri de, benzer konulardaki benzer davalarda, birbiriyle uyumlu benzer kararların verilmesi ve aynı durumdaki bireylerin, farklı hâkimler tarafından öznel ve kişisel etkilerle farklı cezalar almasının yahut aynı durumda olan iki kişiden birinin davayı kazanmasına rağmen diğerinin kaybetmesi sebebiyle doğacak çelişkili hükümlerin önlenmesidir. Böylelikle, hem çelişkili hükümlerin bir üst derece yargı mercileri tarafından düzeltilmesi yahut bozularak geri gönderilmesi sebebiyle oluşacak zaman ve emek kaybının minimize edilmesi sağlanacak hem de hukuk güvenliği ve yargıya olan sayęı korunabilir³⁷. Meslekî ölçütlere göre ortalamayı karşılayan nitelikteki bir hâkimin, her bir bireyin davasına aynı değerlendirme son derece önemli olmasına rağmen, dava sayılarındaki artış, kaliteli hâkim yetiştirmenin ekonomik maliyeti ve her bireyin kendine özgü öznel koşullar altında yargılamada bulunması sebebiyle kararlarda sabit bir hâkim standardının yakalanması oldukça güçtür³⁸. Dolayısıyla, yargısal konularda yürütölen işlere yönelik teknik destek talebinin yeni teknolojik yazılımlar geliştirildikçe sabit kalamayacağı ve teknolojinin yargısal faaliyetlerin verimliliğinden ziyade kalitesini artırabileceği, dijitalleşmenin hukukileşmesinde ve teknolojik ilerlemelerin yargıya yönlendirilmesinde meslekî düzenlemelerin kilit rol oynayacağı kanısındaız³⁹.

Öte yandan, yapay zekâ sistemleri, her ne kadar hızlılık, verimlilik ve ucuzluk gibi potansiyel avantajlara sahip olsa da, insanı merkeze alan ve insanın egemen olduğu yargı faaliyetinin dijital teknolojiler eliyle yürütölməsi, bazı yönlerden dezavantajlı durumlar da yaratabilecektir. Zira şu an için yapay zekâ sistemleri insanî nitelikte duygusal ve sosyal zekâ ile empati yeteneğinden yoksun donanımlar olduğundan, hesaplanabilir verilerden hareketle robotların önsesi ve duygusal tahminlerde bulunması mümkün olamaz. Empati yeteneğinden yoksun bir makinenin bireylerin insanî yönden hassas oldukları meselelerde karar verecek düzeyde söz sahibi kılınmaları ise isabetli gözükmemektedir⁴⁰. Keza manevî tazminat talepleri bakımından yapay zekâ sisteminin hangi algoritmalara göre bir çözümler modeli belirleyeceği de öngörülebilir olmaktan uzaktır⁴¹. Zira manevî zarar, ancak bir insan tarafından ölçölebilecek ve değer biçölebilecek bir olgudur. İnsan olmayan bir yapının manevî zararı belirlemesi manevî zararın amacı ve işleviyle örtüşmez. Aynı şekilde çekişmeli boşanma davalarının yapay zekâ tarafından görölməsi de düşünölemez. Çünkü uyumsuzluk, doğası gereği insan tarafından çözümlenmek zorundadır. Aile kavramı ve eşler arasındaki duygusal bağ, yapay zekânın değerlendirebileceği olgulardan değildir. Çekişmeli boşanma davasında hangi tarafın ne ölçüde kusurlu olduğu yapay zekânın sahip olamayacağı hayat tecrübesi ve duygusal zekâyı gerekli kılar⁴². Yine, hâkimin yargılama yapıp hüküm verirken vicdanî kanaatine göre hareket etmesine ilişkin temel yargılama ilkesi gereği, vicdan duygusuna sahip olmayan ve bu duygunun yardımıyla bir kanaate varması da düşünölemeyen yapay zekâyaya, gerçek hâkime ait yetki ve nitelikleri bahşetmek, AY m.138/1 hükmü karşısında mümkün görünmemektedir. Dolayısıyla, insanın ruhuna ve manevî dünyasına özgü birtakım nitelik ve bilinçlerin yapay zekâ sistemlerine yüklenebilmesi şu an için mümkün olmadığı kabul edilmekle birlikte, bu bilinç eksikliğinin ileride tamamlanabileceği düşünöldüğünde, zihni mekanik hâle getirilmiş robotların köle sınıfına dönüşmesi olasılığı gündeme gelecektir. Bir an için, duygusal zekâ ile donatılmış, ruha ait hisler kodlanmış ve zihni mekanikleştirilmiş robotların adeta köle gibi kullanılmasıyla işletölen bir yargı mekanizması hayal edildiğinde ise, insana özgü özellikleri haiz olduğu halde sayęı görmeyen, korunmayan, insan gibi olmasına rağmen insana ait haklardan mahrum bırakılan robotların verecekleri kararlarda adaletin nasıl tecelli edeceği ve adalet ihtiyacı uğruna hangi ilkelere taviz verileceği konusunda toplum nezdinde meşruiyet kaybına yol açılabilir⁴³.

Ayrıca yapay zekâ sistemleri, hukukun üstünlüğüne, evrensel temel insan haklarına, demokratik değerlere, toplumsal farklılıklara sayęı duyacak ve yargısal etik ilkelere riayet edecek şekilde tasarlanmalıdır. Ne var ki, sözü edilen etik ilkelerin yapay zekâyaya kodlanması ve öğretölmesinde insan müdahalesi kaçınılmazdır. Sistemin güvenle düzgün işleyebilmesi için şeffaflığa ve hesap verebilirliğe (insan denetimine) ihtiyaç duyulur⁴⁴. Sistemin işleyişindeki aksaklıklara ve kişisel verilerin ele geçirilmesi gibi potansiyel risklere karşı insan müdahalesi, yapay zekâyı dengeleyici ve kötüye kullanma girişimlerini önleyici nitelik taşımalıdır. Ancak yapay zekâyaya yönelik insan müdahalesinin düzeyi arttıkça, yapay zekâdan beklenen avantajların yitirilmesi, yapay zekâdan toplumsal tatminsizliğin oluşması ve insan eliyle yürütölen klasik yargılama modeline geri dönölməsi tehlikesiyle karşı

³⁶ SÜMER, s.1579 vd.

³⁷ BORA-ÇINAR, s.2114.

³⁸ BORA-ÇINAR, s.2114.

³⁹ REMUS/LEVY, s.47.

⁴⁰ BORA-ÇINAR, s.2120.

⁴¹ ERDOğAN, Gökhan: “Yapay Zekâ ve Hukukuna Genel Bir Bakış”, Adalet Dergisi, 66(1) 2021, s.146.

⁴² YILMAZ, s.407.

⁴³ BORA-ÇINAR, s.2120-2121. Bu konuda ayrıca bkz. KAPANCI, Berk: “Özel Hukuk Perspektifinden Bir Değerlendirme: Yapay Zekâ ve Haksız Fiil Sorumluluğu”, in Aksoy-Retornaz, Eylem/Güçlütürk, Osman Gazi (ed.), Gelişen Teknolojiler ve Hukuk II: Yapay Zekâ, 1. Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2021, s.144-146.

⁴⁴ YILMAZ, İlay/SÖZER, Can/ELVER, Ecem: “Yapay Zekâ İle İlgili Güncel Düzenlemeler: Avrupa Birliği ve Amerika Birleşik Devletlerinde Alınan Aksiyonlar Işığında Bir Değerlendirme”, Adalet Dergisi, 66(1) 2021, s.449-452.

karşıya kalılabilecektir. Yine, yapay zekânın şeffaflık ve hesap verebilirliğinin temini hukuken mümkün gözükmektedir. Zira yapay zekâ tarafından verilen bir kararın kanun yolu denetimini, yine bir başka yapay zekâyâ yaptırmak teknik olarak sonucu değiştirmeye elverişli bir yöntem değildir. Dolayısıyla, yapay zekâ ile muhatap olacak bireylerin zihninde adaletin tecelli edip etmediği hususunda oluşması muhtemel şüpheleri giderecek şeffaflıkta açık ve tatmin edici cevaplar verilemediği sürece, yapay zekâdan beklenen kamu yararının gerçekleşmesi mümkün olamayacaktır⁴⁵.

C. Yapay Zekânın Mahkeme Kararlarında Kullanımına İlişkin Uluslararası Ölçekteki Örnekler

Suçun tekrarını tahmin eden algoritmaların kullanımı, ABD ceza adalet sisteminde oldukça yaygındır. Altmıştan fazla “kanıt dayalı” değerlendirme sistemleri piyasada bulunmakla birlikte bu yazılımların çoğu ticari sağlayıcılar tarafından üretilmektedir. Hatta bu sağlayıcılar, mahkemeler ve hapisane idareleri gibi müşterilerine suçla daha ucuz, daha verimli ve daha adil bir mücadele vaat etmektedir. Bu sistemler arasında en yaygın olanı Northpoint tarafından geliştirilen COMPAS sistemidir⁴⁶. COMPAS (Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions) mahkemeler için özel olarak geliştirilmiş bir risk değerlendirme yazılımı olup, kişilerin yeniden suç işleme eğilimini öngören hesaplamaları yapan algoritmalarla çalışır. Bu sistem, sanıktan, 130'dan fazla soru içeren bir anketi yanıtlamasını ister ve sanığın önceki mahkûmiyetleri, sosyal çevresi, aile geçmişi, istihdam durumu vb. kriminolojik faktörleri değerlendirir. Anılan sistem, yaptığı değerlendirme neticesinde, 1'den 10'a kadar bir ölçekte hesaplanmış risk derecesine sahip bir rapor sunar. Sanık, kefaletle serbest bırakıldıktan sonra tekrar suç işleme olasılığına göre yüksek, orta ve düşük riskli üç kategoriden birinde sınıflandırılmaktadır⁴⁷. Sistem, 2016 yılında güçlü eleştirilere maruz kalmıştır. Bağımsız ABD araştırma kuruluşu ProPublica, suçun tekrar edilmesi riskiyle ilgili önceki 7.000 COMPAS tahmin vakasını inceleyerek COMPAS tarafından yapılan tahminlerin ne sıklıkta doğru olduğunu kontrol etmiştir. Sonuçta, tekrar suç işleme olasılığı bulunan kişilerin yüzde 20'si, tahminden sonraki iki yıl içinde tekrar bir suçla itham edilmiştir. Bununla birlikte, siyah ve beyaz insanlar arasında hata tahmin türünün farklı olmasına da raporda vurgu yapılmıştır⁴⁸. Yine, Amerika Birleşik Devletleri'nin Wisconsin Eyaletinde görülen Loomis Davasında⁴⁹, sanığın suçlu olma olasılığını hesaplamak için mahkemece COMPAS sistemi kullanılmış ve sanığın, algoritma tarafından çıkarılan yüksek risk raporu sonucunda mahkûmiyet kararı verilmiştir⁵⁰. Anılan kararda hem mahkemece hem de sanıklar tarafından yargılama sürecinde kullanılan tahmin algoritmasının yapısı gerçekten bilinmemesine rağmen bu algoritma yardımıyla varılan tekerür risk değerlendirmesinin adil yargılanma hakkını ihlal etmediği kanaatine varıldığı anlaşılmaktadır⁵¹. Her ne kadar kararı veren mahkemece, COMPAS algoritmasının güvenilirliğine yönelik bir endişe duyulmadan karar verilmiş olsa da, bu tür yazılımların mahkemeler tarafından en azından cezanın tayıni açısından tek başına belirleyici bir etken olarak görülmemesi gerektiği hususuna kararda vurgu yapılmıştır⁵².

Ayrıca 2017 yılında Douai ve Rennes bölgelerindeki iki ayrı Fransız Temyiz Mahkemesi Predictice adlı bir yapay zekâ yazılımını test etmiştir. Yazılım üreticisinin amacı, yargıyı ülke genelinde daha az rastgele, daha öngörülebilir ve daha tekdüze hale getirmektir. Sistem, işten çıkarma durumunda işçinin kıdem tazminatının hesaplanmasını gerektiren uyumsuzlukların yanı sıra, boşanmanın mali sonuçları ve komşuluk hukukundan doğan uyumsuzluklarda da kullanılmış olup, test aşamasından sonra Fransa Adalet Bakanlığı, yazılımın test edilen sürümünün hâkimlerin karar verme sürecine herhangi bir katma değer sağlamadığı sonucuna varmıştır⁵³.

Estonya'daki bir pilot projede ise, yapay zekâ tabanlı bir programın, uyumsuzluk değeri 7.000-Euro'dan az olan özel hukuk temelli sözleşmeden kaynaklı uyumsuzlukları özerk bir şekilde çözmesi hedeflenmiştir. Amacı, yapay zekâ asistanları aracılığıyla yargıyı rahatlatmak olan proje kapsamında taraflar, ilgili belgeleri sisteme yüklemekte ve yapay zekâ mevcut bilgilere göre bir karar vermektedir. Bu kararlara hâkim önünde itiraz edilebilmesi de mümkün kılınmıştır⁵⁴. Estonya Ulusal Yapay Zekâ Strateji Belgesi'nde yapay zekâ ile birlikte hukuk sisteminin temellerinde köklü değişikliklere ihtiyaç olmadığı; münferit bazı kanunlarda uyumlaştırma için yapay zekâyâ odaklanan mevzuat çalışmaları yapılmasının yeterli olacağına vurgu yapılmaktadır⁵⁵.

⁴⁵ ERDOĞAN, s.146.

⁴⁶ SCHIMMECK, Tom: Schicksalsmaschinen: Algorithmen im US-Justizsystem, in Deutschlandfunk/WDR (am 20. Juni 2017), https://www.deutschlandfunkkultur.de/algorithmen-im-us-justizsystem-schicksalsmaschinen.3720.de.html?dram:article_id=385478 (Erişim: 11.08.2021).

⁴⁷ GERSBACHER, Pirmin: KI als Richter, Künstliche Intelligenz zur Unterstützung der Justiz, s.4, https://www.ai.hdm-stuttgart.de/downloads/student-white-paper/Winter-1920/KI_als_Richter.pdf (Erişim: 18.06.2022); SÜMER, s.1562.

⁴⁸ ANGIN, Julia/LARSON, Jeff/MATTU, Surya/KIRCHNER, Lauren: “Machine Bias ProPublica”, <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing> (Erişim: 18.06.2022).

⁴⁹ Karar metni için bkz. STATE v. LOOMIS, 881 N.W.2d 749 (2016) <https://www.courts.ca.gov/documents/BTB24-2L-3.pdf> (Erişim: 25.06.2022). Ayrıca COMPAS risk puanlarının mahkûmiyete ilişkin cezanın belirlenmesi sırasında hâkimler tarafından dikkate alınabileceğine ilişkin yüksek mahkeme kararı hakkındaki değerlendirmeler bkz. Criminal Law-Sentencing Guidelines-Wisconsin Supreme Court Requires Warning Before Use Of Algorithmic Risk Assessments in Sentencing- State v. Loomis, 881 N.W.2d 749 (Wis. 2016), Harvard Law Review, (130) 2017, s.1531-1532.

⁵⁰ Anılan davada sanık, COMPAS tarafından kullanılan algoritmanın işlediği verinin güncel olmaması, ağırlıkla cinsiyet temelli ayrımcılık yapması ve kendisine özgü kişisel durum değerlendirmesi yapmayıp genellemeler ile sonuç çıkarılan yüksek risk raporunun adil yargılanma hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür (bkz. STATE v. LOOMIS kararı, para.23).

⁵¹ SÜMER, s.1562.

⁵² Bkz. STATE v. LOOMIS kararı, para.99.

⁵³ GERSBACHER, s.4-5.

⁵⁴ Deutscher Bundestag: Künstliche Intelligenz in der Justiz Internationaler Überblick, s.7, <https://www.bundestag.de/resource/blob/832204/6813d064fab52e9b6d54cbbf5319cea3/WD-7-017-21-pdf-data.pdf> (Erişim: 18.08.2021).

⁵⁵ Estonia's National Artificial Intelligence Strategy 2019-2021, https://f98cc689-5814-47ec-86b3-db505a7c3978.filesusr.com/ugd/7df26f_27a618cb80a648c38be427194affa2f3.pdf, s.10, para.4.1 (Developing Legal Environment for Uptake of

Bunlardan başka, yargıda ilk özel çevrimiçi mahkeme, 2016 yılının Ocak ayında Hollanda'da kurulmuştur. Hollanda, pilot projesi Rechtswijzer ile tam otomatik bir uyuşmazlık çözüm hizmeti sunmaktadır. Portal, boşanmaya ilişkin bazı konulara ve çevrimiçi alışverişlerle ilgili şikayetlere çözümler sunmaktadır. Kullanıcıların, öncelikle talep konusuna göre malî durumları veya çocukları hakkında kapsamlı anketler doldurmaları gerekmektedir. Daha sonra yapay zekâ, soruna ilişkin bir çözüm önerisinde bulunmaktadır. Açıklanan verilere göre, boşanma talebinde bulunan kullanıcıların sadece %5'i bu teklifi reddetmektedir. Ayrıca yapay zekânın kullanımı, yargı maliyetlerinde önemli bir azalmaya yol açmıştır. Çünkü çiftler, sistemi kullanmak için sadece 100-Euro ödemektedirler. Bir insan hakem de sürece dahil olacaksa, 360-Euro daha ödenmesi gerekmektedir. Proje kapsamında şimdiye kadar salt açıkça hesaplanabilir değişkenler yardımıyla iki taraf arasındaki uyuşmazlıklar çözülebilmıştır⁵⁶.

Uluslararası ölçekteki örnekler açısından bir diğer uygulama örneğine ise Almanya'da rastlanmaktadır. Elektronik dosyaların tanıtılmasına ilişkin hukuki düzenleme ile Almanya'da tüm mahkemelerin 1/1/2026 tarihine kadar elektronik dava dosyalarına geçmesi gerekliliği vurgulanmıştır⁵⁷. Bu düzenlemeye karşılık olarak, 2019'da eyalet adalet bakanlarından oluşan bir çalışma grubu, tam otomatik mahkeme kararlarına karşı uyarıda bulunmuş ve Baden-Württemberg Eyaleti Adalet Bakanı Guido Wolf, "Yargı kararları insanlara mahsus olmalıdır" şeklinde açıklama da yapmıştır⁵⁸. Yine Almanya'da, örneksel temelinin Alman Federal Anayasa Mahkemesi kararları oluşturan argüman yapılarının otomatik olarak tanımlanmasını, analiz edilmesini ve önerilmesini destekleyen bir yazılım prototipi niteliğindeki Argumentum adlı yapay zeka projesinde, özellikle yargılama alanında önem taşıyan güçlü argümanların geliştirilmesi ve mevcut argümantasyon yapılarının analizinin gerçekleştirilmesi üzerinde durularak, yargılama sürecinde yürütülen argümantasyon faaliyetlerindeki bilgi işleme kapasitelerinin yapay zeka teknolojisi ile nasıl desteklenebileceği araştırılmaktadır⁵⁹.

Bundan başka, Çin Halk Cumhuriyeti'nde her yıl ülke çapında 120.000 hâkim, 19.000.000 adet davayla karşı karşıya kaldığından, Çin hükümeti, yargı sistemini rahatlatmak ve iş yükünü hafifletmek amacıyla yapay zekâyâ dayalı yazılım sistemlerini bilhassa desteklemektedir. Böylece Çin mahkemelerinde de yapay zekâ sistemleri, çeşitli şekillerde kullanılmaya başlamıştır⁶⁰. Örneğin, "Intelligent Trial 1.0" adlı bir uygulama, hâkimlerin yargısal materyalleri gözden geçirmelerine ve bağımsız olarak elektronik mahkeme dosyaları ve dava materyalleri oluşturmalarına yardımcı olarak iş yükünü azaltmaktadır. Bu kapsamda yargı organlarına, belgelerin otomatik olarak işlenip bilişim yargı ağına kaydedilmesinde ve işlenen belgelerdeki veriler doğrultusunda, ihtiyaca göre iddianame, tensip zaptı, ilmühaber, müzekkere vb. yeni belgelerin otomatikman oluşturulmasında yapay zekâ destekli bu uygulama, mahkemelere yardımcı olmaktadır. Ayrıca, ülke genelinde mahkemelere dağıtılan 100'den fazla yapay zekâ programı mahkemelere ek destek sağlamaktadır. Bu programlardan birisi de, yapay zekâli kâtiplerdir. Doğal dil işleme yeteneği sayesinde zabıt kâtiplerinin iş yükünü azaltacak şekilde duruşmalardaki sözlü beyanların tutanağa geçirilmesinde karşılaşılabilecek hataları asgariye indirme hedefi doğrultusunda yapay zekâdan yararlanmayı tercih eden Çin'de ayrıca bir başka yapay zekâ sistemi olan "Yapay Zekâ (Robot) Hâkim" sisteminden söz etmek gerekir. Algoritmalar tarafından dijitalleştirilmiş milyonlarca veri ışığında öğrendikleri yargılama faaliyetini, dosyaya sunulan delillerle birlikte değerlendirip davanın sonucu hakkında bir tahminde bulunabilen robotların bu tahminleri, gerçek hâkimler tarafından istenirse hükme esas alınabilmekte ve robotların yardımıyla davalar sonuca başlanabilmektedir⁶¹. Bu sistemde robot hâkim, gerçek bir insan gibi görselleştirilmiş ve ona ait yüz ifadeleri, jestler ve doğal sesler gerçek (yaşayan) bir insan gibi tezahür etmektedir. Ancak bu uygulamada yapay zekânın henüz tek başına herhangi bir karar verme yetkisi bulunmamaktadır. Şimdiye kadar, bu sisteme ait becerilerin, yalnızca çevrimiçi danışmanlık için kullanıldığı söylenebilir⁶². Yine, yapay zekâli mahkeme sisteminde delillerin toplanması, tanımlanması ve bilişim yargı ağına aktarılması için kullanılan blokzincir teknolojisi ile Çin mahkemeleri, delil niteliğindeki pek çok belgenin elektronik olarak işlenmesi aşamasında verilerin kaybolma, değiştirilme ya da yönlendirilme olasılığını da ortadan kaldırarak, online satış kaynaklı tüketici uyuşmazlıkları, e-ticaretten doğan ürün sorumluluğu gibi küçük ölçekli uyuşmazlıkların çözümünde blokzincirden istifade etmektedir⁶³. Son olarak, 2019 yılının Aralık ayında Çin Yüksek Mahkemesi tarafından yayımlanan bir raporda, yapay zekâ destekli ve bilişim teknolojisine ait araçların mahkemelerde delil olarak kabulü hakkındaki açıklama ile, büyük veri, bulut bilişim, blokzincir, duruşmalarda ses tanıma, dijitalleştirilmiş delil ikamesi, otomatik belge doğrulama, eşzamanlı e-dosya oluşturma, yapay zekâ destekli vakıa yönetimi gibi modüller uygulanarak hukuken geçerli (yasal) delil elde edilebileceği hususuna vurgu yapılmıştır⁶⁴.

AI). Ayrıca bkz. <https://knowledge4policy.ec.europa.eu/sites/default/files/estonia-ai-strategy-report.pdf>, para.4 Regulation (Erişim: 29.06.2022).

⁵⁶ SCHUCHMANN, Katharina: Der Algorithmus als Richter, Politik-Digital, <https://politik-digital.de/news/der-algorithmus-als-richter-149738/> (Erişim: 21.06.2022).

⁵⁷ BIALASS, Isabelle D.: "Der Einsatz von künstlicher Intelligenz in der Justiz, e-Justice" (Ausgabe 01//24. Juli 2019), s.6-8, s.7, <https://www.e-justice-magazin.de/2019/07/24/der-einsatz-von-kuenstlicher-intelligenz-in-der-justiz/> (Erişim: 18.06.2022).

⁵⁸ SEHL, Markus: "Wir brauchen einen 'Menschenvorbehalt'", Legal Tribune Online, 31.12.2019, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/interview-ferdinand-kirchhof-bverfg-digitalisierung-gg-algorithmen-art-10/> (Erişim: 20.06.2022).

⁵⁹ SÜMER, s.1563.

⁶⁰ HARRIS, Briony (2018): Could an AI ever replace a judge in court? <https://www.worldgovernmentsummit.org/observer/articles/2017/detail/could-an-ai-ever-replace-a-judge-in-court> (Erişim: 20.06.2022).

⁶¹ GÜLTEKİN-VÂRKONYÍ, s.28.

⁶² KI-Richter in China: http://german.china.org.cn/txt/2019-08/27/content_75143176.htm. (Erişim: 18.06.2022).

⁶³ GÜLTEKİN-VÂRKONYÍ, s.29.

⁶⁴ DOĞAN, s.88.

IV. ROBOT HÂKİMLER HAKKINDA DÜŞÜNCELER

A. Genel Olarak

Robot hâkim, yapay zekâyâ sahip yazılımların gerçek bir hâkimin yerine geçip uyuşmazlıklar hakkında karar verdiği mekanizmaya denir. Bir açıdan, mahkemeler için yapay zekâ kullanımı bir şans olarak değerlendirilebilir. Zira yapay zekâyâ dayalı yazılımlar sayesinde mahkeme kararlarında daha fazla nesnellik elde edilebilir. Keza hâkimlerin yargılama yapıp hüküm verme zorunluluğu, maddî gerçeği araştırıp bulunmasını ve teknik hukuk bilgisinin olaya uygulanmasını gerektiren, zor ve karmaşık bir ödev dönüşebilir. Bu ödevin ifası, genel olarak insanlarla etkileşim hâlinde bulunma sonucunda gerçekleşebilir. Ayrıca hukukî uzmanlık alanına ve yargı uygulamasına bağlı olarak farklı görünüm arz edebilirler. Hâkimler, insanî yönden ve bireysel özellikleri bakımından birbirlerinden farklıdırlar. Bir hâkim, kararlarında çok katı olmakla ünlüyken, başka bir hâkim ise daha duygusal tepkiler verebilir ya da daha çok şefkat gösterebilir. Aynı dava, aynı hâkim tarafından başka bir günde görüldüğünde dahi farklı bir sonuçla bitebilir. Örneğin, İsrail’de yapılan bir çalışmada, çoğunluğu şartlı tahliye ile ilgili başvurular hakkındaki yargısal kararlardan oluşan yaklaşık bin adet mahkeme kararı analiz edilmiş ve kahvaltıda yahut öğle yemeğinden yeni dönen hâkimlerin olumlu karar verme olasılıklarının çok daha yüksek olduğu, yani denetimli serbestlik başvurusunu kabul ettikleri sonucuna varılmıştır⁶⁵. Bu itibarla, hâkimler kararlarını verirken birçok etken, bu kararların ortaya çıkma sürecini etkileyebilir. Örneğin, ABD’de yapılan bazı araştırmalar, koyu tenli sanıkların aynı suçtan daha uzun hapis cezasına çarptırıldığını ve kefaletle serbest bırakılma olasılıklarının daha düşük olduğunu göstermektedir. Keza San Francisco şehrinde, iltica başvurularının neredeyse yüzde 90’ını onaylayan hâkimler varken, ülkenin diğer bölgelerindeki hâkimler için bu oran sadece yüzde üç olarak tespit edilmiştir⁶⁶.

Yapay zekâ yazılımı, duruşma salonunda yaşanan olayları, ilgililerin konuşması sırasındaki ses tonlarını, hâl ve hareketlerini bir insan gibi algılayamayabilir. Robot hâkimin görsel ve işitsel algısı bütün bu hususları doğru anlamlandırmaya ve işlemeye yetmeyebilir. Kullanılan dilin ve ifade kalıplarının anlaşılabilmesi, mutlaka genel hayat tecrübesi gerektirir ve özellikle soyut hukukî kavramlara toplum düzeyinde verilen değer yargısı bilinmeden o hususta adil karar verilebilmesi oldukça güçleşir. Nitekim hukukun sosyal bilimler alanında kabul edilmesi de bundan kaynaklanır. Yapay zekâ yazılımının, birtakım genel tecrübe kurallarını ve soyut kavramların tanımlarını derin öğrenme yoluyla kaydedebilmesi mümkün gözükse de, yapay zekâyâ öğretilen bu verilerin somut uyuşmazlık özelinde uygulanması ve yorumlanması insana özgü ve zekâ dışındaki bazı yeteneklerin varlığını gerekli kılmaktadır. İnsana özgü sosyal yapı ve çevreden yoksun olan robotların önyargılardan arınmış ve açıklanabilir sistemler olabilmesi için gereken doğru veri ve algoritmanın seçilebilmesinin teknik yönden ve uygulama açısından ne denli zor olduğu aşikardır. Bu yüzden yapay zekânın nesnel yapısı ve bilime dayalı işleyişi, tek başına davada adil bir karar verilebilmesinin teminatı olarak değerlendirilemez. Keza hâkimlik mesleği, mantık, muhakeme, sezgisel analiz ve kavrayış gibi çeşitli entelektüel ve sosyal becerilerin yanı sıra, hukuk metinlerinin lafzını ve ruhunu yorumlamayı, hukuk nosyonunu içselleştirmeyi gerektirdiğinden, yapay zekânın bütün bu özelliklere birlikte sahip olabilmesi mümkün gözükmemektedir⁶⁷. Yapay zekâ, bilişsel anlamda insana nazaran üstün kapasite ile çalışsa dahi, her dilin kendisine özgü yapısal farklılıkları yüzünden hukukî metinlerin anlamsal örtülü içeriği itibariyle yapay zekânın sınırlı yeteneklere sahip olabileceği ortadadır⁶⁸.

Hâkimlerin, hukukun evrensel değer yargılarını mevcut mahkeme kararlarına daha iyi yansıtabilmeleri ve önyargılarından daha az etkilenmeleri için sanal asistanlar geliştiren Elliott Ash ve arkadaşları, 2010 ve 2018 yılları arasında Hindistan’da 80 milyondan fazla yargı kararından alınan verilerle, kadın ve Müslüman isimleri bulmak için kullanılabilen bir ağ sistemi oluşturmuş ve bir algoritma yardımıyla daha sonra bu isimler ile yargılar arasındaki bağlantıları araştırmıştır⁶⁹. Araştırmacılar, kararlarda istatistiksel olarak anlamlı bir ayrımcılık bulamamışlardır. Ancak Ash, bunun Hindistan hukuk sisteminin tarafsız olduğu anlamına gelmediğini vurgulamıştır. Ash, robotların hiçbir zaman yargısal işlemlerde hâkimlerin yerini alamayacaklarını, ancak onları giderek daha fazla destekleyeceklerini ifade etmiştir⁷⁰.

Gelgelelim yapay zekâ, hukuk gibi hassas alanlara girer girmez, arkasındaki algoritmaların adaleti ve etiği ile ilgili sorular kaçınılmaz olarak ortaya çıkmaktadır. Yargıda yapay zekâ kullanırken karşımıza çıkan ilk risk, şeffaflığın olmamasıdır. Bazı durumlarda COMPAS gibi programların üreticisi şirketler algoritmalarını açıklamamaktadırlar. Ancak algoritma açıklansa bile, karmaşık sistemlerde makine öğrenme modelleriyle ilgili temel sorunlar devam etmektedir⁷¹. Diğer bir risk ise, meşruiyet sorunudur. Genellikle yargı yetkisinin kimde olduğu kanunlarda açıkça düzenlenir. Yargı işlevi, bağımsız hâkimler eliyle yürütülür. Ancak yapay zekâ sistemlerinin kararlarından kim sorumlu olacaktır? Devlet mi, yapay zekâyı geliştiren programcı mı, yoksa yapay zekânın kendisi mi? Bu noktada, bir yapay zekânın sorumluluk duygusu olmadığını hatırlatmak gerekir⁷².

Öte yandan, COMPAS gibi programların suçun yenilenmesine ilişkin tahminleri, genellikle sanığın sosyal çevresi vb. norm gruplarının benzerliğine dayanmaktadır. Ancak yargısal hüküm, bireye özgü olmalı ve bireyin

⁶⁵ GERSBACHER, s.7. Aynı yönde bkz. GÜLTEKİN-VÂRKONYİ, s.40; SÜMER, s.1553.

⁶⁶ SCHLAEFLI, para.6. Ayrıca bkz. GÜLTEKİN-VÂRKONYİ, s.38 vd.

⁶⁷ YILMAZ, s.402-403.

⁶⁸ YILMAZ, s.407.

⁶⁹ ASH, Elliott/ASHER, Sam/BHOWMICK, Aditi/CHEN, Daniel/DEVI, Tanaya/GOESSMANN, Christoph/NOVOSAD, Paul/SIDDIQI, Bilal: Measuring Gender and Religious Bias in the Indian Judiciary, Center for Law & Economics Working Paper Series 03, ETH Zurich 2021, s.2, https://www.research-collection.ethz.ch/bitstream/handle/20.500.11850/472802/CLE_WP_2021_03.pdf?sequence=1&isAllowed=y (Erişim: 25.06.2022).

⁷⁰ SCHLAEFLI, para.8.

⁷¹ GERSBACHER, s.8.

⁷² GERSBACHER, s.9.

eylemlerine dayanmalıdır. Bir yapay zekâ sisteminden beklenen şey, daha nesnel ve adil bir karar olsa da, robotun verdiği karar, ancak temel alınan sistem verileri kadar iyi sonuçlar sunabilir. Sistem verileri dışındaki bireysel özellikler, karara etki edemezler. Dolayısıyla geçmişten gelen önyargıların yapay zekânın kararlarını etkileme ihtimali de vardır⁷³. Bu ihtimalin bertaraf edilebilmesi için, insan zekâsı model alınarak tasarlanan robot hâkimlerin yazılım ve donanımlarının yanı sıra, insanlar tarafından yapılan algoritma öğretilerinin insana özgü bütün kişisel önyargı ve olumsuz duygulardan arındırılmış biçimde yüklenmesi elzemdir⁷⁴.

B. Türk Hukuku ve Yargı Sistemi Açısından Mevcut Durum ve Olası Gelişmeler

1. Genel Olarak

Türk hukuku ve yargı sisteminde yapay zekânın kullanılma şansı nedir? Hukukî açıdan nasıl mümkün olabilir? Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve temel kanunları bu konuda neyi öngörüyor? Her şeyden önce, başarılı bir yapay zekâ sisteminin mahkemelerde kullanılabilmesi için büyük miktarda veri temini gereklidir. Bugüne kadar oluşan içtihatlar, yapay zekânın kullanımı için gerekli olan veriyi kısmen sağlayabilir. Ancak, 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun 8. maddesinden hareketle, yargılama yetkisinin gerçek kişi hâkime ait olduğu ve bunun yanı sıra hâkimlik mesleğinin, Türk vatandaşı olan gerçek kişilere özgü olduğu anlaşılmaktadır. Sırf bu nedenle dahi, yapay zekâlı robotların ülkemizde doğrudan hüküm verme yetkisine sahip olamayacağı söylenebilir. Nitekim yapay zekânın sonuca nasıl ulaştığı, çıktığı nasıl ürettiği çoğunlukla insanlar tarafından anlaşılabilir olduğundan (kapalılık özelliği/ kara kutu sorunu)⁷⁵, yargıda hüküm vermeye yardımcı destekleyici bir araç olarak kullanılması da şu an için söz konusu olamaz. Yargılamanın herhangi bir aşamasında ister hâkimlerin işini kolaylaştıran sistemler isterse doğrudan hüküm verilmesinde rol oynayan robotlar olsun, doğrudan veya dolaylı bir şekilde yargısal faaliyetin icrasında yapay zekâdan yararlanabilmesi kanun koyucunun açık iradesi ile mümkün olabilir. Keza adil yargılanma hakkının bir unsuru konumundaki tabii hâkim ilkesinden hareketle de aynı sonuca varmak mümkündür⁷⁶. Bu yüzden, yapay zekânın hangi davalarda hangi kapsamda hangi işlevle sınırlı olarak kullanılacağı hususu kanun koyucu tarafından açıkça düzenlenmedikçe, yapay zekânın yargıda kullanılması anayasaya aykırılık arz edecektir.

Ayrıca yapay zekâ sistemlerinin, veri girdilerini anladığı kadar çıktılarını da anlaması gerekmektedir. Dolayısıyla, örneğin COMPAS gibi suçun tekrarını öngören türde tahminlere dayalı bir yapay zekâ değerlendirme sisteminin yargıda kullanılması şimdilik ülkemiz için düşünülemez. Nitekim Anayasanın 138. maddesi göz önüne alındığında, yargıda yapay zekâ teknolojisinin ve robot hâkimlerin rol oynayabilmesi, mutlaka hukukî altyapısının oluşturulmasına ve hukuk sistemiyle bütünleştirilmesine bağlıdır. Hâlihazırda yürürlükteki mevzuat, yargıda yapay zekâ kullanımından kaynaklanabilecek olası riskleri minimize etmeye yeterli değildir. Kaldı ki, devletin üç temel erkenden biri olan yargıda mahkemelerin birtakım yetkilerini robot hâkimlere devredebilmesi ve robotların kısmen dahi olsa yargısal işlev yürütebilmesi, hukuken ancak anayasa ölçüğünde bir değişikliği içeren düzenlemeyle mümkün gözükmektedir. Zira insan olgusuna dayanan yargı işlevinin teknolojiye devri, anayasa değişikliğini gerektirecek ölçüde önemli bir dönüşüm niteliğinde olup, teknolojinin hukukî çerçevesini oluşturacak kapsamlı bir mevzuat hazırlığını da zorunlu kılmaktadır⁷⁷.

Ancak hâlihazırda hâkimlerin işini yapay zekâ ile kolaylaştırılabilecek çeşitli uygulama senaryoları kurgulanması düşünülebilir. Yapay zekâ, örneğin e-dosya veya e-dava sistemlerinin daha da geliştirilmesinde kullanılabilir. Yapay zekâ, içerik hazırlama ve tekrarları belirleme gibi işlevler aracılığıyla dosyaların yapılandırılmasına yardımcı olabilir ve böylece yargı çalışmalarını hızlandırabilir. Yapay zekâ, fotoğraf veya video gibi kanıtları değerlendirirken de kullanılabilir. Yapay zekâ kullanırken, hâkim yapay zekânın ürettiği teklifi anlayabilmeli ve teklifi kabul edip etmeme seçeneğine sahip olmalıdır. Bununla birlikte, yapay zekâ uygulayıcılarının yapay zekânın teknik donanım ayrıntılarına vâkıf oldukları ve yeterli idarî kapasiteye sahip bulduklarını söylemek mümkün gözükmemektedir.

Öte yandan, yargıda yapay zekâ teknolojisinin temel hukukî altyapısının oluşturulmasına, hukuksal niteliğinin mevzuat bazında düzenlenmesine, yargı içtihatlarının (kişisel verileri korumaya yönelik önlemler alınmak suretiyle) açık kaynak (open-source) olarak doğrudan erişime elverişli hâle getirilmesine, içtihat içerikli büyük veri (big-data) oluşumunun desteklenmesine, yetki, denetim ve hukukî sorumluluk rejiminin belirlenmesine bağlı olarak gelişim gösterebileceği unutulmamalıdır. Nitekim elektronik tebligat, video-konferans yoluyla duruşma icrası, UYAP gibi konularda dahi hukukî çerçeve çizilmiş olmasına rağmen, yargılamada hâkimden daha etkin rol oynaması öngörülen yapay zekâ teknolojisinin temel yasa düzeyinde oluşturulmuş bir hukukî altyapıya ihtiyacı olmadığı söylenemez⁷⁸. Bu itibarla, yargıda hâkimin işlevini büyük ölçüde üstlenmesi düşünülen ve yargı işlevinin bağımsız mahkemelerdeki işleyişini teknolojiye devreden bir mekanizmanın öncelikle anayasal düzeyde temel norma kavuşturulması gerektiği düşünülebilir. Fakat kanımızca ilk etapta, yargı alanında yapay zekânın hukukî altyapısının oluşturulmasından önce devletin, ulusal mevzuat yönünden kapsamlı hukukî düzenlemeler yapmak yerine, genel bir yapay zekâ stratejisi belirleyerek yapay zekânın hukuk alanında gelişimini tasarlaması, yargıda yapay zekânın hangi işleviyle öne çıkacağını belirlemesi, teknolojide kaydedilen ilerlemeye paralel olarak yumuşak ve kademeli bir geçişi mi yoksa sert ve keskin bir dönüşümü mü hedeflediğine karar verip, ona göre yakın

⁷³ GERSBACHER, s.9.

⁷⁴ DOĞAN, s.90.

⁷⁵ GÜÇLÜTÜRK, Osman Gazi/KADIOĞLU, Yasin M.: “Yapay Zekâ ve Regülasyon”, in Aksoy-Returnaz, Eylem/Güçlütürk, Osman Gazi (ed.), Gelişen Teknolojiler ve Hukuk II: Yapay Zekâ, 1. Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2021, s.88, 89, 91; GÜLTEKİN-VÂRKONYI, s.54.

⁷⁶ ERDOĞAN, s.145.

⁷⁷ BORA-ÇINAR, s.2117.

⁷⁸ BORA-ÇINAR, s.2116-2117.

gelecekte yargıda yapay zekânın temel çerçevesini oluşturacak nitelikteki kodifikasyon çalışmalarına yönelmesi daha isabetli gözükmetedir⁷⁹.

2. “Ulusal Yapay Zekâ Stratejisi (2021-2025)” Çerçevesinde Belirlenen Hedefler ve Öneriler

Bilindiği gibi, Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi Başkanlığı tarafından hazırlanıp 2021/18 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesi ile Resmî Gazete’de⁸⁰ yayımlanan Ulusal Yapay Zekâ Stratejisi (2021-2025)⁸¹, yapay zekâ alanında ülkemizin ilk ulusal strateji belgesidir.

Öncelikle Ulusal Yapay Zekâ Stratejisi (2021-2025) ile, idarî ve hukukî düzenlemelerin, yapay zekâ odaklı sosyoekonomik dönüşüme adaptasyonunu sağlamak ve muhtemel sonuçlarını önceden değerlendirebilmek üzere araştırmalar gerçekleştirilmesi, yapay zekâ uygulamalarının etik ve hukuki boyutlarını ele alan faaliyetler yürütülmesi ve uluslararası ölçekte yapay zekâ ile ilgili yapılan çalışmaların takip edilmesi hedeflenmektedir⁸². Sözü edilen dokümanda, dünyada yapay zekâ teknolojilerinin yaygınlaşmasıyla insan-makine etkileşimlerinden beklentilerin değiştiği; tarihte ilk defa insan üretimi nesnelere için kişilik, hak, hukukî değer ve sorumluluk gibi meselelerin yoğun tartışmalara konu olduğu; kişisel mahremiyet, veri güvenliği, hesap verebilirlik, ulusal güvenlik vb. hususlarda çekincelerin gündeme geldiği; yapay zekâ destekli otonom/yarı otonom karar mekanizmalarının yaygınlaşması ile temel insan hak ve özgürlüklerinin korunması, ayrımcılığın önlenmesi vb. konularda etik sorunlar yaşanabileceği; sayılan gerekçelerle, etkin bir yapay zekâ ekosisteminin oluşturulması, yapay zekânın teknolojik özelliklerini gözeterek, uygun etik ve hukuki bir çerçevenin oluşturulması gerektiği vurgulanmaktadır⁸³.

Ayrıca, yapay zekâ uygulamalarının yaygınlaşması ile bireysel hak ve özgürlükleri doğrudan ilgilendiren hukuki düzenlemelerin, evrensel hukuk sistemine de örnek olacak şekilde yapılması gerektiği vurgusuyla, 2019 yılında yayımlanan, hukuk-yapay zekâ ilişkisi odaklı “Yapay Zekâ Çağında Hukuk Çalıştayı Raporu”nda⁸⁴, hukuk eğitiminin teknolojiye adaptasyonu için neler yapılması gerektiği hakkında önerilerde bulunulmakta; nitelikli uzman sayısının artırılması ihtiyacı ve avukatlık mesleğinin icrasında teknolojiye yatkınlığın artırılmasının gerekliliği üzerinde durulmakta; yapay zekânın hukuki ve cezai sorumluluğuna değinilmekte; hukuki düzenleme ve uygulamalar üzerinde çalışırken Avrupa Birliği müktesebatına uyum sürecine riayet etmenin önemi ve gereklilikleri hakkında da değerlendirmeler yapılarak Türkiye’de ilgili düzenlemelerin de hızlı şekilde yapılması gerektiğine dikkat çekilmektedir⁸⁵. Ancak yapay zekâ ile ilgili hukukî altyapı oluşturulurken, olası risklere karşı aşırı ihtiyatlı bir yaklaşım benimsenip teknolojik gelişmelerin toplumsal hayata entegrasyonunun önünü tıkayacak nitelikte katı normatif düzenlemelerden de özenle kaçınılması gerektiği unutulmamalıdır. Zira yapay zekâ ile ortaya çıkması muhtemel riskler minimize edilirken, aynı zamanda teknolojik gelişmelerden mümkün mertebe azamî ölçüde yararlanılmasına da gayret edilerek doğru bir denge ile menfaatlerin uzlaştırılması sağlanırsa, kamu hizmetinde arzu edilen verim seviyesi yakalanabilir⁸⁶.

Özetle, yapay zekânın yargı faaliyetlerinde işlerlik kazanabilmesi için alınması gereken tedbirler kapsamında veri güvenliği, kişisel mahremiyet, şeffaflık vb. etik konularda yapay zekânın kullanımıyla ortaya çıkması muhtemel riskler giderilmeli; yapay zekânın kamu hizmeti ve yargı faaliyetlerinde uygulanmasına ilişkin, başta Avrupa Birliği nezdinde olmak üzere uluslararası düzenleme çalışmalarını⁸⁷ takip edilmeli ve ulusal mevzuat bu düzenlemelerle uyumlaştırılmalı; uluslararası örnekler dikkate alınarak yapay zekânın etik ve hukuki boyutlarını değerlendirme fırsatı sunan referans model ve rehberler yayımlanmalı; yapay zekâ teknolojilerinin hukuki ve cezai sorumluluk rejimi üzerindeki etkisi ile, dönüşüme uğrayan fikrî mülkiyet hakları konusunda yargı personeline hizmet içi eğitimler verilmeli; pilot yapay zekâ uygulamalarının düzenleme ve deney alanına yönelik pilot uygulama rehberi hazırlanmalı; yapay zekâ alanında kişisel verilerin korunması ve veri yönetimi bakımından mevzuat düzenlemesi ve uygulamasına yönelik bütün paydaşlar nezdindeki farkındalık düzeyi artırılmalıdır⁸⁸.

V. SONUÇ

Günümüz dünyasında dijitalleşmeyi sürdürme yolundaki kilometre taşlarından biri olan ve yargı alanında da kullanılmaya başlanan yapay zekâ, hukuki sorunları hızlı bir şekilde tanımlayabildiği gibi, devasa ölçekte bilgiyi işleyebilir ve davada önemli olabilecek emsal mahkeme kararlarına daha iyi ulaşabilir. Yine, yapay zekâ sistemleri hem devlet hem de vatandaşlar için yargı faaliyetinden doğan maliyetleri büyük oranda azaltabilir. Böylece nüfusun daha büyük bir bölümü daha az maliyetlerle yargı hizmetlerinden faydalanabilir. Çalışmamızda bahsedilen bazı örnekler yapay zekâ kullanılarak yargısal maliyetlerden nasıl tasarruf edilebileceğini göstermektedir.

Bir hâkim, yapay zekâyı sadece bir destek aracı olarak kullansa bile, yapay zekânın sonuca nasıl ulaştığını anlamıyorsa, yapay zekâ ile elde edilen sonuçların nasıl değerlendirilmesi gerektiği sorunu ortaya çıkar. Yapay zekâ sistemleri, bir dizi girdi verisine uygulanıp belirli çıktı verileriyle sonuçlanan eğitilebilir dönüşümler zinciridir. Ancak bu eğitilmiş modellerin yorumlanması işi ise zordur. Yapay zekâyı dayalı sistemler, eğitildikleri görevi yerine getirmek için çok karmaşık bir şekilde milyonlarca farklı parametreyi kullanır. Sadece modele bakıp

⁷⁹ YILMAZ, s.389.

⁸⁰ Bkz. RG. 20.08.2021, Sa.31574.

⁸¹ <https://cbddo.gov.tr/SharedFolderServer/Genel/File/TR-UlusalYZStratejisi2021-2025.pdf> (Erişim: 29.06.2022).

⁸² Ulusal Yapay Zekâ Stratejisi (2021-2025), s.9.

⁸³ Ulusal Yapay Zekâ Stratejisi (2021-2025), s.14-15.

⁸⁴ https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/docs/Yapay_Zek%C3%A7agında_Hukuk2019.pdf (Erişim: 30.06.2022).

⁸⁵ Ulusal Yapay Zekâ Stratejisi (2021-2025), s.50-51.

⁸⁶ Aynı yönde bkz. YILMAZ/SÖZER/ELVER, s.466.

⁸⁷ Bu kapsamda Avrupa Birliği ve Amerika Birleşik Devletleri’nde yaşanan güncel gelişmeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. YILMAZ/SÖZER/ELVER, s.452 vd. 459 vd.

⁸⁸ Ulusal Yapay Zekâ Stratejisi (2021-2025), s.72.

sistemi tam olarak anlamak, bu nedenle oldukça zordur. Bu şeffaflık eksikliği, güvenlik, öngörülebilirlik ve şeffaflığın önemli bir rol oynadığı mahkeme kararlarında bu sistemlerin kullanılmasını zorlaştırmaktadır.

Yapay zekâ ve bu alandaki yatırımlar, dünyadaki rekabet yarışında belirleyici bir role sahiptir. Devletlerin bu alandaki çalışmaları, yarışta hangi sırayı kapacaklarının göstergesi olacaktır. Özellikle Türkiye gibi gelişmeye ve büyümeye açık ülkeler bu yarışta sıralamaya girmek için ilgili alanlardaki reformlara hız vermelidirler. Unutulmamalıdır ki, yapay zekâ uygulamalarının yargıda yaygın kullanım alanı bulması için, bu teknolojilere yargının tüm paydaşları tarafından güven duyulmasının sağlanması zorunludur. Yapay zekâ teknolojilerinin toplumsal yaşama etkileri ve olası riskleri konusunda halkın bilinç ve farkındalık seviyesinin yükseltilmesi ve bu uygulamaların etik değerlerle örtüştüğünü teyit edebilecek yönetim mekanizmalarının oluşturulmasının yanı sıra, yapay zekâ uygulamalarının çeşitli senaryolarda test edilip iyileştirilebilmesine imkân verecek şekilde mevzuat güncellemesine ihtiyaç duyulmakta ve yapay zekâ alanındaki uluslararası gelişmelerin etkilerini izleyerek bunlara yönelik politika oluşturulmasını kolaylaştıracak şekilde veri yönetim mekanizmasının iyileştirilmesi gerekmektedir.⁸⁹

Sonuç itibarıyla, ülkemizde hukuk alanında geliştirilecek tüm yapay zekâ teknolojileri, insan haklarını, demokratik değerleri ve hukukun üstünlüğünü önceliklendirerek, toplumun her kesiminden tüm paydaşlara eşit ve adil hizmet sunacak şekilde, ulusal etik değerlerle bütünlük içerisinde, temel hak ve özgürlüklere bağlı kalarak tarafsızlık ilkesi doğrultusunda tasarlanmalıdır.⁹⁰ Burada zikrettiğimiz tarafsızlık ilkesine riayet edilebilmesi için ise, yapay zekâ teknolojisinin faydaları ulusal ve uluslararası düzeyde paylaşılırken, aynı zamanda farklı yaş gruplarının, farklı sosyokültürel oluşumların, farklı dil gruplarının, dijital okuryazarlık seviyesi düşük engelli kişilerin, internet erişiminde dezavantajlı, sosyal güvenceden yoksun, marjinal ve savunmasız toplum kesimlerinin özel ihtiyaçlarının da dikkate alınması gerekir.⁹¹ Algoritmalara dayanılarak alınan yargı kararlarının, farklı demografik kesimler üzerinde ayrımcı veya hakkaniyetle örtüşmeyen etkiler doğurmadığından emin olunmalı; yargılama süreçlerinde kasıtlı olmayan ayrımcılıkların ortaya çıkmasını engellemek üzere izleme ve denetleme mekanizmaları geliştirilip uygulama sürecine dâhil edilmelidir.⁹²

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Atf Şekli: Yazar Hikmet BİLGİN, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | **Hikmet BİLGİN who is the author of this paper has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.**

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | **This article was prepared by the author alone.**

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyanı edilmemiştir. | **No conflict of interest or common interest has been declared by the author.**

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | **The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.**

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kuralına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | **The author declares that he complies with the scientific, ethical, and quotation rules of InULR in all processes of the paper and that he does not make any falsification of the data collected. In addition, he declares that Inonu University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than Inonu University Law Review.**

KAYNAKÇA

- ANGWIN, Julia/LARSON, Jeff/MATTU, Surya/KIRCHNER, Lauren: "Machine Bias ProPublica", 2016, <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing> (Erişim: 18.06.2022).
- ASH, Elliott/ASHER, Sam/BHOWMICK, Aditi/CHEN, Daniel/DEVI, Tanaya/GOESSMANN, Christoph/NOVOSAD, Paul/SIDDIQI, Bilal: Measuring Gender and Religious Bias in the Indian Judiciary, 2021, (11.01.2021), https://www.research-collection.ethz.ch/bitstream/handle/20.500.11850/472802/CLE_WP_2021_03.pdf?sequence=1&isAllowed=y (Erişim: 25.06.2022).
- BIALASS, Isabelle D.: "Der Einsatz von künstlicher Intelligenz in der Justiz, e-Justice", (Ausgabe 01//24. Juli 2019), s.6-8, <https://www.e-justice-magazin.de/2019/07/24/der-einsatz-von-kuenstlicher-intelligenz-in-der-justiz/> (Erişim: 18.06.2022).
- BORA-ÇINAR, Sevda: "Dava Yönetimi ve Yapay Zekâ Etkileşimi Üzerine Düşünceler", Legal Hukuk Dergisi, 20(234) 2022, s.2089-2130.
- Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi): Künstliche Intelligenz und Recht im Kontext von Industrie 4.0, https://www.plattform-i40.de/PI40/Redaktion/DE/Downloads/Publikation/kuenstliche-intelligenz-und-recht.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (Erişim: 01.07.2022).
- COPPULA, Deborah: "Artificial Intelligence: Where Science Fiction Meets Reality", American Society For Engineering Education Prism, 7(6) 1998, s.18-23.
- Deutscher Bundestag: Künstliche Intelligenz in der Justiz Internationaler Überblick, <https://www.bundestag.de/resource/blob/832204/6813d064fab52e9b6d54cbbf5319cea3/WD-7-017-21-pdf-data.pdf> (Erişim: 18.08.2021).
- DOĞAN, Erdem: Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Sorumluluğu, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2022.
- EARL, Elizabeth: Law pros develop Supreme Court predictor to better understand court decisions, Abajournal, 01.12.2014, https://www.abajournal.com/magazine/article/law_profs_develop_supreme_court_predictor (Erişim:

⁸⁹ Ulusal Yapay Zekâ Stratejisi (2021-2025), s.51.

⁹⁰ Ulusal Yapay Zekâ Stratejisi (2021-2025), s.59-60.

⁹¹ TANRIVERDİ, Almıla: "Yapay Zekânın Kamu Hizmetinin Sunumuna Etkileri", Adalet Dergisi, 66(1) 2021, s.293-314, s.309-310.

⁹² Ulusal Yapay Zekâ Stratejisi (2021-2025), s.60.

- 22.06.2022).
- ERDOĞAN, Gökhan: “Yapay Zekâ ve Hukukuna Genel Bir Bakış”, *Adalet Dergisi*, 66(1) 2021, s.117-192.
- ERSOY, Çağlar: *Robotlar, Yapay Zekâ ve Hukuk*, 5. Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2020.
- GARG, Pradeep K.: Overview of Artificial Intelligence, in Sharma, L./Garg, P.K. (ed.), *Artificial Intelligence: Technologies, Applications, and Challenges*, Chapman & Hall/CRC Press, Boca Raton 2022, s.3-18.
- GERSBACHER, Pirmin: KI als Richter, Künstliche Intelligenz zur Unterstützung der Justiz, https://www.ai.hdm-stuttgart.de/downloads/student-white-paper/Winter-1920/KI_als_Richter.pdf (Erişim: 18.06.2022).
- GÜÇLÜTÜRK, Osman Gazi/KADIOĞLU, Yasin M.: “Yapay Zekâ ve Regülasyon”, in Aksoy-Retornaz, Eylem/Güçlütürk, Osman Gazi (ed.), *Gelişen Teknolojiler ve Hukuk II: Yapay Zekâ*, 1. Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2021, s.75-118.
- GÜLTEKİN-VÁRKONYÍ, Gizem: Robot Yargıçlar, Teknolojinin Yargıdaki Geleceği, Fırsatlar ve Riskler, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2022.
- HARRIS, Briony: Could an AI ever replace a judge in court?, <https://www.worldgovernmentsummit.org/observer/articles/2017/detail/could-an-ai-ever-replace-a-judge-in-court> (Erişim: 20.06.2022).
- KAPANCI, K. Berk: “Özel Hukuk Perspektifinden Bir Değerlendirme: Yapay Zekâ ve Haksız Fiil Sorumluluğu”, in Aksoy-Retornaz, Eylem/Güçlütürk, Osman Gazi (ed.), *Gelişen Teknolojiler ve Hukuk II: Yapay Zekâ*, 1. Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2021, s.127-193.
- KHALİL, Omar E. M.: “Artificial Decision-Making and Artificial Ethics: A Management Concern”, *Journal Of Business Ethics*, 12(4) 1993, s.313-321.
- KI-Richter in China: http://german.china.org.cn/txt/2019-08/27/content_75143176.htm. (Erişim: 18.06.2022)
- KOLBJORNSRUD, Vegard/AMICO, Richard/THOMAS, Robert J.: “The Promise Of Artificial Intelligence” Redefining management in the workforce of the future https://www.researchgate.net/publication/306039533_The_promise_of_artificial_intelligence_Redefining_management_in_the_workforce_of_the_future (Erişim: 18.06.2022).
- LLOYD, Dan: “Frankenstein's Children: Artificial Intelligence And Human Value”, *Metaphilosophy*, 16(4) 1985, s.307-318, <https://www.jstor.org/stable/pdf/24436823.pdf> (Erişim: 18.06.2022).
- REMUS, Dana/LEVY, Frank S.: “Can Robots Be Lawyers? Computers, Lawyers, and the Practice of Law”, 27.11.2016 https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2701092 (Erişim: 22.06.2022).
- RUSSEL, Stuart J./NORVIG, Peter: “Artificial Intelligence: A Modern Approach”, 3rd Edition, Prentice Hall Series in Artificial Intelligence, Pearson, New Jersey 2010.
- RÜHL, Giesela: “KI in der gerichtlichen Streitbeilegung”, in KAULARTZ, Markus/ BRAEGELMANN, Tom (hrsg.), *Rechtshandbuch Artificial Intelligence und Machine Learning*, Kapitel 14 Streitbeilegung, München 2020, s.617-632, https://beckassets.blob.core.windows.net/productattachment/readingsample/14694084/29876057_9783406746581_leseprobe_ki%20in%20der%20gerichtlichen%20streitbeilegung.pdf (Erişim: 18.06.2022).
- SCHIMMECK, Tom: Schicksalsmaschinen: Algorithmen im US-Justizsystem, in Deutschlandfunk/WDR, am 20. Juni 2017, https://www.deutschlandfunkkultur.de/algorithmen-im-us-justizsystem-schicksalsmaschinen.3720.de.html?dram:article_id=385478 (Erişim: 11.08.2021).
- SCHLAEFLI, Samuel: Der Roboter dein Richter und Tröster, <https://www.cetoday.ch/news/2021-07-18/der-roboter-dein-richter-und-troester> (Erişim: 18.06.2022).
- SCHUCHMANN, Katharina: Der Algorithmus als Richter, Politik-Digital, <https://politik-digital.de/news/der-algorithmus-als-richter-149738/> (Erişim: 21.06.2022).
- SEHL, Markus: “Wir brauchen einen ‘Menschenvorbehalt’”, *Legal Tribune Online*, 31.12.2019, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/interview-ferdinand-kirchhof-bverfg-digitalisierung-gg-algorithmen-art-10/> (Erişim: 20.06.2022).
- SURDEN, Harry: “Artificial Intelligence and Law: An Overview”, *Georgia State University Law Review*, 35(4) 2019, s.1305-1338.
- SÜMER, Seda Yağmur: “Ceza Yargılamasının Geleceği: Robot Hakim”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 23(2) 2021, s.1543-1591.
- TANRIVERDİ, Almıla: “Yapay Zekânın Kamu Hizmetinin Sunumuna Etkileri”, *Adalet Dergisi*, 66(1) 2021, s.293-314.
- ÜNSAL, Burçak: “Yapay Zekâ, Robotlar, Hukuki Düzenlemeler”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 93(4) 2019, s.64-73.
- WILLIAM F. Clocksin: “Artificial Intelligence and the Future”, *Philosophical Transactions: Mathematical, Physical and Engineering Sciences*, 361(1809), 2003, s.1721-1748.
- YILMAZ, Oğuz Gökhan: “Yargı Uygulamasında Yapay Zekâ Kullanımı - Yapay Zekâ Hâkim Cübbesini Giyebilecek Mi?”, *Adalet Dergisi*, 66(1) 2021, s.379-415.
- YILMAZ, İlay/SÖZER, Can/ELVER, Ecem: “Yapay Zekâ İle İlgili Güncel Düzenlemeler: Avrupa Birliği ve Amerika Birleşik Devletlerinde Alınan Aksiyonlar Işığında Bir Değerlendirme”, *Adalet Dergisi*, 66(1) 2021, s.445-469.

KLASİK DÖNEM OSMANLI HUKUKUNDA HAYVAN SAHİBİNİN SORUMLULUĞU

THE LIABILITY OF THE ANIMAL OWNER IN THE CLASSICAL AGE OF OTTOMAN LAW

Melikşah AYDIN*  ID.21492/inuhfd.1122475 

Makale Bilgi

Gönderi: 27/05/2022
Kabul : 29/10/2022

Anahtar Kelimeler

*Osmanlı Hukuku,
Sorumluluk,
Hayvan Sahibi,
Zarar,
Tazminat.*

Article Info

Received: 27/05/2022
Accepted: 29/10/2022

Keywords

*Ottoman Law,
Liability,
Animal Owner,
Damage,
Compensation.*

Özet

Hayvan sahibinin sorumluluğu İslam hukukunda düzenlenmiş olan sorumluluk türlerinden biridir. Dolayısıyla İslam hukukunun uygulandığı, Osmanlı devletinin klasik devrinde de; padişahların koyduğu kanunnamelerde, şeyhülislamın fetva kitaplarında veya uygulamadan bizzat örnek olarak kadı sicillerinde hayvan sahibinin sorumluluğu ile ilgili hükümlere rastlanmaktadır. İslam hukuku, hayvan sahibinin hayvanının verdiği belirli zararlardan sorumlu, belirli zararlardan ise sorumsuz olduğunu belirtmektedir. Hayvan sahibinin sorumluluğu, İslam hukukunda mali bir sorumluluk olarak düzenlenmiş, zarar görene tazminat ödenmesi yeterli görülmüştür. Osmanlı hukukunda ise kanunnamelerde, hayvan sahibinin tazmin sorumluluğunun yanı sıra tazir cezası kapsamında olarak dayak ve para cezası ile cezalandırılması da öngörülmüştür. Bu çalışmada İslam hukukunda hayvanların verdikleri zarardan, sahibinin sorumlu olup olmadıkları haller incelenecektir. İslam hukuku hükümleri ile çatışmayan, Osmanlı hukukunun klasik devrindeki uygulamalar; fetvalar, kadı sicilleri ve kanunnameler temelinde incelenecektir. Mezhep görüşlerinin farklılaştığı durumlarda, sadece temel noktalar üzerinde durulacaktır. Osmanlı'da Hanefi mezhebi uygulaması esas olduğu için, diğer mezheplerin görüşlerinin belirtilmediği yerlerde Hanefi görüşü açıklanmıştır. Makalenin amaçlarından biri, fıkıh kurallarının Osmanlı klasik devri uygulamasındaki yansımaları hayvan sahibinin sorumluluğu konusu özelinde göstermektir.

Abstract

The liability of the animal owner is one of the liabilities regulated in Islamic law. Therefore, in the classical period of the Ottoman state, where Islamic law was applied, regulations regarding the liability of the animal owner can be found in the codes set by the sultans, the fatwa books of the sheikh al-Islams, or, as an example, in the qadi registers themselves. Islamic law states that the owner of an animal is liable for certain damages caused by his animal and irresponsible for certain damages. The liability of the animal owner is regulated as financial responsibility in Islamic law, and it is deemed sufficient to pay compensation to the injured person. In the Ottoman law, on the other hand, in the codes, it was foreseen that the animal owner should be punished with beating and fines as part of the tazir penalty, as well as the compensation responsibility. In this article it will be examined that whether the owner of the animal is responsible for the damage caused by his animals in Islamic law. The practices in the classical period of Ottoman law, which do not conflict with the provisions of Islamic law, will be examined on the basis of fatwas, kadi registers and legal codes. Only the basic points will be emphasized in the rules where the Islamic doctrines differ. Since the Hanafi doctrine was essential in the Ottoman Empire, the Hanafi notion was explained where the notions of other schools were not specified. One of the aims of the article is to show the reflection of fiqh rules in the Ottoman classical period practice in specific to the responsibility of the animal owner.

 Bu eser Creative Commons Atıf-Gayri Ticari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

*Dr. Öğr. Üyesi, Hacettepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | Cite As: AYDIN Melikşah, "Klasik Dönem Osmanlı Hukukunda Hayvan Sahibinin Sorumluluğu", İnÜHFD, 13(2), 2022, s.420-432.

İntihal | Plagiarism: Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via a plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

The aim of this study is to reveal the appearance of the liability of the animal owner in Islamic law, which is regulated among the types of strict liability in today's law, and then to make a comparison of the classical age of Ottoman law. It is important in terms of comparative law studies to see the stages of this type of liability from past to present. In addition, knowing the situation in the history of law can be useful in possible law changes to ensure the justice and timeliness expected from the law.

In this article it will be examined that whether the owner of the animal is responsible for the damage caused by his animals in Islamic law. The practices in the classical period of Ottoman law, which do not conflict with the provisions of Islamic law, will be examined on the basis of fatwas, kadi registers and legal codes. Only the basic points will be emphasized in the rules where the Islamic doctrines differ. Since the practice of Hanafi doctrine was essential in the Ottoman Empire, the details of Hanafi doctrine were explained in places not specified. One of the aims of the article is to show the reflection of fiqh rules in the Ottoman classical period practice in specific to the responsibility of the animal owner.

In Islamic law, there is a difference of opinion between schools in some cases regarding the responsibility of the animal owner. This difference arises as to whether the owner will be liable for the damage caused by his animal during the daytime. According to the Hanafi school, which is the main source of classical age of Ottoman law, the owner of the animal is not liable for the damage caused by the animal itself. In case of damage other than this, since the owner of the animal is liable for the management and supervision of the animal, the owner is responsible for compensation for the damage caused by the animal. Especially on public roads or places, if the owner of the animal does not manage his animal properly, he will be responsible for the damage caused by the animal. The owner of the animal is not responsible for damages that cannot be prevented.

In the article, first of all, the damages caused by animals in fiqh books were examined. Hanafi, Maliki and Shafi fiqh books were used. The first part of the article is named as the damages caused by animals to cultivated lands. In this part the different opinions of Hanafis and other schools are discussed. The second chapter is named as other damages caused by animals. In this part only the view of the Hanafi school is explained. Since the article deals with the Ottoman practice, fiqh books written in the Ottoman period were also used. After the rules in fiqh books were transferred, the part of the article titled the Ottoman practice was elaborated. In the Ottoman practice, the fatwa books of the Sheikh-ul-Islams were primarily used. Among these, the fatwa books of people such as Ali Efendi, Abdürrahim Efendi, Feyzullah Efendi and Abdullah Efendi were examined. Secondly, the law codes of the sultans were investigated in the Ottoman practice. Among the sultans of the classical period, Mehmet II, Bayezid II, Selim I, Süleyman I and Murad III's law codes were examined. These law codes were usually called as Kanunname-i Osmani. In these law codes the provisions that animal owners are liable for the damages caused by animals have been conveyed. When the relevance of fiqh books and fatwas and law codes are compared, the following result emerges. The relevance in fiqh books are in harmony with the fatwas of Sheikh ul-Islams. There are no rules in the fatwas of Shaykh al-Islams contrary to fiqh rules. In fact, fatwas are a reflection of fiqh rules. The fiqh sources written in the Ottoman period do not differ from the previous Hanafi fiqh sources. It has been benefited from fiqh books written in the Ottoman period whose names are Camiu'l-Fusuleyn and Letaifü'l-İşarat of Şeyh Bedreddin, Dururu'l-Hukkâm fi Şerhi Gururu'l-Ahkâm of Molla Hüsrev and Mülteka of İbrahim Halebi.

When the law codes are compared with the fiqh rules, the following result comes out. As regards the liability of the owner of the animal for the damage caused by his animal, the liability of compensation is generally adopted in Islamic law. However, in the law codes there is another type of liability; the liability of compensation. In the law codes beating and fines are imposed on the animal owner whose animal caused a culpable damage. These penalties are given in addition to liability of compensation. It is seen in these law codes that these beating and fines vary according to the type of animals. Beating and fines are also growing according to the size of the animals.

I. GİRİŞ

Bu makalede İslam hukukunda düzenlenmiş olan hayvan sahibinin sorumluluğu, Osmanlı Devleti'nin klasik dönemi denilen Tanzimat öncesi dönem esas alınarak incelenecektir. Osmanlı'nın Klasik devrinde İslam hukukunun uygulandığı söylenebilir. İstisnai nitelikte bazı uygulamalar bulunsa da genel durum bu şekildedir. İslam hukukunda hayvan sahibinin sorumluluğunun düzenlendiği fıkıh metinleri, makaleler bulunmaktadır. Bu çalışmayı bahsedilen çalışmalardan ayıran nokta İslam hukukunun yanı sıra Osmanlı uygulamasının incelenmesidir. Osmanlı uygulamasında konumuz ile alakalı uygulamalar; o dönemde yaşamış olan Osmanlı şeyhülislamlarının fetva kitapları, Osmanlı mahkemelerindeki kadıların vermiş oldukları hükümlerin yer aldığı kadı sicilleri ve genel olarak her padişah döneminde çıkarılmış olan kanunnamelerdir. Bu açıdan kadı sicilleri ve kanunname hükümlerinin İslam hukukuna uygunluğu da incelenecektir. Genel olarak İslam hukukunda hayvanın vermiş olduğu zararlardan dolayı sahibinin sorumluluğu tazmini bir nitelikte cereyan etmektedir. Kanunnamelerde de tazmin sorumluluğunun yanında ek olarak para cezasına hükmedildiği görülmektedir. Fıkıh eserlerinde hayvanların verdikleri zararlar genel olarak iki sınıfta incelenmiştir. Birincisi hayvanların ekili arazilere verdikleri zararlar ve ikincisi ise hayvanların verdikleri diğer zararlar. Diğer zararlardaki sorumluluk zararın verildiği yerin mülki arazi veya kamuya ait yol veya arazi olmasına göre değişebilmektedir. Tehlikeli hayvanların verdikleri zararlar ayrı bir başlık altında incelenmiştir. Çalışmamızda bu sraya uyulacak ve hayvanların verdikleri zararlar şu başlıklar altında incelenecektir: Hayvanların ekili arazilere verdikleri zararlar, hayvanların verdiği diğer zararlar, tehlikeli hayvanların verdiği zararlar. İlk iki başlık evcilleştirilmiş ve tehlikeli olmayan koyun, keçi, inek, sığır manda gibi hayvanların verdikleri zararlara özgüdür. Tehlikeli hayvanların verdikleri zararların incelendiği üçüncü başlıkta ise bu hayvanların dışında olup tehlikeli olan köpek ve yahut birinci başlıktaki hayvanlara dahil olup tehlikeli olduğu sabit olan, insanlara zarar verdiği bilinen belirli hayvanların zararları incelenecektir.

II. HAYVANLARIN EKİLİ ARAZİLERE VERDİKLERİ ZARARLAR

A. Genel Olarak

Hayvan sahibinin sorumluluğu ile ilgili olarak Kur'an-ı Kerim'deki Enbiya suresinin 78 ve 79. ayetleri bazı âlimlerin, görüşlerine gerekçe olarak gösterdikleri delillerdendir. 78. ayette: “Davud'u ve Süleyman'ı da an. Bir zamanlar, (zarar görmüş) bir ekin konusunda hüküm veriyorlardı. Bir topluluğun koyun sürüsü, geceleyin başıboş bir vaziyette bu ekinin içine dağılıp ziyan vermişti...”, 79. Ayette ise: “Süleyman'ın dava konusunu iyi anlamasını sağladık. Her birine de hükmetme yeteneği ve ilim verdik...”¹ denilmiştir.

Hayvan sahibinin sorumluluğu ile ilgili, İslam hukukunda birkaç hadis rivayet edilmiştir. İlk rivayet edilen hadise göre, Hz. Peygamber “Hayvanların cinayet ve zararı hederdir.”² buyurmuştur. Buradan hayvanların verdiği zararların tazmininin gerekmediği sonucu çıkmaktadır. İkinci rivayet edilen hadise göre; sahabeden Bera b. Azib'in devesi, bir başka sahabenin bahçesine girip bahçesine zarar vermiştir. Olay üzerine, hüküm vermesi için başvuru Hz. Peygamber, gündüz vakti bahçe sahiplerinin bahçelerini korumaları gerektiğini, geceleyin ise hayvan sahiplerinin hayvanlarını gözetlemekle ve onları zarar vermektan alıkoymakla sorumlu olduğunu belirtmiştir.³ Bu hadise göre hayvanların gündüz verecekleri zarardan dolayı hayvan sahibinin sorumluluğu bulunmamakla beraber gece verecekleri zarardan ise sorumludurlar. Numan b. Beşir'den rivayet edilen üçüncü hadise göre ise Hz. Peygamber, “Kim Müslümanların yolunda veya çarşısında hayvanı bekletir, bağlar da bu hayvan bir zarar verirse o kimse sorumlu olur.”⁴ buyurmuştur. Bu hadisten çıkarılacak sonuca göre hayvanın yol üstünde veya çarşı, pazar gibi bir yerde vereceği zarardan hayvan sahibi sorumludur.

Hadislerdeki hükümlerde bulunan farklılık İslam hukukçuları arasında görüş ayrılığına sebep olmuştur.

B. Maliki, Şafii ve Hanbeli Mezhebine Göre

Maliki, Şafii ve Hanbelilere göre hayvanın verdiği zararın heder olduğu yönündeki hadis ile Bera b. Azib olayındaki, hayvanın gece verdiği zarardan hayvan sahibinin sorumlu olduğu, gündüz verilen zararın tazmininin gerekmediği; çünkü bahçe veya tarla sahiplerinin mallarını korumaları gerektiği yönündeki hadis arasında bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Çünkü ilk hadiste, gündüz verilen zararın heder olduğu kastedilmektedir.⁵

Bazı müellifler, Bera b. Azib olayında Hz. Peygamber'in verdiği hükmün genel bir kural olarak mı ortaya konulduğu yoksa Medine şehrinin örfüne uygun olarak mı hareket edildiğinin tartışmaya açık olduğu görüşündedir. Eğer verilen hüküm Medine örfüne göre verildiyse yöreye göre değişen örfler söz konusu olduğu için hükümler de değişebilecektir.⁶

Maliki, Şafii ve Hanbeli müçtehitleri Enbiya suresinin 78 ve 79. ayetlerinde bahsedilen olayı da kendi görüşlerine gerekçe olarak göstermişlerdir. Ayette tam olarak anlatılmamakla beraber, söz konusu olay tefsirlerde şu şekilde anlatılmıştır:

¹ Enbiya, 21/78-79.

² BUHARİ, “Diyat”, 29; MÜSLİM, “Hudud”, 25; İBN MÂCE, “Diyat”, 27; TİRMİZİ, “Zekât”, 16, “Ahkâm”, 37.

³ EBU DAVUD, Hadis no: 4593; TEHANEVİ, Zafer Ahmed b. Latif el-Ösman: İ'laü's Sünen (Hadislerle Hanefi Fıkhı), çev. Macit Bilge. Misvak Neşriyat, İstanbul 2014, C.19, s.543; KARAMAN, Hayreddin: Mukayeseli İslam Hukuku, İz Yayıncılık, İstanbul 2012, C.2, s.484.

⁴ TEHANEVİ, C.19, s.542; BARDAKOĞLU, Ali: “Mukayeseli Hukukta Hayvanın Verdiği Zararın Hukuki Sorumluluğu”, Erciyes Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, (6), 1989, s.46; KAHVECİ, Nuri: “İslam Borçlar Hukukunda Tazminat”, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Basılmamış Doktora Tezi, Erzurum, 1997, s.40; ŞEN, Yusuf: “İslam Hukukunda Tehlike Sorumluluğu ve Uygulama Alanları”, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Basılmamış Doktora Tezi, Konya 2007, s.110; KARAMAN, C.2, s.484.

⁵ CESSAS, Ebu Bekr Ahmed b. Ali er-Râzi: Ahkâmü'l-Kur'an, çev. Mehmet Keskin. İ'tisam Yayınları, İstanbul 2018, C.7, s.346; İBN RÜŞD, Ebu'l-Velid Muhammed b. Ahmed b. Muhammed el-Kurtubi: Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktesid, çev. Ahmet Meylani, Redaksiyon ve Düzenleme: Vecdi Akyüz, Ensar Neşriyat, İstanbul 2015, C.3, s.342; BARDAKOĞLU, s.48.

⁶ BARDAKOĞLU, s.50. İbn Hacer bu konuda o yörede farklı bir adet bulunması halinde hadisteki hükmün esas alınacağı görüşündedir. BARDAKOĞLU, s.50.

“Bir koyun sürüsü geceleyin komşunun tarlasına girerek oradaki ekini tahrip eder; ekin sahibi zararın telafisi için mahkemeye başvurur. Bu davaya bakan Davud ile oğlu Süleyman farklı hükümler verirler. Davud, tahrip edilen ekinin kıymetinin, koyunların kıymetine denk olduğu kanaatine vararak koyunların tazminat olarak ekin sahibine verilmesine hükmeder. Süleyman ise bu cezayı ağır bularak, hükmün değiştirilmesini teklif eder. Ona göre tarladaki zarar koyunlardan elde edilecek gelirle ödenebilir; bu sebeple hükmün şöyle olması gerekir: Tarla koyun sahiplerine verilmeli, onlar, ziyandan önceki haline gelinceye kadar tarlanın bakımını üstlenmelidir. Koyunlar da tarla sahibine verilmeli, o da tarlası ziyandan önceki haline gelinceye kadar bu koyunların sütünden, yününden ve kuzularından yararlanmalıdır. Nihayet tarla sahibinin zararı karşılanınca tarla ve koyunlar sahiplerine iade edilmelidir. Hz. Davud, oğlunun bu çözümünü beğenir, kendi görüşünden vazgeçer.”⁷

Maliki, Şafii ve Hanbeliler’e göre, 78. ayette geçen “nefeşe” fiili hayvanların gece otlatılması anlamına geldiğinden hayvanın gece verdiği zarardan hayvan sahibi sorumlu olacaktır.⁸ Hz. Peygamber’den rivayet edilen hadis de bu yönde olduğu için; bu mezhepler, hayvan gece bir zarara yol açmışsa hayvan sahibinin sorumlu olacağı görüşündedirler. Ancak hayvan sahibi, hayvanını bağlayıp gece dışarı çıkamaması için gerekli önlemleri aldıysa ve bu önlemlere rağmen hayvan bağlı veya kapalı olduğu yerden çıkıp zarara yol açıtıysa hayvan sahibinin bir sorumluluğu yoktur; çünkü kendisinden beklenen önlemleri almıştır.⁹

Şafiilere göre bağ, bahçe veya tarlayı koruyan bir tel, çit veya duvar bulunması halinde; taşınmaz sahibi bu duvar, çit veya telin kapısını açık yani araziye dışarıdan gelecek tehlikelere karşı savunmasız bıraktıysa, hayvan da bu savunmasızlıktan yararlanıp bir zarar verdiyse hayvan sahibinin sorumluluğu oluşmaz¹⁰. Tel, çit veya duvar gibi bir koruma yoksa, hayvanın bahçe veya tarlaya verdiği zarardan hayvan sahibi sorumlu olur. İmam Malik’e göre ise bahçe veya tarlanın etrafında çit, duvar gibi koruma bulunsun veya bulunmasın ve hatta çit, duvar bulunuyorsa kapısı açık bırakılsa bile, hayvanın gece vakti bahçe veya tarlaya verdiği zarardan hayvan sahibi sorumludur¹¹. Ayrıca ona göre eğer hayvanın ekili araziye zarar verme konusunda kötü bir alışkanlığı varsa ve hayvan sahibi bunu bilmesine rağmen hayvanı başıboş salıverdiyse, hayvanın verdiği zarardan hayvan sahibi sorumlu olur¹².

Âlimlerin genel görüşüne göre hayvanların gündüz vakti kendiliğinden verdikleri zararlardan dolayı hayvan sahibinin sorumluluğu yoktur. İmam Malik’e göre hayvanın gündüz vakti verdiği zarardan dolayı hayvan sahibi ancak şu iki şartla sorumlu tutulamaz:

Hayvanın gündüz yayılması için salıverildiği mera, ekili-dikili alanlara uzak olmalıdır ki hayvanların bunlara ulaşması zor olsun. Bu alanlara yakın bir yere salınan hayvanın verdiği zarardan hayvan sahibi sorumludur¹³.

Hayvanın başında çoban varsa ve çoban hayvanın verdiği zararı engelleyebilecek durumda olmasına rağmen engellememişse, hayvanın verdiği zarardan çoban sorumludur. Çoban, hayvanı engelleyebilecek durumda değilse kimseye tazmin gerekmez¹⁴.

Bazı Maliki ve Şafiilere göre tarla veya bahçe sahipleri kendi arazilerinde bulunuyorken hayvan zarar verdiyse hayvan sahibine bir sorumluluk yüklenemez. Çünkü taşınmaz sahibinin malını koruma yükümlülüğü vardır. Bahçe veya tarla sahibinin sürekli başında bulunmadığı, sadece senede bir defa hasat için geldiği araziye hayvan, taşınmaz sahibi arazide yokken gelip zarar verdiyse bu zarardan hayvan sahibi sorumlu olur. İmam Şafii bu konuda yöre örfünün dikkate alınması gerektiği görüşündedir. Örneğin o yörede adet gereğince hayvan sahipleri hayvanlarının başında bulunmaksızın hayvanlarını yayılmaları için salıveriyorlarsa hayvanın verdiği zarardan hayvan sahibi sorumlu olmaz. Ancak hayvanların başında biri olmaksızın hayvanların salınmadığı bir yörede bu âdete aykırı olarak hayvanlarını yalnız salıveren hayvan sahibi hayvanlarının vereceği zarardan sorumlu olur¹⁵.

Hanbeliler hayvanın başında biri olmasına rağmen hayvanın zarar vermesi halinde, bu zarardan hayvanın başında bulunan kişinin sorumlu olacağı görüşündedirler. Hayvanı gece veya gündüz salıveren kişi de bu salıvermede kusurlu olması halinde hayvanın vereceği zarardan sorumlu olur¹⁶.

C. Hanefi Mezhebine Göre

Hanefiler “Hayvanların cinayet ve zararları hederdir” hadisini gerekçe göstererek ister gündüz ister gece vakti olsun hayvanların kendiliğinden verdikleri zarardan dolayı hayvan sahibinin sorumlu olmadığını

⁷ Kur’an Yolu Türkçe Meal ve Tefsir, C.3, s.692-693. Aynı olay başka tefsirlerde de buna benzer şekilde aktarılmıştır. CESSAS, C.7, s.342-343; DÖNDÜREN, Hamdi: Ahkâmü’l-Kur’ân Kur’ân-ı Kerim ve Fikhî Tefsiri, Erkam Yayınları, İstanbul 2020, C.6, s.238.

⁸ CESSAS, C.7, s.344; İBN RÜŞD, C.3, s.342; BARDAKOĞLU, s.49; KARAMAN, C.2, s.489.

⁹ İBN RÜŞD, C.3, s.343; ŞİRBİNİ, Şemsüddin Muhammed b. Ahmed el-Hatib: Muğni’l-Muhtac, çev. Soner Duman. Mirac Yayınları, İstanbul 2017, C.16, s.545; BARDAKOĞLU, s.47; AYDIN, Ahmet: “İslam ve Roma Hukukunda Hayvanın Verdiği Zarardan Sorumluluk”, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, (28), 2016, s.216,217.

¹⁰ ŞİRBİNİ, C.16, s.558.

¹¹ REMLİ, Şemseddin Ahmed b. Hamza: Nihayeti’l-Muhtac ila şerhi’l-Minhac, Daru’l-fikir, Beyrut, 1984, C.8, s.43; BARDAKOĞLU, s.47.

¹² BARDAKOĞLU, s.48; ZUHAYLİ, Vehbe: İslam Fikhi Ansiklopedisi, çev. Heyet. Risale Yayınları, İstanbul 1994, C.8, s.140; AYDIN, s.216; ÜNAL, Mustafa: İslâm Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu, Adalet Yayınları, Ankara 2019, s.243-244.

¹³ İBN RÜŞD, C.3, s.343; BİLMEN, Ömer Nasuhi: Hukuk-ı İslâmiyye ve İstilaht-ı Fıkhiyye Kamusu, Bilmen Yayınevi, İstanbul 1970, C.7, s.390; BARDAKOĞLU, s.47.

¹⁴ ŞEYH BEDREDDİN: Câmiu’l-Fusûleyn Yargılama Usulüne Dair, ed. Hacı Yunus Apaydın, Kültür ve Turizm Bakanlığı, Ankara 2012, s.812; BARDAKOĞLU, s.48; KARAMAN, C.2, s.489. Hanefiler hayvanların çoban tarafından salındığı yer ile ekili araziler yakınsa hayvanların bu araziye verdiği zarardan hayvanın başındaki çobanı sorumlu tutmuşlardır. AYDIN, s.217.

¹⁵ ŞİRBİNİ, C.16, s.554, 557; BARDAKOĞLU, s.48; AYDIN, s.217.

¹⁶ BİLMEN, C.7, s.390; BARDAKOĞLU, s.48.

görüştürdüler¹⁷. Hanefilere göre, hadiste verilen hüküm genel olup kesin delildir, Bera b. Azib olayındaki hadis ise mürsel hadistir. Öyle ki, hadisin senedinde ve metninde sıkıntılar vardır. Dolayısıyla bu hadis hükme esas alınmaz. Enbiya suresindeki ayette Hz. Süleyman'ın nasıl bir hüküm verdiği belirtilmemiştir. Hüküm rivayet edildiği şekilde olsa bile Hz. Süleyman'ın verdiği hüküm artık mensuttur, neshedildiği için hükmü değişmiştir¹⁸.

Hanefiler hayvanın kendiliğinden vereceği zarardan hayvan sahibinin sorumlu olmayacağını belirtmekle beraber hayvan sahibinin fiili ile hayvanın verdiği zarar arasında illiyet bağı kurulabiliyorsa hayvan sahibini sorumlu tutmuşlardır¹⁹. Örneğin sahibinin, hayvanını bilerek başkasının bahçe veya tarlasına salıvermesi, hayvanın oraya gitmesine göz yumması, engel olmaması durumlarında hayvanın vereceği zarardan sorumlu olacağı görüşündedirler²⁰. Ancak hayvan, sahibinin elinden veya bağlı olduğu yerden kurtulup birinin arazisine zarar verirse sahibi sorumlu olmaz²¹.

Hz. Ömer'den rivayet edilen bir görüşte hayvanın bağlı olduğu yular veya ipi koparması halinde sahibinin, hayvanın vereceği zarardan sorumlu olmayacağı, aksi durumda yani sahibinin hayvanı bakım ve gözetim yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi halinde sorumlu olacağı belirtilmektedir²².

D. Üçüncü Görüşe Göre

Dört mezhebin görüşleri dışındaki üçüncü bir görüş ise Leys b. Sa'd ve Ata b. Rebah tarafından benimsenmiştir. Onlara göre gece veya gündüz vakti fark etmeksizin sahibi tarafından başıboş salıverilen hayvanın verdiği zarardan dolayı sahibi sorumludur. Leys, başkasının bahçe veya tarlasına zarar veren hayvanı cinayet işleyen köleye benzeterek zarardan sorumlu olunacak miktarın hayvanın değerini geçmeyeceği görüşündedir. Ancak köle kendi fiilinden sorumlu olmakla beraber hayvan hiçbir zaman sorumlu olamaz. Burada Leys'in kıyasının doğru olmadığı ortaya çıkmaktadır²³.

E. Osmanlı Uygulaması

Osmanlı devletinin klasik devri uygulamasında Hanefi görüşünün esasları çerçevesinde hükümler verilmiştir. Bu hükümler gerek kanunnamelerde, gerekse mahkeme kararlarının yer aldığı kadı sicillerinde yer almaktadır.

Fatih Sultan Mehmed'in Umumi Kanunnamesinde "Ve koyun erinün kanğısı eşküne eşerse, ol eşenden salarlık alınmaya, yamaklarından alına"²⁴ denilerek ekine girip zarar veren koyunun verdiği zarardan hayvan sahibinin değil de koyunların başındaki çobanın sorumlu olduğu belirtilmiştir. Aynı kanunnamenin bir başka maddesinde,

"Ve bir kimesnenin atı ya öküzü ya kırağı ekine girse, davar başına beş akçe cürm alıp beş çomak; buzağı girse bir akçe bir çomak; koyun girse iki koyuna bir akçe alıp bir çomak uralar. Amma evvel hüccet edeler. Hüccet ettiklerinden sonra eslemeyüb [dinlemeyip] davarlarına tımar eylemezlerse, ki ekin içinde buluna ve ekine ziyan eylemiş ola, bu resme göre cürümleyüb çomak uralar ve ziyanın ödedeler; tehdid oluna, davarlarına tımar edeler, ekine ziyan ettirmeyeler. Eğer köy yanında yahut köyler arasında ya davar arasında, savadında veya savad yolunda ekin olsa, ki davar uğrağı ola, onun gibiye avlağı edeler."²⁵

hükmü bulunmaktadır. Bu maddeye göre hayvanını kontrol altına almayıp, uyarılara rağmen ekine zarar vermesine sebep olan hayvan sahibine, ekin sahibinin zararını ödemekten başka, para cezası ve çomak denilen bedeni ceza öngörülmüştür. Ayrıca hayvanların otlayacağı yere yakın olan veya onların yolu üzerinde bulunan arazilerin sahiplerinin, hayvanların vereceği zarardan korunmaları için çit ile arazilerini korumaları zorunluluğundan bahsedilmiştir. Bu kanunname ile hayvan sahibine tazminat sorumluluğunun yanı sıra tazir cezası olarak para cezası ve çomak (dayak) cezası öngörülmesi dikkat çekicidir.

II. Bayezid'in Umumi Kanunnamesinde bu hüküm aynen korunmakla beraber davardan başka kara canavar ibaresi kullanılmış ve "ekine giren kara canavar olsa canavar başına iki akçe alınıp iki çomak vurulması" ek hükmü

¹⁷ CESSAS, C.7, s.346; SERAHSİ, Ebu Sehl Ebu Bekir Muhammed b. Ahmed: Mebsüt, ed. Mustafa Cevat Akşit, Gümüşev Yayınları, İstanbul 2008, C.14, No.42; TEHANEVİ, C.19, s.542; BİLMEN, C.7, s.389; ZUHAYLİ, C.8, s.138-139; AYDIN, s.216; YELEK, Kamil: "Gasp ve İtlaf Bağlamında Hanefi Sorumluluk Hukuku", İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Basılmamış Doktora Tezi, İstanbul 2019, s.227.

¹⁸ CESSAS, C.7, s.344,345; TEHANEVİ, C.19, s.545; BARDAKOĞLU, s.51; ŞEN, s.111.

¹⁹ ŞEYH BEDREDDİN, C.19, s.811; ZUHAYLİ, C.8, s.141; KARAMAN, C.2, s.485; AYDIN, s.216. Osmanlı şeyhülislamlarından İbn Kemal'in bu görüşü destekleyen fetvası bulunmaktadır: "Zeyd'in koyunu Amr-ı sipahinin çayırına girse çayırı yese şer'an daman (tazminat) lazım olur mu? el-Cevab: Olmaz." İNANIR, Ahmet: "İbn Kemal'in Fetvaları Işığında Osmanlı'da İslam Hukuku", İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Basılmamış Doktora Tezi, İstanbul 2008, s.106.

²⁰ İBN RÜŞD, C.3, s.343; ŞEYH BEDREDDİN, C.19, s.812; FETAVA-YI HİNDİYYE, Fetava-yı Alemgiriyye. çev. Mustafa Efe. Huzur Yayınları, İstanbul 2004, C.13, s.61; BİLMEN, C.7, s.391.

²¹ MERĞİNANİ, Burhanüddin Ali b. Ebi Bekr: el-Hidaye, çev. Hüsamettin Vanlıoğlu ve diğerleri. Yasin Yayınları, İstanbul 2017, C.7, s.315; BİLMEN, C.7, s.391.

²² CESSAS, C.7, s.346; BARDAKOĞLU, s.52; ŞEN, s.112.

²³ İBN RÜŞD, C.3, s.342; BARDAKOĞLU, s.52.

²⁴ AKGÜNDÜZ, Ahmed: Osmanlı Kanunnameleri, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, İstanbul 1990, C.1, s.352.

²⁵ AKGÜNDÜZ, C.1, s.354. Aynı devirdeki İstanbul Hasları Kanunnamesindeki bir başka hüküm şöyledir: "Ve yürükler evvelden yürüye geldikleri yerde yürüyeler. Amma kimesnenin ekinine ve biçimine zarar etmeyeler; ederler ise hâkim'ül-vakt olanlar şer'le teftiş edüb tazmin etdire. Ve illa eslemeyüb geri zarar ve ziyan ederlerse men' edip yürütmeyeler." AKGÜNDÜZ, C.1, s.463. Bu hükme göre yürüklerin taşınırken her zaman kullandıkları yolları kullanmaları, yolculuk esnasında hayvanlarının ekili arazilere zarar vermesi durumunda bu zararı tahsil etmeleri istenmiş, zararın tekrarlanması halinde ise her zaman kullandıkları yolları kullanamayacakları yetkililere emredilmiştir. Aynı devirde çıkarılan Edirne Hasları Yasaknamesindeki bir hükme göre "Ve dahi yerliden ve gayriden orak vaktinde koyunu terke içine salarlar imiş, terkeye hayli ziyân eder imiş; terke tamam götürülmevince koyun saldırmaya" denilerek hasat zamanı ekili araziye girip mahsule zarar veren koyunların zapt edilmesi gerektiği hayvan sahiplerine emredilmiştir. AKGÜNDÜZ, C.1, s.486.

getirilmiştir²⁶. Kara canavar ibaresi büyük ihtimalle domuz için kullanılmıştır; çünkü Yavuz Sultan Selim devrindeki Karaman Vilayeti Kanunnamesinde de “Küffarın kara canavarı girse, canavar başına ikişer çomak ve ikişer akçe alına”²⁷ hükmü bulunmaktadır. Bu durum da kara canavarın gayrimüslimlerin yetiştirmesi serbest olan domuz olduğunu göstermektedir.

Yavuz Sultan Selim’in Umumi Kanunnamesi olduğu düşünülen Kanunname-i Sultan Selim Han’daki hüküm genel olarak aynı olsa da Fatih’in Kanunnamesine ek olarak “inek girse dört akçe alına” denilmiştir. Bu kanunnamede ayrıca

“Amma mukaddema esvakda nida olunsa, tenbihden sonra ekine giren davarı öldürmek yoktur ve kuyruğun ve kulağın kesmek yoktur. Hemân vech-i meşru’ üzere amel oluna. Ve illa ziyanı davar sahibine tazmin etdireler. Eğer tenbih ettim davarın zabt etmedi diye vurub öldürse yahud vurub sakat etse ya vurub bir yanın kat’ eylese caiz değildir. Şer’ ile ne lazım girirse, eğer kıymetdir ve eğer tazmin etdireler, ekin sahibine dahi ziyanın çekdireler. Eğer bıçak ile yahud gayri alet-i harb ile vurub mecruh eylese, şer’le noksan lazım olmasa, tazir edib ağacına bir akçe cürm alına.”²⁸

denilerek ekine zarar veren hayvana her ne şekilde olursa olsun ekin ve arazi sahibi tarafından zarar verilemeyeceği, eğer zarar verirse bu zararı ödeyeceği emredilmiştir. Bu kanunnamede Fatih ve II. Bayezid Kanunnamelerindeki “Eğer köy kurbünde ve yahud arasında ve yahud davar suvadı yolunda ekin olsa, sahibine avlağı etdireler” hükmüne ek olarak “Eğer etmezse zarar kendilere müterettib olur. Davar sahibinin günahı yoktur. Meğer gece ile ya kasd ile irsâl edeler.”²⁹ hükmü getirilerek hayvanların otlatıldığı yere yakın ve hayvanların yolu üstünde arazisi olan kimsenin arazisini çitle çevirmemesi halinde hayvanların vereceği zararı hayvan sahibinden talep edemeyeceği; ancak hayvanların gece vakti araziye girmesi veya kasten sokulması halinde, hayvan sahibinin zarardan sorumlu olacağı belirtilmiştir.

Kanuni Sultan Süleyman devrinde çıkarılan Kanunname-i Osmanî’de hayvan sahibinin sorumluluğu hakkındaki hükümler, Yavuz Sultan Selim devrindeki kanunname hükümleri ile aynen bulunmakla beraber bir farklılık yoktur³⁰. Yine Kanuni Sultan Süleyman döneminde çıkarılan Umumi Kanunname’de, önceki kanunnamedeki hükümler birleştirilmiş bir şekilde bulunmaktadır:

“Ve eğer bir kişinin atı veya katın ya öküzü ekine girse, davar başına beş çomak vurub beş akçe alına. Ve inek girse dört çomak (vurub) dört akçe (cürm) alına. Buzağı girse bir çomak ve bir akçe alına. Koyun girse iki koyuna bir çomak vurub bir akçe alına. Ve kara canavar girse canavar başına iki çomak ve iki akçe alına. Amma evvel hüccet edeler, hüccet ettiklerinden sonra eslemeyüb (dinlemeyip) davarlarına tımar etmeyecek olursa ki, tahıla ve terkeye zarar ve ziyân etmiş ola, bu vechile çomaklayıp tehdit edeler ve hem olan ziyânı tazmin edeler ki, her kişi davarına tımar ede, re’ayanın ekilmiş terkesine ziyân olmaya. Ve eğer yabanda veyahud köyler arasında veya davar suvadında ekilmiş galle [zahire] olsa ki, davar uğrağı ola, ekine avlağı edeler.”³¹

III. Murad’ın Umumi Kanunnamesindeki hüküm Yavuz Sultan Selim dönemindeki umumi kanunnamedeki hükümle aynıdır³².

1740’lı yıllarda İstanbul’daki bir kadı sicili örneğine göre, gece koyunları salıp bir bahçedeki mahsule zarar vermelerine sebep olan çobanın, koyunların verdiği zararı ödemesine hükmedilmiştir.

“Medîne-i Eyüb’de İslâmbey Mahallesi’nde sâkin bahçıvan tâifesinden İslâm Beşe b. Hasan çoban tâifesinden Nedelko v. Yuvan nâm zimmî muvâcehesinde kibel-i şer’den mahallinde muhamminin (bilirkişiler) ile keşf ve rü’yet ve takvîm olduğu üzere amelîm ve terbiyemle hâsıl dört tahta mi’de-nüvâz (maydonoz) ve iki tahta salata ve bir tahta turp ve iki tahta soğan cem’an üç bin dört yüz akçe takvîm olunan sebzevâtımı târih-i i’lâmdan iki gün mukaddem mesfûr Çoban Nedelko leylen (gece) sürü koyunlarını hıfz

²⁶ AKGÜNDÜZ, C.2, s.42. Aynı padişah döneminde olduğu düşünülen Filibe Çeltük Yasaknamesine göre “bir kimesne kasd ile çeltik içine davar koyacak olursa, zararın tazmin ettirip hakkından geleler” denilerek kasten hayvanı ekili araziye koyanın hayvanın vereceği zararı tazmin edeceği belirtilmiştir. AKGÜNDÜZ, C.2, s.404.

²⁷ AKGÜNDÜZ, C.3, s.315.

²⁸ AKGÜNDÜZ, C.3, s.94. Aynı dönemdeki Birecik, Kiğı, Mardin, Sincar ve Erzincan Sancağı Kanunnamelerinde “Ve ceraim-i hayvanat için dahi ya at veya sığır ekine girip ziyânlık eylese, her sığır veya at başına beşer akçe cürmün alalar. Ve ekin sahibinin ziyânlığın dahi hayvanat sahibinden ödedeler. Ve her davar başına beşer ağaç dahi vuralar. Bu hususta her haneden maktu akçe almayalar. Meğer kim, hüs-n-i rızaları ile ola” hükmü aynen bulunmaktadır. AKGÜNDÜZ, C.3, s.237,267,271,281,295.

²⁹ AKGÜNDÜZ, C.3, s.94.

³⁰ AKGÜNDÜZ, C.4, s.304.

³¹ AKGÜNDÜZ, C.4, s.368. Kanuni Sultan Süleyman devrinde hicri 949 yılında Bağdad Eyaleti’nde uygulanmak üzere gönderilen kanunnamede de benzer hükümler bulunmaktadır. “Ve deştbanî diye davarları ve sığır ve at ve katır ve merkeb ziyânlığa düşdükdü, ba’d-e’s-sübut her davar başına beşer akçe alınıp ve beşer değnek davar sahibine vurula ve ne mikdar ziyân olmuş ise, ehl-i hibre ile tahmin edip davar sahibine tazmin etdirile.” AKGÜNDÜZ, C.5, s.186. Hicri 929 tarihinde Erbil’de, Hicri 955 tarihinde Midilli’de, Hicri 947 tarihinde Diyarbekir’de uygulanmak üzere gönderilen kanunnamede de benzer hükümler bulunmaktadır. AKGÜNDÜZ, C.5, s.199,423,447. Bu kanunnamede hayvan sahibinin hayvanının verdiği zarardan dolayı ödeyeceği para cezası “deştbanî” olarak adlandırılmıştır. Hicri 927 yılında İnebahtı sancağında uygulanmak üzere gönderilen bir kanunnamede “Ve her davar ki tarlaya girse, bargirden ve öktüzen ve inekten beşer akçe alınıp ve koyunun üçünden bir akçe, hınzırın (domuz) her birinden birer akçe cerime alınır.” AKGÜNDÜZ, C.5, s.416. denilerek hınzır denilen domuzun tarlaya girip zarar vermesi durumunda sahibinin sorumlu olduğu belirtilmiştir. Bu hükümde o yörede gayrimüslim nüfusun çokluğu ve dolayısıyla domuz yetiştirmelerinin etkisinin bulunduğu söylenebilir.

³² AKGÜNDÜZ, C.8, s.115. Bu padişah dönemindeki tarihi belli olmayan Pojeğa ve Hicri 986 tarihli Segedin Sancağı Kanunnamesinde Umumi Kanunnamedeki hüküm tekrarlanmıştır. AKGÜNDÜZ, C.8, s.266-267,299. Hicri 1000 tarihli Erzurum Sancağı Kanunnamesinde “Ve ceraim-i hayvanat dahi reayanın atı veyahud sığırı ve bi’l-cümle çar-pa cinsi, birbirinin ekinine ziyânlık etse, ekin sahibinden zararın tazmin etdirildikten sonra, davar sahibine beş değnek vurulub, her davar başına beş akçe cerime alına. Ve sipahi ile reaya mabeyninde haneden haneye beş akçe maktu vaz’ edip, deşt-banî diye nesnelere almayalar” hükmü bulunmaktadır. AKGÜNDÜZ, C.8, s.339. III. Murad devrindeki kanunnamede hayvanları başka birinin ekili arazisine zarar veren hayvan sahibinin arazi sahibine vereceği tazminat dışında devlete ödeyeceği para cezasının “deştbanî” veya “resm-i deştbanî” olarak ifade edildiği görülmektedir.

etmeyip salıvermekle vakt-i nehara (sabaha) dek bi'l-küllüye çığnedip ekl [ve] itlâf ettirip ta'addisine binâ'en tazminin murâd ederim diye ... ta'addisine binâ'en müstehlîk olan sebzevâtın kıymetî meblâğ-ı mezbûrun edâsına ba'de't-tenbîh ve't-tescil bi'l-iltimâs huzûr-ı âlîlerine i'lâm olundu...³³

Kadı sicillerindeki bir başka kayıta Samandıra ahalisi davalarını akşam salıvermeyip zapt edeceklerine söz vermişler, bundan sonra davaları Latif Fakih'in tarlasına girip zarar verirse zararı ödeyeceklerini taahhüt etmişlerdir.

“Karye-i Samandıra'dan Latif Fakih b. Ali Fakih meclis-i şer'a hâzırân olup ... davalarını zapt edip gece yabana komayıp benim ziyânım olmaya dedikde ahâlî-i karye dahi kabûl edip şimdiden geri ekerse ziyân ederse biz zâmin olalım deyip kayd-ı defter olundu...”³⁴

Bir başka örnekte Abdullah Ağa Vakfının sınırında otlayan atını engellemesi hayvanın sahibinden istenmiştir.

“Karye-i İstavros'da Abdullah Ağa vakfının nâzırı Sinan b. Abdullah meclis-i şer'a Karaca b. Abdullah[ı] ihzâr edip senin hergelen bizim vakıf sınırında gelip ra'y olunmasın, diye hüccet olduğu sebt-i sicil olundu...”³⁵

Konya kadı sicillerindeki bir kayda göre, bir kimse “davarımı ekinime sokup zarar verdi” diyerek davaların sahibini o yerin sipahisine şikâyet etmiş, sipahi bunun üzerine bir memuruna bu kişiyi ahz ve tazir etmesi için görevlendirmiştir. Memur da bu kişiyi yere yatırıp karnına çökmüş ve ayağını ipe bağlamıştır. Bu olaydan on üç gün sonra davaların sahibi ölmüş, mirasçıları sipahi ve memurdan diyet talebiyle dava açmışlardır. Dava sürecinde sipahinin bu şekilde bir cezalandırma yetkisine sahip olmadığından bahsedilmemiş ve hatta diyete hükmedilmemiştir. Buradan çıkarılabilecek sonuca göre hayvanın ekine verdiği zarardan dolayı hayvan sahibine bu şekilde bir tazir cezası verilebilmektedir.³⁶

Kadı sicilleri ve kanunnameler dışında mühimme defterlerine yansıyan örneklerde, devlete ait korulara ve şahıslara ait ekinlere halkın hayvan sokmaması için kadılara talimatlar gönderilmiştir. Bu örneklerden birinde Kırkkilise, Siroz, Gümölcine ve Filibe kadılarına kendi kazalarında bulunan korulara hiçbir kimsenin koyun ve davar sokmasına müsaade etmemeleri emredilmiştir.³⁷ Bir başka örnekte Üsküdar kadısına, hassa korulara davar salıverilmemesi ve av avlatılmaması konusu emredilmiştir.³⁸ Bir diğer örnekte ise Edirne bostancibaşısına, Müslüman ve zimmi halkın birlikte mahkemeye başvurarak Türkmen, Kıbtî (Çingene) ve Ekrad (Kürt) taifesinin hayvanlarını ekinlerin üzerlerine salıvermelerinin engellenmesini talep ettikleri ve konuda gerekenin yapılması emredilmiştir.³⁹

III. HAYVANLARIN VERDİĞİ DİĞER ZARARLAR

Hayvanların ekili arazilere verdikleri zararlar dışında insanlara veya eşyalara zarar vermesi de mümkündür. Hayvanları verdiği diğer zararlar başlığı bu açıdan hayvanların mülk arazide veya kamuya ait bir arazide verdikleri zararlar olmak üzere ikiye ayrılarak incelenecektir. Çünkü hayvanların bir mala veya insana verecekleri zararlar zararın verildiği arazinin çeşidine göre değişebilmektedir. Bu başlıkta Hanefî mezhebinin görüşleri ve Osmanlı uygulaması bir arada verilmiş, Osmanlı uygulaması, bu devirdeki fetvalar ve kadı sicilleri örnekleri ışığında aktarılmaya çalışılmıştır. Diğer mezheplerin bu konu hakkındaki görüşleri ise Osmanlı uygulamasında yer almadığı için dikkate alınmamıştır.

A. Genel Olarak

İslam hukukçularının büyük çoğunluğu, at veya başka bir binek hayvanına binen veya onu eliyle, ip ile veya değnekle bir yere götüren kimsenin, hayvanın bu sevk ve idaresi altındayken verdiği zarardan sorumlu olacağı görüşündedir. Bu görüşün gerekçelerinin ilki “hayvanın kendiliğinden verdiği zarar hederdir”⁴⁰ hadisidir. Bu hadis hayvanın kendiliğinden vereceği zararın tazmininin gerekmediğini belirtmiştir; ancak hadisin mefhumu muhalifinden hayvanın başkasının sevk ve idaresi altında iken vereceği zararın tazmininin gerekeceği anlaşılabilir. Diğer gerekçe ise Hz. Ömer'in bir kişi at üzerinde iken atın başka bir şahsı ezip öldürmesi üzerine, ata binen

³³ Eyüp Mahkemesi 182 Numaralı Sicil (H. 1154-1161 / M. 1741-1748) cilt: 72, sayfa: 632 Hüküm no: 1031. Benzer bir hükümde çobanın koyunları gece otlatığı belirtilmemesine rağmen yine de zarardan sorumlu tutulmuştur. Üsküdar Mahkemesi 9 Numaralı Sicil (H. 940-942 / M. 1534-1536) cilt: 4, sayfa: 167 Hüküm no: 316. Bir başka hükümde koyunların ekin ve bahçeye verdiği zarardan çoban sorumlu tutulmuş, arazi sahibi ile yirmi beş kuruş karşılığında sulh olunmuştur. Eyüp Mahkemesi 182 Numaralı Sicil (H. 1154-1161 / M. 1741-1748) cilt: 72, sayfa: 589 Hüküm no: 947.

³⁴ Üsküdar Mahkemesi 17 Numaralı Sicil (H.956-963: M.1549-1556) cilt: 6, sayfa: 195 Hüküm no: 418.

³⁵ Üsküdar Mahkemesi 5 Numaralı Sicil (H.930-936 / M. 1524-1530) cilt: 3, sayfa: 277 Hüküm no: 481. Benzer bir hükümde Kocaeli Doğancıbaşı Mustafa b. Çalabverdi'nin koyunları ekili arazilere zarar vermişler ve bundan dolayı sorumlu olan hayvan sahibi ile arazi sahipleri aralarında sulh olmuşlardır. Daha sonra arazi sahipleri kadıya şikâyetinde bulunarak tekrar böyle bir olayın yaşanmasının engellenmesini istemişler, ekin hasadı yapıldıktan sonra hayvanların araziye girebileceklerini belirtmişlerdir. Üsküdar Mahkemesi 84 Numaralı Sicil (H.999-1000: M.1590-1591) cilt: 10, sayfa: 151 Hüküm no: 139.

³⁶ “Ali bin Ebübekir benim ekinim yedirdin diye müteveffâ-yı mezbûr Hasan'dan sipâhi-i merkûm Ahmed Ağa'ya târîh-i mezbûrda şikâyet eyledikde mezbûr Ahmed Ağa dahî merkûm Seyyid 'İsâ'ya emr edip ol dahî mezbûr Hasan'ı ahz ve ta'zir için huzûrumuzda yere yatırıp karnına çöküp ayağın ip ile bağladıkda meclisde olan kimesneler ricâ etmeleriyle merkûm Ahmed Ağa mezbûr Hasan'ı itlâk ve merkûm Hasan iki gün sahîh ve sâlim gezip ba'de' dehu hasta olup fevt olmuştur biz bu husûsa bu vech üzere şahîdleriz şehâdet dahî ideriz diye her biri edâ-i şehâdet-i şer'îye eylediklerinde merkûm Hasan iki gün sahîh ve sâlim gezdüğinden mâ'adâ merkûm Hasan fevt oldukça taraf-ı şer'den keşf olunup a'zâsında eser-i darb ve cerh ve hank ve kara bereden bir eser olmadığı mu'âyene ve hüccet olunmakla mezbûretân Fâtîma ve Emine ve merkûmân Ahmed Ağa ve Seyyid 'İsâ'ya diyet talebiyle mu'arazadan men olunup...” Konya Kadı Sicilleri 53 Numaralı Sicil, (H.1148-1149 / M. 1736-1737), Haz. İzzet Sak ve İbrahim Solak, Konya 2016, Hüküm no: 158-1, 379-380.

³⁷ BOA, A.DVNS.MHM.d. 36/82. H. 19 Zilkade 986 / M. 17 Ocak 1579.

³⁸ BOA, A.DVNS.MHM.d. 39/345. H. 23 Zilhicce 987 / M. 10 Şubat 1580.

³⁹ BOA, A.DVNS.MHM.d. 118/827. H. 10 Zilkade 1123 / M. 20 Aralık 1711.

⁴⁰ BUHARÎ, “Diyat”, 29; MÜSLİM, “Hudud”, 25; İBN MÂCE, “Diyat”, 27; TİRMİZÎ, “Zekât”, 16, “Ahkâm”, 37.

kimsenin, ölenin yakınlarına diyet ödemesi gerektiği yönündeki uygulamasıdır. Kişi hayvanı sevk ve idare ederken hayvanın vereceği zarardan dolayı olarak sorumlu olmakta ve bu durum tazminat sorumluluğuna yol açmaktadır⁴¹.

Konu ile ilgili Osmanlı Klasik devrinde verilmiş bir fetvaya göre, merada kendiliğinden otlayan hayvana birisi yaklaşırsa ve hayvan tepip bu kişinin gözünü çıkarsa hayvan sahibinin diyet sorumluluğu bulunmaz; çünkü bu hayvanın kendiliğinden verdiği bir zarardır.

“Zeyd'in bargiri merada otlayıp gezerken Amr ardına vardıkda Amr'ı depip bir gözünü ihrâc eylese Amr Zeyd'e "Mücerred bargirin depip gözümü çıkardı" diye gözünün diyeti namına Zeyd'den nesne almağa kadir olur mu? el-Cevab: Olmaz.”⁴²

“Zeyd'in camusu merada gezerken Zeyd'in sun'unusuz [kusurlu davranışı olmaksızın] Amr'ı süsüb helak eylese Amr'ın verese Zeyd'e mücerred: 'Camusun helak eyledi' diye Amr'ın diyetini Zeyd'den almağa kadir olur mu? el-Cevab: Olmazlar.”⁴³

Hanefiler hayvana binen veya yanında yederek giden kimsenin hareketi ile hayvanın vereceği zarar arasında illiyet bağı varsa, binen veya yedeni sorumlu tutmuşlardır. Hanefi görüşü zarar ile hareket arasında illiyet bağına esas almıştır. Örneğin binicisi düşen hayvanın vereceği zarardan binici sorumlu değildir; çünkü düşmesi ile hayvanın fiili arasındaki illiyet bağı kopmuştur. Buna karşın hayvanı bilerek salan kişi hayvanın vereceği zarardan sorumludur; çünkü hayvanın salınması illiyet bağı koparmaz⁴⁴.

Sahibi hayvana biniyorken hayvan bir zarar verdiyse bu zarardan sorumlu olur. Burada hayvanın ağırlığı ile sahibinin ağırlığı birleşmiştir ve hayvan, sahibinin elinde alet durumundadır⁴⁵. Ancak hayvan sahibi hayvana biniyorken hayvanı zapt edemeyip bir zarara sebep olduysa hayvan sahibi sorumlu olmaz⁴⁶.

Hanefilere göre hayvan, binicisinin isteği olmaksızın kendisini dürten kişiye arka ayağıyla vurup bir zarara sebep olursa bundan dolayı bir tazminat gerekmez; çünkü hayvan bu dürtme üzerine tepmiştir⁴⁷. Hayvanı izinsiz olarak dürten kişi bu dürtme sonucu hayvanın başkalarına vereceği zarardan dahi sorumlu olur⁴⁸.

“Zeyd mülk menziline "Atını tut" diye Amr'a verip Amr atı tutarken Bekir-i sağır Zeyd ve Amr'ın emirlerinsiz Zeyd'in menziline geldikde mezburların sun'larinsiz (kusurları olmaksızın) atın ardına geçip atı ürkütmele at kiç ayağıyla Bekir'i tepip Bekir fevt olsa verese Zeyd'den (ve)ya Amr'dan diyet namına nesne almaya kadir olurlar mı? el-Cevab: Olmazlar.”⁴⁹

Hayvan sahibi hayvana vurarak biniyor veya yediyorsa bu vurma sonucunda hayvan bir zarar verirse hayvan sahibi sorumlu olmaz⁵⁰. Çünkü hayvanlara vurmak normal bir davranıştır, vurmaksızın hayvanlar yürümezler⁵¹. Hayvana hem binen hem de yanında yeden beraber bulunduğu hayvanın vereceği zarardan çoğunluk görüşe göre sadece binen sorumlu olur⁵².

Hayvanın sahibi dışında bir kimse hayvanın üzerine zorla binerse hayvanın bundan sonra vereceği zararlardan sorumlu olur; çünkü bu hareketi haksız fiildir⁵³.

Bir fetvaya göre bir hayvanı izinsiz olarak alan çocuk hayvanın yularını beline bağlasa, hayvan da ürküp çocuğu sürükleyip öldürse çocuğun mirasçıları çocuğun diyetini hayvan sahibinden isteyemezler.

“Zeyd-i sağır Amr'ın bargirini Amr'ın izinsiz alıp yularını beline bağlayıp götürürken bargir ürküp sağiri sürümekle sağır fevt olsa verese Amr'a mücerred "Bargirin sürümekle fevt oldu diye sağirin diyetini ver" demeye kadir olurlar mı? el-Cevab: Olmazlar.”⁵⁴

Hayvan kızgınlığı gemini veya yularını kopararak bir zarara sebep olduysa İslam hukukçularının genel görüşüne göre sahibi bu zarardan sorumlu olmaz⁵⁵.

⁴¹ BARDAKOĞLU, s.54; ŞEN, s.114. Bu durumda hayvanın binicisinin ayrıca kefarete ödemesi gerekir. İBN ABİDİN, Muhammed Emin b. Ömer b. Abdülaziz el-Hüseynî ed-Dimaşki: Reddü'l-Muhtar Ale'd-Dürri'l-Muhtar, çev. Mehmet Savaş ve diğerleri, Samil Yayınları, İstanbul 1985, C.16, s.413; FETAVA-YI HİNDİYYE, C.13, s.61. Binici, ölenin mirasçısı ise mirastan da mahrum kalır. MEVSİLİ, Abdullah b. Mahmud: el-İhtiyar li-Ta'lili'l-Muhtar, çev. Ahmet Oğuz, Mustafa Bülent Dadaş, Tahir Tural. Nuh Yayınları, İstanbul 2017, C.5, s.281; MOLLA HÜSREV: Dururu'l-Hukkâm fi Şerhi Gureru'l-Ahkâm, çev. Arif Erkan, Kontrol ve Takriz: Ahmed Davudoğlu. Eser Neşriyat, İstanbul 1980, C.3, s.124.

⁴² YENİŞEHİRLİ ABDULLAH EFENDİ: Behcetü'l-Fetava, haz. Süleyman Kaya ve heyet, Klasik Yayınları, İstanbul 2011, s.617, No: 3205.

⁴³ ÇATALCALI ALİ EFENDİ: Fetava-yı Ali Efendi, haz. H. Necati Demirtaş, Kubbealtı Neşriyat, İstanbul 2014, C.2, s.474.

⁴⁴ SERAHSİ, C.26, No.192; AYDIN, s.226-227. Hanefilere göre yolda başıboş giden bir hayvanı biri çevirir ve bundan sonra hayvan bir zarar verirse bu çeviren zarardan sorumlu olur. İBN ABİDİN, C.16, s.421; AYDIN, s.227

⁴⁵ MEVSİLİ, C.5, s.277; MOLLA HÜSREV, C.3, s.123; FETAVA-YI HİNDİYYE, C.13, s.60; ZUHAYLİ, C.8, s.142; KARAMAN, C.2, s.485. Hayvana iki kişi biniyorken bir zarar ortaya çıkmışsa bu zararı biniciler ortaklaşa öderler. MEVSİLİ, C.5, s.279; İBN ABİDİN, C.16, s.412; ŞEN, s.113.

⁴⁶ SERAHSİ, C.26, No.189; HALEBİ, İbrahim: Mülteka el-Ebhur, çev. Mustafa Uysal. Dizerkonca Matbaası, İstanbul 1972, C.4, s.344; BARDAKOĞLU, s.55.

⁴⁷ ŞEYH BEDREDDİN: Letaifü'l-İşârât, ed. Hacı Yunus Apaydın, Kültür ve Turizm Bakanlığı, Ankara 2012, s.532; MERĞİNANİ, C.7, s.318; MOLLA HÜSREV, C.3, s.128; HALEBİ, C.4, s.344; DAMAD TERCÜMESİ: Mecme'ul Enhur, çev. Mehmet Çelik. Yasin Yayınları, İstanbul 2011, C.6, s.359. Rivayete göre bir adam cariyesi ile bir hayvanın üzerindeki adamın yanından geçiyorlardı. Yürüten adam hayvanı dürttü ve bunun üzerine hayvan ayaklarını kaldırıp cariye'nin gözüne çifte attı. Bu olayda İbn Mesud "Binen değil dürten sorumludur" diyerek hüküm vermiştir. TEHANEVİ, C.19, s.537.

⁴⁸ Serahsi, C.27, No.2; ZUHAYLİ, C.8, s.143; KARAMAN, C.2, s.486

⁴⁹ FEYZULLAH EFENDİ: Fetava-yı Fezyiye, haz. Süleyman Kaya, Klasik Yayınları, İstanbul 2009, s.452, No:2650.

⁵⁰ SERAHSİ, C.26, No.192; AYDIN, s.226.

⁵¹ SERAHSİ, C.26, No.192.

⁵² MERĞİNANİ, C.7, s.306; HALEBİ, C.4, s.342-343; AYDIN, s.228-229.

⁵³ ŞEYH BEDREDDİN, Câmiu'l-Fusuleyn, s.813; HALEBİ, C.4, s.342.

⁵⁴ FETAVA-YI FEYZİYE, No: 2651, s.452.

⁵⁵ ŞEYH BEDREDDİN, Letaifü'l-İşârât, 532; MERĞİNANİ, C.7, s.315; ZUHAYLİ, C.8, s.143.

“Zeyd'in ahırında merbût olan atı Zeyd'in sun'unsuz boşanıp firar ederken Amr atın ardından yetişip tutmak istedikde at Amr'ı tepip bir ayağı bi'l-küllüye amel-mende olsa Amr ayağının diyeti namına Zeyd'den nesne almaya kadir olur mu? el-Cevab: Olmaz.”⁵⁶

Bir yere atlarını bağlama hakkı olan iki kişinin aynı yerde bağlı olan atlarından birisi diğer atı sakatlasa, sakatlayan atın sahibinin sorumluluğu bulunmaz⁵⁷.

Başında çoban bulunan hayvanlar sahipsiz olarak yayılan başka kimselerin hayvanlarına zarar verirse buradaki zarardan çoban sorumlu olur.

“Zeyd'in sığirtmacı Amr, Zeyd'in sığırlarını ra'yiderken Bekir, katırını bila-hafız mer'aya salıverip ba'dehu ol sığırlardan biri, Amr'in sun'unsuz katırını süsüb helak eylese Amr'a daman lazım olur mu? el-Cevab: Olur.”⁵⁸

Kadı sicillerine yansıyan bir örneğe göre atını nallaması için nalbanda götürülen hayvan sahibi nallama sırasında nalbandı teperek onun ölümüne sebep olan atının verdiği zarardan yani diyetten sorumlu tutulmamıştır.

“Nalband tâifesinden olup medîne-i Üsküdar'da sâkin iken bundan akdem vefât eden Ali Bey b. Abdi b. Abdurrahman nâm kimesnenin verâseti zevce-i menkûha-i metrûkesi Hadice bt. Abdullah nâm hatun ile sulbî sagır oğlu Osman ve sagire kızı Âişe'ye münhasıra olduğu şer'an zâhir olduktan sonra ... mezbûr Süleyman Çavuş târih-i kitâbdan bir gün mukaddemü'l-asr emlakinden bir re's atını nallatmak için müteveffâ-yı mezbûrun dükkânına götürüp mezbûr Ali Bey dahi yedimden ahz u rabt edip mu'tâd üzere nallar iken zıkr olunan at kış ayağıyla mezbûr Ali Bey'in göğsüne darb edip darb-ı mezkûrdan müteessiren birkaç saat mürûrunde vefât etmekle mücib-i şer'isini asâleten ve vesâyeten taleb ederim suâl olunsun dedikde müdde'iyeye-i mezbûrenin takrîr-i meşrûh[u] üzere mezbûr Süleyman Çavuş'un husûs-ı mezbûrda sun'ı olmamakla eylediği da'vâsı sahiha olmayıp...”⁵⁹

B. Hayvanın Herhangi Bir Kişinin Mülkiyetinde Olan (Mülk) Arazide Verdiği Zarar

Hayvanın herhangi bir kişinin mülkiyetinde olan mülk arazide vereceği zararlardan sahibinin sorumluluğu hususunda iki olasılık bulunmaktadır. İlk durum hayvanın, sahibinin mülkünde olan bir arazide bir zarara sebebiyet vermesidir. Bu halde, hayvan sahibi hayvanın başında değilken zarar meydana geldiyse, hayvan sahibinin sorumluluğu oluşmaz⁶⁰. Hayvan sahibi hayvanın başındayken ve hayvanı eli veya değnek ile sevk ve idare ediyorken zarar verdiyse hayvan sahibi yine sorumlu olmaz⁶¹.

İkinci durum hayvanın sahibinden başka bir kimsenin mülkünde vereceği zarardır. Bu mülke izinli olarak girildiyse, hayvan sahibinin kendi mülkü hükmündedir ve dolayısıyla hayvanın vereceği zarardan hayvan sahibi sorumlu olmaz⁶². Hayvan başkasının mülküne, mülk sahibinden izinsiz girdiyse, burada vereceği zarardan hayvan sahibi sorumlu olmaz; ancak hayvan sahibi, hayvanı izinsiz olarak başkasının mülküne soktuysa, vereceği zarardan sorumlu olur⁶³.

Konu ile ilgili Osmanlı devrindeki bir fetvada da bu hususa örnek bulunmaktadır:

“Zeyd'in atı mülk arsasında merbut iken Amr atını Zeyd'in izinsiz arsa-i mezburede Zeyd'in atı yanına rabt etdikde Amr'ın atı depip kış ayağını kırsa Zeyd, atı Amr'ın üzerine reddedip kıymetini Amr'a tazmine kadir olur mu? el-Cevab: Olur.”⁶⁴

C. Hayvanın Kamuya Ait Bir Arazide Verdiği Zarar

İnsanların gerek yaya olarak gerekse binek hayvanı ile gelip geçtiği ve herkesin kullanımına açık olan yollarda hayvana binen kimse, hayvanın vereceği öngörülebilir ve engellenmesi mümkün olan zararlardan sorumludur; çünkü hayvanını gereği gibi sevk ve idare etmemiştir⁶⁵. Sahibi hayvanın üzerindeyken hayvanın kendiliğinden vereceği ve engellenmesi mümkün olmayan zarardan ise hayvan sahibi sorumlu olmaz⁶⁶.

Konu ile ilgili Osmanlı klasik devrindeki fetva kitaplarında, bu hükümlere örnek sayılacak fetvalar bulunmaktadır:

“Zeyd öküzlerini arabaya koşup şehir içinde tarik-i âmda giderken öküzleri tutmakta müsamaha edip ihtiraz mümkün iken etmeyip öküzler tarik-i âmda murûr eden Amr'ı süsüp boynuzuyla Amr'ın gözünü çıkarsa Amr gözünün diyetini Zeyd'den almağa kadir olur mu? el-Cevab: Olur.”⁶⁷

“Zeyd tarik-i âmda atının yularını mu'tad üzere tutarken Amr atın ardına gelip ata dokunmakla at Zeyd'in sun'unsuz Amr'ı tepip Amr fevt olsa veresi mücerred "Atın tepip fevt oldu" diye Amr'ın diyeti namına Zeyd'den nesne almaya kadir olurlar mı? el-Cevab: Olmazlar.”⁶⁸

⁵⁶ FETAVA-YI FEYZİYE, No: 2654, s.453. Benzer bir fetva: “Zeyd'in ahırında merbût olan atı boşanıp Zeyd'in mülk kuyusundan su içerken Amr atın yanına varıp atı tutmak istedikde at ürküp başıyla Amr'a dokunmakla Amr kuyuya düşüp fevt olsa Amr'ın veresi Zeyd'den Amr'ın diyeti namına nesne almağa kadir olurlar mı? el-Cevab: Olmazlar.” FETAVA-YI FEYZİYE, No: 2655, s.453.

⁵⁷ ŞEYH BEDREDDİN, Câmîu'l-Fusuleyn, s.814; BİLMEN, C.7, s.390; KARAMAN, C.2, s.485.

⁵⁸ FETAVA-YI ALİ EFENDİ, C.2, s.475.

⁵⁹ Üsküdar Mahkemesi 396 Numaralı Sicil (H. 1150-1151 / M. 1737-1738) cilt: 68, sayfa: 44 Hüküm no: 3.

⁶⁰ SERAHSİ, C.26, No.188; MEVSİLİ, C.5, s.277; İBN ABİDİN, C.16, s.408; FETAVA-YI HİNDİYYE, C.13, s.60.

⁶¹ SERAHSİ, C.27, No.5; İBN ABİDİN, C.16, s.408; FETAVA-YI HİNDİYYE, C.13, s.60; BİLMEN, C.7, s.391; AYDIN, s.223; YELEK, s.228.

⁶² MEVSİLİ, C.5, s.278; İBN ABİDİN, C.16, s.408; FETAVA-YI HİNDİYYE, C.13, s.61; BİLMEN, C.7, s.389.

⁶³ SERAHSİ, C.26, No.190; İBN ABİDİN, C.16, s.408; BİLMEN, C.7, s.391.

⁶⁴ FETAVA-YI ALİ EFENDİ, C.2, s.476.

⁶⁵ SERAHSİ, C.26, No.189; İBN ABİDİN, C.16, s.408; FETAVA-YI HİNDİYYE, C.13, s.61; BARDAKOĞLU, s.55; KARAMAN, C.2, s.487.

⁶⁶ SERAHSİ, C.26, No.189; BİLMEN, C.7, s.391; ZUHAYLİ, C.8, s.140.

⁶⁷ FETAVA-YI FEYZİYE, s.453, No:2656.

⁶⁸ FETAVA-YI FEYZİYE, s.453, No:2657. “Zeyd atına binip tarik-i âmda koştururken at bir şeyden ürküp koşdukda Zeyd atı zabtedemeyip sarf ve men'a kadir olmakla ol tarikte giden Amr'ı çiğneyip ihlak eylese Zeyd'e Amr'ın diyetini daman lazım olur mu? el-Cevab: Olmaz.” BEHCETÜ'L-FETAVA, s.617, No:3200.

“Zeyd tarik-i âmda giderken Amr Zeyd'in ardından at koşurdukdak Zeyd'in üzerine uğrayıp Zeyd'i ata çığnetip kara bere etmekle Zeyd müteessiren fevt olsa veresi Zeyd'in diyetini Amr'dan almağa kadir olurlar mı? el-Cevab: Olurlar.”⁶⁹

Kamuya açık bir yolda seyredirken binicisinin üzerinde olduğu bir hayvanın ayağından toz veya çamur sıçrayıp birinin kıyafetini lekelese yahut hayvan yolda giderken dışkı veya idrarı ile zarara yol açsa bu zarardan hayvan sahibinin sorumluluğu bulunmaz. Çünkü bunun gibi yollarda bu şekildeki bir fiilden kaçınma imkânı bulunamaz.⁷⁰

Binicinin görmesi mümkün olmayan hayvanın arka ayağıyla ve kuyruğuyla vereceği zararlardan binici sorumlu değildir.⁷¹ Binicinin görüş alanı içerisinde olan hayvanın başı ve ön ayağıyla veya ısırarak vereceği zararlardan binici veya hayvanı yeden sorumludur.⁷²

Bu konularda da fetva örnekleri vardır:

“Zeyd atına binip tarik-i âmda Amr'ın ardından giderken at Amr'ın sol uyluğunu ısırıp cerh etmekle Amr ol cerhten sahib-i fıraş olup kalkmadan müteessiren fevt olsa Zeyd'e ne lazım olur? el-Cevab: Diyet.”⁷³

“Zeyd atına binip tarik-i âmda giderken atı Amr'ın üzerine sürüp uğratmakla at ön ayağıyla Amr'ı basıp ihlak eylese veresi Amr'ın diyetini Zeyd'den almağa kadir olurlar mı? el-Cevab: Olurlar.”⁷⁴

“Zeyd, katırını yedip giderken esna-yı tarikde Amr-ı sağır katırın ardına gelmekle katır kış ayağıyla Amr'ı depip Amr helak olsa, Zeyd'e Amr için diyet lazım olur mu? el-Cevab: Olmaz.”⁷⁵

Yola bırakılan bir şey sebebiyle hayvan dengesini kaybederek bir zarara sebep olursa hayvana binen veya yeden (hayvanın yularını tutarak yanında yürüyen) sorumlu olmaz. Hayvanın dengesini kaybetmesine sebep olan cisim, kontrol eden ile zarar arasındaki illiyet bağımlı kesmiştir⁷⁶; ancak hayvanı kontrol eden kişi bu cismin veya engelin farkında olarak hayvanı sürmeye devam ederse hayvanın vereceği zarardan kontrol eden sorumlu olur.⁷⁷

Kamuya açık yola hayvanın başıboş salınması veya bu yolda durdurulması veya bağlanması sonucunda hayvanın vereceği her türlü zarardan hayvan sahibi sorumlu olur; çünkü kamuya açık yolda hayvan başıboş bırakılmaz, bağlanamaz.⁷⁸

1740'lı yıllarda İstanbul kadı sicillerinde yer alan bir örnekte, Çukadar Mehmed isimli bir kişi atını cami avlusunda ismi bilinmeyen bir kimseni yedine vermiştir. Bu sırada at Rahime Hatun isimli birini tepmiştir. Bu zarardan sorumlu olan hayvan sahibi Rahime Hatun'a iki kuruş verip, davada uzlaşmışlardır.

“Rahime nâm hatun ... Çukadâr Mehmed hıfz için bargiri câmi avlusunda ismi ma'lûm olmayan kimesne yedine vermekle bargir ayağıyla sağ kaşım üzerine hatâ'en depmekle cerh eyledi deyü iki gurus bedel-i makbûz mukâbelesinde fâriğa olup cerh-i mezkûra müte'allika de'âviden mezbûr Çukadâr Mehmed'i ibrâ ve kat'-ı nizâ' eylediğini...”⁷⁹

Bunun gibi, kadı sicillerine yansıyan birçok örnekte, kamuya açık yolda hayvanını süren veya yeden kimseler hayvanlarının bu sırada başka insanlara verdikleri zarardan sorumlu tutulmuşlardır. Yaralanmanın çeşidine ve ağırlığına göre hayvan sahibiyle yaralananlar beş⁸⁰, on⁸¹, on sekiz⁸², yirmi⁸³, yirmi beş⁸⁴, yirmi dokuz⁸⁵ kuruş gibi bedellerle sulh olmuşlardır.

IV. TEHLİKELİ HAYVANLARIN VERDİĞİ ZARARLAR

Tehlikeli hayvanların verecekleri zararlardan sahiplerinin sorumluluğu fıkıh kitaplarında farklı bir başlıkta düzenlenmiştir. Bu başlıkta sahibi bulunup insanlar için tehlikeli olan hayvanların sorumluluğu incelenmektedir. İsrarın köpek, azgın deve, süsen boğa, öküz, koç gibi insanlara zarar vermesi muhtemel olan hayvanların verecekleri zararlardan hayvan sahibinin sorumluluğu konusunda İslam hukukçuları arasında görüş ayrılıkları bulunmaktadır.

Hanefilere göre, tehlikeli bir hayvanın beslendiği eve giren kişi izinli veya izinsiz girsin, hayvanın bu kişiye vereceği zarardan, hayvan sahibinin sorumluluğu bulunmamaktadır.⁸⁶ Ancak böyle bir hayvanı beslememesi konusunda kendisine ihtarda bulunulan hayvan sahibi, uyarılara rağmen hayvanı beslemeye devam ettiyse,

⁶⁹ FETAVA-YI FEYZİYE, No:2649, s.452.

⁷⁰ SERAHSİ, C.26, No.189; MOLLA HÜSREV, C.3, s.123; HALEBİ, C.4, s.342; DAMAD, C.6, s.350; İBN ABİDİN, C.16, s.408; FETAVA-YI HİNDİYYE, C.13, s.62; BİLMEN, C.7, s.391.

⁷¹ MERĞİNANİ, C.7, s.301; DAMAD, C.6, s.349; İBN ABİDİN, C.16, s.408,409; FETAVA-YI HİNDİYYE, C.13, s.61.

⁷² SERAHSİ, C.14, No.42; MOLLA HÜSREV, C.3, s.122; HALEBİ, C.4, s.339-340; DAMAD, C.6, s.348; FETAVA-YI HİNDİYYE, C.13, s.61; BİLMEN, C.7, s.392.

⁷³ FETAVA-YI FEYZİYE, s.452, No:2652.

⁷⁴ BEHCETÜ'L-FETAVA, s.617, No:3202.

⁷⁵ MENTEŞADE ABDÜRRAHİM EFENDİ: Fetava-yı Abdürrahim, 1243, C.1, s.363. Başka bir fetvaya göre ise:“Zeyd atını tarik-i âmda yularından tutup bi-gayr-i hak ikâf etmekle kış ayağıyla yolca giden Amr'ı depip ihlak eylese Zeyd'e ne lazım olur? el-Cevab: Diyet.” BEHCETÜ'L-FETAVA, s.616, No:3198.

⁷⁶ SERAHSİ, C.27, No.3; İBN ABİDİN, C.16, s.425; FETAVA-YI HİNDİYYE, C.13, s.67.

⁷⁷ SERAHSİ, C.27, No.5; MERĞİNANİ, C.7, s.302; AYDIN, s.226.

⁷⁸ SERAHSİ, C.26, No.189,190; C.27, No.5; FETAVA-YI HİNDİYYE, C.13, s.61; BİLMEN, C.7, s.392; ZUHAYLİ, C.8, s.142.

⁷⁹ Eyüp Mahkemesi 182 Numaralı Sicil (H. 1154-1161 / M. 1741-1748) cilt: 72, sayfa: 489 Hüküm no: 764.

⁸⁰ Rumeli Sadâreti Mahkemesi 106 Numaralı Sicil (H. 1067-1069 / M. 1656-1658) cilt: 50, sayfa: 265 Hüküm no: 224.

⁸¹ Üsküdar Mahkemesi 531 Numaralı Sicil (H. 1204-1207 / M. 1790-1793) cilt: 81, sayfa: 187 Hüküm no: 122 ve Üsküdar Mahkemesi 531 Numaralı Sicil (H. 1204-1207 / M. 1790-1793) cilt: 81, sayfa: 699 Hüküm no: 1137.

⁸² Üsküdar Mahkemesi 531 Numaralı Sicil (H. 1204-1207 / M. 1790-1793) cilt: 81, sayfa: 807 Hüküm no: 1346.

⁸³ Bab Mahkemesi 3 Numaralı Sicil (H. 1077 / M. 1666 - 1667) cilt: 17, sayfa: 757 Hüküm no: 982.

⁸⁴ Üsküdar Mahkemesi 531 Numaralı Sicil (H. 1204-1207 / M. 1790-1793) cilt: 81, sayfa: 583 Hüküm no: 911.

⁸⁵ Rumeli Sadâreti Mahkemesi 161 Numaralı Sicil (H.1115-1116 / M. 1704) cilt: 59, sayfa: 446 Hüküm no: 459.

⁸⁶ BİLMEN, C.7, s.389; KARAMAN, C.2, s.488; AYDIN, s.223. Örneğin bir kişi azgın devesini birinin evine izinsiz olarak sokarsa; deve de ev sahibine zarar verirse hayvan sahibi sorumlu olur. Ev sahibinin izniyle deveyi koyduysa sorumlu olmaz. ŞEYH BEDREDDİN, Câmiu'l-Fusuleyn, s.813.

hayvanın vereceği zarardan sorumlu olur⁸⁷. Hayvanını insanların veya diğer hayvanların üzerine kasten salan hayvan sahibi, hayvanının vereceği zarardan doğal olarak sorumlu olur⁸⁸.

Bu konu ile ilgili fetva örnekleri bulunmaktadır:

“Bir karye ahalisinden Zeyd’in öküzü nath (boynuzlayıcı, süsücü) olup zararı müteayyin (belli) oldukta ahali Zeyd’e öküzünü zabteyle diye tenbih ve tekaddüm etiklerinden sonra Zeyd işga etmeyip (kulak asmayıp) salıvermekle öküz Amr’ın dabbesini {hayvanını} süsüb ihlâk eylese Amr, dabbesini Zeyd’e tazmine kadir olur mu? el-Cevab: Olur.”⁸⁹

Kışkırtılan köpeğin vereceği zarar konusunda ise Hanefi hukukçular arasında görüş ayrılığı bulunmaktadır. Ebu Hanife’ye göre kışkırtılan köpeğin vereceği zarardan kışkırtan kişi sorumlu değildir. Ebu Yusuf’a göre ise kışkırtan sorumludur.⁹⁰

Bir fetvaya göre köpeğini kışkırtıp bir başkasının ayağını ısırmasına sebep olan kişi, ısırılanın ayağı önce tamamen iyileşip daha sonra topallamaya başlarsa, bilirkişi tarafından belirlenecek bir tazminat ödemeye mahkûm edilir. Konu ile ilgili bir fetva metninde de bu husus açıklanmıştır:

“Zeyd, kelbini Amr’ı ısırın diye işlâ ve işrâ etmekle kelb Amr’ın bir ayağını cerh ettikten sonra bade’l-bur’ Amr’ın ol ayağı bi’l külliye amel-mende olmayıp lakin ârec (topal) olsa, Zeyd’e ne lazım olur? el-Cevab: Hükümet-i adl.”⁹¹

Konya kadı sicillerine yansıyan bir örnekte köpeklerini koyun sürüsüne doğru kışkırtıp koyunların korkup sürüden ayrılarak dağlarda kaybolmasına yol açan köpek sahibinin, koyunların sahibinin zararını ödemesine hükmedilmiştir.⁹²

Huysuz bir deve bir insanı öldürse ölenin diyetini deveye binen kişinin akilesi, bir mala zarar verirse bu zararı deveye binen öder.⁹³

1520-1530’lu yıllarda İstanbul kadı sicillerine yansıyan bir örnekte, bir kişinin köpeği Melek isimli bir kadına yapışıp kadının ölümüne sebep olmuştur. Ölen kadının oğlu ile köpek sahibi aralarında anlaşılacak sulh olmuştur.

“...sâbıkan mütemekkin olduğumuz karyede senin koyun kelbin benim vâlidem Melek’e yapışıp ol darbdan vefât eyledi, diye mâ-beynlerinden kable nizâ’ olduktan sonra Müslümanlardan bir nice kimesneler sulha çekip “es-sulhu hayrun” hadîsi ile âmil olup min ba’d mezkûr Yakup ile da’vâmız ve nizâ’ımız olmaya ve illâ inde’l-hukkâm nâ-mesmû’ ola deyicek mukırrân-ı mezkûrânın kavilleri müsellemler görülp sebt-i sicil olundu.”⁹⁴

V. SONUÇ

Hayvan sahibinin sorumluluğu ile ilgili olarak Hz. Peygamber’den rivayet edilen hadisler ve Enbiya suresinin 78 ve 79. Ayetleri, İslam hukukçularının bu sorumluluğun esaslarını ortaya koydukları görüşlerinin gerekçeleridir. Hadislerin ve ayetlerin yorumu İslam hukukçuları arasında görüş ayrılığına sebep olmuş, Maliki, Şafii ve Hanbeliler bir görüşü benimserken, Hanefiler farklı bir görüşü benimsemişlerdir. Görüş ayrılığındaki temel fark hayvanın gece vereceği zarardan, hayvan sahibinin sorumlu olup olmayacağı hususunda ortaya çıkmaktadır. Maliki, Şafii ve Hanbelilere göre hayvanın gece vereceği zarardan hayvan sahibi sorumludur. Hanefilere göre ise sorumlu değildir.

Klasik devir Osmanlı uygulaması ise şu şekildedir. Hanefi mezhebinde hayvanın kendiliğinden vereceği zararlar dışındaki zararlardan hayvan sahibi kural olarak sorumludur. Osmanlı kanunnamelerinde ekili arazi sahiplerinin hayvanların vereceği zarardan dolayı mağdur olmamaları için hayvan sahiplerini zarardan sorumlu tutan hükümler bulunmaktadır. Kadı sicilleri ve kanunnamelerde de görüldüğü üzere arazisine hayvanların zarar verdiği kişilerin şikâyeti sonucunda, hayvan sahiplerine hayvanlarını kontrol etmeleri gereği emredilmiştir. Aksi halde sorumlu olacakları ve “haklarından gelineceği” bildirilmiştir. Osmanlı kanunnamelerinde hayvan sahibinin, zararı tazmin sorumluluğundan farklı olarak tazir cezası statüsünde olarak para ve dayak cezası ile cezalandırılacağı belirtilmiştir. Bu cezalar Fatih Sultan Mehmed devrindeki kanunnamelerden itibaren diğer padişahların kanunnamelerinde de öngörülmüş, Fatih’in Kanunnamesindeki hüküm çok küçük farklar dışında korunmuştur. “Resm-i deşbani” veya sadece “deşbani” olarak adlandırılan para cezası, dayak cezasına ek olarak hayvan sahipleri için öngörülmüştür.

⁸⁷ ŞEYH BEDREDDİN, Letaifü'l-İşârât, s.531; İBN ABİDİN, C.16, s.426; BİLMEN, C.7, s.391; ZUHAYLİ, C.8, s.139; CİN Halil/AKGÜNDÜZ Ahmet: Türk Hukuk Tarihi, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, İstanbul 2017, s.632-633. Bu şekildeki sorumluluk insanlara yönelik verilen zarar konusundadır. Mala yönelik zararda sorumluluk olmaz. Örneğin bir kişinin köpeğinin üzüm yeme alışkanlığı varsa insanlar köpek sahibini uyarak “köpeğini bağla da üzümümüzü yemesin” diye ihtarda bulunmalarına rağmen köpek sahibi köpeğini bağlamasa, köpek de başkalarının başına girip üzüm yerse köpek sahibinin tazmin sorumluluğu yoktur. MOLLA HÜSREV, C.3, s.128; İBN ABİDİN, C.16, s.426; BİLMEN, C.7, s.391; ZUHAYLİ, C.8, s.139.

⁸⁸ KARAMAN, C.2, s.486; ÜNAL, s.244.

⁸⁹ FETAVA-YI ALİ EFENDİ, C.2, s.474-475.

⁹⁰ İBN ABİDİN, C.16, s.421; ZUHAYLİ, C.8, s.139-140; AYDIN, s.228.

⁹¹ İBN NÜCEYM, Zeynüddin: Fetava-yı İbn Nüceym, Matbaa-yı Şeyh Yahya, 1289, s.335.

⁹² Konya Kadı Sicilleri, 41 Numaralı Sicil, (H.1115-1116 / M. 1703-1704), Haz. İzzet Sak, Konya 2016, Hüküm no:232-2, s.336-337.

⁹³ MERĞİNANİ, C.7, s.311; MOLLA HÜSREV, C.3, s.126; HALEBİ, C.4, s.343.

⁹⁴ Üsküdar Mahkemesi 5 Numaralı Sicil (H.930-936 / M. 1524-1530) cilt: 3, sayfa: 108 Hüküm no: 177.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Atıf Şekli: Yazar Melikşah AYDIN, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Melikşah AYDIN is the author of this paper and has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The author declares that he complies with the scientific, ethical, and quotation rules of İnULR in all processes of the paper and that he does not make any falsification of the data collected. In addition, he declares that İnönü University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than İnönü University Law Review.

KAYNAKÇA

- AKGÜNDÜZ, Ahmed: Osmanlı Kanunnameleri, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, İstanbul, 1990.
- AYDIN, Ahmet: "İslam ve Roma Hukukunda Hayvanın Verdiği Zarardan Sorumluluk", İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, (28), 2016. s.213-239.
- BARDAKOĞLU, Ali: "Mukayeseli Hukukta Hayvanın Verdiği Zararın Hukuki Sorumluluğu", Erciyes Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, (6), 1989. s.43-60.
- BİLMEN, Ömer Nasuhi: Hukuk-ı İslâmiyye ve İstilahat-ı Fıkhiyye Kamusu, Bilmen Yayınevi, İstanbul, 1970.
- BUHARİ, Ebu Abdullah Muhammed b. İsmail b. İbrahim: Sahih-i Buhari, çev. Mehmed Sofuoğlu. Ötügen Yayınları, İstanbul, 1990.
- CESSAS, Ebu Bekr Ahmed b. Ali er-Râzî: Ahkâmü'l-Kur'an, çev. Mehmet Keskin. İ'tisam Yayınları, İstanbul, 2018.
- CİN Halil/AKGÜNDÜZ Ahmet: Türk Hukuk Tarihi, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, İstanbul, 2017.
- ÇATALCALI ALİ EFENDİ: Fetava-yı Ali Efendi, haz. H. Necati Demirtaş. Kubbealtı Neşriyat, İstanbul, 2014.
- DAMAD TERCÜMESİ: Mecme'ul Enhur, çev. Mehmet Çelik. Yasin Yayınları, İstanbul, 2011.
- DÖNDÜREN, Hamdi: Ahkâmü'l-Kur'an Kur'an-ı Kerim ve Fikhî Tefsiri, Erkam Yayınları, İstanbul, 2020.
- EBU DAVUD, Süleyman b. Eş'as es-Sicistani: Sünen-i Ebu Davud, çev. Abdullah Parlıyan. Konya Kitapçılık, Konya, 2007.
- FETAVA-YI HİNDİYYE, Fetava-yı Alemgiriyye. çev. Mustafa Efe. Huzur Yayınları, İstanbul, 2004.
- FEYZULLAH EFENDİ: Fetava-yı Fezziye, haz. Süleyman Kaya, Klasik Yayınları, İstanbul, 2009.
- HALEBİ, İbrahim: Mülteka el-Ebhur, çev. Mustafa Uysal. Dizerkonca Matbaası, İstanbul, 1972.
- İBN ABİDİN, Muhammed Emin b. Ömer b. Abdülaziz el-Hüseynî ed-Dimaşki: Reddü'l-Muhtar Ale'd-Dürri'l-Muhtar, çev. Mehmet Savaş ve diğerleri. Şamil Yayınları, İstanbul, 1985.
- İBN MACE, Muhammed b. Yezid Ebu Abdillâh el-Kazvini: Sünen-i İbn Mâce, çev. Haydar Hatipoğlu. Kahraman Yayınları, İstanbul, 1982.
- İBN NÜCEYM, Zeynüddin: Fetava-yı İbn Nüceym, Matbaa-yı Şeyh Yahya, 1289.
- İBN RÜŞD, Ebu'l-Velîd Muhammed b. Ahmed b. Muhammed el-Kurtubi: Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktesid, çev. Ahmet Meylani, Redaksiyon ve Düzenleme: Vecdi Akyüz, Ensar Neşriyat, İstanbul, 2015.
- İNANIR, Ahmet: "İbn Kemal'in Fetvaları Işığında Osmanlı'da İslam Hukuku", İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Basılmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2008.
- KAHVECİ, Nuri: "İslam Borçlar Hukukunda Tazminat", Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Basılmamış Doktora Tezi, Erzurum, 1997.
- KARAMAN, Hayreddin: Mukayeseli İslam Hukuku, İz Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- KARAMAN Hayreddin/ÇAĞRICI Mustafa/DÖNMEZ İbrahim Kâfi/GÜMÜŞ Sadrettin: Kur'an Yolu Türkçe Meal ve Tefsir, DİB Yayınları, Ankara, 2012.
- MENTEŞZADE ABDÜRRAHİM EFENDİ: Fetava-yı Abdürrahim, 1243.
- MERĞİNANİ, Burhanüddin Ali b. Ebi Bekr: el-Hidaye, çev. Hüsamettin Vanlıoğlu ve diğerleri. Yasin Yayınları, İstanbul, 2017.
- MEVSİLİ, Abdullah b. Mahmud: el-İhtiyar li-Ta'lîl'l-Muhtar, çev. Ahmet Oğuz, Mustafa Bülent Dadaş, Tahir Tural. Nuh Yayınları, İstanbul, 2017.
- MOLLA HÜSREV: Dureru'l-Hukkâm fi Şerhi Gururu'l-Ahkâm, çev. Arif Erkan, Kontrol ve Takriz: Ahmed Davudoğlu. Eser Neşriyat, İstanbul, 1980.
- MÜSLİM, Ebu'l-Hüseyn Müslim b. el-Haccac: Sahih-i Müslim, çev. Ahmed Davudoğlu. Sönmez Neşriyat, İstanbul, 1977.
- REMLİ, Şemseddin Ahmed b. Hamza: Nihâyetü'l-Muhtac İla Şerhi'l-Minhac, Daru'l-fikir, Beyrut, 1984.
- SERAHSİ, Ebu Sehl Ebu Bekir Muhammed b. Ahmed: Mebsût, ed. Mustafa Cevat Akşit, Gümüşev Yayınları, İstanbul, 2008.
- ŞEN, Yusuf: "İslam Hukukunda Tehlike Sorumluluğu ve Uygulama Alanları", Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Basılmamış Doktora Tezi, Konya, 2007.
- ŞEYH BEDREDDİN: Camiu'l-Fusüleyn, ed. Hacı Yunus Apaydın, Kültür ve Turizm Bakanlığı, Ankara, 2012.
- ŞEYH BEDREDDİN: Letaifu'l-İşarat, ed. Hacı Yunus Apaydın, Kültür ve Turizm Bakanlığı, Ankara, 2012.
- ŞİRBİNİ, Şemsüddin Muhammed b. Ahmed el-Hatib: Muğni'l-Muhtac, çev. Soner Duman. Mirac Yayınları, İstanbul, 2017.
- TEHANEVİ, Zafer Ahmed b. Latif el-Osman: İ'laü's Sünen (Hadislerle Hanefi Fıkhi), çev. Macit Bilge. Misvak Neşriyat, İstanbul, 2014.
- TİRMİZİ, Ebu İsa Muhammed b. İsa: Sünen-i Tirmizi, çev. Abdullah Parlıyan. Konya Kitapçılık, Konya, 2004.
- ÜNAL, Mustafa: İslâm Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu, Adalet Yayınları, Ankara, 2019.
- YELEK, Kamil: "Gasp ve İtlaf Bağlamında Hanefi Sorumluluk Hukuku", İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Basılmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2019.
- YENİŞEHİRLİ ABDULLAH EFENDİ: Behcetü'l-Fetava, haz. Süleyman Kaya ve heyet, Klasik Yayınları, İstanbul, 2011.
- ZUHAYLİ, Vehbe: İslam Fıkhi Ansiklopedisi, çev. Heyet. Risale Yayınları, İstanbul, 1994.

Arşiv Belgeleri

Başkanlık Osmanlı Arşivi (BOA), Bab-ı Asafi Divan-ı Hümayun Sicilleri Mühimme Defterleri, (A.DVNS.MHM.d), 36/82. H. 19 Zilkade 986 / M. 17 Ocak 1579; 39/345. H. 23 Zilhicce 987 / M. 10 Şubat 1580; 118/827. H. 10 Zilkade 1123 / M. 20 Aralık 1711.

Kadı Sicilleri

- Bab Mahkemesi 3 Numaralı Sicil (H. 1077 / M. 1666 - 1667) (Rıfat Günalan; Arapça metin Mehmet Akman; kontrol eden Mustafa Oğuz; proje yönetmeni M. Akif Aydın; ed. Coşkun Yılmaz) Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM), İstanbul, 2011.
- Eyüp Mahkemesi 182 Numaralı Sicil (H. 1154-1161 / M. 1741-1748), (proje yönetmeni M. Âkif Aydın; ed. Coşkun Yılmaz; çeviri yazı / mukabele Abdulkadir Altın – Salih Kahriman; kontrol M. Âkif Aydın – Mehmet Akman – Feridun M. Emecen – İdris Bostan – Mehmet İpşirli), Kültür AŞ, İstanbul, 2019.
- Konya Kadı Sicilleri, 41 Numaralı Sicil, (H.1115-1116 / M. 1703-1704), Haz. İzzet Sak, Konya, 2016.
- Konya Kadı Sicilleri, 53 Numaralı Sicil, (H.1148-1149 / M. 1736-1737), Haz. İzzet Sak, İbrahim Solak, Konya, 2016.
- Rumeli Sadâreti Mahkemesi 106 Numaralı Sicil (H. 1067-1069 / M. 1656-1658), (proje yönetmeni M. Âkif Aydın; editör Coşkun Yılmaz; çeviri yazı / mukabele Yılmaz Karaca – Mustafa Yılmaz; Arapça çeviri Mehmet Akman; kontrol M. Âkif Aydın – Mehmet Akman – Feridun M. Emecen – İdris Bostan – Mehmet İpşirli), Kültür AŞ, İstanbul, 2019.
- Rumeli Sadâreti Mahkemesi 161 Numaralı Sicil (H.1115-1116 / M. 1704) (proje yönetmeni M. Âkif Aydın; editör Coşkun Yılmaz; hazırlayan Coşkun Yılmaz – Salih Kahriman; kontrol M. Âkif Aydın – Mehmet Akman – Feridun M. Emecen – İdris Bostan – Mehmet İpşirli), Kültür AŞ, İstanbul, 2019.
- Bab Mahkemesi 3 Numaralı Sicil (H. 1077 / M. 1666 - 1667), (Rıfat Günalan; Arapça metin Mehmet Akman; kontrol eden Mustafa Oğuz; proje yönetmeni M. Akif Aydın; ed. Coşkun Yılmaz), Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM), İstanbul, 2011.
- Üsküdar Mahkemesi 396 Numaralı Sicil (H. 1150-1151 / M. 1737-1738), (proje yönetmeni M. Âkif Aydın; editör Coşkun Yılmaz; çeviri yazı / mukabele Abdulkadir Altın – Nedim Pakırdağ; kontrol M. Âkif Aydın – Mehmet Akman – Feridun M. Emecen – İdris Bostan – Mehmet İpşirli), Kültür AŞ, İstanbul, 2019.
- Üsküdar Mahkemesi 5 Numaralı Sicil (H.930-936 / M. 1524-1530), (Yasemin Dağdaş, Zeynep Berktaş; kontrol eden Mustafa Oğuz; proje yönetmeni M. Akif Aydın; ed. Coşkun Yılmaz), Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM), İstanbul, 2010.
- Üsküdar Mahkemesi 531 Numaralı Sicil (H. 1204-1207 / M. 1790-1793), (proje yönetmeni M. Âkif Aydın; ed. Coşkun Yılmaz; çeviri yazı / mukabele Abdulkadir Altın – Nedim Pakırdağ – Yılmaz Karaca; kontrol M. Âkif Aydın – Mehmet Akman – Feridun M. Emecen – İdris Bostan – Mehmet İpşirli), Kültür AŞ, İstanbul, 2019.
- Üsküdar Mahkemesi 84 Numaralı Sicil (H.999-1000/ M.1590-1591), (Rıfat Günalan; Arapça metin Mehmet Canatar, Mehmet Akman; kontrol eden Mehmet Canatar; proje yönetmeni M. Akif Aydın; ed. Coşkun Yılmaz), Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM), İstanbul, 2010.
- Üsküdar Mahkemesi 9 Numaralı Sicil (H. 940-942 / M. 1534-1536), (Kenan Yıldız; kontrol eden Recep Ahıskalı; proje yönetmeni M. Akif Aydın; ed. Coşkun Yılmaz), Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM), İstanbul, 2010.

7099 SAYILI KANUN İLE TTK M. 585 HÜKMÜNDE YAPILAN DEĞİŞİKLİĞİN ORTAKLARIN KÂR PAYI HAKKINA VE ALACAKLILARIN KORUNMASINA ETKİSİ

THE EFFECT OF THE AMENDMENT TO THE TCC ARTICLE 585 MADE BY LAW NUMBER 7099 ON THE DIVIDEND RIGHT OF THE PARTNERS AND THE CREDITOR PROTECTION

Aybüke DEMİR YEŞİLBAĞ*  

Makale Bilgi

Gönderi: 14/04/2022

Kabul : 14/10/2022

Anahtar Kelimeler

Limited Şirket,
Kâr Payı Hakkı,
Alacaklıların
Korunması.

Article Info

Received: 14/04/2022

Accepted: 14/10/2022

Keywords

Limited Liability
Companies,
Dividend Right,
Creditor Protection.

Özet

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda bir sermaye şirketi olarak düzenlenen limited şirketlerde şirketin temel amacı, kazanç elde etmek ve bu kazancı ortakları ile paylaşmaktır. Nitekim limited şirket ortaklarının kâr payı hakkı da şirketin bu amacı ile uyumlu olup, ortakların mali hakları içinde önemli bir yere sahiptir. Öte yandan ortakların sahip olduğu bu hakkın kullanılması, kanun koyucu tarafından şirket malvarlığının ve alacaklıların korunması sebebiyle belirli şartlara bağlanmıştır. Ancak 7099 sayılı Kanun ile limited şirketlerin kuruluşunu düzenleyen TTK m.585 hükmünde değişiklik yapılarak, limited şirketin kuruluşunda taahhüt edilen nakdi sermaye paylarının en az yüzde yirmi beşinin tescilden önce ödenmesi koşulunun kaldırılması ile yalnızca nakdi sermaye ile kurulan bir limited şirketin kuruluşundan itibaren yirmi dört aylık süre boyunca sermayesiz bir şekilde ticari faaliyet sürdürebilmesi mümkün kılınmıştır. Bu durum hem ortakların kâr payı hakkını hem de alacaklıların korunmasını olumsuz yönde etkilemiştir. Bu çalışmada limited şirketlerde 7099 sayılı Kanun ile yapılan değişikliğin ortakların kâr payı hakkına ve alacaklıların korunmasına etkisi incelenmiştir.

Abstract

The main purpose of limited liability companies, which are regulated as capital stock companies in the Turkish Commercial Code No. 6102, is to make profit and share this profit with the partners. In line with this, the dividend rights of the partners of the limited liability company are compatible with this purpose of the company and occupies an important place among financial rights of partners. On the other hand, using of this right by partners is subject to certain conditions enforced by the legislator on the grounds of capital maintenance and protection of creditors. However, the provision of Article 585 of the TCC, which regulates establishment of limited liability companies, was amended by Law No. 7099 and this amendment repealed the condition to pay at least twenty-five percent of the subscribed cash capital before the registration. Thus, it has been made possible for a limited company established with only subscribed cash capital to continue its commercial activities without capital for a period of twenty-four months following its establishment. Consequently, both dividend rights of shareholders and the protection of creditors were adversely affected. In this study, effect of the amendment by the Law No. 7099 on limited liability companies on the dividend right of partners and creditor protection has been examined.

 Bu eser [Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/) ile lisanslanmıştır.

*Dr. Arş. Gör., *Ufuk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.*

Atıf Şekli | **Cite As:** DEMİR YEŞİLBAĞ Aybüke, "7099 Sayılı Kanun ile TTK m.585 Hükmünde Yapılan Değişikliğin Ortakların Kâr Payı Hakkına ve Alacaklıların Korunmasına Etkisi", İnÜHFD, 13(2), 2022, s. 433-446.

İntihal | **Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | **This article has been controlled via a plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.**

EXTENDED SUMMARY

With Law No. 7099 enforced in 2018, the provision of Article 585 of the TCC was amended and the condition to pay at least twenty-five percent of the subscribed cash capital before the registration was abolished. Thus, it has been made possible for a limited company established with subscribed cash capital to continue its commercial activities without capital for a period of twenty-four months following its establishment. The concerned amendment not only deferred the payment of minimum capital in limited companies, but also led to some negative consequences on issues such as the use of shareholder rights, protection of creditors, the stipulation of reserves, and the protection of the company from the first losses that may be encountered when it starts its commercial activities, and. This is due to the fact that the regulations in the legal capital system depend on the capital element of the company. Furthermore, the amendment by the Law No. 7099 makes it difficult to implement the provision of Article 519 of the TCC and results in the limited company shareholders being deprived of their first dividend right. Therefore, the concerned amendment has generated a situation contrary to the fundamental structure of capital stock companies. In this regard, it should be kept in mind that in limited companies which are capital stock companies, the main expectation of the partners from the company is to receive dividends, and the main purpose is to make a profit and share this profit. The consequences that emerged with the amendment by the law 7099 in terms of both creditors and partners, were rightly criticized in the Turkish legal doctrine.

While choosing the subject of the study, the question of what kind of consequences the amendment by Law No. 7099 could lead to in the implementation of the Art 608 of the TCC, was set out. The fact that this amendment which was enforced without taking any precautions by the legislature is bringing important consequences was crucial for the subject choice. In this context, the article aims to reveal the consequences on the dividend rights of the partners in limited companies by examining the effect of the amendment in the provision of Article 585 of the TCC by the law numbered 7099 in terms of the Turkish Law.

The legal problems caused by the amendment by Law No. 7099 have been directly scrutinized in the article titled "The Legal Problems Generated by Stock Corporation Without Capital and the Legal Remedies to Prevent Them" by Prof. Dr. Hasan Pulaşlı and in the article titled "The Effects of the Amendment Regarding the Payment of Cash Capital Share in Limited Liability Company Made by Law No. 7099 on the Voting Right and Dividend of the Shareholders" by Assistant Professor Hakan Bilgeç. These studies have aptly and rightfully studied the impact of the amendment by Law No. 7099 on the rights of partners. Furthermore, these studies have reviewed the domestic and foreign literature and have made use of monographs as well as principal studies on "company law". In this study, the impact of Law No. 7099 on the dividend rights of partners in limited companies has been analyzed in detail with a specific focus on the existing theoretical debate concerning the legal status of the dividend rights of partners. Furthermore, the probable consequences of Law No. 7099 for the interests of creditors have been analyzed, taking into consideration the functions of subscribed capital in capital stock corporations.

In this qualitative research article, it has been found that the repeal of the condition to pay at least twenty-five percent of the subscribed cash capital before the registration has led to confusion in the implementation of regulations on dividend payments in limited companies and is not accurate for the principles of capital stock corporations. Moreover, considering the minimum capital amount of 10 thousand Turkish Lira designated by TCC Article 580, it has been concluded that the amendment does not have a major impact in terms of the protection of creditors, yet has a significant impact in terms of the rights of partners.

In the article, in parallel to other studies in the literature concerning the legal problems caused by this amendment issued by the legislator to ease the establishment of limited companies and reduce costs, a new resolution suggestion has been proposed. In that regard, it has been proposed that the adoption of a type of company similar to the "Entrepreneurial Company (Unternehmergeellschaft)" that exists in German Law as a subtype of the limited company, could serve as an alternative. It has also been underlined that the protective orders created by the order GmbHG §5 in German Law should be taken into consideration. This article aims to contribute to the solution of negative consequences caused by the amendment by Law No. 7099 in the implementation of limited companies, which have the highest number of types in Turkish commercial life. It is recommended that further studies on this issue should empirically support the literature by scrutinizing concrete examples.

I. GİRİŞ

TTK m.124 hükmünde ticaret şirketleri arasında sayılan limited şirketler, sermaye şirketi niteliğinde olup, tipik biçimde sermaye şirketlerinin temel özelliklerini taşımaktadırlar¹. Sermaye şirketlerinde şirket ortaklarının sorumluluklarının şirkete koymayı taahhüt ettikleri sermaye ile sınırlı olması ve limited şirketin kuruluşu için kanun koyucu tarafından belirlenen asgari sermaye miktarının anonim şirketlere kıyasla daha düşük olması sebebiyle limited şirketler, uygulamada sayıca en fazla bulunan şirket türü olarak karşımıza çıkmaktadır².

2018 yılında bir torba kanun olarak yürürlüğe giren 7099 sayılı Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun³ ile limited şirketlerin kuruluşuna ilişkin olarak TTK m. 585 hükmünde değişiklik yapılmış ve limited şirketin kuruluşunda taahhüt edilen nakdi sermaye paylarının en az yüzde yirmi beşinin tescilden önce ödenmesi koşulu kaldırılmıştır. Böylece limited şirketlerin nakdi sermaye olmadan kurulabilmesi mümkün hale gelmiştir.

Söz konusu değişiklik, limited şirketlere ilişkin bazı hükümlerin uygulamasında sermaye şirketlerinin yapısı ile çelişen bir takım hukuki sorunlar yaratmaya gebecektir. Nitekim şirketin sermayesiz olarak faaliyete başlayabilmesi anlamına gelen bu değişiklik, alacaklıların ve şirket malvarlığının korunmasını zayıflattığı gibi şirket ortaklarının en önemli mali haklarından biri olan kâr payı hakkında da olumsuz yönde etkileyecektir.

Bu makalede 7099 sayılı kanun ile TTK m.585 hükmünde yapılan değişikliğin, limited şirketlerde ortakların kâr payı hakkına ve alacaklıların korunmasına etkileri esas sermaye sisteminin amacı da dikkate alınarak incelenmiştir.

II. LİMİTED ŞİRKETLERDE NAKDEN TAAHHÜT EDİLEN PAYLARIN ÖDENMESİNE İLİŞKİN YASAL DÜZENLEME VE 7099 SAYILI KANUN İLE YAPILAN DEĞİŞİKLİK

Limited şirketlerde nakden taahhüt edilen payların ödenmesi limited şirketlerin kuruluşu ve kurulma anını düzenleyen TTK m.585 hükmünde düzenlenmiş olup, hükme göre limited şirket, “kurucuların, kanuna uygun olarak düzenlenmiş bulunan sermayenin tamamını ödemeyi şartsız olarak taahhüt ettikleri, ticaret sicili müdürlüğünde yetkilendirilmiş personelin huzurunda imzaladığı şirket sözleşmesinde limited şirket kurma iradelerini açıklamalarıyla” kurulacaktır. Kanun koyucu, bir sermaye şirketi olan limited şirketlerin kuruluşunda da anonim şirketlerdeki mevcut eğilimine paralel olarak güvenli kuruluşu tesis etmeyi amaçlamaktadır. Nitekim bu kapsamda TTK m.573 hükmü ile sermayenin belirli olduğu vurgulanmış, 6762 sayılı eTTK m.507 hükmü ile limited şirketler bakımından öngörülen 5.000 TL asgari sermaye miktarı, ekonomik gerekçeler değerlendirilerek TTK m.580 hükmü ile 10.000 TL olarak değiştirilmiş, aynı sermaye olabilecek değerler bakımından kısıtlama getirilmiş (TTK m.5 81) ve esas sermaye pay bedellerinin ödenmesi, ödeme yeri, ifa borcu, ifa etmemenin sonuçları, bedelleri tamamen ödenmemiş payların devri hususlarında TTK’nın anonim şirketlere ilişkin hükümlerinin limited şirketlere de kıyasen uygulanacağı hüküm altına alınmıştır (TTK m.585). Bununla birlikte limited şirketlere ilişkin olarak anonim şirketler hukukunda sermayenin oluşturulması ve sermayenin korunmasını sağlayan hükümlere de sıklıkla atıf yapılmıştır. Dolayısıyla 6102 sayılı TTK’nın genel mantığına uygun biçimde kanun koyucu, sermaye şirketi özelliği taşıyan limited şirketler açısından da başta alacaklılar olmak üzere menfaat sahiplerini korumayı amaçlamıştır.

Limited şirketlerde ortakların şirkete, nakdi veya ayni sermaye taahhüdünde bulunması mümkündür. Ortakların sermaye koyma borcu, söz konusu taahhütlerini limited şirket sözleşmesinde alenileştirmeleri ile doğacak; pay bedellerinin ödenmesine ilişkin hususlarda ise TTK m.585 hükmü uyarınca anonim şirketlere ilişkin hükümler kıyasen uygulanacaktır. Ancak 2018 yılında söz konusu hükme ikinci cümlesinden sonra gelmek üzere, 7099 sayılı Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile “Ancak nakden taahhüt edilen payların itibari değerlerinin en az yüzde yirmi beşinin tescilden önce ödenmesi şartı limited şirketler bakımından uygulanmaz.” cümlesi eklenerek, limited şirketin kuruluşu esasında taahhüt edilen nakdi sermaye paylarının en az yüzde yirmi beşinin tescilden önce ödenmesi koşulu kaldırılmış ve şirketin ortaklar tarafından taahhüt edilen nakdi sermaye ödenmeksizin kurulabilmesi sonucu yaratılmıştır⁴. Bir başka deyişle, değişiklik sonrasında limited şirket ortakları tarafından sermaye pay bedelleri şirketin kurulmasından itibaren 24 ay içinde ödenebileceğinden, kuruluşundan itibaren 24 aylık süre içerisinde şirketin sermayesiz bir şekilde faaliyet sürdürebilmesi mümkün hale gelmiştir⁵.

TTK m.585 hükmüne eklenen bu cümle plan ve bütçe komisyonu görüşmelerinde eklenmiş olduğundan, 7099 sayılı Kanun gerekçesinde söz konusu değişikliğe ilişkin bir açıklama

¹ Limited şirketlere ilişkin ayrıca bkz. ARSLANLI, Halil/DOMANIÇ, Hayri: Limited Şirketler Hukuku ve Uygulaması, Cilt 3, Temel Yayınları, İstanbul 1989; ŞENER, Oruç Hami: Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2017; DİNÇ, Serhan: “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Limited Şirketin Unsurları ile Limited Şirketlerde Pay ve Ortak Kavramları”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, (29), 2017; AKINCI, Elif: “Tarihsel Perspektifte Limited Şirket Kavramı”, İstanbul Hukuk Mecmuası 76(2), 2018.

² Nitekim Ticaret Bakanlığı’nın 2021 Aralık Ayı Veri Bülteni’ne göre Türkiye’de aktif limited şirket sayısı 988.704 iken anonim şirket sayısı 163.433 tür.

https://ticaret.gov.tr/data/61d2a12f13b8761d788ed2a2/2021%20Y%C4%B1%C4%B1%20Aral%C4%B1k%20Ay%C4%B1%20Veri%20B%C3%BClteni_3.pdf (Erişim: 11.03.2022)

³ RG: 10.03.2018; 30356.

⁴ PULAŞLI, Hasan: “Sermayesiz Sermaye Şirketi ile Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar ve Bunlara Karşı Alınması Gereken Hukuki Önlemler”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 34(2), 2018; BİLGEÇ, Hakan: “7099 Sayılı Kanun ile Yapılan Limited Şirkette Nakdi Sermaye Payının Ödenmesine İlişkin Değişikliğin Ortakların Oy ve Kâr Payı Hakları Üzerindeki Etkileri”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 32(143), 2019, s.236.

⁵ PULAŞLI, s.13; BİLGEÇ, s.236.

bulunmamaktadır. Ancak Kanun'un genel gerekçesinden bu değişiklik ile şirket kuruluş işlemlerindeki maliyet ve sürenin azaltılmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır⁶. Ancak bu durumun hem alacaklıların korunması hem de şirket esas sermayesine bağlanmış olan pay sahipliği haklarının kullanımında bazı hukuki sorunlara yol açabileceği kanaatindeyiz⁷. Nitekim söz konusu bu değişiklik Türk hukuk doktrininde de ağır eleştirilerle karşılanmış, Pulaşlı tarafından kaleme alınan makalede “bu değişiklik ile şirkete sermayesiz olarak kurulup ticari hayatta faaliyette bulunabilme imkânı tanındığını” belirtilmiştir. Yazar tarafından ayrıca, “Türk kanun koyucusunun hiçbir tedbir almaksızın söz konusu değişikliği yapması sebebiyle, öncelikle oy hakkının doğumuna, payın devrine, kâr payı ödenmesine, şirketin kendi payına iktisabına ilişkin hukuki sorunlar ortaya çıkacağı” da ifade edilmiştir⁸.

Doktrinde ileri sürülen bu görüşlere katılmakla birlikte bu makalenin konusu, TTK m.585 hükmünde yapılan değişikliğin limited şirketlerde ortakların kâr payı hakkına ve alacaklıların korunmasına etkileriyle sınırlandırılmıştır.

III. LİMİTED ŞİRKETLERDE ORTAKLARIN KÂR PAYI HAKKI VE TTK M.585 HÜKMÜNDE YAPILAN DEĞİŞİKLİĞİN ORTAKLARIN KÂR PAYI HAKKINA ETKİSİ

A. Ortakların Kâr Payı Hakkı ve Hukuki Niteliği

Bir sermaye şirketi olarak limited şirket ortaklarının şirketten temel beklentisi kâr payıdır. Bu sebeple ortakların mali hakları içerisinde bulunan kâr payı hakkı, şirket ortaklarının şirkete koymuş oldukları sermayenin getirisini temsil etmektedir⁹. Ortakların bu beklentisi, limited şirketin kazanç elde ederek ortakları ile paylaşma amacı ile de uyum içindedir¹⁰. Kâr payı, Kanun'da veya şirket sözleşmesinde öngörülen şartlarla dağıtılabilen, doktrinde kâr payının şarta bağlı bir talep hakkı verdiği kabul edilmektedir¹¹.

Bununla birlikte kâr payı hakkının hukuki niteliği -anonim şirketle bakımından- doktrinde bir takım tartışmalara sebep olmuştur¹². Konuya ilişkin görüş ayrılıkları kâr payı hakkının vazgeçilmez hak olarak mı yoksa müktesep hak olarak mı nitelendirileceği noktasında yaşanmıştır¹³. Konunun limited şirketler bakımından da ele alınabilmesi için anonim şirketlere ilişkin olara ileri sürülen bazı görüşlere değinmekte fayda görmekteyiz.

Vazgeçilmez haklar pay sahibinin onayıyla dahi vazgeçemeyeceği haklar şeklinde tanımlanabilecektir¹⁴. Doktrinde kâr payı hakkının vazgeçilmez nitelikte ve mali bir hak olduğunu ileri süren görüş uyarınca anonim şirketlerin temel amacı kazanç elde etmek ve bu kazancı paylaşmaktır olduğundan bu zorunluluktan doğan kâr payı hakkı, pay sahibinin vazgeçilemez nitelikteki hakkını ifade etmektedir¹⁵. Kâr payı hakkının vazgeçilmez nitelikte bir hak olarak kabul edilebilmesi için pay sahibinin rızası halinde dahi sınırlandırılmaması ve ortadan kaldırılamaması gerekir¹⁶. Nitekim “vazgeçilmez nitelikteki hakları ihlal eden ve bunların kullanılmasını kısıtlayan, sınırlayan veya ortadan kaldıran yönetim kurulu kararları ile genel kurul kararları batıldır” (TTK m.391/1.c; TTK m.447/1.a). Dolayısıyla kâr payı hakkının vazgeçilmez nitelikte bir hak olarak nitelendirilmesi konusunda hakkın sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağına bakmak gerekir¹⁷. Anonim şirketlere ilişkin olarak doktrinde TTK m.478 hükmüyle kâr payında imtiyaz tanınmasının kabulü¹⁸ ve TTK m.503

⁶ <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss518.pdf> (Erişim: 08.04.2022); PULAŞLI, s.13.

⁷ Aynı görüş için bkz. PULAŞLI, s.13 vd; BİLGEÇ, s.236. Esas sermayenin alacaklıların başlıca teminatını teşkil etmesi sebebiyle karşılığının da tam olarak ifasının gerektiği yönünde bkz. ARSLANLI/DOMANIÇ, s.115.

⁸ PULAŞLI, s.14,15,16 vd.

⁹ ŞENER, s.490; GÜRBÜZ USLU, Aslı E: Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Kâr Payı Alma Hakkı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2016, s.2; BİLGEÇ, s.248; AYHAN, Rıza/ÇAĞLAR, Hayrettin/ÖZDAMAR, Mehmet: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s.350; SENGİR, Turgut: “Anonim Ortaklarda Kâr Payı Hakkı”, BATİDER, VII(1), 1973, s.77. Kârın, payın periyodik verimleri olduğu yönünde bkz. ARSLANLI, Halil: Anonim Şirketler, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1959.

¹⁰ ARSLANLI/DOMANIÇ, s.454-455. Sermaye şirketlerinde temel olan kazanç elde ederek ortaklar ile paylaşma amacından feragat edilmesinin mümkün olmadığı yönünde bkz. POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin: Ortaklıklar Hukuku I, 15. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2021, s.899.

¹¹ ARSLANLI, Anonim Şirketler, s.198; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s.350.

¹² GÜRBÜZ USLU, s.96 vd; YANLI, Veliye: “Yeni Ticaret Kanunu ve Anonim Şirketlerde Kâr Dağıtımı”, BATİDER, 30(1), 2014, s.15-17; AYTUĞAR, Bilge: “Anonim Şirketlerde Kâr Payı ve Kâr Payı Avansı Dağıtım Hakkında 7244 Sayılı Kanun ile Öngörülen Tedbirler”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 11(2), 2020, s.398.

¹³ Terminoloji sorununa dair ayrıntılı bilgi için bkz. KIRCA, İsmail/ŞEHİRALİ ÇELİK, Ferzan H/MANAVGAT, Çağlar: Anonim Şirketler Hukuku, C.2/2, Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2016, s.21 vd; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s.868, 870e.; GÜRBÜZ USLU, s.99-97; AYTUĞAR, s.398; PULAŞLI, Hasan: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 4.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s.799.

¹⁴ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s.868, 870; GÜRBÜZ USLU, s.99-97; AYTUĞAR, s.398; PULAŞLI, Şirketler Hukuku, s.799.

¹⁵ Anonim şirket kâr elde etmek ve dağıtmak nihai amacını terk edemeyecek, kısmen veya tamamen saptıramayacağı konusunda bkz. POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, p.898a; Aksi görüş için bkz. AYTUĞAR, s.399. Bir hakkın vazgeçilemez olup olmadığının tespitinde, pay sahibinin o hak üzerinde tasarruf yetkisine sahip olup olmadığına bakılması gerektiğine ilişkin bkz. KIRCA(ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), s.42.

¹⁶ Aynı yönde bkz. AYTUĞAR, s.398; GÜRBÜZ USLU, s.104.

¹⁷ AYTUĞAR, s.398.

¹⁸ TTK'nın limited şirketlere ilişkin hükümlerinde TTK m.478 benzer bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak limited şirketlere ilişkin çeşitli hükümlerde imtiyazlı paylar kavramı geçmektedir. Nitekim şirket sözleşmesinde bulunması gereken kayıtların düzenlenmiş olduğu TTK m.576/1.c ve şirket sözleşmesinin tescilini düzenleyen TTK m.587/1.j hükmünde imtiyazdan söz edilmektedir. Benzer şekilde TTK m.621/1.b. hükmünde oyda imtiyazlı paylar kavramına yer verilmiştir. Limited şirketlerde imtiyazların kapsamı ve imtiyazlı payların hangi kurallara bağlı olacağı sorununa ilişkin olarak anonim şirket hükümlerinin kıyasen uygulanabileceği yönünde bkz. ÇOŞTAN, Hülya: “Limited Şirkette Oyda İmtiyazlı (!) Paylar ve İmtiyazlı Paylar”, Ankara Barosu Dergisi, 4, 2012, s.88.

hükmü ile intifa senedi sahiplerine net kâr katılma hakkı verilmesi sebebiyle pay sahiplerinin kâr payı hakkının genel kurul çoğunluk kararıyla belirli ölçülerle sınırlanabileceği ifade edilmiştir. Ayrıca TTK m.519/2.c hükmünde ikinci genel kanuni yedek akçenin ayrılmasına ilişkin şartların düzenlendiği, bu sebeple ikinci kanuni yedek akçe ayrılmayacak ise şirket bakımından yüzde beş oranında kâr payı dağıtma zorunluluğundan da bahsedilemeyeceği belirtilmiştir¹⁹. TTK m.519 hükmünün TTK m.610 hükmünün atıyla limited şirketlere de uygulanacağı ve limited şirketlerde de TTK m.584 ve TTK m.587/1.g hükmü uyarınca intifa senetlerinin çıkarılmasının mümkün olduğu ve hükmün atıyla intifa senetlerine ilişkin olarak anonim şirket hükümlerinin kıyasen uygulanacağı göz önünde bulundurulduğunda, limited şirketlerde de ortakların kâr payı hakkının vazgeçilemez bir hak niteliğinde olmadığını söylemek mümkündür.

Kâr payı hakkının müktesep hak olup olmadığı noktasında ise öncelikle şunu belirtmekte fayda vardır. eTTK'nın aksine 6102 sayılı TTK'da müktesep hak kavramı tanımlanmamış ve bu haklar sayılmamış olsa da kavram olarak varlığını muhafaza ettirmektedir²⁰. Müktesep hak, değiştirilmesi veya kaldırılmasında pay sahibinin rızası aranarak hakları ifade etmekle birlikte müktesep hakların mutlak ve nispi müktesep haklar ayrımına tabi tutulduğu görülmektedir. Buna göre pay sahibinin rızası olmaksızın mutlak müktesep haklara müdahale edilmesi mümkün değilken; nispi müktesep hakların belirli şartlar altında ve hak sahibinin rızası olmadan sınırlandırılması mümkündür²¹. Doktrinde, kâr payı hakkını nispi müktesep hak olarak değerlendiren görüşler mevcuttur²². Buna göre kâr payının dağıtılıp dağıtılmayacağına, dağıtılacaksa miktarına ilişkin genel kurul kararı esas sözleşmede kararlaştırılmadıkça kanunda öngörülen çoğunluğa tabidir. Bu sebeple mutlak müktesep hak olarak esas sözleşmede düzenlenmediği sürece kâr payı hakkı, alelade bir hak olarak da nitelendirilmemelidir. Ancak genel kurulun kâr payı dağıtılmamasına ilişkin kararını her zaman oy çokluğu ile alması, şirketin kuruluş amacıyla ve ortakların menfaatleriyle bağdaşmadığından ve kâr dağıtmama kararında tüm pay sahiplerinin menfaatlerinin gözetilmesi gerektiğinden; ilk kâr payı hakkının belirli şartlar altında korunduğu ve nispi müktesep hak niteliği taşıdığı ileri sürülmüştür²³. Benzer şekilde TTK m.523 hükmünden hareketle Kanun'da belirtilen durumlarda ikinci kâr payı hakkının da ihtiyari yedek akçe ayrılması gereğiyle sınırlandırılacağı ve belirli şartlar altında korunması sebebiyle nispi müktesep hak niteliğinde olduğu ifade edilmiştir²⁴. Söz konusu bu hükümler TTK m.610 hükmünün atıyla limited şirketlere de uygulanacağından belirtilen hususlar limited şirket ortaklarının kâr payı hakkı bakımından da ileri sürülebilecektir. Benzer şekilde limited şirketlerde de genel kurul:

“Zararların karşılanması için gerekirse, şirketin gelişimi için yatırım yapılması ihtiyacı ciddi bir şekilde ortaya çıkmışsa ve bütün ortakların menfaati haklı gösteriyorsa, kanun ya da şirket sözleşmesinde öngörülmemeyen veya öngörüleni aşan tutarlarda yedek akçelerin ayrılmasına karar verebilecektir” (TTK m.608/3).

Bu durumlarda limited şirket ortaklarının kâr payı hakkı yalnızca hükümde belirtilen sebeplerle ve şirket sözleşmesi ile ihtiyari yedek akçe ayrılması suretiyle sınırlandırılabilir. Söz konusu düzenleme ile kanun koyucu tarafından ortakların kâr payı hakkının sınırlandırılması belirli şartlara bağlı kılınarak korunmuştur²⁵.

Nihayet kâr payı hakkının hukuki niteliğine ilişkin ileri sürülen bir diğer görüş ise bu hakkın ne vazgeçilmez ne de müktesep hak olduğudur. Bu görüşü savunanlara göre kâr payı hakkı ancak esas sözleşmede belirtilmesi halinde müktesep hak niteliği kazanacaktır²⁶. Nitekim kâr payı dağıtım kararı genel kurul tarafından olağan nisaplarla alınacak olup, kâr payı dağıtılmamasına ilişkin bir karar mahkeme tarafından iptal edilmediği sürece karara olumsuz oy kullanan ortaklar bakımından da etkili

¹⁹ AYTUĞAR, s.399; GÜRBÜZ USLU, s.94; “TTK m.519 f.2 (c) bendinin, pay sahiplerine her yıl asgari bir oranda temettü dağıtılmasını öngören bir düzenleme değil, hangi halde ikinci tertip yedek akçe ayrılmasının gerekli olduğunu belirleyen bir hüküm olduğu” yönünde bkz. YANLI, s.18-23.

TTK m.519 hükmü TTK m.610 hükmünün atıyla limited şirketlere de uygulanacaktır.

²⁰ TTK m.452 hükmü gereğince “müktesep hakları yetersiz bir şekilde tanımlayan ve müktesep hakları sayan eTTK m.385 hükmünün 2. fıkrasının yanlış anlamalara yol açması sebebiyle çıkarıldığı” belirtilmiştir. TTK madde gerekçeleri için bkz. <https://www.ticaretkanunu.net/gerekce/> (Erişim: 07.09.2022).

6762 sayılı TTK m.385/2 hükmünde müktesep haklar; “kanun veya esas mukavele hükümlerine göre umumi heyet ve idare meclisi kararlarına tabi olmayan yahut umumi heyetin toplantılarına iştirak hakkından doğan, hususiyetle azalık, rey kullanmak, iptal davası açmak, kâr payı almak ve tasfiye neticesine iştirak etmek gibi haklardır” şeklinde tanımlanmıştır. POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, p.866; GÜRBÜZ USLU, s.96.

²¹ Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. KIRCA(ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), s.26 vd; AYTUĞAR, s.398. Buna karşın Tekinalp, “müktesep hak tanımından çıkan bir sonucun da mutlak/nispi müktesep hak sınıflandırılmasının artık yapılamayacağı olduğu ve tüm müktesep hakların mutlak olduğunu” ifade etmiştir. POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, p.868; Nispi müktesep haklar kavramının artık terk edilmesi gerektiği yönünde bkz. KIRCA(ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), s.31.

²² “eTTK döneminde anonim şirketlerde kâr payı almak hakkının genel kurul kararlarına tabi olmayan müktesep hak olarak değerlendirildiği ve hükmün limited şirketlere de uygulanacağı” yönünde bkz. ARSLANLI/DOMANİÇ, s.452.

²³ AYTUĞAR, s.399; Benzer yönde bkz. SENGİR, s.84-85.

²⁴ Nitekim Yargıtay. 11.HD. 28.04.2015; E.2015/994, K.2015/5904 eTTK kapsamında verdiği kararında, “şirketin nihai amacının kâr elde edip ortaklara dağıtması esas olmakla birlikte ana sözleşmeye konulacak hükümler yanında kanunda gösterilen nedenler bu genel ilkenin istisnalarını oluşturduğunu, bu istisnaların en önemlisinin 6762 sayılı eTTK'nın 469/2. maddesindeki düzenleme olduğunu, anılan düzenleme gereğince şirketin devamlı inkişafı ve mümkün mertebe istikrarlı kâr dağıtımını temin bakımından ana sözleşmede zikredilenlerden başka yedek akçeler ayrılmasına şirket genel kurulunca karar verilebileceğini ifade etmiştir. Kararın devamında ise kâr payının nispi müktesep hak olduğu ve mülga eTTK'nın 469/2. maddesinin TTK m.385 hükmünü bertaraf etmediği, gerektiğinde uygulanması mümkün istisnai bir nitelik taşıdığı” vurgulamıştır. AYTUĞAR, s.399; YANLI, s.24.

²⁵ AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s.458; PULAŞLI, Şirketler Hukuku, s.800.

²⁶ “Esas sözleşmeye hüküm konulması halinde pay sahibinin kâr payı alma hakkının esas sözleşmesel müktesep hak olarak tanınmasının mümkün olduğu” yönünde bkz. GÜRBÜZ USLU, s.105. Benzer yönde BİLGEÇ, s.250.

olacaktır²⁷.

Yukarıda belirttiğimiz görüşler her ne kadar kâr payı hakkının hukuki niteliğini anonim şirketler temelinde ele almış olsa da; limited şirketlerde ortakların kâr payı hakkına ilişkin olarak TTK m.610 hükmü ile anonim şirketler hükümlerine atıf yapılmıştır. Dolayısıyla söz konusu görüşleri limited şirketler açısından değerlendirmek gerekirse, biz de kâr payı hakkının nispi müktesep hak niteliği taşıdığı görüşüne katılmaktayız²⁸. Zira yalnızca sermaye şirketlerinin temel yapısından ve kuruluş amacından yola çıkılarak kâr payı hakkını vazgeçilmez hak olarak değerlendirmek, hakkın TTK'ya uygun biçimde ve belirli şartlar altında sınırlanabildiği durumları göz ardı etmek anlamına gelecektir²⁹.

B. Dağıtımın Şartları

TTK'da limited şirketlerde kâr payı hakkı m.608 hükmünde düzenlenmiş olup, hükme göre “kâr payı sadece net dönem kârından ve bunun için ayrılmış yedek akçelerden dağıtılabilecektir”. Limited şirketlerde kâr payı kural olarak nakdi olarak dağıtılsa da, bir kısmının nakit bir kısmının aynı olarak dağıtılması da mümkündür³⁰. Ortakların kâr payı hesaplamasında ise finansal tablolar ve yedek akçelerle ilgili olarak TTK m.610 hükmü uyarınca anonim şirketlere ilişkin 514 ilâ 527 nci madde hükümleri limited şirketlere de uygulanacaktır.

Limited şirketlerde ortaklara kâr payı dağıtılabilmemesinin ilk şartı, kâr payının yalnızca net dönem kârından ve bunun için ayrılmış yedek akçelerden dağıtılabilmemesidir. TTK'da net dönem kârına ilişkin bir tanım yapılmamış olup, net dönem kârı yıllık bilançoya göre elde edilen kârden bilanço zararının, masrafların, vergilerin ve mali yükümlülüklerin düşülmesinden sonra kalan kârı ifade etmektedir³¹. Bir başka deyişle limited şirket bilançosunda geçmiş yıl zararı varsa kâr dağıtılamayacaktır³². Kanun koyucu bu koşul ile tıpkı anonim şirketlerde olduğu gibi sermayenin korunması ve pay sahiplerine iadesinin önüne geçmeyi amaçlamaktadır. Zira kâr dağıtımının kanun koyucu tarafından sınırlandırılmasının sebebi kural olarak sermayenin iadesinin yasak olmasıdır. Böylece limited şirket malvarlığının ortaklara iade edilerek azalmasının önüne geçilecek ve şirket alacaklıları korunacaktır³³.

Hüküm uyarınca limited şirketin net dönem kârının hesaplanmasından sonra kanuni ve ihtiyari akçelerin ayrılması ve dağıtımın kâr dağıtımını için ayrılmış olan yedek akçelerden yapılması gerekmektedir³⁴. Nitekim TTK m.608/1 hükmünün ikinci cümlesi uyarınca “Kâr payı dağıtımına ancak, kanun ve şirket sözleşmesi uyarınca ayrılması gereken kanuni yedek akçelerle, şirket sözleşmesinde öngörülmüş yedek akçeler ayrıldığı takdirde karar verilebilecektir”. Dolayısıyla kanunen ayrılmak zorunda olan yedek akçeden (kanuni yedek akçe) kâr payı dağıtılması mümkün değildir.

Limited şirketlerde kâr payı dağıtım rejiminin anlaşılabilmesi için yedek akçe (Rücklagen) kavramına da kısaca değinmek gerekmektedir.

1. Yedek Akçe Kavramı ve Türleri

Doktrinde yedek akçe, “*esas sermaye tutarını aşan net malvarlığı*” olarak tanımlanmaktadır³⁵. Yedek akçeler, ayrılmalarının zorunlu olup olmamasına göre kanuni veya ihtiyari yedek akçe, bilançodaki durumlarına göre ise açık veya gizli yedek akçe olarak türlere ayrılabilir. Buna göre, açık yedek akçe anonim şirket bilançosuna dayanan ve şirket bilançosunda gösterilen yedek akçeyi ifade ederken, gizli yedek akçe (Stille Rücklagen) miktarı belirli olmayan ve bilançoda doğrudan gösterilmeyen yedek akçe türünü ifade etmektedir³⁶.

Yedek akçelerin türleri bakımından en sık karşılaşılan ve TTK tarafından da benimsenmiş olan diğer bir ayırım ise kanuni ve ihtiyari yedek akçe ayırımıdır³⁷. Şirket tarafından kanunen ayrılmak

²⁷ BİLGEÇ, s.250.

²⁸ Kâr payı hakkının nispi müktesep hak olduğu yönünde bkz. Yargıtay 11.HD. 30.10.2017; E.2016/3145, K.2017/5875.

²⁹ Ancak şirket sözleşmesinde ya da genel kurul kararında kâr payı dağıtılmasından tamamen vazgeçilmesi halinde bu hüküm veya kararın, şirketin temel yapısını bozması sebebiyle TTK m.447/1.c hükmü uyarınca batıl kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. AYTUGAR, s.399.

³⁰ “Bu şekilde ifanın özellikle ortaklar bunu kabul etmişlerse veya ifa edilecek mallar kolaylıkla paraya çevrilebilecek piyasada cari değeri olan mallardansa söz konusu olabileceği” yönünde bkz. ŞENER, s.491. Kârın hissedara kural olarak nakden ödenmesi gerektiği yönünde bkz. ARSLANLI, s.203; SIFFERT, Rino/MARC, Pascal Fischer/MARTIN, Petrin: GmbH-Recht: Revidiertes Recht der Gesellschaft mit Beschränkter Haftung (Art 772-827 OR), Stämpfli, Bern 2008, Art 798, N.5.

³¹ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, p.902; GÜRBÜZ USLU, s.13; YANLI, s.8.

³² ŞENER, s.491; ARSLANLI, Anonim Şirketler, s.201; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, p.902; SEVİ, Ali Murat: Anonim Ortaklıkta Sermayenin Oluşturulması ve Pay Sahiplerine İade Edilmesi Yasağı, Seçkin Yayınları, Ankara 2013, s.505. “Pay sahiplerine kâr payı dağıtılabilmemesi için ilgili dönemde şirketin kâr etmesi gerektiği, şirket o dönemi zararla kapatsa dahi zararların indirilmesinden sonra kalan serbest yedek akçelerden dağıtım yapılmasının mümkün olduğu” yönünde bkz. YANLI, s.8.

³³ VEIL, Rüdiger: “Capital Maintenance- The Regime of the Capital Directive versus Alternative Systems”, in Legal Capital in Europe, Lutter, Marcus (ed.), De Gruyter Recht, Berlin 2002, s.77; DRINKUTH, Henrik: Die Kapitalrichtlinie- Mindest- oder Höchstnorm?, O. Schmidt, Köln 1998, s.184.

³⁴ ŞENER, s.491; BİLGEÇ, s.249; Anonim şirketlerde kâr payı dağıtımının düzenlendiği TTK m.509 hükmünde kanun koyucu, limited şirketlerden farklı olarak kâr dağıtımının, kâr dağıtımını için ayrılmış yedek akçeler yerine, serbest yedek akçelerden dağıtılabileceğini düzenlemiştir. POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, p.902a.

³⁵ Yedek akçelerin tanımı ve benzer kavramlardan farklı için ayrıca bkz. BEZZENBERGER, Tilman: Das Kapital Aktiengesellschaft: Kapitalerhaltung-Vermögensbindung Konzernrecht, Otto Schmidt, Köln 2005, s.20; GÜRBÜZ USLU, s.16; TÜRK, Ahmet: “Anonim Ortaklıkta Gizli Yedek Akçeler”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 4(2), 2002, s.174; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s.350 vd; MOSCH, Jan Christoph: Kapitalschutz ohne Kapital. Die Haftung der Gesellschafter am Beispiel der englischen Private Limited Company und der Europäischen Privatgesellschaft (EPG/SPE) bei IFRS-Bilanzierung, Duncker & Humblot, 2013, s.337; BAUER, Marcus: Gläubigerschutz durch eine formelle Nennkapitalziffer - Kapitalgesellschaftsrechtliche Notwendigkeit oder überholtes Konzept?, Peter Lang, Frankfurt am Main 1995, s.217.

³⁶ TÜRK, s.175.

³⁷ YANLI, s.9-10; GÜRBÜZ USLU, s.21 vd. Genel kanuni yedek akçe ve ortaklığın iktisap ettiği kendi payları için ayrılan yedek akçeler (diğer kanuni yedek akçeler) ayırımı için bkz. ŞENER, s.493 vd.

zorunda olan yedek akçe kanuni yedek akçeyi ifade ederken, kanunen zorunlu olmayan ve fakat esas sözleşmede belirtilmesi halinde ayrılması gereken yedek akçeler ise ihtiyari yedek akçeyi ifade etmektedir³⁸.

Limited şirketlerde de tıpkı anonim şirketlerde olduğu gibi kanuni yedek akçeler kâr payı dağıtımlarını sınırlayarak, kanunen bağlı malvarlığını tespit etmektedir. Limited şirketler bakımından kanuni yedek akçenin ne şekilde ayrılacağına ilişkin ise TTK m.610 hükmü uyarınca TTK m.519 hükmüne atıf yapılmıştır. Buna göre “yıllık kârın yüzde beşi, ödenmiş sermayenin yüzde yirmisine ulaşmaya kadar, genel kanuni yedek akçeye ayrılmalıdır” (TTK m.519/1). Hükmün birinci fıkrası uyarınca belirtilen sınıra ulaşıldıktan sonra ise kanun koyucu:

“Yeni payların çıkarılması dolayısıyla sağlanan primin, çıkarılma giderleri, itfa karşılıkları ve hayır amaçlı ödemeler için kullanılmamış bulunan kısmının, iskat sebebiyle iptal edilen pay senetlerinin bedeli için ödenmiş olan tutardan, bunların yerine verilecek yeni senetlerin çıkarılma giderlerinin düşülmesinden sonra kalan kısmının ve pay sahiplerine yüzde beş oranında kâr payı ödendikten sonra, kârdan pay alacak kişilere dağıtılacak toplam tutarın yüzde onunun genel kanuni yedek akçeye ekleneceğini”

ifade etmiştir. Ayrıca,

“Genel kanuni yedek akçe limited şirket esas sermayesinin yarısını aşmadığı takdirde, sadece zararların kapatılmasına, işlerin iyi gitmediği zamanlarda işletmeyi devam ettirmeye veya işsizliğin önüne geçmeye ve sonuçlarını hafifletmeye elverişli önlemler alınması için kullanılabilir” (TTK m.519/3).

Dolayısıyla genel kanuni yedek akçe, esas sermayenin yarısını aştığı takdirde, serbest malvarlığı olacaktır³⁹.

Bununla birlikte limited şirket sözleşmesi ile ihtiyari yedek akçe ayrılması da mümkündür. Yine TTK m.610 ile anonim şirketlere ilişkin TTK m.521’e yapılan atıf uyarınca şirket sözleşmesine, yedek akçeye yıllık kârın yüzde beşinden fazla bir tutarın ayrılacağı ve yedek akçenin ödenmiş sermayenin yüzde yirmisine aşabileceğine ilişkin bir hüküm konabilecektir. Bununla birlikte şirket esas sözleşmesi ile başka yedek akçe ayrılması da öngörülebilir ve bunların özgülleme amacıyla harcama yolları ve şartları belirlenebilir.

Yine limited şirket genel kurulu tarafından da ihtiyari yedek akçe ayrılması mümkün olup şartları TTK m.608/3 hükmünde düzenleme altına alınmıştır. Hükmü göre:

“Şirket genel kurulu, kanun ya da şirket sözleşmesinde öngörülme veya öngörüleni aşan tutarlarda yedek akçelerin ayrılmalarına sadece, zararların karşılanması için gerekliyse, şirketin gelişimi için yatırım yapılması ihtiyacı ciddi bir şekilde ortaya konulmuşsa ve bütün ortakların menfaati böyle bir yedek akçe ayrılmasını haklı gösteriyorsa karar verebilecektir. Ayrıca bu hususların şirket sözleşmesinde açıkça belirtilmesi gerekmektedir.”

Kanuni yedek akçeler şirket bakımından bağlı malvarlığını temsil etmektedirler. Ayrıca bazı yedek akçeler de şirket sözleşmesi ya da genel kurulca belirli bir amaca özgülenerak bağlı yedek akçeler haline getirilebilir⁴⁰.

C. Kâr Payı Dağıtım Kararının Alınması

Limited şirketler bakımından genel kurulun yetkileri TTK m.616 hükmünde düzenlenmiş olup, hükmü göre “yıllık finansal tablolarının ve yıllık faaliyet raporunun onaylanması, kâr payı hakkında karar verilmesi ve kazanç paylarının belirlenmesi, genel kurulun devredilemez yetkileri arasındadır⁴¹”. Dolayısıyla şirket bilançosuna göre kârın var olması halinde ortaklara kâr payı dağıtılmasına şirket genel kurulunca karar verilmesi gerekmektedir⁴².

Genel kurulun kâr payı dağıtılmasına ilişkin kararı Kanun’da ayrıca bir hüküm bulunmaması sebebiyle olağan karar alma yeter sayılarına tabiidir. Söz konusu karar, şirket sözleşmesinde aksi öngörülmedikçe toplantıda temsil edilen oyların salt çoğunluğu ile alınacaktır (TTK m.620). Genel kurul, şirketin net dönem kârının ve kâr dağıtımını için yedek akçelerin bulunduğunu tespit ettikten sonra kâr payı dağıtımının yapıp yapılmayacağına karar verecektir. Eş deyişle, limited şirketlerde kâr payı dağıtımına ilişkin TTK m.608 hükmündeki şartların gerçekleşip gerçekleşmediği genel kurulun denetimindedir.

Kâr payı dağıtılmasına ilişkin genel kurul kararı neticesinde şirket ortakları bakımından bir talep ve dava hakkı ortaya çıkmaktadır. Öte yandan şirket kâr etmiş olsa bile genel kurul, dağıtım kararı

³⁸ GÜRBÜZ USLU, s.19 vd; MOSCH, s.414; BEZZENBERGER, s.21; KARAYALÇIN, Yaşar: “Mecburi-Kanuni Yedek Akçeler ve Kullanılması”, BATİDER 4(3),1968; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s.351. Bununla birlikte TTK m.523/3 hükmü uyarınca, “esas sözleşmede hüküm bulunmasa bile, genel kurul, şirketin işçileri için yardım sandıkları ve diğer yardım örgütleri kurulması veya bunların sürdürülebilmesi amacıyla veya diğer yardım ve hayır amaçlarına hizmet etmek üzere, bilanço kârından yedek akçe ayırabilecektir”.

³⁹ ŞENER, s.494; GÜRBÜZ USLU, s.25-26; YANLI, s.14.

⁴⁰ ŞENER, s.496.

⁴¹ Genel kurulun yıllık kâr üzerinde tasarrufta bulunurken tamamen serbest olmadığı zira, genel kurulun şirketin kârını kullanma konusundaki takdir yetkisinin hem kanun hem de esas sözleşme hükümleri ile sınırlandırıldığına ilişkin olarak bkz. YANLI, s.24. Benzer yönde bkz. AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s.351.

⁴² Kanunun lafzi yorumu itibarıyla, ortakların kâr payının ancak söz konusu genel kurul kararı ile muaccel hale gelerek talep ve dava edilebileceği yönünde bkz. ŞENER, s.499; ARSLANLI/DOMANIÇ, s.463-466; ARSLANLI, Anonim Şirketler, s.198 ve 202; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, p.914; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s.352; PULAŞLI, Şirketler Hukuku, s.799-800. SIFFERT/FISCHER/PETRIN, Art 798, N.11. Benzer şekilde Yargıtay 11.HD. 06.02.2020; E.2018/3914, K.2020/997 kararına konu olan uyuşmazlıkta istinaf mahkemesi, “sadece kârın varlığının ortakların kâr payını talep etmesi bakımından yeterli olmadığını, genel kurul tarafından dağıtım kararı verilmedikçe kâr payının muaccel hale gelmeyeceğini, genel kurulun kâr payı dağıtımına ilişkin kararı ile birlikte ortakların ortaklığa karşı bir talebinin ortaya çıkacağını belirtmiş” ve ilgili karar Yargıtay tarafından onanmıştır.

almak zorunda değildir⁴³. Zira TTK m.608/3 hükmü uyarınca gerekli koşullar sağlandığı takdirde bağlı yedek akçe ayrılması mümkün olduğu gibi söz konusu koşullar gerçekleşirse dahi genel kurul tarafından mevcut kârın yedek akçeye ayrılarak kâr dağıtımı yapılmayacağı kararı verilmesi mümkündür. Ancak bu durumda olumsuz oy kullanmış olan ortaklar tarafından söz konusu karara karşı iptal davası açılabilir (TTK m.622 ve TTK m.445). Hatta iptal kararına rağmen genel kurulca kâr payı dağıtımına karar verilmez veya sembolik bir dağıtım kararı verilirse; somut olayın şartlarına göre limited ortaklıklar bakımından haklı sebeple çıkma (TTK 638/2) veya şirketin haklı sebeple feshi davası (TTK m.636/3) gündeme gelebilecektir⁴⁴.

D. TTK m. 585 Hükmünde Yapılan Değişikliğin Ortakların Kâr Payı Hakkına Etkisi

7099 sayılı Kanun ile TTK m.585 hükmünde yapılan değişiklik ortakların kâr payı bakımından etkisini TTK m.610 hükmünün atfıyla limited şirketlere de uygulanacak olan TTK m.519 kapsamında kanuni yedek akçenin ayrılması konusunda ve ortaklara yapılacak birinci kâr payının belirlenmesinde göstermektedir.

Önceki başlıklarda da belirttiğimiz üzere limited şirketlerde limited şirketlerde kâr payı dağıtımına ilişkin temel şartlar TTK m.608/1 hükmü ile belirlenmiş olup, kâr payı yalnızca net dönem kârından ve bunun için ayrılmış yedek akçelerden dağıtılabilir. Kanunen ayrılması gereken yedek akçelere ise TTK m.610 hükmünün atfıyla TTK m.519 hükmü uygulanacaktır⁴⁵. Dolayısıyla kâr payı dağıtımının yapılabilmesi için kanuni yedek akçelerin ayrılmış olması gerekmektedir. Kanuni yedek akçelerin hangi miktarda ayrılacağı ise anonim şirketlere ilişkin olarak TTK m.519/1 hükmü ile düzenlenmiş olup, bu hüküm TTK m.610 atfıyla limited şirketlere de uygulanacaktır. Buna göre, “yıllık kârın yüzde beşi, ödenmiş sermayenin yüzde yirmisine ulaşıncaya kadar genel kanuni yedek akçeye ayrılması gerekmektedir”. Ancak 7099 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik neticesinde bir limited şirketin nakdi sermaye ile kurulması halinde ortakların sermaye paylarını ödeme yükümlülüğü söz konusu olmayacağından ortada ödenmiş bir sermayeden söz edilemeyecek, dolayısıyla TTK m.519/1 hükmüne göre yedek akçe ayrılması da mümkün olmayacaktır⁴⁶. TTK m.519/1 hükmüne göre kanuni yedek akçe ayrılamamasının etkisi ise kendisini TTK m.608/1 hükmü ile düzenlenen ortakların kâr payı hakkı üzerinde gösterecektir. Zira TTK m.519/1 hükmü uyarınca kanuni yedek akçelerin ayrılmaması halinde TTK m.608/1 hükmü ile kâr payı kararı alınması için gereken şart da sağlanamayacak ve genel kurul tarafından kâr payı dağıtım kararının alınması mümkün olmayacaktır. Buna karşın genel kurul tarafından gerekli şartlar sağlanmadan kâr payı dağıtım kararı verilmesi halinde ise söz konusu genel kurul kararının hükümsüzlüğü yoluna gidilebilecektir. Bu kapsamda limited şirketlerde genel kurul kararlarının butlanı ve iptali hususunda TTK m.622 hükmünün atfıyla anonim şirket genel kurul kararlarının butlanını düzenleyen TTK m.447/1 hükmü uygulama alanı bulabilecektir. Buna göre hükmün birinci fıkrasının c bendi uyarınca anonim şirketin temel yapısını bozan veya sermayenin korunması hükümlerine aykırı olan kararları batıl olduğundan bir limited şirkette kâr payı dağıtımına ilişkin gerekli şartlar sağlanmadan verilen dağıtım kararının da sermayenin korunması hükümlerine aykırı olduğundan batıl sayılması gerektiği kanaatindeyiz. Nitekim esas sermaye sisteminde dağıtımlara ilişkin sınırlamalar kaynağını sermayenin iadesi yasağından almakta ve sermayenin korunması ilkesinin bir gereği olarak pay sahiplerine yapılacak kâr dağıtımlarının belirli şartlara bağlanması ile şirket alacaklılarının korunması amaçlanmaktadır.

TTK m.519 ikinci fıkrasında, birinci fıkrada belirtilen sınıra ulaşıldıktan sonra genel kanuni yedek akçeye eklenecek kalemler sayılmış olup, c bendinde, “pay sahiplerine yüzde beş oranında kâr payı öndendikten sonra, kârdan pay alacak kişilere dağıtılacak toplam tutarın yüzde onunun genel kanuni yedek akçeye ekleneceği” belirtilmiştir. Ancak nakdi sermaye ile kurulan bir limited şirkette ödenmiş sermaye söz konusu olamayacağı için birinci fıkraya göre yedek akçe ayrılamayacak ve dolayısıyla hükmün ikinci fıkrasının c bendine göre pay sahiplerine de yüzde beş oranında kâr payı ödenemeyecektir. Eğer ödenirse bu dağıtım TTK m.519 hükmüne aykırı olacağından haksız yere kâr payı alan ortaklar, TTK m.611 hükmü uyarınca kâr paylarını geri vermek zorunda kalacaklardır⁴⁷.

Limited şirketlerde kanun koyucu, kâr payının belirlenme esası bakımından anonim şirketlerden farklı bir anlayış benimsemiştir. Anonim şirketler bakımından TTK m.508 hükmü ile “esas sözleşmede aksine bir hüküm yoksa anonim şirketlerde kâr payının, pay sahibinin sermaye payı için şirkete yaptığı ödemelerle orantılı olarak hesap edileceği” düzenlenmiştir⁴⁸. Limited şirket ortaklarına dağıtılacak kâr payının belirlenmesi ise TTK m.608/2 hükmü ile düzenlenmiştir. Hükmüne göre,

“şirket sözleşmesi ile aksi öngörülmedikçe kâr payı, esas sermaye payının itibarı değerine oranla hesaplanacak ve ayrıca yerine getirilen ek ödeme yükümlülüklerinin tutarı da kâr payının hesaplanmasında itibarı değere eklenecektir”.

Hükümden de anlaşılacağı üzere kâr payının hesaplanması bakımından şirket sözleşmesinde farklı bir kural belirlenmediği sürece kâr payı, esas sermaye paylarının itibarı değerine oranla hesaplanacaktır. Bununla birlikte hüküm, ek ödeme yükümlülüklerinin tutarının kâr payı hesaplanmasına eklenebilmesi

⁴³ ŞENER, s.500.

⁴⁴ ŞENER, s.501. Nitekim, anonim şirketlerde haklı sebeple feshin düzenlendiği TTK m.531 hükmünün gerekçesinde “dağıtılan kâr payının sürekli azalmasının İsviçre öğretisinde haklı sebep sayıldığı” ifade edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. MİNELİLER, Zeynep: “Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Limited Şirketlerin Haklı Sebeple Feshi”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 16(3), 2012, s.97.

⁴⁵ TTK m.519 hükmünün uygulamasına ilişkin bkz. GÜRBÜZ USLU, s.21 vd.

⁴⁶ BİLGECİ, s.251; PULAŞLI, s.16.

⁴⁷ BİLGECİ, s.251; PULAŞLI, s.16.

⁴⁸ GÜRBÜZ USLU, s.156. TTK m.508 hükmünün kâr payı bakımından daha isabetli ve limited ortaklığın yapısına daha uygun olduğu yönünde bkz. ŞENER, s.497.

için ifa edilmiş olma koşulunu da aramaktadır⁴⁹.

Dolayısıyla kanun koyucu anonim şirketlerde kâr payı hakkı bakımından pay sahibinin şirkete yaptığı ödemeleri dikkate alırken, limited şirketler bakımından esas sermaye payının itibari değerini esas almıştır. Doktrinde bu düzenlemenin altında yatan sebebin, kanun koyucunun limited şirket ortaklarının sermaye borcunu şirketin kuruluşunda ifa edeceğini varsayması olduğu ifade edilmiştir⁵⁰. Nitekim TTK'nın yürürlüğe girmesinden kısa bir süre sonra yürürlüğe giren 6335 sayılı Kanun ile değişiklik yapılmadan önce TTK m.585 hükmü uyarınca limited şirket, "ortakların limited şirket kurma iradelerini açıklayıp, sermayenin tamamını şartsız taahhüt etmeleri ve nakit kısmı hemen ve tamamen ödemeleri halinde" kurulmaktaydı. Dolayısıyla TTK m.608 hükmünde anonim şirketlerde olduğu gibi şirkete yapılan ödemenin esas alınacağı hususunun ayrıca belirtilmesine gerek kalmamıştı. Ancak 6335 sayılı Kanun'un⁵¹ 31. maddesi ile TTK m.585 hükmünde, "limited şirketlerin kuruluşunda esas sermaye pay bedellerinin ödenmesi, ödeme yeri, ifa borcu, ifa etmemenin sonuçları, bedelleri tamamen ödenmemiş payların devri hususlarında TTK'nın anonim şirketlere ilişkin hükümleri kıyasen uygulanacağı" şeklinde değişiklik yapılmıştır. Bu durumda limited şirketlerde sermaye paylarının ödenmesinde TTK m.344 hükmü uygulama alanı bulmuş ve ortaklar için nakden taahhüt edilen payların itibari değerlerinin tamamını değil en az yüzde yirmibeşini tescilden önce ödemeleri zorunlu hale getirilmiştir. Böylece, TTK m.608 hükmü bakımından ortaklarca sermayenin tamamının şartsız taahhüt edildiği ve nakit kısmının şirketin kuruluşunda ödenmiş olduğu kabulü de ortadan kalkmıştır. Hükümde 7099 sayılı Kanun ile yapılan son değişiklikle ise limited şirketin kuruluşunda taahhüt edilen nakdi sermaye paylarının en az yüzde yirmi beşinin tescilden önce ödenmesi koşulu da kaldırılmış olup, 6335 sayılı Kanun ile yapılan hatadan dönmek yerine bu hata adeta pekiştirilmiştir.

7099 sayılı kanun ile yapılan değişiklik neticesinde limited şirket ortaklarının kâr payı hakkından yoksun kalması, sermaye şirketlerinin doğasına da aykırı olduğunu belirtmekte fayda vardır. Zira sermaye şirketlerinde ortaklar, şirketin ticari faaliyetleri sebebiyle ortaya çıkan rizikolara sermayeleri oranında katlanmakta ve bu ticari faaliyetler neticesinde şirketten kâr payı almak amacı gütmektedirler. Ancak kanun değişikliği ile limited şirket ortakları 24 aylık bir süre boyunca herhangi bir rizikoya katlanmadıkları gibi kanun hükümlerinin uygulanamaması sebebiyle kâr payı alma haklarından da yoksun kalmaktadırlar.

IV. TTK M. 585 HÜKMÜNDE YAPILAN DEĞİŞİKLİĞİN ESAS SERMAYE SİSTEMİ ÇERÇEVESİNDE ALACAKLILARIN KORUNMASINA ETKİSİ

A. Yasal Değişikliğin Limited Şirketlerde Esas Sermaye Sistemi Bakımından Değerlendirilmesi

TTK'nın limited şirketlere ilişkin hükümlerinin de anonim şirketlerde olduğu gibi esas sermaye sistemine dayandığı görülmekte ve bu hükümler ile başta alacaklılar olmak üzere menfaat sahiplerinin korunması amaçlanmaktadır. Nitekim anonim şirketlere ilişkin hükümlere benzer şekilde limited şirketler için de sermayenin oluşturulması ve korunması hükümleri, emredici bir şekilde kaleme alınmıştır⁵². Bu kapsamda şirket esas sermayesinin belirli (TTK m.573), asgari bir tutara sahip (TTK m.580) ve esas sözleşmede gösterilmesi zorunlu olup (TTK m.576/1.c), esas sermayenin artırılması ve azaltılması işlemleri belirli şartlara tabi kılınmıştır (TTK m.590, TTK m.592). Ayrıca sermayenin güvenli bir şekilde oluşturulması için aynı sermaye taahhüdüne ilişkin (aynı sermaye olabilecek unsurlar) sınırlamalar getirilmiştir (TTK m.581)⁵³. Sermayenin korunması ve pay sahiplerine iadesinin önlenmesi içinse yine sermayenin iadesi yasaklanmış (TTK m.601), kâr payı dağıtımı belirli şartlara bağlanmış (TTK m.608), esas sermaye ve ek ödemelere faiz yasaklanmış (TTK m.609), haksız alınan kâr paylarının geri verilmesine ilişkin yükümlülük düzenlenmiş (TTK m.611), şirketin kendi paylarını iktisabı belirli şartlarla sınırlandırılmış (TTK m.612) ve esas sermayenin kaybı ya da borca batık olma hallerine ilişkin olarak anonim şirket hükümlerine atıf yapılmıştır (TTK m.633).

Limited şirketlerde esas sermaye sisteminin kabulü, sistemin unsurlarının -anonim şirketlerde olduğu gibi- birbirine bağlılığını beraberinde getirmektedir. Eş deyişle esas sermayeye ilişkin emredici hükümlerde yapılan değişiklikler sistemin diğer hükümlerini de etkileyerek, alacaklılar bakımından bazı sonuçlar doğuracaktır. Ayrıca esas sermaye sisteminin temel amaçlarından birinin şirket ortakları ile alacaklılar arasında meydana gelen menfaat çatışmalarını dengelemek olduğu göz önünde

⁴⁹ Ek ödeme yükümlülüğünü yerine getirmiş olan ortağın alacağı kâr payı oranının da artış göstereceği yönünde bkz. AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s.458.

⁵⁰ ŞENER, s.497. "Son yapılan değişikliklerle ortakların, sermaye paylarının %25'ini peşin ödeme zorunluluğu kaldırıldığından, kâr payının hesaplanmasında sermaye borcunun ödenmesinin de dikkate alınması gerektiği" yönünde bkz. AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s.458.

⁵¹ RG: 30.06.2012; 28339.

⁵² ŞENER, s.233.

⁵³ Aynı sermaye taahhüdüne ilişkin getirilen sınırlandırılmaldan bir tanesi şahsi emek ve hizmet edimlerinin aynı sermaye olarak şirkete getirilememesi olup, bu konu gerek yabancı gerek Türk doktrinin de bazı teorik tartışmaları beraberinde getirmiştir.

Şahsi emek ve hizmet edimlerine ilişkin olarak Türk doktrininde, "söz konusu edimlerin nesnel bir şekilde değer biçilmesinin mümkün olmadığı, esas sermayenin belirlik niteliğiyle örtüşmediği, devredilebilir olmadığı, pay sahibinin şahsına sıkı sıkıya bağlı olmaları sebebiyle ifalarının riskli olduğu, hizmetin ifa edilememesi halinde dava ve icra takibinde bulunulamayacağı" ileri sürülmüştür. ÇAĞLAR, Hayrettin: "Anonim Şirketlerde Aynı Sermayeye Değer Biçilmesi", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 26 (2), 2010, s.36 vd; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, p.487. Buna karşın eTTK döneminde şahsi emek ve hizmet edimlerinin sermaye olarak kabul edilemeyeceğine dair ileri sürülen bu gerekçelerin yerinde olmadığına ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. ÇONKAR, M. Halil: Anonim Ortaklıkta Aynı Sermaye, 1. Bası, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s.218 vd.

Mehaz İsviçre Hukuku'nda da bir malvarlığı unsuru ancak aktifleştirilebilir, devredilebilir, serbestçe tasarruf edilebilir ve nakde çevrilebilir ise aynı sermaye olarak taahhüt edilebilecektir. MEYER, Tobias: Gläubigerschutz durch Kapitalschutz: eine ökonomische und rechtsvergleichende Untersuchung der Schweizer Kapitalschutzvorschriften unter Berücksichtigung des Entwurfs zur Revision des Aktienrechts, Dike Verlag, Zürich/St.Gallen 2009, s.58.

bulundurulduğunda, sermayeye yönelik değişikliklerin bu dengeyi de dolaylı olarak etkilemesi mümkündür⁵⁴.

7099 sayılı Kanun’la limited şirketin kuruluşunda taahhüt edilen nakdi sermaye paylarının en az yüzde yirmi beşinin tescilden önce ödenmesi koşulunun kaldırılması, şirketin kuruluşundan itibaren 24 aylık süre içerisinde sermayesiz bir şekilde faaliyet sürdürmesi ve esas sermaye sisteminin temel sütunlarından biri olan asgari sermaye zorunluluğunun alacaklılar aleyhine askıya alınması anlamına gelmektedir. Dolayısıyla esas sermaye sisteminin temel işlevleri göz önünde bulundurulduğunda biz ortaya çıkarılan bu durumun alacaklıların korunması bakımından bazı hukuki sorunlara yol açabileceği kanaatindeyiz.

B. TTK m.585 Hükmünde Yapılan Değişikliğin Alacaklıların Korunmasına Etkisi

7099 sayılı kanun ile limited şirketin kuruluşunda ortakların şirkete taahhüt ettikleri nakdi sermaye paylarının en az yüzde yirmi beşinin tescilden önce ödemesi koşulunun kaldırılmasının alacaklılar bakımından en önemli sonucu şirket alacaklılarının şirket kuruluşundan itibaren 24 aylık süre boyunca nakdi sermaye oranında teminattan yoksun kalmasıdır. Zira esas sermaye sisteminde var olan geleneksel yaklaşıma göre şirket malvarlığında öz kaynağı temsil eden esas sermaye, alacaklılar bakımından bir teminat ve sorumluluk fonu (*Haftungsfond, Garantiefond-Theorie*) oluşturmaktadır⁵⁵. Çünkü sermaye şirketlerinde sınırlı sorumluluk ayrıcalığına sahip ortaklar, esas sermayenin güvenle oluşturulmasını sağlayan düzenlemeler sayesinde şirketi belirli bir miktar malvarlığı ile donatmakta ve bu malvarlığı alacaklılar lehine korumaktadır. Böylece alacaklılar da şirketin karşılaşılabileceği muhtemel zararlardan korunmakta ve riskin kendileri üzerine aktarımı şirket sermayesi oranında hafiflemektedir⁵⁶.

TTK m.585 hükmünde yapılan bu değişiklik, şirketin faaliyete başladığında karşılaşılabileceği ilk zararlar ve dolayısıyla alacaklıların alacaklarını temin edebilmeleri bakımından da bazı olumsuz sonuçlara yol açabilecektir. Zira, ticari faaliyetlerine yeni başlayan bir limited şirket, başlangıç aşamasında kâr elde etmekten ziyade bazı masraflara katlanacak ve erken iflas riski ile karşı karşıya kalabilecektir. Doktrinde şirkete taahhüt edilen nakdi sermayenin başlangıç aşamasında meydana gelebilecek bu gibi durumlara karşı bir tampon görevi (*Verlustpuffer, Buffer Function, Cushion*) üstlendiği ve şirketin finansmanını destekleyerek erken iflasın önüne geçilmesine yardımcı olduğu kabul edilmektedir⁵⁷. Dolayısıyla TTK m.585 hükmünde yapılan değişiklik ile şirketin kuruluş aşamasında alacaklılarına karşı olan borçlarını ödeyebilmesi için nakdi sermayeye duyduğu ihtiyacın karşılanması 24 ay boyunca ötelenmiş ve alacaklıların korunması da dolaylı biçimde zayıflatılmıştır.

Nakdi sermayenin şirketin kuruluş aşamasında şirkete getirilmemesi, ticari hayatın işleyişini ve başta alacaklılar olmak üzere menfaat sahiplerini olumsuz etkileyebilecektir. Zira şirketin kuruluşu esnasında pay bedellerinin en az yüzde yirmi beşinin tescilden önce ödenmesi koşulunun kaldırılması, her ne kadar girişimciler bakımından teşvik edici gözüke de bu yükümlülüğün 24 ay boyunca ertelenmesi ciddiyyetten uzak veya hileli şirket kurma eğilimini de arttırabilecektir⁵⁸. Böylece piyasanın sağlıklı işleyişini olumsuz yönde etkileyecek ve piyasada zayıf konumda olan alacaklıların menfaatleri zedelenebilecektir⁵⁹.

Önceki başlıklarda incelediğimiz üzere 7099 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik TTK m.519 hükmünün uygulamasını da olumsuz yönde etkilediğinden alacaklıların korunmasında önemli bir role sahip olan sermayenin korunması ilkesine aykırı bir durum ortaya çıkarmaktadır. Nitekim kanuni yedek akçeler, kâr payı dağıtımlarını sınırlayarak bağlı malvarlığını oluşturmakta ve pay sahiplerine

⁵⁴ BEZZENBERGER, Tilman: Das Kapital Aktiengesellschaft: Kapitalerhaltung-Vermögensbindung Konzernrecht, Otto Schmidt, Köln 2005, s.72; MIOLA, Massi: “Legal Capital and Limited Liability Companies: the European Perspective”, European Company and Financial Law Review, 2(4), 2005, s.418. Esas sermaye sisteminin amaçları için ayrıca bkz. CAHN, Andreas: “Capital maintenance in German Company Law”, Institute for Law and Finance Working Paper Series No. 146, 2015; UMFÄHRER, Bernard: The Reform of European Legal Capital Rules: It’s Impact on UK and Austrian Company Law, Intersentia, Neuer Wissenschaftlicher Verlag, Antwerpen 2009, s.34; ÇONKAR, s.14; MERKT, Hanno: “Der Kapitalschutz in Europa ein rocher de bronze?”, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, 33(3-4), 2004, s.311 vd; DRYGALA, Tim: “Stammkapital heute – Zum veränderten Verständnis vom System des festen Kapitals und seinen Konsequenzen”, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 35/5, 2006, s.589 vd.

⁵⁵ KOLL-MÖLLENHOFF, Rainer: Das Prinzip des festen Grundkapitals im europäischen Gesellschaftsrecht: Kapitalaufbringung und -erhaltung im EU-Recht und in den Rechten Deutschlands, Frankreichs und Englands, Nomos, Baden-Baden 2005, s.45; SEVİ, s.52; ÇONKAR, s.14; MEYER, s.39; BAUER, s.115.

⁵⁶ Riskin aktarımı (dışallaştırılması), sınırlı sorumluluk ilkesinin bir sonucudur. Her ne kadar doktrinde alacaklıların ortaklara nazaran daha düşük oranda risk taşımaları gerektiği kabul edilmekte ise de alacaklılar, ortakların kâr beklentisiyle giriştiği riskli ticari faaliyetleri sonucunda ortaya çıkan zarara katlanmak zorunda kalmaktadırlar. KIRCA/ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT, s.261; UMFÄHRER, s.28; Riskin dışallaştırılmasının istenmeyen bir sosyal maliyet yarattığı yönünde bkz. EASTERBROOK, Frank H/FISCHER, Daniel R: “Limited Liability and the Corporation”, University of Chicago Law Review, 52 (1), 1985, s.103.

⁵⁷ KOLL-MÖLLENHOFF, s.45; SEVİ, s.53; COBE, Matondo: Der Gläubigerschutz in der Unternehmungsgesellschaft: eine funktionale Gegenüberstellung der Private Limited Company und der UG, Springer, Wiesbaden 2017, s.105; ÇONKAR, s.16; MEYER, s.39; PENTZ, Andreas/PRIESTER, Hans-Joachim/SCHWANNA, André: “Raising Cash and Contributions in Kind when forming a Company and for Capital Increases”, in Legal Capital in Europe, Lutter, Marcus (ed.), De Gruyter Recht, Berlin 2002, s.44; MIOLA, s.421.

⁵⁸ Nitekim şirket asgari sermayesi, bu tip girişimlere karşı bir ciddiyet eşiği görevi (*Seriositätsschwelle, Threshold for seriousness*) üstlenmektedir. Buna göre kanun koyucu tarafından belirlenen asgari sermayenin şirkete getirilme zorunluluğu; özensiz, hileli veya suç oluşturacak şekilde şirketlerin kurulmasını önlerken, bir şirket kurma niyetinde olanları da daha ihtiyatlı davranmaya sevk etmektedir. SEVİ, s.55; ÇONKAR, s.23; MEYER, s.42; KOLL-MÖLLENHOFF, s.48; PENTZ/PRIESTER/SCHWANNA, s.46; ARMOUR, John: “Share Capital and Creditor Protection: Efficient Rules for a Modern Company Law”, The Modern Law Review, 63(3), 2000, s.365; MIOLA, s.421.

⁵⁹ Alacaklıların şirket karşısındaki konumları bakımından sınıflandırılmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. DEMİR, Aybüke: Anonim Şirketlerde Esas Sermaye Sisteminin Sürdürülebilirliği, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Ankara 2021, s.53 vd.

yapılacak olan dağıtımları sermayenin korunması ilkesinin bir gereği olarak alacaklılar lehine sınırlamaktadır⁶⁰. Genel kanuni yedek akçelerin sermayenin korunması ilkesine hizmet ettiği TTK m.519/3 hükmünden de anlaşılmaktadır. Hükme göre “genel kanuni yedek akçeler, sermayenin veya çıkarılmış sermayenin yarısını aşmadığı takdirde sadece zararların kapatılmasında, işlerin iyi gitmediği zamanlarda işletmeyi devam ettirmeye, işsizliğin önüne geçmeye elverişli önlemler alınması için kullanılacaktır”.

Öte yandan TTK m.585 hükmünde yapılan değişiklik her ne kadar sermayenin korunması ilkesi ve dolayısıyla alacaklıların korunması anlayışına ters düşse de; TTK m.580 hükmü ile limited şirketlere ilişkin en az sermaye tutarının on bin Türk lirası olarak belirlenmesi sebebiyle şirket esas sermayesinin ödenmiş olmasının şirketi ve alacaklıları ne ölçüde koruyabildiği de tartışmalıdır. Söz konusu bu tartışma konumuz kapsamını aşmakla birlikte, günümüz enflasyon koşullarında herhangi bir şirketin ticari faaliyetlerinin çapı göz önünde bulundurulduğunda on bin Türk Lirası tutarındaki asgari sermayenin üstlenmesi gereken işlevleri verimlilikle yerine getirebileceğini söylemek mümkün değildir. Dolayısıyla 7099 sayılı kanun ile yapılan değişiklik sonucunda alacaklıların halihazırda var olan verimli bir korumadan yoksun kaldığını da söyleyemeyiz.

C. Alternatif Bir Çözüm Önerisi Olarak Mütessesbis Ortaklığın (Unternehmergeellschaft) Kabulü

7099 sayılı Kanun ile kanun koyucunun limited şirketlerin kuruluşunu kolaylaştırma eğilimi ve girişimcilerin teşvik edilmesi amacı göz önünde bulundurulduğunda, Alman hukukunda limited şirketin bir alt türü olan mütessesbis ortaklık (Unternehmergeellschaft)/mini-GmbH şirket türüne değinmekte fayda görmekteyiz. Nitekim mütessesbis ortaklık türüne benzer bir şirketin ihdası, 7099 sayılı Kanun’un uygulaması ile ortaya çıkan sonuçlar bakımından menfaat sahiplerinin haklarının zedelenmeyeceği alternatif bir çözüm olabilecektir⁶¹.

2008 yılında Alman Limited Şirketlerinin Modernleştirilmesi ve İhlallerle Mücadele Kanunu (Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen-MoMiG)⁶² ile Alman hukukuna kazandırılan ve mini-GmbH olarak da tanımlanan mütessesbis ortaklık, klasik anlamda limited ortaklıklara nazaran daha az miktarda asgari sermaye ile kurulmaktadır⁶³. Bu kapsamda GmbHG §5a/1 hükmü ile düzenlenmiş olan mütessesbis ortaklığın asgari sermayesi 1 Euro, azami sermayesi ise ancak 24.999 Euro olabilecektir⁶⁴. Bununla birlikte şirketin faaliyet esnasında azami sermaye miktarının aşılması halinde mütessesbis ortaklık kanunen klasik anlamda limited şirkete dönüşebilmektedir⁶⁵.

Son derece düşük bir sermaye ile kurulabilen bu şirketler bakımından Alman Limited Ortaklıklar Kanunu (Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung-GmbHG)⁶⁶ ile koruyucu hükümler sevk edilmiştir. Buna göre mütessesbis ortaklığın, yıllık kârının dörtte biri yedek akçe olarak ayrılmalı, şirket faaliyetleri belirli bir unvan ile yürütülmeli⁶⁷ ve olası ödeme yeterliliğinin kaybında genel kurulun toplantıya çağırılmasıdır (GmbHG §5a).

Türk hukuku bakımından da limited şirketlerde mevcut durumun değiştirilmesinden ziyade; Alman Hukuku’nda kabul edilmiş olan mütessesbis ortaklığın hukukumuzda kazandırılmasının uygulama bakımından yararlı olabileceği kanaatindeyiz. Bu kapsamda Türk Hukuku’nda limited şirketin bir alt türü olarak tanımlanan mütessesbis ortaklıklar için sınırlı sorumluluk ilkesi varlığını devam ettirmekle birlikte en az sermaye miktarı 1 TL olarak belirlenebilecektir. Ayrıca sermayenin belirli bir miktara ulaşması halinde ortaklığın klasik anlamda limited şirkete dönüşmesi, ortaklığın

⁶⁰ Esas sermaye sisteminin bir gereği olarak limited şirket tarafından ortaklara yapılacak dağıtımların sınırlandırılmasının temel amacı, şirketin malvarlığı unsurlarının ortaklar ve müdürlerle keyfi olarak aktarılması suretiyle alacaklıların ve pay sahiplerinin menfaatlerinin zarar görmesini engellemektir. Ayrıca pay sahipleri arasındaki eşitliğin de korunması amaçlanmaktadır. Esas sermaye sisteminde dağıtımın sınırlandırılmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. DEMİR, s.125 vd.

⁶¹ Aynı yönde bkz. KARA, Etem/KAYIHAN, Şaban: “AB Şirketler Hukuku Açısından Türk Hukukunda Asgari Sermaye”, BATİDER 32(2), 2016, s.91.

Konuya ilişkin bir diğer çözüm önerisi ise Pulaşlı tarafından öne sürülmüştür. Yazara göre, TTK m.585 hükmü, eTTK dönemine benzer şekilde, “nakden taahhüt edilen pay bedellerinin %25’inin tescilden itibaren en geç üç ay içinde ödenmesi gerekir” şeklinde değiştirilirse, şirketin kendi payını iktisap etmesi hariç diğer hukuki sorunların ortaya çıkması engellenecek ve aynı zamanda hukuki güvenlik de sağlanmış olacaktır⁶¹. Biz de bu görüşe katılmaktayız. Zira ortaklar tarafından pay bedellerinin ödenmesine ilişkin süre kısaltıldığı takdirde TTK m.519 hükmü uyarınca kanuni yedek akçe ayrılması mümkün olacağından, ortaklara da ilk kâr payı ödemesi yapılabilecektir. Yazar tarafından ayrıca, TTK m.585/1 hükmünün mevcut şekliyle korunması halinde hükme, “bu durumda, şirketten alacağını alamayan alacaklılar, taahhüt ettikleri pay tutarları kadar ortaklara başvurabilirler” ibaresinin eklenmesi öne sürülmüşse de kendisinin de vurguladığı üzere bu durum, sermaye şirketlerinde kabul edilmiş olan sınırlı sorumluluk ilkesi ile bağdaşmayacaktır. PULAŞLI, s.19.

⁶² Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen vom 23. Oktober 2008 (BGBl. I S. 2026).

⁶³ Konuya ilişkin olarak ayrıca COBE, s.3; PULAŞLI, s.6; KARA/KAYIHAN, s.83; ŞENER, s.111 vd.

⁶⁴ ENGELHARDT, Clemens: Gesellschaftsrecht, Grundlagen und Strukturen, Springer, Wiesbaden 2018, s.11; LANFERMANN, Georg/RICHARD, Marc: “Kapitalerschutz der Europäischen Privatgesellschaft”, Betriebs-Berater 2008, Heft 30, s.1611; DAVIES, Paul/HOPT, Klaus J./NOWAK, Richard/SOLINGE, Gerard: Corporate Boards In Law And Practice: A Comparative Analysis In Europe, Oxford University Press, Oxford 2013, s.266 vd. GmbHG § 5a/2 hükmü uyarınca bu ortaklığa aynı sermaye getirilmesi mümkün değildir. Mütessesbis ortaklık bakımından şirketin sermayesiz olarak kurulması söz konusu olmayıp, sermaye teşkilinin şart olduğu yönünde bkz. ŞENER, s.112; COBE, s.114.

⁶⁵ Bu durumda tür değiştirme prosedürünün uygulanması gerekmez. Bununla birlikte her ne kadar bir mütessesbis ortaklığın limited şirkete kanunen dönüşmesi mümkünse de bir limited şirketin mütessesbis ortaklığa kanunen dönüşebilmesi söz konusu değildir. ŞENER, s.115; COBE, s.120.

⁶⁶ Deutscher Bundestag 15. Wahlperiode, 14.06.2005-15/5673.

⁶⁷ GmbHG § 5a hükmü uyarınca Alman mütessesbis ortaklığın ticaret unvanının, mütessesbis ortaklık anlamına gelen “Unternehmergeellschaft (Haftungsbeschränkt = Sınırlı Sorumlu)” veya “UG (Haftungsbeschränkt)” ibarelerini içermesi gerekmektedir.

ticari faaliyetlerini belirli bir unvan ile yürütme zorunluluğu, yedek akçe ayrılması ve ödeme yeterliliğinin kaybında genel kurulun toplantıya çağırılması zorunluluğu gibi koruyucu hükümler de uyarlanabilecektir.

Böylece 7099 sayılı Kanun ile ortakların şirkete taahhüt ettikleri nakdi sermaye paylarının en az yüzde yirmi beşinin tescilden önce ödemesi koşulunun kaldırılmasına yönelik yapılan değişiklikten dönülebilecek ve başta kâr payı dağıtılması olmak üzere pay sahipliği hakları bakımından ortaya çıkan hukuki sorunlar bertaraf edilebilecektir. Bununla birlikte daha az sermaye miktarı ile kurulabilen bir şirket türünün hukukumuza kabulü ile limited ortaklıklar için öngörülmüş olan mevcut asgari sermaye miktarı yeni girişimciler engellenmeden enflasyon oranında arttırılabilecektir. Ayrıca bu şirket ile hukuki işlem yapan alacaklılar da mevcut koruyucu hükümler sayesinde şirketin klasik bir limited şirketten daha düşük bir miktarda esas sermaye ile kurulduğu ve bu sebeple asgari sermayeden beklenen teminat işlevinin var olmadığı bilgisini edinebileceklerdir⁶⁸.

V. SONUÇ

Limited şirketin kuruluşunda 7099 sayılı Kanun ile ortakların şirkete taahhüt ettikleri nakdi sermaye paylarının en az yüzde yirmi beşinin tescilden önce ödemesi koşulunun kaldırılması, yalnızca bir yükümlülüğün belirli bir süre askıya alınmasından ibaret olmayıp; esas sermaye sistemi üzerine inşa edilmiş olan koruyucu hükümleri etkilemekte, sermaye ile amaçlanan işlevlerin faydasını azaltmakta, alacaklılar ve pay sahiplerinin menfaatlerini de zedelemektedir⁶⁹. Dolayısıyla gerek şirket tüzel kişiliği, gerekse pay sahipliği hakları ve alacaklıların menfaatlerine ilişkin herhangi bir önlem alınmadan doğrudan böyle bir değişiklik yapılması isabetli olmamıştır.

Mevcut durumda limited şirketin nakdi sermaye ile kurulması halinde ortakların şirketin kuruluşundan itibaren ilk 24 aylık süre boyunca sermaye paylarını ödeme yükümlülüğü söz konusu olmadığından, kanuni yedek akçelerin ayrılmasını emredici olarak düzenleyen TTK m.519 hükmü uygulanamamakta ve dolayısıyla TTK m.608 hükmü uyarınca limited şirket ortaklarına ilk kâr payı ödemesi yapılamamaktadır.

Öte yandan TTK m.580 hükmünde limited şirketlere ilişkin en az sermaye tutarının on bin Türk lirası olduğu göz önünde alındığında ertelenen miktarın son derece sembolik kaldığı da açıktır. Dolayısıyla komisyonca limited şirketlerin kuruluşunu kolaylaştırmaya yönelik bu değişiklik, bugünkü piyasa koşullarında alacaklılar bakımından minör bir etkiye sahip olmakla birlikte, pay sahipliği hakları bakımından majör bir etki göstermektedir.

Sonuç olarak TTK m.585 hükmünde yapılan değişiklik, limited şirketlerde kâr payı dağıtılması esnasında karışıklıklara yol açtığı gibi sermaye şirketlerinin dayandığı temeller ve koruduğu menfaatler bakımından da talihsiz sonuçlar ortaya çıkarmıştır. Dolayısıyla limited şirketlerin kuruluşunun kolaylaştırılmasından ziyade; Alman hukukunda ihdas edilmiş korucuyu hükümler de dikkate alınarak girişimcilerin teşvik edildiği, Türk hukukuna uygun yeni bir şirket türünün kabulüne kapı aralanması gerektiği kanaatindeyiz⁷⁰.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Atıf Şekli: Yazar Aybüke DEMİR YEŞİLBAĞ, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Aybüke DEMİR YEŞİLBAĞ who is the author of this paper has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The author declares that she complies with the scientific, ethical, and quotation rules of InULR in all processes of the paper and that she does not make any falsification of the data collected. In addition, she declares that Inonu University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than Inonu University Law Review.

⁶⁸ ŞENER, s.112; COBE, s.16. Buna karşın Pulaşlı, "şirketin ticaret unvanına "sermayesi ödenmemiş" gibi bir ibarenin eklenmesinin, bu şirketin ticari itibarını oldukça düşüreceğinden ve ayrıca taahhüt edilen pay bedellerinin en az tutarlarının ödenmesinden sonra unvan değişikliği nedeniyle de esas sözleşmenin değiştirilmesini gerektirdiğinden pek tavsiye edilecek bu önlem olmadığını" ifade etmiştir. PULAŞLI, s.19.

⁶⁹ Aynı görüş için bkz. BİLGEÇ, s.254; PULAŞLI, s.17.

⁷⁰ KARA/KAYIHAN, s.92; ŞENER, s.111 vd.

KAYNAKÇA

- AKINCI, Elif: “Tarihsel Perspektifte Limited Şirket Kavramı”, İstanbul Hukuk Mecmuası, 76(2), 2018, s.481-502.
- ARMOUR, John: “Share Capital and Creditor Protection: Efficient Rules for a Modern Company Law”, The Modern Law Review, 63(3), 2000, s.355-378.
- ARSLANLI Halil/DOMANİÇ, Hayri: Limited Şirketler Hukuku ve Uygulaması, Cilt 3, Temel Yayınları, İstanbul 1989.
- ARSLANLI, Halil: Anonim Şirketler, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1959.
- AYHAN, Rıza/ÇAĞLAR, Hayrettin/ÖZDAMAR, Mehmet: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.
- AYTUĞAR, Bilge: “Anonim Şirketlerde Kâr Payı ve Kâr Payı Avansı Dağıtım Hakkında 7244 Sayılı Kanun İle Öngörülen Tedbirler”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 11(2), 2020, s.396-410.
- BAUER, Marcus: Gläubigerschutz durch eine formelle Nennkapitalziffer - Kapitalgesellschaftsrechtliche Notwendigkeit oder überholtes Konzept?, Peter Lang, Frankfurt am Main 1995.
- BEZZENBERGER, Tilman: Das Kapital Aktiengesellschaft: Kapitalerhaltung-Vermögensbindung Konzernrecht, Otto Schmidt, Köln 2005.
- BİLGEÇ, Hakan: “7099 Sayılı Kanun İle Yapılan Limited Şirkette Nakdi Sermaye Payının Ödenmesine İlişkin Değişiklik Ortakların Oy Ve Kâr Payı Hakları Üzerindeki Etkileri”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 32(143), 2019, s.235-56.
- CAHN, Andreas: “Capital maintenance in German Company Law”, Institute for Law and Finance Working Paper Series No. 146, 2015.
- COBE, Matondo: Der Gläubigerschutz in der Unternehmungsgesellschaft: eine funktionale Gegenüberstellung der Private Limited Company und der UG, Springer, Wiesbaden 2017.
- ÇAĞLAR, Hayrettin: “Anonim Şirketlerde Aynı Sermayeye Değer Bıçılması”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 26(2), 2010, s.35-56.
- ÇONKAR, M. Halil: Anonim Ortaklıkta Aynı Sermaye, 1. Bası, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.
- ÇOŞTAN, Hülya: “Limited Şirkette Oyda İmtiyazlı (!) Paylar ve İmtiyazlı Paylar”, Ankara Barosu Dergisi, 4, 2012, s.77-90.
- DAVIES, Paul/HOPT, Klaus J./NOWAK, Richard/SOLINGE, Gerard: Corporate Boards In Law And Practice: A Comparative Analysis In Europe, Oxford University Press, Oxford 2013.
- DEMİR, Aybüke: Anonim Şirketlerde Esas Sermaye Sisteminin Sürdürülebilirliği, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Ankara 2021.
- DİNÇ, Serhan: “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Limited Şirketin Unsurları İle Limited Şirketlerde Pay ve Ortak Kavramları”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, (29), 2017, s.135-66.
- DRINKUTH, Henrik: Die Kapitalrichtlinie- Mindest- oder Höchstnorm?, O. Schmidt, Köln 1998.
- DRYGALA, Tim: “Stammkapital heute – Zum veränderten Verständnis vom System des festen Kapitals und seinen Konsequenzen”, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 35/5, 2006, s.587-637.
- EASTERBROOK, Frank H/FISCHER, Daniel R: “Limited Liability and the Corporation”, University of Chicago Law Review, 52(1), 1985, s.103-104.
- ENGELHARDT, Clemens: Gesellschaftsrecht, Grundlagen und Strukturen, Springer, Wiesbaden 2018.
- GÜRBÜZ USLUEL, Aslı E: Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Kâr Payı Alma Hakkı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2016.
- KARA, Etem/KAYIHAN, Şaban: “AB Şirketler Hukuku Açısından Türk Hukukunda Asgari Sermaye”, BATİDER 32(2), 2016, s.75-96.
- KARAYALÇIN, Yaşar: “Mecburi-Kanuni Yedek Akçeler ve Kullanılması”, BATİDER, 4(3), 1968, s.407-419.
- KIRCA, İsmail/ŞEHİRALİ ÇELİK, Feyzan H/MANAVGAT, Çağlar: Anonim Şirketler Hukuku, C.2/2, Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2016.
- KOLL-MÖLLENHOFF, Rainer: Das Prinzip des festen Grundkapitals im europäischen Gesellschaftsrecht: Kapitalaufbringung und -erhaltung im EU-Recht und in den Rechten Deutschlands, Frankreichs und Englands, Nomos, Baden-Baden 2005.
- LANFERMANN, Georg/RICHARD, Marc: “Kapitalschutz der Europäischen Privatgesellschaft”, Betriebs-Berater 2008, Heft 30, s.1610-1614.
- MERKT, Hanno: “Der Kapitalschutz in Europa ein rocher de bronze?”, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, 33(3-4), 2004, s.305-323.
- MEYER, Tobias: Gläubigerschutz durch Kapitalschutz: eine ökonomische und rechtsvergleichende Untersuchung der Schweizer Kapitalschutzvorschriften unter Berücksichtigung des Entwurfs zur Revision des Aktienrechts, Dike Verlag, Zürich/St.Gallen 2009.
- MIOLA, Massi: “Legal Capital and Limited Liability Companies: the European Perspective”, European Company and Financial Law Review, 2(4), 2005.
- MİNELİLER, Zeynep: “Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Limited Şirketlerin Haklı Sebep Feshi”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 16(3), 2012, s.95-118.
- MOROĞLU, Erdoğan: Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırımı Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2015.
- MOSCH, Jan Christoph: Kapitalschutz ohne Kapital. Die Haftung der Gesellschafter am Beispiel der englischen Private Limited Company und der Europäischen Privatgesellschaft (EPG/SPE) bei IFRS-Bilanzierung, Duncker & Humblot, 2013.
- PENTZ, Andreas/PRIESTER, Hans-Joachim/SCHWANNA, André: “Raising Cash and Contributions in Kind when forming a Company and for Capital Increases”, in Legal Capital in Europe, Lutter, Marcus (ed.), De Gruyter Recht, Berlin 2002, s.42-75.

- POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin: Ortaklıklar Hukuku I, 15. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2021.
- PULAŞLI, Hasan: “Sermayesiz Sermaye Şirketi ile Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar ve Bunlara Karşı Alınması Gereken Hukuki Önlemler”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 34(2), 2018.
- PULAŞLI, Hasan: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.
- SENGİR, Turgut: “Anonim Ortaklarda Kâr Payı Hakkı”, BATİDER, VII(I), 1973, s.77-86.
- SEVİ, Ali Murat: Anonim Ortaklıkta Sermayenin Oluşturulması ve Pay Sahiplerine İade Edilmesi Yasağı, Seçkin Yayınları, Ankara 2013.
- SIFFERT, Rino/MARC, Pascal Fischer/MARTIN Petrin: GmbH-Recht: Revidiertes Recht der Gesellschaft mit Beschränkter Haftung (Art 772-827 OR), Stämpfli, Bern 2008.
- ŞENER, Oruç Hami: Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2017.
- TÜRK, Ahmet: “Anonim Ortaklıkta Gizli Yedek Akçeler”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 4(2), 2002, s.173-233.
- UMFAHRER, Bernard: The Reform of European Legal Capital Rules: It’s Impact on UK and Austrian Company Law, Intersentia Neuer Wissenschaftlicher Verlag, Antwerpen 2009.
- VEIL, Rüdiger: “Capital Maintenance- The Regime of the Capital Directive versus Alternative Systems”, in Legal Capital in Europe, Lutter, Marcus (ed.), De Gruyter Recht, Berlin 2002, s.75-94.
- YANLI, Veliye: “Yeni Ticaret Kanunu ve Anonim Şirketlerde Kâr Dağıtımı”, BATİDER, 30 (1), 2014, s.5-32.

Elektronik Kaynaklar:

- https://ticaret.gov.tr/data/61d2a12f13b8761d788ed2a2/2021%20Y%C4%B1%C4%B1%20Aral%C4%B1k%20Ay%C4%B1%20Veri%20B%C3%BClteni_3.pdf (Erişim: 11.03.2022)
- <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss518.pdf> (Erişim: 08.04.2022).
- <https://www.ticaretkanunu.net/gerekce/> (Erişim: 07.09.2022).

**BORÇLUNUN TEMERRÜDÜNDE AYNE İFA KAVRAMININ
EDİM ÖZELLİKLERİ YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ****ASSESSMENT OF SPECIFIC PERFORMANCE CONCEPT
IN TERMS OF EXECUTION PROPERTIES FOR THE DEBTOR'S DEFAULT**Derya ATEŞ*  [10.21492/inuhfd.1104819](https://doi.org/10.21492/inuhfd.1104819) **Makale Bilgi**Gönderi: 18/04/2022
Kabul : 11/11/2022**Anahtar Kelimeler**Temerrüd,
İfada Gecikme,
Aynen İfa,
Edim.**Article Info**Received: 18/04/2022
Accepted: 11/11/2022**Keywords**Default,
Delayed Fulfillment,
Specific Performance,
Execution.**Özet**

Borçlu temerrüdü ile ilgili monografik eserler göz önünde bulundurulduğunda hem konunun önemi hem de derinliği çok net ortaya çıkmaktadır. Mesele basit bir borca aykırılık halinin ötesinde özellikle karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde çok yönlü sorunları ve tartışmaları da içinde barındırır. Zira bir kere borçlu temerrüdü gerçekleştiğinde artık alacaklının önüne çıkabilecek tek engel sadece borçlunun içinde bulunduğu durum ve koşullar değil; aynı zamanda taraflara ait yükümlülükler ile aynen ifaya konu edimin özellikleridir. Her ne kadar borçlu temerrüdünde gecikmiş olan aynen ifa talebi, temerrüde ait bir yaptırımdan ziyade, alacaklının sözleşmeden kaynaklanan bir hakkının ifadesi olsa da karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerin özellikleri alacaklının asli talebini oluşturan aynen ifaya konu edime göre ayrıca değerlendirilmelidir. Buna göre aynen ifanın henüz borca aykırılık gerçekleşmeden yani borçlu temerrüde düşmeden önce kararlaştırılmış edime uygunluğu esastır. Edimin ifa ikameleri ile karşılanması, kısmi ifanın gerçekleşmesi, edim fiili veya edim sonucunun kararlaştırılması, edimin olumlu veya olumsuz edim olması gibi ihtimallerde ise aynen ifanın kendine özgü sonuçlarının doğması kaçınılmazdır.

Abstract

When monographic work on debtor's default is considered, both the importance and the depth of the subject is clearly understood. The subject also includes multi-directional problems and discussions on agreements binding two-way debt, in addition to contradictions to a simple debt. This is because once the debtor's default has taken place, the only obstacle for the creditor is not only the status and conditions of the debtor, but also the properties of the specific performance of the relevant execution. Even though the specific performance claim is an expression of the creditor's right on the contract rather than a sanction about the default, the properties of the contracts that bind two-way debt should be considered separately depending on the creditor's execution for specific performance that make up the essential claim. Accordingly, the specific performance's compliance is based on the settled execution before the contradiction to debt has taken place, in other words, the debtor's lapse into default. In cases where the execution is fulfilled by substitute performances, partial performance, the act of execution or the settlement of the execution result, or whether the result is positive or negative execution, unique results will inevitably arise for specific performance

 Bu eser [Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/) ile lisanslanmıştır.

*Doç. Dr., Hacettepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | Cite As: ATEŞ Derya, "Borçlunun Temerrüdünde Aynen İfa Kavramının Edim Özellikleri Yönünden Değerlendirilmesi", İnÜHFD, 13(2), 2022, s.447-461.

İntihal | Plagiarism: Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via a plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

Considering the monographic works on debtor default, both the importance and depth of the subject become very clear. The issue is beyond a simple breach of debt, and it also includes multi-faceted problems and discussions, especially in contracts that impose mutual debts. Once the debtor's default occurs, the only obstacle to the creditor is not only the situation and conditions of the debtor; it is at the same time, the obligations of the parties and the characteristics of the execution subject to the specific performance. The purpose of this study is related to the specific performance dimension of the issue that has been handled less so far and is limited to the execution characteristics of the specific performance due to the delayed performance in the debtor's default.

Although the demand for specific performance, which is delayed in the debtor's default, is an expression of the right of the creditor arising from the contract rather than a sanction related to default, the characteristics of the contracts that impose mutual debts should be evaluated separately according to the execution subject to the specific performance forming the original demand of the creditor. Accordingly, it is essential that the specific performance is performed in accordance with the agreed execution before the breach of the debt occurs, that is, before the debtor defaults. Even though there is no performance in the technical sense, the performance substitutions applied by the debtor who does not fulfill the original execution and which in some cases have the same legal result by replacing the performance should also be taken into consideration in the evaluation to be made.

The double-sided nature of the concept of execution is important in terms of whether the execution and the act of execution or the result of the execution should be understood when evaluating the specific performance. Because, if the debtor does not fulfill a debt that includes the execution result, that is, in the event that the result targeted with the indebted execution is not realized, the debt may be deemed not to be fulfilled and default may occur. The default in the contractual relations in which the execution is owed will be determined not according to the realization of the expected and desired purpose, but according to the fulfillment of the execution by the debtor.

In the debtor's default, whether the execution subject to the specific performance is a positive or negative execution, default in elective executions, and the specific performance, especially in continuous execution contracts and consecutive contracts, should be evaluated by considering the characteristics of each concrete event. While making the assessment, undoubtedly, the balance of interests of the parties, if a loss arises from the specific performance of the overdue debt, whether it is possible to compensate for this loss, the general principles of law and the rules of good faith should also be taken into consideration.

Among the positive executions, lending debts are the acts in which the debtor's default finds the most application area. In terms of these executions, the demand for specific performance of the overdue debt is a result of the debt being due in person. Debts given should be evaluated separately in terms of movable and immovable property. In performance debts as another positive execution type, the debtor's default and the demand for the specific performance are determined according to the impossibility limit of the debt subject to the execution. Accordingly, if there is no impossibility in performing the debts on time, it is possible to demand the specific performance in terms of the delayed debt. In terms of non-performing debts as a negative execution, it is debatable whether both the specific performance and the debtor's default are possible. "But, it is accepted that the same performance can be demanded provided that there is an interest to be protected in such debts; and if the execution becomes impossible, or if not, the possibility that the performance of the debt of non-performance affects the trust relationship will disappear."

In terms of continuous execution debt relations, in which at least one of the main debts of the parties includes a continuous execution, the Turkish Code of Obligations, art. 126 includes a special regulation. In these contracts, if the default conditions occur before the performance of the continuous execution is started, it is solved with the general debtor's default and optional rights granted in the Turkish Code of Obligations, article 125. In terms of debtor's default that occurs after the performance of the continuous execution starts the provision of article 126 of the Turkish Code of Obligations gives the creditor two optional rights: It is the compensation of the damage caused by the continuation of the specific performance and the delay or the interruption of the performance, and the compensation of the positive damage suffered due to the unperformed part by terminating the contract. In such contracts, the specific performance evaluation should be made on the basis of the effects of the defaulted execution on the entire contract.

On the other hand, in consecutive contracts, those that have the characteristics of a continuous debt relationship are subject to the default provisions regarding continuous execution contracts, while default results in special consequences for those that do not. Because in these contracts, there is a separate maturity date for each of the executions that the debtor has to deliver, failure to perform one of the deliveries in a row does not create partial default provisions for the entire debt. The debtor's default regarding one of the executions will lead only to default provisions in terms of that execution, and this result will not arise in terms of other executions.

While making all these evaluations, doctrinal discussions in Turkish, Swiss and German Laws were used, and local and foreign court decisions on the subjects were examined. Unlike monographic studies focusing on the terms and consequences of the debtor's default, it is thought that the subject will contribute to practitioners and researchers with its specific performance and execution characteristics.

I. GİRİŞ

Şüphesiz ki borç ilişkileri kurulurken her alacaklının ilk isteği, kendisine taahhüt edilen edimin yerine getirilmesi yani aynen ifası yönünde olur. Bunun içindir ki karşısındaki borçlu temerrüde düştüğünde alacaklının önceliği borçlunun içinde bulunduğu durumu anlamaktan ziyade kendi edimine kavuşmak yönündedir. Ancak bir kere borçlu temerrüdü gerçekleşti mi artık alacaklının önüne çıkabilecek tek engel sadece borçlunun içinde bulunduğu durum ve koşullar değil; aynı zamanda taraflara ait yükümlülükler ile aynen ifaya konu edimin özellikleridir de. Bu karmaşık yapıya kendine özgü özellikleri ile karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler dahil olduğunda ise mesele çok daha çözümlenmesi zor bir hal alır. Zira karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan her ikisi de hem alacaklı hem de borçlu konumundadır ve edimler arasındaki bütünlük, bağımlılık ve değişim ilişkisi sebebiyle birinin kendi borcunda temerrüde düşmesi artık sözleşme ilişkisinin bütününe etkileyecektir.

Borçlunun temerrüdü hem genel anlamı ile hem de karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde yer alan özel şart ve sonuçları ile basit bir borca aykırılık halinin çok ötesindedir. Bilhassa karşılıklı borç yükleyen sözleşmelere özgü alacaklının aynen ifayı red hakkı ve ifanın gerçekleşmemesinden doğan zararlarının giderilmesi ya da sözleşmeden dönme hakkı doktrindeki pek çok farklı tartışmanın odak noktası olarak birçok değerli bilimsel çalışmaya konu olmuştur. Bu çalışma ise şimdiye kadar daha az ele alınan meselenin aynen ifa boyutu ile ilgili olup borçlu temerrüdünde geciken ifaya bağlı aynen ifanın edim özellikleri ile sınırlıdır.

II. AYNEN İFA KAVRAMI

Genel bir kavram olarak ifade gecikme, ifası mümkün ve ödeme zamanı gelmiş bir borcun, akdi veya kanuni ifa zamanında yerine getirilmemiş olmasını ifade eder¹. Bilindiği üzere tek başına ifada gecikilmesi borçlu temerrüdünün oluşması için yeterli olmayıp, kanunda belirtilen diğer şartların bir arada bulunması gerekir.

Bu noktada terim meselesi ile ilgili şu konuya dikkat çekmek gerekir. Mehaz İsviçre BK m.103'ün Almanca metninde yer alan "*verspateater Erfüllung*" ifadesi ile Fransızca metninde yer alan "*d'exécution tardive*" ifadeleri "*gecikmiş ifa*" kavramına karşılık gelmekte; 818 sayılı önceki BK m.102 hükmünde "*borcun teahhürle ifasını*" şeklinde kaleme alınan hüküm BKm.118'de "*borcun geç ifası*" şeklinde düzenlenmektedir. Borçlu temerrüdünün genel sonucu ve karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde alacaklının ilk seçimlik hakkı "*gecikmiş ifa talebi*" ve gecikmeden doğan zarar tazminidir. Buna karşılık İBK'nun 107 inci maddesinde aynı yönde bir kavram birliği yoktur. Maddenin Almanca metninde yer alan "*nachtreagliche Erfüllung*" deyimini "*sonraki ifa*" kavramını ifade ederken; kanun koyucu Fransızca metninde sadece "*s'exécuteur*" "*ifa etmek*" deyimini ile yetinmiştir. TBK'nun seçimlik haklara ilişkin 125 inci maddesinde de "*borcun ifası*" kavramı yeterli bulunmuştur.

Almanca metinde daha net olarak ortaya konulan ayırım ile aslında kanun koyucu "*gecikmiş ifa kavramı*" ile "*ifayı reddederek seçimlik hakların kullanılmasındaki ifa kavramlarını*" birbirinden ayırt eder. Gecikmiş ifa ve gecikme tazminatı şeklindeki genel borçlu temerrüdü sonucu, borçlunun geciktiği yani *geçmişteki ediminin aynen ifasına yönelik bir talebi* içerir. Buna karşılık seçimlik hakların kullanılmasına ilişkin ifayı ret hallerinde gecikmiş ifa değil *geleceğe yönelik, sonraki ifaya ilişkin ifayı ret talebi* yer alır. Bu sebeple gecikmiş ifa kavramı, genel borçlu temerrüdü sonucu olarak kullanılabilen bir kavram iken seçimlik hakların kullanımındaki ifayı ret aslında "*sonraki aynen ifanın reddidir.*"²

Borçlu temerrüdüne ait genel ve özel hükümler bir arada değerlendirildiğinde ortaya çıkan borca aykırılık halinin öncelikli olarak gecikmiş olan aynen ifa ile giderilmesi amaçlanır³. Aslında borçlu temerrüdünde gecikmiş olan aynen ifa talebi, *temerrüde ait bir yaptırımdan ziyade, alacaklının sözleşmeden kaynaklanan bir hakkının ifadesidir*. Zira borçlu hali hazırda muaccel ve mümkün olan asli edim borcunu yerine getirebilir ve alacaklı borç ilişkisinden beklediği menfaati elde edebilir. Bu yol bilhassa sözleşme konusu edimin ikame edilemediği ya da ifaya hükmetmenin tazminattan daha uygun ve adil bir çözüm yarattığı durumlarda benimsenir. Böyle bir durumda alacaklının açacağı bir ifa davası ile ifaya zorlaması kural olarak mümkündür⁴.

A. Edime Uygun İfa Kuralı ve Aynen İfa

Borçlu ve alacaklının edimleri ile bağlı olması doktrinde "*edime uygun ifa kuralı*" olarak adlandırılır⁵. Bu ilkenin temeli borçlunun borçlandığı edimden başka bir edim ile borcundan kurtulmaması,

¹ TERCİER, Engel: Le Droit des Obligations, Schulthess, Zurich, 2004, s.204; TANDOĞAN, Haluk: Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1961, s.398; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip/HATEMİ Hüseyin/SEROZAN Rona/ARPACI Abdulkadir: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C.I, Filiz, İstanbul. 2017, s.51 vd.

² Bu konuda detaylı bilgi için bkz. ATEŞ, Derya: Borçlunun Temerrüdünde Aynen İfa, Beta, İstanbul 2021, s.157 vd.

³ TERCİER, s.206.

⁴ İfa davası sonucunda borçlunun aynen ifadan kaçınmaya devam etmesi durumunda ise alacaklı ilam ile cebri icra yoluna başvurabilir. TERCİER, s.208.

⁵ OĞUZMAN M.Kemal/ÖZ M.Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Vedat Yayınları, İstanbul 2022, s.282; TEKİNAY S. Sulhi/AKMAN Sermet/BURCUOĞLU Haluk/ALTOP Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümleri, Filiz Yayınları, İstanbul 1993, s.761; EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s.914; KILIÇOĞLU Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Yayınları, Ankara 2022, s.750; GÜMÜŞ, Alper

alacaklının da ifanın konusu edimden başka bir edimin verilmesini talep edememesidir. Edime uygun ifanın en önemli sonucu borcu sona erdirmesi olup⁶ farklı ifa teklifini alacaklının kabul etmeyerek diğer şartların da oluşması ile birlikte temerrüt hükümlerine başvurabilme imkânı vardır.

Sözleşme ilişkisi içinde edime uygun ifa beklentisi, borçlu temerrüdü sonrasında aynen ifa şeklinde yine karşımıza çıkar. Dolayısıyla bu kural üst bir kavramdır ve gecikmiş aynen ifa talebinde bulunan alacaklı, talebini açacağı ifa davası ile ileri sürerken aslında istediği ve beklediği yine aynı uygunluktaki ifadır.

1. İfa İkameleri ve Aynen İfa

Edime uygun ifa kuralı gereğince tarafların borçlandıkları edimden başka bir edimi yerine getirmeleri (*aliud*), ifa olarak kabul edilemez ve ademi ifa sayılır. Bununla birlikte taraflar sözleşme özgürlüğü sınırları içinde borçlanılan edimden başka bir edimin ifasını kabul ederek borcun sona erdirilmesini imkân tanıyabilir⁷. İfa ikameleri olarak adlandırılan bu haller teknik anlamda ifa olmasa da asıl edimi yerine getirmeyen borçlunun başvurduğu ve bazı durumlarda ifanın yerine geçen bazı durumlarda ise ifa ile aynı hukuki sonuçları doğuran imkânlardır.

İfa ikamelerinden ilki *seçimlik yetki* de karşımıza çıkar. Seçimlik yetki, borçlunun borçlanılan edimin yerine başka bir edimin ifasını teklif edebileceği veya alacaklının borçlanılan edimin yerine başka bir edimin ifasını talep edebileceği bir yetki olarak tanımlanır⁸. Seçimlik yetki kanun (TBK m.99) ya da taraf iradelerinden doğabilir. İradi seçimlik yetki sözleşme ilişkisinin kurulduğu sırada kararlaştırılmalıdır⁹. Alacaklı tarafından sonradan tek taraflı irade beyanı ile borçluya böyle bir yetki tanınması mümkün olmakla birlikte bu durumda artık seçimlik yetki değil ifa yerine edim söz konusu olur¹⁰.

Seçimlik yetkiyi belirleme imkânı alacaklı ya da borçluya tanınmış olabilir. Bu durumda aslında borcun konusunu tek bir edim oluşturmakta, fakat yedek edim borcun ifasında yer almaya devam etmektedir¹¹. Dolayısıyla borç konusu olarak dikkate alınan kural olarak asıl edimdir¹². Seçimlik yetkinin borçluya tanınmış olması durumunda borçlu yedek edimi yerine getirmeye yetkili fakat zorunlu değildir. Borçlu borçlandığı edimi ifa ederek borcundan kurtulabilecekken alacaklı da borçlu tarafından teklif edilen yedek edimi kabul etmeye mecburdur. Alacaklı yedek edimin seçilmesinden sonra sadece asıl edim bakımından dava açabilir ve takip yürütebilir¹³. Bu nedenle borçlunun yedek edimi seçip ifada temerrüde düşmesi halinde alacaklı asıl edim bakımından talep ve dava hakkına sahip olmakta; gecikmiş olan aynen ifa talebini de yine asıl edim üzerinden istemektedir. Aynen ifanın yerine getirilmesinde borçlu tarafından seçimlik yetkinin kullanılarak ifanın gerçekleştirilmesine ise bir engel yoktur. Seçimlik yetkinin alacaklıya tanınmış olması durumunda ise, borçlu ancak sözleşmede kararlaştırılan asıl edimi ifa ederek borcundan kurtulabilir¹⁴. Burada aslında borç ilişkisinde tespit edilmiş belirli bir edim vardır. Bununla birlikte; alacaklının borçlanılan asıl edim yerine yedek edimi talep etmesi hâlinde, başlangıçta borçlanılan asıl edim yerine borç ilişkisinin içeriği artık yedek edim olur ve borçlu ancak yedek edimi ifa ederek borcundan kurtulabilir. TBK m.125 hükmü uyarınca alacaklıya tanınan aynen ifadan vazgeçerek olumsuz zararın tazminini veya sözleşmeden dönerek olumlu zararın tazminini isteyebilme seçimlik yetkileri bu durumun en tipik örneğidir.

Bir diğer ifa ikamesi *ifa yerine geçen edimdir*. Sözleşme özgürlüğü sınırları içinde taraflar sözleşmenin kurulmasından sonra fakat ifadan önce ya da ifa zamanında borçlanılan edimden başka bir edimin yerine getirilmesini ifa olarak kabul edebilirler (*datio in solutum*). Asıl edimin yerine geçmek üzere başka bir edimin kararlaştırıldığı durumlarda borç yedek edimin ifasıyla sona erer¹⁵. Ancak bunun için yerine getirilen edimin ifa teşkil edeceğine dair alacaklı ve borçlunun anlaşması şarttır¹⁶. Alacaklı, sözleşmede öngörülen edimi bir kez “ifa yerine” kabul ettiği takdirde, bu edimin değer itibarıyla asıl alacaktan az veya

Borçlar Hukuku Genel Hükümleri, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 672; ANTALYA, Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.V/1,3, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 211.

⁶ VON TUHR Andreas: Borçlar Hukuku, C.1-2, Ankara, 1983, s.457, EREN, s.908, SEROZAN Rona: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, On iki Levha Yayınları, İstanbul, 2022, s.11.

⁷ EREN, s.1031 vd.

⁸ LOERTSCHER, Denis: De l'effet des obligations, Art.84, Thévenoz, Luc/Werro, Franz: Code des obligations, Commentaire Romand, Lichtenhahn, Genève-Bale-Munich 2003, s.505; ENGEL Pierre: Traite Des Obligations En Droit Suisse Saempfli, Berne 1997, s.81, 638 vd.; BEGUELİN, E.; De La Construction Juridique Du Pactum Reservati Domini, 1899; OĞUZMAN/ÖZ, s.293; GÜMÜŞ, s. 675; ANTALYA, s. 121; KILIÇOĞLU, s.757; SELİÇİ, Özer: “Seçimlik Borçların İfası”, İÜHF, 34(1-4), 1968, s.381; YALMAN, Süleyman: “Edime Uygun İfa Kuralının İstisnaları”, Prof. Dr. Halil Cin'e Selçuk Üniversitesinde 10. Hizmet Yılı Armağanı, SÜHFD, (14), Konya 1995, s.509.

⁹ HOHL, Fabienne: De l'exécution des obligations, Art.72, Thevenoz, Luc/Werro, Franz, Code des obligations, Commentaire Romand, Lichtenhahn, Genève- Bale-Munich 2003, s.471; ENGEL, s.81.

¹⁰ EREN, s.1032; OĞUZMAN/ÖZ, s.293; ANTALYA, s. 122; GÜMÜŞ, s. 676.

¹¹ LOERTSCHER, CR. Art.84, s.505; ENGEL, s.81; SELİÇİ, s.382; YALMAN, s.509.

¹² YUSUFOĞLU, Fülürya: “Borcun Yerine Getirilmesine Yönelik Olarak, Borçlanılan Edim Dışında Bir şeyin Verilmesi”, Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, GSÜHFD, 1, İstanbul 2004, s.689.

¹³ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.818; SELİÇİ, s.383.

¹⁴ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s.69; OĞUZMAN/ÖZ, s.293; SELİÇİ, s.383.

¹⁵ TERCİER, s.185; VON TUHR, s.469; OĞUZMAN/ÖZ, s.293; SEROZAN, s. 124; KILIÇOĞLU, s.750; EREN, s.1032, ANTALYA, s. 122; GÜMÜŞ, s. 676.

¹⁶ TERCİER, s.185.

çok olması ise bir önem taşımaz¹⁷. İfa yerine geçen edimle borçlu borcunu ifa etmiş olduğundan borçlu temerrüdünden söz edilemez. Kaldı ki zaten bu yola başvurulmasındaki asıl sebep ifada gecikmenin yaşanmaması ve borçlu temerrüdünün oluşmamasıdır¹⁸. Temerrüt durumunda ise, tarafların borçlanılan edimden başka bir edimi ifa olarak kabul etmeleri yani ifa yerine geçen başka bir edim hususunda anlaşmalarına ise bir engel bulunmaz.

İfa amacıyla edim ise, alacaklıya borcun konusu edimden farklı bir kazandırmada bulunulması, alacaklının bu kazandırma konusu edimi paraya çevirerek alacağını karşılaması ve borçlunun da bu nispette borcundan kurtulması amacıyla yapılan anlaşmadır (*datio solvendi causa*)¹⁹. İfa amacıyla edimde amaç, edimin paraya çevrilerek alacaklının tatmin edilmesidir. Bu nedenle ifa amacıyla edim, ifanın kendisi olmayıp, ifanın temini için bir araçtır. Alacaklı önce kendisine yapılan ifayı paraya çevirmeye çalışır, bundan sonuç alamaz ise asıl alacağını borçludan talep edebilir. Dolayısıyla bu ifa ikamesi alacağın kendiliğinden sona ermesine sebep olmaz. Asıl borcun sona erdirilebilmesi için, ifa uğruna verilen edimin paraya çevrilmesi ve elde edilen paranın alacağı karşılayabilmesi gerekir²⁰. Temerrüt hüküm ve sonuçlarının uygulanabilmesi ise ifa amacıyla edimden beklenen menfaatin sağlanıp sağlanamamasına ve alacaklının tamamen ya da kısmen tatmin edilip edilememesine bağlıdır. Yani ifa amacıyla edimle birlikte sözleşme; ifa uğruna edimin paraya çevrilememesi veya paraya çevrilmekle birlikte elde edilen meblağın alacağın tamamını karşılamaya yetmemesi bozucu şartına bağlanmış olur²¹. Böyle bir durumda alacaklı ifa amacıyla kendisine verilen edimi iade ederek asıl borcun ifasını isteyebileceği gibi, alacağının karşılanmayan kısmı için de talepte bulunabilir. Bu durum somut olayın niteliğine göre borçlu temerrüdü ya da kısmi temerrüt sonuçları da doğurabilecektir²².

İfa uğruna edim sözleşmesiyle birlikte, artık alacaklının ifa uğruna verilen edimi paraya çevirme yükümlülüğü de vardır²³. Ancak tek başına edimin paraya çevrilmesi borçluyu borçtan kurtarmaya yetmez. Alacaklının elde ettiği meblağı iade etmek zorunda olmamasını da gerektirir. İfa konusu edimi paraya çevirme yükümü altında olan alacaklı, bunu mümkün olan en çabuk şekilde gerçekleştirmelidir. Borçlunun uğrayacağı zararın artmasına ancak bu şekilde engel olunabilir ve artan bir meblağ varsa iadesi daha hızlı bir şekilde gerçekleşmiş olur²⁴.

2. Kısmi İfa ve Aynen İfa

Kısmi ifa, muaccel olmuş asli ya da yan edim borcunun tamamen ifa edilmemesini yani nicelik olarak borçlanılan edimin gerisinde kalınmasını ifade eder²⁵. Bölünebilir edimlerde geçerli olan kısmi ifadan söz edebilmek için tamamı muaccel olmuş bir borç söz konusu olmalıdır. Borçlu edimi bir bütün olarak borçlandığından kural olarak alacaklının kısmi ifayı kabul zorunluluğu yoktur²⁶. Bununla birlikte TBK m.84 hükmü ve borcun ifasında bütünlük ilkesi²⁷ uyarınca alacaklının kısmi ifayı ret etmesi, kural olarak onu temerrüde düşürmediği gibi, dürüstlük kurallarına aykırılık oluşturmadan edimin tamamı bakımından borçlu temerrüdü hükümlerinin doğmasına sebep olur.

Alacaklının bazı durumlarda kısmi ifayı kabul yükümlülüğü doğabilir. Buna göre; taraflar sözleşme ilişkisi içinde alacaklıya açık ya da örtülü olarak bu imkânı tanımış olabilir, edimin niteliği gereği bir defada ifa ile gerçekleşmesi mümkün olmayabilir, kısmi ifayı ret dürüstlük kurallarına aykırılık yaratabilir, iş

¹⁷ VON TUHR, s.469; KOCAAĞA, Köksal: “Borçlanılan Edimin İfası Kuralının Bir İstisnası Olarak İfa Amacıyla Edim, BATİDER, XXIV(1), 2007, s.140. CEMAL, Ahmet: “Edime Uygun İfa Kuralının Bir İstisnası Olarak İfa Uğruna Edim (Leistung Erfüllungshalber)”, MHAD, 3(5), 1969, s.243; YUSUFOĞLU, s.682.

¹⁸ SEROZAN, s. 124-125; CEMAL, s.245; YUSUFOĞLU, s.663.

¹⁹ TERCİER, s.185.

²⁰ TERCİER, s.185; YUSUFOĞLU, s.683; ENGİN, B.İlkay: İfa Uğruna Edim, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2001, s.852.

²¹ Bununla birlikte bazı yazarlar, bu hâlde asıl alacağın vadesinin şartın gerçekleştiği âna kadar uzadığını kabul eder. Bkz. VON TUHR, s.219; CEMAL, s.253, 255; YUSUFOĞLU, s.684

²² Doktrinde bir görüş ifa amacıyla edim anlaşmasının *tecil anlaşmasını* kapsadığı yönündedir SEROZAN, s.127. İfa tarihini ileriye bırakan tecil, borcun nitelik ve miktarında bir değişiklik yapmamakta sadece borcun muacceliyet tarihine ertelemektedir. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.804. Bu görüş her ne kadar borçlu menfaatlerine uygun düşse de alacaklı yönünden ortaya çıkan sakıncalar sebebiyle çok fazla taraftar bulmaz. ENGİN, s.853. Zira henüz muaccel olmamış borçlarda tecil, muacceliyet tarihini ötelet. Buna karşılık borç muaccel olmuş ancak borçlu henüz temerrüde düşmeden tecil anlaşması yapılmış ise, artık sadece borcun muacceliyeti sona ermiş olur. Böyle bir durumda alacaklının talep hakkı sona ereceğinden aynı zamanda borçlunun da temerrüde düşmesi engellenmiş olur. Borçlunun temerrüde düşmesinden sonra yapılan tecil anlaşması ise anlaşmadan itibaren borçlu temerrüdünü sona erdirir. Bu sebeple vadenin uzatıldığı kabul edilmesi borçlu temerrüdünün gerçekleşmesini engelleyeceği gibi, oluşmuş bir temerrüdün sona ermesine de sebep olur. OĞUZMAN/ÖZ, s.500.

²³ VON TUHR, s.473.

²⁴ CEMAL, s.254; YALMAN, s.505.

²⁵ HOHL, Art.69, s.463 vd.; ENGEL, s.620 vd.; TERCİER, s.197. Ayrıca ANTALYA, s. 142 vd.

²⁶ OFTINGER Karl/JEANPRÉTRE Raymond: Jurisprudence du Tribunal Fédéral sur la partie générale du code des obligations, traduit de l'Allemand, Zurich 1970, s.118; HOHL, Art.69, s.464.

²⁷ Edime uygun ifa için, ifanın nitelik bakımından edime uygunluğunun yanında, nicelik bakımından da edime uygun olması gerekir. Bunun için kural edimin bir bütün hâlinde ifa edilmelidir. Buna ifanın bütünlüğü ilkesi veya “bölümsel ifa yasağı kuralı” denir. Bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.764, SEROZAN, s.159.

çevrelerinde geçerli olan âdetler ve ticarî teamüller kısmî ifaya izin verebilir ya da İİK m.111 hükmünde olduğu gibi kanun koyucu bizzat özel düzenleme ile bu imkânı alacaklıya tanıyabilir²⁸.

Emredici bir hüküm olmayan TBK m.84 hükmü karşısında alacaklının kısmî ifayı kabul etmesi durumunda, borçlu ikrar ettiği kısmî alacaklıya ödemekle yükümlüdür (TBK m.84/II). Böylece alacaklının kabul ettiği oranda borç sona erecek, ifa edilmeyen kısım ise geçerliliğini sürdürmeye devam edecektir²⁹. Her ne kadar kısmî ifa alacağın bütününe muaccel kılmasa da borcun muaccel olmasına rağmen ifa edilmeyen kısmî bakımından borçlu kısmî temerrüde düşer. Bununla birlikte kısmî ifadan sonra edimin kalanı alacaklı bakımından hiçbir değer taşımıyorsa, bu durumda artık borcun tamamı yönünden temerrüt hükümleri uygulanmalıdır. Alacaklının kısmî ifayı kabul zorunluluğu bulunmayan ve borçlunun temerrüde düştüğü durumlarda talep ettiği aynen ifa, bölünebilir edim dahi olsa asli edimin bütününe kapsar iken, kısmî ifanın kabul edildiği hallerde aynen ifa edimin yerine getirilmeyen kısmına göre belirlenir.

III. EDİMİN ÖZELLİKLERİNE GÖRE AYNEN İFA DEĞERLENDİRMESİ

Sözleşme ilişkisine bağlılık ilkesi ve edime uygun ifa kuralı gereğince aynen ifa da edime uygun olmalıdır. Kural olarak borçlu temerrüde düşmüş olsa dahi ancak borçlandığı edimi ifa ile borcundan kurtulabilir. Zira temerrüt geçerli olarak kurulmuş bir sözleşme ilişkisine dayanmakta ve borçlunun edim yükümlülüğü de borç ilişkisinin muhtevasına göre belirlenmektedir.

Her ne kadar *ifa* ve *edim* terimleri birbirine oldukça yakın anlamlarda kullanılsalar da aslında farklı iki kavramdır. İfa sayılmayan edimle karşılaşmak mümkün olsa da edim olmayan bir ifadan söz etmek mümkün olamaz³⁰. Tüm borç ilişkileri belirli bir veya birden çok edimi içerir ve edim borcun içeriğini yani konusunu oluşturur ve edim yönünden alacaklı borcun muaccel olmasıyla birlikte talep ve dava hakkına sahip olur³¹.

A. Edim Fiili ve Edim Sonucu Yönünden

Çift yönlü yapısı olan edim, borçlu için yerine getirmek zorunda olduğu bir davranışı yani bir fiili ortaya koyarken alacaklı içinse borçlu tarafından ifa edilecek edimle ulaşılabilecek sonuca varma hedefini içerir. Bu sebeple edim kavramı ile edim fiilinin mi (*Leistungshandlung*) yoksa edim sonucunun mu (*Leistungserfolg*) anlaşılması gerektiği doktrinde tartışma yaratmıştır. Bu ayırım borçlu temerrüdü ve akabinde gereği gibi ifa değerlendirmesinde de önem taşır. Zira ifa bağlamında edim, kimi zaman borçlunun salt özenli bir edim etkinliğinde (edim fiilinde) bulunmasını yeterli kabul ederken, sonuca bağlı borçlar bakımından ise ifanın tamamlanması ancak edimin alacaklının beklentilerini karşılama ile (edim sonucu) ile mümkün olur³².

BGB § 362/I' de yer alan ve ancak borçlanılan edimin alacaklıya sağlanması ile borç ilişkisinin sona ereceğinin hükme bağlandığı Alman hukukunda ifanın edim sonucuna bağlı olduğu kabul edilir³³. Benzer bir düzenleme içermeyen Türk ve İsviçre Hukukları yönünden ise edim fiili ve edim sonucu değerlendirmesinin, borç ilişkisinin doğduğu sözleşme tipine; isimli bir sözleşme ise yasal düzenlemelerin amacına, isimsiz bir sözleşme ise tarafların irade beyanlarının yorumuna bakılarak tespit edilmesi gerekir. Buna göre taraflar belirli bir davranıştan doğacak olan sonucu meydana getirmek üzere anlaşmışlar ise edim sonucuna yönelik bir yükümlülükten bahsedilir. (TBK m.207/I, m.470 gibi). Bu durumda önemli olan sonucun gerçekleşmesi olduğu için kural olarak şahsen ifa yükümlülüğü bulunmaz. (TBK m.83) O halde borçlu bizzat kendi ifa ederek ya da üçüncü kişi tarafından ifayı sağlayarak temerrüde düşmekten kurtulacaktır.

Hem edim fiilinin hem de edim sonucunun bir bütün olarak birlikte gerçekleştiği yapmama borçları yönünden ise ayırım büyük bir anlam taşımaz³⁴. Diğer taraftan verme ve para borçlarının, kural olarak edim sonucuna yönelik borçlardan; yapma borçlarının ise edim fiile yönelik borçlardan oluştuğu kabul edilse de bu tür bir ayırım her zaman bizi doğru sonuca ulaştırmayabilir³⁵. Genellemeye daha yakın olan ayırım edim fiiline yönelik borçların genellikle sürekli edimli borçlarda, edim sonucuna yönelik borçların ise ani edimli borçlarda görülmesidir³⁶. Zira borçlu tarafından edim sonucunun borçlanıldığı hallerde yapılması gereken

²⁸ Bu istisnalar için bkz. HOHL, Art.69, s.464, 465; ENGEL, s.621, 622.

²⁹ HOHL, Art.69, s.464; EREN, s.1039; ANTALYA, s. 144; GÜMÜŞ, s. 716.

³⁰ İfa sayılmayan, borçlanılmamış ve içeriğinde alacak hakkı barındırmayan bu tarz edimler doktrinde ifasız edimler olarak da adlandırılır ve sebepsiz zenginleşmeye sebep olurlar. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s.34.

³¹ ENGEL, s.77; TERCİER, s.38 vd.; HOHL, Art.68-83, s.459 vd. Ayrıca bkz. İPEK, Eyüp: Edime Uygun İfa Kuralı ve Bu Kuralın İhlaline Bağlı Hukukî Sonuçlar, Seçkin Yayınları, İstanbul 2016.

³² SEROZAN, s.16; KIZIR, Mahmut: Borçlunun Temerrüdünün Sona Ermesi, Adalet Yayınları, Ankara 2012, s.10.

³³ PEDAMON Micheal: Le Contrat en Droit Allemand, LGDJ, Paris, 2002, s.147-148. Alman Hukukunda edim sonucunun gerçekleşmesi ile temerrüdün sona ereceği yönündeki görüşe göre ise, borçlu temerrüdü süreklilik arz eden bir durum olarak kabul edilmemekte, ifa zamanının ihmal edilmesi de sonradan telafi edilebilir kabul edilmektedir. Temerrüdün sona ermesi doğan zararları belirlenme ödevi yönünden önemlidir ve bu zararlar alacaklının temerrüt öncesi ve sonrası mal varlığına göre belirlenir. Bu konuda bkz. KIZIR, s.111-162.

³⁴ SEROZAN, s.16. Eren ise kişisel ya da dar anlamda yapmama edimlerinde borçlunun alacaklıya karşı borçlanmış olduğu şeyin edim eylemi olduğunu belirtmektedir. EREN, s.100.

³⁵ ERMAN, Hasan: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Seçkin Yayınları, İstanbul, 2010, s.2; AYDINCIK, Şirin: Yapma Borçlarının İfa Edilmemesi ve Hukukî Sonuçları Özellikle TBK m.113/1 Kapsamında Nama İfa, Yetkin Yayınları, İstanbul 2013, s.21.

³⁶ AYDINCIK, s.23.

davranışlar ile edim fiilinin borçlanıldığı hallerde borcun ifasına yönelik davranışlar borç ilişkisinin zaman unsuru üzerinde etkili olabilir. Şüphesiz ki bu etki bir borç ilişkisinin sadece uzun süreli olmasının tek başına sürekli edimli borç ilişkisi yaratmaya yeteceği sonucu da doğurmayacaktır.

Sözleşme ilişkileri içinde taraflar fiil odaklı bir edimi borçlanıyorlarsa artık borçlu alacaklını hedeflediği sonuca yönelik olan o davranışı yerine getirmekle yükümlüdür. Edim fiilinin amaçlandığı durumlarda borçludan beklenen dikkat ve özen esas olup, sonuç gerçekleşmemiş olsa dahi salt davranışın yerine getirilmesi borcun ifa edildiği anlamını taşır. O halde her ne kadar alacaklı yönünden beklenen ve istenen bir amaç bulunsu da gerçekleşmemiş olması, edimin ifa edilmediği anlamı taşımayacak, yani temerrüt sonucu doğurmayacaktır. Buna karşılık borçlunun edim sonucunu içeren bir borcu ifa etmemesi yani borçlandığı edim ile hedeflenen sonucun gerçekleşmemesi durumunda ise borç ifa edilmemiş sayılacak ve borçlu diğer şartların da gerçekleşmesi ile temerrüde düşebilecektir. Bu durumda aynen ifanın da aynı edim sonucuna hizmet edecek şekilde gerçekleşmesi gerekir. *Edim fiilinin* borçlanıldığı sözleşme ilişkilerinde temerrütün ortaya çıkabilmesi ise alacaklı tarafından beklenen ve istenen amacın gerçekleşmesine göre değil edim fiilinin borçlu tarafından yerine getirilip getirilmemesine göre tespit edilir. Buna bağlı olarak temerrüt hükümlerinin uygulama alanı bulması durumunda, aynen ifadan beklenen yine sonucun doğması değil, borçlu tarafından ifası gerçekleşmeyen edim fiilinin yerine getirilmesidir.

B. Olumlu ve Olumsuz Edimler Yönünden

Bir borç ilişkisinde edim, verme, yapma ya da yapmama şeklinde olabilir³⁷. Borçlunun yükümlü olduğu davranışın “bir şey verme veya yapma” olduğu edimler olumlu; “bir şey yapmama” olduğu edimler ise olumsuz edimler olarak nitelendirilir. Olumlu edim, borçlunun bedeni veya fikri gücü ile yerine getirilecekse şahsi borç; malvarlığından yerine getirilecekse maddi borç söz konusu olur.

1. Verme Borçlarında Aynen İfa

Borçlu temerrüdü kural olarak her tür borç için söz konusu olabildiğinden geciken aynen ifa da bu kapsamda talep edilebilir. Borçlunun alacaklıya bir şeyi vermeyi borçlandığı maddi edimli verme borçları³⁸ bu hususta en fazla uygulama alanı bulan edimleri oluşturur. Bu edimler yönünden gecikmiş borcun aynen ifasının talep edilmesi bizzat verme borcunun muaccel olmasının sonucudur³⁹. Aynen ifa borçlunun kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın talep edilebilir.

Verme borçları yönünden taşınır ve taşınmaz mülkiyetinin devrinde yaşanan borçlu temerrüdü, aynen ifa talebinde iki özel durumu ortaya koyar. Buna göre; bir taşınırın mülkiyetini nakletmeyi borçlanan taraf, borcunu yerine getirmekten haksız olarak kaçınır ve temerrüde düşerse, alacaklı, TMK m.716 hükmü uyarınca açacağı ifa davasıyla mahkemeden malın kendisine teslim edilmesine hükmedilmesini talep edebilir⁴⁰. Aynen ifa talebinin hâkim tarafından haklı görülmesi durumunda mülkiyet hâkim kararı ile kendiliğinden geçmeyecek ve eşyanın ziyetliğinin de devri gerekecektir. Diğer yandan taşınmaz mülkiyetinin naklinin borçlanılması durumunda ise, borçlu tescil talebinden haksız olarak kaçınır ve temerrüde düşerse geciken borcun aynen ifası taşınmaz mülkiyetinin devri yönündeki ifa davası ile gerçekleşir (TMK m.716). Hâkim tarafından taşınmaz mülkiyetinin devri yönünde verilen karar, kesinlik kazandığı andan itibaren artık infaz edilmeye gerek kalmadan hak sahipliği durumunda değişiklik yaratan yenilik doğurucu bir karardır⁴¹. Aynen ifanın gerçekleşmesi ve tescile hükmedilmesi yönünde verilen bu karar ile alacak artık irade beyanına ya da şekil şartına bağlı olmadan borçludan alacaklıya geçer⁴² (TBK m.185).

2. Yapma Borçlarında Aynen İfa ve Nama İfa Yetkisi

a. Genel Olarak

Şüphesiz borçların ifasında yaşanan her gecikme borçlu temerrüdü sonucu doğurmayacak bu bakımdan yapma borçlarında borçlu temerrüdü ve aynen ifa talebi edime konu borcun imkânsızlık sınırına göre belirlenebilecektir. Buna göre yapma borcunun zamanında ifa edilmemesi imkânsızlık yaratmıyorsa aynen ifa talebi mümkün iken⁴³; aynı borç yönünden ifa zamanı, borcun ifasını gerçekleştirilebileceği yegâne zaman parçasını ifade ediyorsa bu zamanın geçirilmesi halinde artık borcun ifası imkânsızlık yaratacağı⁴⁴. Bir başka deyişle edim zamanının özel bir ağırlık kazandığı, edimin ivediliğinin en yüksek dereceye çıktığı

³⁷ VON TUHR, s.45 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPAÇI, s.35 vd.; SEROZAN, s.11; EREN, s.105 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, s. 6 vd.; GÜMÜŞ, s.66; KILIÇOĞLU, s.5 vd.

³⁸ ENGEL, s.70,

³⁹ RAMONİ, s.35.

⁴⁰ BAŞOĞLU, s.73; EREN, s.1157.

⁴¹ AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s.476.

⁴² EREN, s.1158; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.265. Ancak aynen ifaya konu alacak hakkının devri eski alacaklının tasarruf yetkisine sahip olmasına bağlı olduğundan taşınmazın bir üçüncü kişiye geçirilmiş olması durumunda artık aynen ifa imkansızlaşacak ve dava konusuz kalacaktır. Bu durumda alacaklının uğradığı zararın tazmini gerekir.

⁴³ ENGEL, s.702.

⁴⁴ COMMENT Albert: De la demeure du débiteur dans les contrats bilatéraux, art. 107-109 CO, Courtenay, 1924, s.94; CHAVANNE Sylvie: Le retard dans l'exécution des travaux de construction, Genève, 1993, s.71.

mutlak kesin vadeli işlemler⁴⁵ ile bazı durumlarda sürekli edimli sözleşmelerde⁴⁶ aynen ifanın gerçekleşmemesi artık temerrüde değil imkansızlığa yol açar⁴⁷.

Aynen ifa talebinin ileri sürüldüğü ifa davası sonrasında cebri icra talebi İİK m.30 hükmüne göre uygulanır. Buna göre yapma borcunun tamamlanarak alacaklıya teslim edilmesi, temerrüde düşmüş olan borçlu tarafından yapılması zorunlu bir iş değilse, icra müdürü tarafından masrafları temerrüde düşmüş olan borçluya ait olmak üzere başka bir kişiye de yaptırılabilir. Konuya ilişkin özel hükümler bir yana (TBK m.304/I, m.306/I, m.473/II, TMK m.812/II gibi) yapma ediminin mutlak kesin vade oluşturduğu durumlarda ise cebri icra mümkün değildir. İmkansızlığın ortaya çıktığı bu durumda aynen ifayı elde edemeyen alacaklı borçlunun kusuru varsa artık sadece uğradığı zararlarının tazminini isteyebilir (TBK m.112)⁴⁸.

Borçlunun şahsen ifa etmek zorunda olmadığı edimler yönünden kanun koyucu TBK m.113/I hükmü ile alacaklıya özel bir imkân sağlar. “*Nama ifa yetkisi*” (ikame ifa) olarak adlandırılan bu imkân ile masraf ve hasarı borçluya ait olmak üzere, ifanın alacaklı tarafından bizzat yerine getirilmesi veya üçüncü kişiye bırakılması mümkündür⁴⁹.

b. Nama İfa Yetkisi

Doktrinde TBK m.113/I hükmünün hukuki niteliği ile ilgili farklı görüşler doğmuştur. İlk görüş, maddenin yapma borcunun aynen ifasının sağlanmasına yönelik cebri icra hukuku hükmü olduğu yönündedir⁵⁰. Buna göre maddeden yararlanmak isteyen alacaklının öncelikle ifa davası açması, hâkim tarafından gecikmiş borcun aynen ifası yönünde karar verilmesi ve borçlunun buna rağmen borcunu yerine getirmemesi durumunda ilgili ilama dayalı maddenin uygulanabilmesi için izin istenmesi gerekir.

TBK m.113/I hükmünü aynen ifayı sağlayan bir hüküm olarak değil, alacaklının borçlunun yapma borcunu ifa etmemesinden doğan zararlarının telafisine yönelik bir tazminat hükmü olarak gören bir diğer görüşe göre ise hüküm maddi hukuka ilişkindir⁵¹. Buna göre hüküm TBK m.112 (İBK m.96) ile bağlantılıdır ve daha özel bir hüküm niteliği taşıdığından borcun hiç/gereği gibi ifa edilmemesi durumunda tazminat yükümlülüğü doğar. Borçlunun aynen ifası esas olduğundan, alacaklının talebi (TBK m.113/I) ancak aynen ifa yükümlülüğünün sona ermesi ile mümkündür. Bu nedenle öncelikle borçluya ek süre verilip aynen ifa talep edilmeli, ifa gerçekleşmezse borçluya aynen ifadan vazgeçildiği bildirilmelidir. Böylelikle alacaklının

⁴⁵ Alman doktrininde kabul edilen iki tip kesin vadeli işlem türü bulunur: “*Mutlak kesin vadeli işlem*” ve “*Nispi kesin vadeli işlem*”⁴⁵: *Mutlak kesin vadeli işlemler*, sözleşmenin amacının ve alacaklının sözleşmeden beklediği menfaati elde edebilmesinin, ifanın zamanında gerçekleştirilmesine bağlanmış olduğu yani ifa zamanının edimin unsuru haline geldiği işlemlerdir. *Nispi kesin vadeli işlemler ise* ifa için kesin bir tarihin kararlaştırıldığı, ancak borçlanılan edimin sonradan ifasının da sözleşmenin amacına hizmet edebileceği işlemlerdir ve kararlaştırılan vade ya da süre alacaklı için önemli olsa da ifanın bu vade ya da süreden sonra yapılması da mümkündür. Bu işlemler yönünden ifa zamanı olarak belirlenen günün gelmesi *temerrüdün doğumu için yeterli olup*; karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde artık ek süre tayini zorunluluğunu ortadan kaldırmakta ve doğrudan seçimlik hakların kullanımı imkânı doğmaktadır. *Mutlak kesin vadeli işlemler* yönünden ise ifa zamanından sonra gerçekleştirilmek istenen edim, artık sözleşme ile kararlaştırılmış olan edim değil ve ortaya çıkan temerrüt artık edimin niteliğini değiştirmek ve edim artık *imkansızlaşmaktadır*⁴⁵. Bu ayırımın Türk ve İsviçre Hukukları yönünden benimsenmemesinin en temel sebebi ise Alman Hukuku ile Türk ve İsviçre Hukuklarında borca aykırılık halleri arasında var olan düzenleme farklılıklarıdır. Nitekim ayırımın yapıldığı Alman hukuku yönünden Türk ve İsviçre Hukuklarının aksine borçlu temerrüdü BGB § 323 hükmünde kusura dayalı bir düzenleme içerir. Bu konuda bkz. THÉVENOZ, Art. 108, s. 644, 645; SEROZAN, s.77,78; KESKİN, Dilşad: “Kesin Vadeli İşlemlerde İfa Etmeme: Temerrüt ve İmkansızlık”, GÜHFD, 11(1-2), 2009, s. 214 vd.

⁴⁶ Sürekli edimli borç ilişkileri yönünden temerrüt özel olarak TBK m. 126 hükmünde metne alınmıştır. Buna göre ifasına başlanmış sürekli edimli sözleşmelerde, borçlunun temerrüdü hâlinde alacaklı, ifa ve gecikme tazminatı isteyebileceği gibi, sözleşmeyi feshederek, sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir. Dikkat edilecek olursa kanun koyucu sürekli edimli sözleşmelerde sürekli edimin ifasına başlanıp başlanmamasına göre bir ayırım yapmakta ve ifasına başlanmayan sürekli edimli sözleşmeler için genel borçlu temerrüdü hükümlerine, ifasına başlanan sürekli edimli sözleşmeler için ise TBK m. 126 hükmüne göre düzenleme getirmektedir. Bu konuda bkz. ENGEL, s. 111; TERCİER, s. 60, 238, 239; THÉVENAZ, Art. 107, s. 640; VON TUHR, s. 50; EREN, s. 111; KOÇAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPAÇI s. 38; SEROZAN, s. 295, 296; TEKİNAY/AKMAN/BURCOĞLU/ALTOP, s. 10, 11; SELİÇİ, s. 5 vd.; TÜMERDEM, s. 27 vd; ATEŞ, s. 186 vd.

⁴⁷ CUENDET Jean: *La faute Contractuelle et Ses Effets*, Lausanne, 1970, s.54; STANİSLAS, Guy: *Le droit de résolution dans le contrat de vente : sanction de l'inexécution des obligations contractuelles : étude de droit suisse*. Genève : Georg, 1979, s.99; RAMONİ, Claude: *Demeure du débiteur et contrats de droit suisse*, Zurich 2002, s.31; COMMENT, Albert: *De la demeure du débiteur dans les contrats bilatéraux*, art. 107-109 CO, Courtenay, 1924, s.94; TERCİER, s.232; SEROZAN, s. 296. Sürekli borç ilişkileri yönünden Serozan bu durumun sebebini imkansızlık ile değil sözleşmenin konusunun değiştirilememesi ile açıklamaktadır. Bkz. SEROZAN, (*Dönme*), s.163. Ayrıca bkz. HELVACI, Serap: *Kişilik İşlemi Hakları*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 1993, s.45.

⁴⁸ TERCİER, s.233.

⁴⁹ Nama ifa kavramı yanında “ikame icra” ve “ikame işlem” terimleri için bkz. SEROZAN, s.302; ŞENOCAK, Zariye: *Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı*, Turhan Yayınları, Ankara 2020, s.192. Ayrıca bkz. ÖZ, Kemal: *İsviçre Federal Mahkemesi 1. Hukuk Dairesi'nin Nama İfanın Hukuki Niteliğine İlişkin 31 Mart 2016 Tarihli Kararı*, AÜHFD, 66(1) 2017, s.303-310; ANTALYA, s.223 vd.

⁵⁰ VON TUHR, s.91. Detaylı bilgi için bkz. AYDINCIK, s.88 vd.

⁵¹ Luzern Yüksek Mahkemesi tarafından kabul edilen bu görüş hakkında bkz. THÉVENOZ, Art.98, s.575.

hâkimden izin isteme imkânı doğar. Bu imkân ayrıca borçlunun kusuruna bağlı değildir⁵². Nama ifa yetkisi borçlu temerrüdü durumunda ayrıca aynen ifa talebinde bulunmaktan ya da seçimlik hakları kullanma imkanından vazgeçilmesi ile mümkündür.

Bir diğer görüşe göre, hüküm yapma borcunun aynen ifasına ilişkindir ve cebri icra hükmü değil maddi hukuka ilişkin bir hükümdür⁵³. İfa teorisi olarak da adlandırılan bu görüşe göre, maddeye başvurulabilmesi için alacaklının önceden ifa davası açması ve mahkeme hükmüne sahip olması gerekmez. Alacaklı dilerse doğrudan doğruya TBK m.113/I hükmüne dayanarak dava açabilir ve hâkimden masrafları borçluya ait olmak üzere işi bizzat yapmak yahut üçüncü bir kişiye yaptırmak yönünde izin vermesini talep edebilir⁵⁴. Alacaklının bu hakkı kullanabilmesi için sadece borçlunun ediminin muaccel olması, diğer bir ifadeyle alacaklı bakımından borcun ifasının talep edilebilir hale gelmiş olması ve borçlunun da borcu ifa etmek zorunda olması gerekli ve yeterlidir⁵⁵.

Doktrinde ileri sürülen ikame değer teorisine göre ise, hüküm ifa teorisinin savunduğu gibi maddi hukuka ilişkin olmakla birlikte farklı olarak aynen ifa yükümlülüğünün sona ermesini de arar⁵⁶. Borçlunun taahhüt ettiği edimi sözleşmede kararlaştırılan şekilde yerine getirmesi önemli olup, nama ifanın aynen ifa anlamına gelmediği ve edimin masrafları borçluya ait olmak üzere başkası tarafından yerine getirilmesinin ancak ifa ihlali halinde tali olarak gündeme gelebileceği yönündedir. Bunun için de ya edimin subjektif olarak imkânsız hale gelmesi ya da alacaklının borçlu temerrüdü hükümleri uyarınca aynen ifa talebinden vazgeçmesi gerekir⁵⁷.

Kanaatimizce alacaklının TBK m.113/I hükmüne göre nama ifa talebiyle mahkemeye başvurabilmesi için öncelikle borçluyu temerrüde düşürmüş olması gerekli ve yeterlidir⁵⁸. Temerrüde düşen borçlu karşısında nama ifa yetkisi için hâkimden izin almak isteyen alacaklı borçluya ifa talebini içerir ihtarda bulunmalı ve onu temerrüde düşürmeli, ardından aynen ifada bulunması için ek süre tayin etmelidir. Alacaklı bu sürenin sonunda seçimlik haklarını kullanmak yerine TBK m.113/I hükmüne başvuracak ise aynen ifa talebinden vazgeçtiğini borçluya derhal bildirmelidir. Zira kanun koyucu derhal bildirim yapılmadığı sürece karine olarak alacaklının hala aynen ifa talebinde kararlı olduğunu kabul eder⁵⁹. Diğer yandan alacaklı aynen ifadan vazgeçme yönündeki iradesini seçimlik haklarını kullanarak da ortaya koyabilir. Buna göre aynen ifadan vazgeçerek olumlu zararının tazminini talep etmesi ya da sözleşmeden dönerek olumsuz zararlarının tazminini isteme iradesi de aynı yönde değerlendirilir.

Borçlu temerrüdü hükümleri karşısında TBK m.113/I ancak tali bir hak niteliği taşıyabilir. Alacaklının borçluya yaptığı bildirim ile borçlunun gecikmiş borcun aynen ifasını yerine getirme imkânı da ortadan kalkmakta; böylelikle artık aynen ifa ile borcundan kurtulamamaktadır. O halde TBK m.113/I hükmünde düzenlenen nama ifa yetkisi, temerrüde düşen borçluya karşı talep edilebilen aynen ifa, olumlu zararın tazmini ya da sözleşmeden dönerek olumsuz zararın tazmini seçimlik haklarının yanında ayrıca alacaklıya tanınmış yeni bir seçimlik hak görüntüsünde ortaya çıkar⁶⁰. Ancak bu hakkın TBK m.123 uyarınca var olan seçimlik haklardan farkı, alacaklının tek taraflı irade beyanı ile değil dava yoluyla kullanılabilmesidir.

3. Yapmama Borçlarında Aynen İfa

Yapmama borçları yönünden hem aynen ifanın hem de borçlu temerrüdünün mümkün olup olamayacağı konusunda doktrinde farklı görüşler bulunur. Baskın görüş, yapmama borçlarında korunacak menfaatin bulunması kaydı ile tıpkı verme ve yapma borçlarında olduğu gibi aynen ifanın ifa davası ile talep edilebileceği; edim imkansızlaşmış veya imkansızlaşmamakla birlikte yapmama borcunun ifası güven ilişkisini etkilemiş ise bu imkânın ortadan kalkacağı yönündedir⁶¹. Yapmama borçlarına aykırı davranışların imkânsızlık yaratacağı ve alacaklının aynen ifayı ifa davası ile talep etmesine imkân olmadığı yönündeki azınlık görüşü ise, bu borçlara bir defa aykırı hareket edilmesi halinde artık bu aykırılığın giderilemeyeceği

⁵² KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz: Karine ve Borçlar Kanunu'nun 96.maddesindeki Kusur Karinesi, Yargıtay Dergisi, 10(3), 1984, s.272 vd.

⁵³ THÉVENOZ, Art.98, s.574; AYAN, s.178, 179; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.922, 923.

⁵⁴ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.923. Yargıtay kararlarında ifa teorisini benimsendiği yönünde bkz. KURT, s.202.

⁵⁵ THÉVENOZ, Art.98, s.575.

⁵⁶ ŞENOCAK, s.194.

⁵⁷ ŞENOCAK, s.194, 195.

⁵⁸ Aynı yönde bkz. AYAN, s.176; AYDINCIK, s.106; ŞENOCAK, s.194, 195.

⁵⁹ HAVUTÇU, s.60; OĞUZMAN/ÖZ, s.421.

⁶⁰ AYDINCIK, s.107; ŞENOCAK, s.194, 195. Aksi yönde bkz. VON TUHR, s.90, 91; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.921. İsviçre hukukunda cebri icra usulü icra ve iflas hukuku ile Federal ve Kantonal İcra Hukuku kurallarına göre yürütüldüğünden farklı hukuki nitelendirmeler bulunmakla birlikte Federal Mahkemenin de İBK m.97/II hükmü uyarınca, borçlu temerrüdü karşısında alacaklıya aynı yönde seçim imkânı verdiği görülmektedir. THÉVENOZ, Art.98, s.575, 576. Örnek olarak bkz. ATF 130 III 302; ATF 126 III 230; ATF 107 II 50.

⁶¹ Dural, kanunda hüküm bulunmamasının aynen ifayı talep için ifa davası açılmasına engel olmayacağını belirterek, alacaklının önceliğinin tazminat değil aynen ifa olduğunu belirtir. Bununla birlikte yapmama borçlarında imkansızlığın da bulunabileceğini ancak bu durumun ifa davasına engel olmayacağını çünkü imkansızlığın borç yönünden, ifa davası açma imkanının ise borcun ilerideki ihlallerini önlemek yönünden öngörüldüğünü belirtmektedir. DURAL, Mustafa: Akitten Doğan Yapmama Borçları, MHAD, 4(6), 1970, s.20 vd.

ve alacaklının sadece TBK m.113/II hükmüne başvurabileceği fikri üzerine kurulmuştur⁶². Ancak belirtmek gerekir ki TBK m.113/II hükmünde yer alan ve yapmama borcuna aykırı davranan borçlunun bu aykırı davranışının doğurduğu zararları giderme yükümlülüğü aslında borçlu temerrüdüne ait genel hükümlere gidilmesine gerek kalmadan alacaklının olumlu zararlarının tazmine imkân tanır. Böylelikle ayrıca borçluya ihtara da gerek kalmaz⁶³. Diğer yandan dikkat edilirse bu imkân aynen ifanın talep edilebilmesine de engel oluşturmaz⁶⁴.

Borçlu temerrüdü kural olarak her tür borç için söz konusu olabilse de yapmama edimleri yönünden temerrüt hükümlerinin mi yoksa imkânsızlık hükümlerinin mi uygulama alanı bulacağı doktrinde uzun yıllardır tartışma konusu olmuştur⁶⁵. Yapmama borçlarında imkânsızlık hükümlerinin uygulanması gerektiğini düşünen yazarlardan bir kısmı bu borçlara bir kere aykırı hareket edildiğinde tekrar aynı zamana dönülmesi mümkün olmadığından hareket etmekte⁶⁶; *Mommsen* gibi kimi yazarlar ise edimin yerine getirilme şekliyle yola çıkmaktadır. Bu yazarlara göre temerrüt haksız bir unutmama ve ihmal niteliğinde menfi bir durum olduğundan, yapmama borçlarında ihlal ancak olumsuz bir fiil ile gerçekleşebilir, dolayısıyla yapmama borçlarında temerrüt değil ancak imkânsızlık söz konusu olur. Aslında her iki kurum kanun koyucu tarafından ayrı ayrı düzenlenmiş olmasına rağmen borçlu temerrüdünü kısmi imkânsızlık olarak değerlendiren ve imkânsızlık kavramını kısmi imkânsızlık söz konusu olduğunda temerrüt ile eşitleyen bu görüşe göre edim; ifa yeri, konu ve ifa zamanı olmak üzere üç önemli öğeden oluşur. Bu görüş taraftarları, zaman ve yer unsurlarına uyulmaması durumunda kısmi imkânsızlık doğacağı düşüncesinden hareketle ifanın zamanında gerçekleşmemesini (yani temerrüdü) kısmi imkânsızlık saymaktadırlar⁶⁷.

Bir diğer görüşe göre, yapmama borcunun daha sonra ifası alacaklı için bir anlam ifade ediyorsa, başka bir deyişle sonradan ifa alacaklı bakımından değer taşıyorsa ve temerrüdün diğer şartları da oluşmuşsa, bu borçlu yönünden de borçlu temerrüdünün doğabileceği yönündedir⁶⁸. Burada alınması gereken ölçüt, tıpkı sürekli edimli borç ilişkilerinde olduğu gibi ifanın mümkün olup olmadığıdır.

Bazı yazarlar ise yapmama borcunun mutlak kesin vadeli işlem olup olmamasına göre bir değerlendirme yapmakta ve eğer yapmama borcu bölünemeyen bir borç ise ya da aykırılık ilişkisinin temelindeki güven ilişkisini sarsıyor ise artık borca bir kez aykırılığın borcu tamamen imkânsız kılacağını; bununla birlikte mutlak kesin vadeli işlem olmayan diğer durumlarda ise temerrüdün mümkün olduğunu belirtmektedirler⁶⁹.

Son görüş ise, yapmama borcunun ihlali halinde alacaklıya temerrüt hükümleri ile tıpkı kusurlu imkansızlıkta olduğu gibi olumlu zararın tazminini isteme konusunda seçim hakkı bırakmaktadır⁷⁰. Alacaklıya bu seçim hakkı verilirken olumlu zarar tazmini için ihtara ihtiyaç duyulmaz. Bu durum temerrüt hükümlerinin ihtara gerek kalmadan kendiliğinden uygulanabilmesi şeklinde öngörülür. Böylelikle yapma ve yapmama borçlarına aykırılık durumunda alacaklı hâkimden sözleşmeye aykırılığın tespitini, edimin ikame ifasını ya bizzat kendisi ya da üçünü bir kişi tarafından gerçekleştirilmesine izin verilmesini, ifa masrafları ile gecikmeden doğan zararın borçludan tahsilini isteyebilir⁷¹.

Bizim görüşümüz de temerrüt ve imkânsızlık değerlendirmesinin alacaklının ifaya olan menfaatinin devam edip etmemesine göre belirlenmesi gerektiği yönündedir. Buna göre yapmama edimine ait borcun bir defa ihlal edilmesi alacaklının ifadan beklediği menfaati ortadan kaldırıyor ise imkânsızlık hükümlerinin uygulanması gerekirken; aykırılığa rağmen alacaklının ifa menfaati devam ediyorsa temerrüt hükümleri uygulama alanı bulabilir⁷². Sonradan ifası mümkün olan yapmama borçları yönünden ise temerrüt hükümleri uygulanabileceğinden aynen ifa talebi de somut durumun özelliklerine göre değerlendirilir.

C. Seçimlik Edimlerde Aynen İfa

En az iki edimin borcun konusunu teşkil ettiği ve bu edimlerden sadece birisinin borçlu, alacaklı veya üçüncü kişi tarafından seçilerek belirlendiği borçlara seçimlik borç (*obligation alternative*) denir⁷³. Bu

⁶² TERCİER, s.213; OĞUZMAN/ÖZ, s.395. Yazara göre TBK m.113/3 düzenlemesi gecikmiş borcun aynen ifasını değil, tazminatın tarzını belirleyen bir hükümdür.

⁶³ ENGEL, s.703; THÉVENOZ, Art.98, s.576.

⁶⁴ THÉVENOZ, Art.98, s.576; DURAL, s.21. Aksi yönde bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s.395.

⁶⁵ TANDOĞAN, s.470; BARLAS, s.15; BOVAY, s.794.

⁶⁶ Bu görüşün temelinde yapmama borçlarının kesin vadeli işlem olarak kabul edilmesi yatar. BARLAS, s.15. Ayrıca Dural, yalnız bir defa aykırı davranılmak ile alacaklının menfaatinin sona ereceği yapmama borcu ise borcun tamamının imkânsız olacağını ancak art arda ifa edilecek yapmama borçlarında vadesi gelen borç için imkansızlığın söz konusu olacağını, borcun geri kalanı için ifanın mümkün olduğunu belirtir. DURAL, s.16, 21.

⁶⁷ ZIMMERMANN, s.810. Ayrıca bkz. MOMMSEN, Friedrich: Beiträge zum Obligationenrecht. Dritte und letzte Abtheilung. Die Lehre von der mora nebst Beiträgen zur Lehre von der Culpa, Braunschweig 1855. Bkz. ATEŞ, s.52 vd.

⁶⁸ TANDOĞAN, s.470; BOVAY, s.785.

⁶⁹ DURAL, s.156 vd.

⁷⁰ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.924.

⁷¹ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.923.

⁷² Bu durumda dahi temerrüt hükümlerini uygulanamayacağı çünkü borçlu temerrüdünün sonuçlarının yapmama borçlarının niteliği ile uyumlu olmadığı meselenin sözleşmenin müspet ihlali ile çözümlenebileceği yönünde bkz. BAŞOĞLU, s.103.

⁷³ ENGEL, s.80; TERCİER, s.184; 1967, HOHL, Art.72, s.471. Ayrıca bkz. PIOTET, Paul: Le contrat Estimatoire, dit de soumission ou de consignation, Berne 1967; GÜMÜŞ, S. 718 ; ANTALYA, s. 138 vd.

borçlarda, borca konu edimlerden biri seçilerek ifa konusu belirlenir. Bu sebeple seçimlik borçlarda en önemli husus ifanın konusunu belirlemede açıklık olması, belirsizlik olmamasıdır⁷⁴. Seçimlik borca konu edimler aynı ya da farklı vasıf ve niteliklere sahip olabilir ve edimlerin değer yönünden eşit olmaları gibi bir zorunluluk da bulunmaz⁷⁵.

Seçim hakkının kullanılmasıyla borcun konusu artık tek bir edim haline geldiğinden hakkın değiştirici yenilik doğurucu hak olduğu kabul gören görüştür⁷⁶. Seçim hakkının kullanıldığına dair beyanın muhataba ulaşmasıyla birlikte, hak hüküm ve sonuçlarını doğururken, seçimden dönmek, ancak karşı tarafın rızası ile mümkün olabilir⁷⁷.

Seçim hakkı, hukukî ilişkiden ve işin mahiyetinden aksi anlaşılmadıkça, borçluya ait olmakla birlikte (TBK m.87) alacaklı ya da üçüncü kişiye bırakılması da mümkündür. Seçim hakkı şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak değildir ancak bağımsız olarak devri mümkün yenilik doğurucu bir hak da olmadığından, borç ilişkisinden ayrı olarak devredilemez⁷⁸.

Seçim hakkının alacaklıya tanınması ve alacaklının seçim hakkını kullanmaması durumunda genel kabul gören görüş alacaklı temerrüdünün gerçekleşeceği yönündedir⁷⁹. Zira alacaklının seçim hakkını kullanmaması sebebiyle hangi edim ifa edeceğini bilemeyen borçlu borca uygun bir şekilde ifasını teklif edeceği edimi de bulamayacaktır. Bu noktada borçlunun, seçim hakkını kullanmayan alacaklıyı bu hakkını kullanmaya davet etmesi alacaklı temerrüdünün gerçekleşmesi bakımından yeterlidir⁸⁰.

TBK m.84 hükmü uyarınca başka türlü olduğu işin niteliğinden anlaşılmadıkça seçim hakkı borçluya aittir. Seçim hakkının borçluya tanınması durumunda, borcun ifa edilebilir hale gelmesi hakka sahip borçlunun bu hakkını kullanmasına bağlıdır. Aksi kararlaştırılmadıkça borçlu en geç ifa zamanına kadar seçim hakkını kullanmak zorundadır. Bu hakkın kullanılmaması borçlu temerrüdüne yol açar ve alacaklı aynen ifa talebinde ısrar ederse borçlu kendisine yapılan ihtar sonrası seçimlik hakkını kullanarak ifayı yerine getirebilir. Elbette alacaklının aynen ifa talebi dışında karşılıklı borç yükleyen sözleşmelere ait seçimlik hakları kullanması da mümkündür⁸¹. Alacaklının bir diğer imkânı ise TBK m.125 ve devamı hükümleri yerine borçluya karşı seçimlik ifa davası açmasıdır. Bu durumda alacaklı edimlerden birini isteyemeyecek hâkimin vereceği karar ise seçimlik bir karar olacaktır. Hâkim tarafından verilen karar üzerine borçlu artık seçeceği edimlerden birini yerine getirmek zorundadır⁸².

Seçim hakkının kullanılması seçilmeyen edimleri borcun konusu olmaktan çıkartacağından, borçlunun seçtiği bir edimi ifada temerrüde düşmesi durumunda artık borcun konusu baştan itibaren tek edim olarak kabul edilmeli ve seçilmeyen edimler borcun konusu olmaktan çıkarılmalıdır. Dolayısıyla seçim hakkını kullandıktan sonra temerrüde düşen borçlu seçim hakkı ile bağlıdır ve kural olarak alacaklının aynen ifa talebi karşısında seçiminden dönerek diğer edimleri ifa etmeyi tercih edemez. Alacaklının bu konuda borçluya yetki vermesi ise her zaman mümkündür⁸³.

D. Ani, Dönemsel ve Sürekli Edimlerde Aynen İfa

1. Genel Olarak

Edimin ifa süresi dikkate alınarak yapılan ayırımı göre ani edimli sözleşmelerde, borcun ifası sırasında alacaklının ifaya olan çıkarının zaman birimiyle ölçülemeyecek bir an içinde gerçekleştiği kabul edilmekte ve asli edimleri ani edim olan borç ilişkileri de *ani edimli (ifalı) borç ilişkileri* olarak nitelendirilmektedir⁸⁴. BK m.117 ve devamı hükümlerine bağlı borçlu temerrüdü ani edimli borç ilişkileri bakımından uygulama bulur.

Doktrinde baskın görüş ifanın ani mi sürekli mi olduğu belirlenirken borçlunun faaliyetlerinin değil, alacaklının edime olan çıkarının değerlendirilmesi gerektiği yönündedir. Buna göre alacaklının edimden menfaatinin bir an içinde mi olduğu yoksa bir süreye mi yayıldığına tespiti önem taşır⁸⁵. Borçlunun borcunu zaman içinde devamlı ve aralıksız yani sürekli bir davranışla ifa edebildiği hallerde sürekli edim söz konusu

⁷⁴ HOHL, Art.72, s.471; TERCİER, s.64.

⁷⁵ HOHL, Art.72, s.471; OĞUZMAN/ÖZ, s.294; EREN, s.1083.

⁷⁶ HOHL, Art.72, s.471; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s.64; EREN, s.1084; OĞUZMAN/ÖZ, s.294; SELİÇİ, s.387; ŞENGÜL, s.221. Aksi yönde bkz. YÜCE, (*Edimi Belirleme Yetkisi*), s.3205.

⁷⁷ VON TUHR, s.71; SELİÇİ, s.386; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.814; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s.64.

⁷⁸ SELİÇİ, s.388.

⁷⁹ KILIÇOĞLU, s.755; OĞUZMAN/ÖZ, s.294; SELİÇİ, s.393; EREN, s.1086.

⁸⁰ Bu konuda bkz. ATF 110 II 148; HOHL, Art.72, s.471, dpn.7. Böyle bir durumda seçim hakkının borçlu tarafından yapılacağı yönünde bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.815 SEROZAN, s.118. Seçim hakkı alacaklıya borç olarak yükletilmiş ise borçlunun borçlu temerrüdü hükümlerine gidebileceği yönünde bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s.295, dpn.131, TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.815, ANTALYA, s. 140.

⁸¹ HOHL, Art.72, s.471.

⁸² VON TUHR, s.80.

⁸³ ATEŞ, s.161 vd.

⁸⁴ ENGEL, s.79.

⁸⁵ SELİÇİ, s.7 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s.40 vd; KUNTALP, E.; Ard Arda Teslimli Satım Akdi, Ankara, 1968; s. 18, 19. Ayrıca bkz. SEROZAN (*Dönme*), s.171, dpn.24.

olup, tarafların asli borçlarından en az birinin sürekli edim içerdiği borç ilişkilerine *sürekli edimli borç ilişkileri* denir⁸⁶. TBK m.126 bu tür borç ilişkileri yönünden borçlu temerrüdünü özel olarak düzenler.

Borçlunun zaman içinde düzenli olan veya olmayan aralıklarla borcunu ifa etmesi gereken haller ise aralıklı edimleri oluşturmaktadır. Bu tarz borçlarda borcun kısım kısım muaccel olması söz konusu olabileceği gibi aynı borç ilişkisinde borçların zaman aralıkları ile doğması da mümkündür. *Art arda teslimli (aralıklı ve dönemsel edimli) borç ilişkilerinin* sürekli edimli borç ilişkisi sayılıp sayılmayacağı da doktrinde tartışmalı olup baskın görüş her durumun ayrı ayrı ve amaca uygun değerlendirilmesi yönündedir⁸⁷. Buna göre sürekli borç ilişkileri ile sürekli borç ilişkisi niteliği taşımayan art arda teslimli borç ilişkileri yönünden borçlu temerrüdüne bağlı aynen ifa talebinin ayrıca değerlendirilmesi yerinde olur.

2. Sürekli Edimli Sözleşmelerde

TBK m.126 hükmü uyarınca ifasına başlanmış sürekli edimli sözleşmelerde, alacaklı, ifa ve gecikme tazminatı isteyebileceği gibi, sözleşmeyi feshederek, sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir. Borçlunun temerrüdünün şartlarını düzenleyen TBK m.117 tüm borç ilişkileri için uygulama alanı bulmaktadır. Bu sebeple sürekli borç ilişkilerinde borçlunun temerrüdünden söz edilebilmesi için m.117 de sayılan şartların da gerçekleşmesi gerekir.

Sürekli edimli sözleşmelerde sürekli edimin ifasına henüz başlanmadan temerrüt şartları oluşursa, uygulanması gereken hüküm genel borçlu temerrüdü ve TBK m.125 hükmünde tanınmış olan seçimlik haklardır⁸⁸. Sürekli edimin ifasına başlandıktan sonra ortaya çıkan borçlu temerrüdü yönünden ise TBK m.126 hükmü uygulanır. Bu madde alacaklıya aynen ifanın devamını ve gecikme ya da ifanın kesilmesi sebebiyle doğan zararın tazminini ya da sözleşmeyi feshederek ifa edilmeyen kısım sebebiyle uğranılan olumlu zararın tazminini talep etmek hakkı tanır⁸⁹. Fesih hakkının kullanılması durumunda, fesih dönemine ilişkin borçların varlığına dokunulmamakta, bu andan sonrası için borç ilişkisi ortadan kaldırılmaktadır. Dolayısıyla karşılıklı iade talepleri de fesih sonrası döneme ait olan edim veya edim kısımları için söz konusu olur.

Sürekli borç ilişkisine bağlı olarak alacaklının aynen ifa ve gecikme tazminatı talep etmesi durumunda borç ilişkisi devam eder. Gecikme tazminatı talebinin kabul edilip edilmemesi borçlunun temerrüde düşmekte kusursuzluğunu ispatına bağlıdır. Aynen ifa talebi için borcun muaccel olması yeterli olup, ifanın gerçekleştirilme şekli somut olaya göre farklılık gösterebilir. Doktrinde bazı yazarlar, alacaklının aynen ifayı talep etmesi halinde işin bitiş süresi varsa, borçlunun bu bitiş süresine ifayı durduğu süre kadar süre ekleyerek ifaya devam etmesi gerektiğini ileri sürmektedir⁹⁰. Bu süre eklemesine rağmen alacaklının karşılanamayan zararları ise gecikme tazminatı ile tazmin edilir. Bununla beraber sözleşme ifa süresinden sonra ifa imkansız hale gelirse veya borçlu kesin olarak ifa etmeyeceğini belli ederse ya da alacaklı için ifa artık faydasız hale gelmişse alacaklı sözleşmeyi feshetmelidir.

Bir diğer görüş ise, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelere ait seçimlik hakların kıyasen uygulanması ve ifanın sadece yerine getirilmeyen süreye ilişkin olan kısmından vazgeçilerek olumlu zarar tazminini talep edilmesi yönündedir⁹¹. Bu görüş sözleşme kurulduğu sırada kararlaştırılan ifa süresinde değişiklik yaratmaz. Dolayısıyla yapılan işin miktarı değil sözleşme süresi önem taşır. Bu sebeple alacaklının sözleşme süresine sadık kalmak isteği ve özellikle ifa süresinden sonra ifanın imkansızlaştığı ya da faydasız hale geldiği durumlarda işin niteliğine uygun düşeceği ifade edilir.

Kanaatimizce sürekli edimli sözleşmelerde edim fiillerinin ve sonuçlarının tekliği söz konusu olmadığından ve asli edim yükümlülüğü tek seferde yerine getirilmediğinden karşılıklı ilişki farklı bir görünüm ortaya koyar⁹². Edimlerin ifası belli bir zaman dilimine yayıldığı için bu edimlerin belirlenen zaman dilimi sürecinde ifa edilmeleri esastır. Dolayısıyla edim değerlendirmesi yapılırken sürekli borç ilişkisine ait edimlerin bütünü üzerinden değerlendirme yapmak ya da teknik anlamda edimleri bölerek kısmi edimlere ayırmak doğru değildir. O halde yapılması gereken sürekli borç ilişkisi içinde yer alan bağımsız her edim ile borç ilişkisine ait toplam edim arasındaki ayırımı belirlenmesidir.

Karşı edimi elde etmek istek ve iradesi toplam edime ya da belli bir zamanda ifası gereken bağımsız bir edime ilişkin olabileceğinden karşılıklı sözleşmenin bütünü içinde değerlendirilir. Bu noktada bağımsız ayrı bir edimin mi yoksa sözleşmenin bütünü mü esas alınarak değerlendirme yapıldığı önem taşır. Bu sebeple temerrüde düşülen edimin sözleşmenin bütünü üzerindeki etkileri esas alınarak aynen ifa değerlendirmesi yapılmalıdır.

Her şeyden önce taraflar sözleşme özgürlüğü sınırları içinde edimlere ait temerrüt sonuçlarını özel bazı hükümlere bağlayabilirler. Bu durumda aynen ifa, belirlenen kurallar çerçevesinde yerine getirilir. Ancak böyle bir anlaşma bulunmadığı hallerde ifasında temerrüdü düşülen edimin sözleşmenin bütünü

⁸⁶ ENGEL, s.111; TERCİER, s.60, 238, 239; THÉVENAZ, Art.107, s.640.

⁸⁷ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. KUNTALP, s. 15; TÜMERDEM, s.31-58.

⁸⁸ THÉVENAZ, Art.107, s.640; CHERPILLOD, s.83; RAMONİ, s.46; ANTALYA, s: 613.

⁸⁹ Bu konuda İsviçre Hukukunda yer alan tartışmalar için bkz. CHERPILLOD, Ivan: La Fin Des Contrats De Durée, Lausanne 1988, s.83 vd.; TERCİER, s.239; RAMONİ, s.47; MONOD, s.88; ENGEL, s.734. Ayrıca bkz. BUZ, s.322; SELİCİ, s.56, 57, 211; ALTINOK ORMANCI, s.201; GÜNDÜZ, s.212.

⁹⁰ OĞUZMAN/ÖZ, s.544.

⁹¹ YILDIZ, s.316, 317.

⁹² Bu konuda bkz. TÜMERDEM, s.187 vd.

üzerindeki etkilerine bakılarak değerlendirme yapılması daha doğrudur. Çünkü sürekli borç ilişkilerinin niteliği, özelliği ve karşılıklılık ilişkisi sebebiyle aynen ifaya konu edimin sözleşmeye ait tüm edimlerle birlikte ve sürecin tamamına ait bir edim olarak değerlendirilmesi gerekir. Bunun için aynen ifa talebi karşısında alacaklı sözleşmenin bütününe feshetmek için gerekli şartlara sahip değilse, aynen ifa talebine konu edimin ifası imkânsız ya da alacaklı için faydasız değilse öncelikle aynen ifa yanında ifaya ait zararların tazmini talep edilebilmelidir. Buna karşın aynen ifa talebine konu edim imkânsız ya da alacaklı için artık faydasız ise ifa talebinden vazgeçilerek alacaklının ifaya konu borcun yerine getirilmemesinden kaynaklı olumlu zararlarının tazmini istenebilir.

Kanun koyucu TBK'nun 126'ncı madde hükmünde borçlu temerrüdüne bağlı seçimlik hakların kullanımı için borçlunun tek bir kere temerrüde düşmüş olmasını yeterli kabul etmekte ve tekrarını aramamaktadır. Seçimlik hakların kullanımı ise borçluya ek süre verilmesine bağlıdır. Borçluya tanınan ek süre sonunda alacaklı sürekli edimli sözleşmeyi ileriye etkili olarak feshederse artık geçmiş döneme ilişkin var olan gecikmiş borçların aynen ifalarını da talep edemez. Bir başka deyişle fesih hakkının kullanılması ister fesih beyanından önce ister fesih beyanından sonra doğmuş olsun, henüz yerine getirilmemiş olan tüm sürekli edim yükümlülüklerini sona erdirir⁹³. Borçlu fesih hakkının kullanılmasından önce de doğsa, sürekli edimini yerine getirme yükümlülüğünden kurtulmuş olur ve alacaklı da karşı edim yükümlülüğünü yerine getirmek zorunda değildir. Dolayısıyla sözleşmenin feshiyle birlikte aynen ifayı talep imkânı sona erer ve alacaklı sadece zararlarının tazminini talep edebilir.

3. Art Arda Teslimli Sözleşmelerde

Art arda teslimli sözleşmelerden sürekli borç ilişkisi niteliği taşıyanlar yukarıda açıklandığı üzere sürekli edimli sözleşmelere ilişkin temerrüt hükümlerine tâbi iken; bu niteliği taşımayanlar yönünden borçlu temerrüdü özel sonuçlar doğurur. Zira bu sözleşmelerde borçlunun teslim etmesi gereken edimlerden her birine ait ayrı bir muacceliyet tarihi bulunduğundan art arda teslimlerden birinin ifa edilmemesi borcun tamamı üzerinde kısmi temerrüt hükümleri doğurmaz. Borçlunun edimlerden biri ile ilgili temerrüde düşmesi sadece o edim yönünden temerrüt hükümlerini doğuracak, diğer edimler yönünden bu sonuç doğmayacaktır. Bu durumda alacaklının aynen ifayı ret hakkı ve gecikme tazminatı talebi ile seçimlik haklarının kullanımı sadece borcun ifasında gecikilen kısma aittir.

Bununla birlikte art arda teslimli sözleşmelerde kısmi temerrüde yakın bir uygulama olarak, borçlunun art arda teslimlerden bir ya da birkaçında temerrüde düşmesi durumunda, henüz muaccel olmayan kısımları da kapsayacak şekilde edimin bütünü yönünden ifadan vazgeçebilme imkânı da vardır. Aslında borçlunun daha diğer teslimlerde temerrüde düşüp düşmeyeceğinin belli olmadığı süre zarfında, alacaklı bekleyip diğer kısımların teslim edilip edilmeyeceğini görmelidir. Ancak borçlu teslimlerde üst üste temerrüde düşmüş ve ileride yapılacak teslimlerin de geç yapılacağı ya da gereği gibi ifa edilmeyeceği anlaşılıyorsa, alacaklının ek seçimlik haklarını henüz muaccel olmamış teslim borçlarını da kapsayacak şekilde kullanabilmesi gerekir⁹⁴. Yalnız bu durumda alacaklının borçluya ek süre verirken, ek süre içinde ifa etmeme halinde henüz muaccel olmamış, gelecekteki kısımları da kapsayacak şekilde seçimlik haklarını kullanacağını açıkça bildirmiş olması gerekir⁹⁵. Ek süre tayininde bu kapsamda açık bir bildirim bulunmaz ise verilen sürenin ifa edilmeyen ve muaccel olan borçlar yönünden hüküm ve sonuç doğuracağı kabul edilir.

Kısmi temerrüt hükümlerine kıyasen, bazı yazarlar alacaklının ifasında gecikilen ve henüz muaccel olmamış kısımlar olmaksızın sözleşmeyi yapmayacak olduğu kabul edilebiliyorsa, sözleşmenin bütünü üzerinde aynen ifadan vazgeçebileceği ve ifa edilmiş kısımları da kapsayacak şekilde seçimlik hakların kullanılabilmesini kabul eder⁹⁶. Bununla birlikte bir ya da birden fazla teslimde yaşanan temerrüdün ileriki edimlerin ifasını tehlikeye düşürüp düşürmediği ve sözleşmenin bütünü üzerinde etkisi olup olmadığı; ifa etmeme sebebi ya da sebepleri de dikkate alınarak değerlendirilmelidir⁹⁷. Bu değerlendirmede kanaatimizce tarafların menfaat dengeleri, gecikmiş borcun aynen ifasından doğan zarar, bu zararın telafisinin mümkün olup olmadığı ve hukukun genel ilkeleri ile dürüstlük kuralları da önem taşır.

IV. SONUÇ

Borçlu temerrüdü ile ilgili monografik eserler göz önünde bulundurulduğunda hem konunun önemi hem de derinliği çok net ortaya çıkmaktadır. Mesele basit bir borca aykırılık halinin ötesinde olup özellikle karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde çok yönlü sorunları ve tartışmaları da içinde barındırır. Bir kere borçlu temerrüdü gerçekleştiğinde alacaklının önüne çıkabilecek tek engel sadece borçlunun içinde bulunduğu durum ve koşullar değil; aynı zamanda taraflara ait yükümlülükler ile aynen ifaya konu edimin özellikleridir.

Her ne kadar ilk bakışta alacaklının geciken ifa talebinde ısrar ediyor olması temerrüde bağlı kendisine tanınan bir hakkın kullanımı gibi görünse de bilhassa karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler söz konusu olduğunda alacaklının istediği bu sonuca ulaşması zaman zaman oldukça zor hatta imkânsız dahi olabilmektedir. Aynen ifanın borçlu temerrüde düşmeden önce taraflarca kararlaştırılan edime uygun olması

⁹³ BUZ, s.322. Ayrıca bkz. ANTALYA s. 616.

⁹⁴ THÉVENAZ, Art.107, s.640; HAVUTÇU, s.141.

⁹⁵ THÉVENAZ, Art.107, s.640.

⁹⁶ VON TUHR, s.631; HAVUTÇU, s.142, dpn.30. Ayrıca bkz. BUZ, s.319; SEROZAN, (Dönme), s.395.

⁹⁷ THÉVENAZ, Art.107, s.641.

istenir ve beklenirken bazen sadece edimin niteliği gereği alacaklının ifadan beklediği menfaati elde edebilmesi mümkün olamayabilir.

Bu noktada yapılması gereken değerlendirmelerde teknik anlamda ifa olmasa da asıl edimi yerine getirmeyen borçlunun başvurabildiği ve bazı durumlarda ifanın yerine geçerek aynı hukuki sonucu doğuran ifa ikamelerinin de özel olarak değerlendirilmesi gerekir. Edim kavramının çift yönlü yapısı göz önünde bulundurulduğunda somut bir durumda edim fiilinin mi yoksa edim sonucunun mu hedeflendiği de yine bir diğer önemli husustur. Zira borçlunun edim sonucunu içeren bir borcu ifa etmemesi yani borçlandığı edim ile hedeflenen sonucun gerçekleşmemesi durumunda borç ifa edilmemiş sayılarak temerrüt gerçekleşmezken; edim fiilinin borçlanıldığı sözleşme ilişkilerinde temerrüdün ortaya çıkabilmesi beklenen ve istenen amacın gerçekleşmesine göre değil edim fiilinin borçlu tarafından yerine getirilip getirilmemesine göre belirlenir.

Borçlu temerrüdünde aynen ifaya konu edimin olumlu ya da olumsuz niteliğinin, seçimlik edimlerin varlığının ve bilhassa sürekli edimli sözleşmeler ile art arda teslimli sözleşmelerin de aynen her somut olayın özelliğine göre ayrıca incelenmesi gerekir. Bu değerlendirmeler yapılırken hiç şüphesiz tarafların menfaat dengeleri, gecikmiş borcun aynen ifasından bir zarar doğuyorsa bu zararın telafisinin mümkün olup olmadığı, hukukun genel ilkeleri ve bilhassa TMK m.2'ye bağlı dürüstlük kuralları göz önünde bulundurulmak zorundadır.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Atıf Şekli: Yazar Derya ATEŞ, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Derya ATEŞ who is the author of this paper has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors' Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İNÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İNÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İNÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The author declares that she complies with the scientific, ethical, and quotation rules of InULR in all processes of the paper and that she does not make any falsification of the data collected. In addition, she declares that Inonu University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than Inonu University Law Review.

KAYNAKÇA

- AKİPEK Jale/AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ Derya: Eşya Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2018.
- ALTINOK ORMANCI, Pinar: Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshi, Seçkin Yayınları, İstanbul 2011.
- ALTINOK ORMANCI, Pinar: Zararı Azaltma Külfeti, (Zararı Azaltma), On İki Levha Yayınları, İstanbul 2016.
- ANTALYA Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C V/1,3, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.
- ATEŞ, Derya: Borçlunun Temerrüdünde Aynen İfa, Beta Yayınları, İstanbul, 2022.
- AYAN, Serkan: İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Seçkin Yayınları, Ankara 2008.
- AYDINCIK, Şirin: Yapma Borçlarının İfa Edilmemesi ve Hukuki Sonuçları, Özellikle TBK.m.113/I Kapsamında Nama İfa, Yetkin Yayınları, İstanbul 2013.
- BARLAS, Nami: Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1992.
- BAŞOĞLU, Başak: Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2012.
- BOVAY Henry: Essence de la demeure, Recueil de travaux publié par la Faculté de droit à l'occasion de l'assemblée de la Société suisse des juristes à Lausanne, du 9 au 11 septembre 1934, Lausanne 1934.
- BUZ, Vedat: Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Yetkin Yayınları, Ankara 1998.
- CEMAL, Ahmet: "Edime Uygun İfa Kuralının Bir İstisnası Olarak İfa Uğruna Edim (Leistung Erfüllungshalber)", MHAD, 3(5), 1969, s.239-256.
- CHAVANNE, Sylvie: Le retard dans l'exécution des travaux de construction, Genève, 1993.
- CHERPILLOD, Ivan: La fin des contrats de durée, Cedidac, Lausanne, 1998.
- COMMENT Albert: De la demeure du débiteur dans les contrats bilatéraux, art. 107-109 CO, Courtelary, 1924.
- CUENDET Jean: La faute Contractuelle et Ses Effets, Lausanne, 1970.
- DURAL, Mustafa: Borçlunun Sonradan Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, Yetkin Yayınları, İstanbul 1976.
- ENGEL Pierre: Traite Des Obligations En Droit Suisse, Saempfli, Berne 1997.
- ENGİN, Baki İlkay: "İfa Uğruna Edim", Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2001, s.839-862.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- ERMAN, Hasan: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Seçkin Yayınları, İstanbul 2010.
- GÜMÜŞ, Alper: Borçlar Hukuku Genel Hükümleri, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- GÜNDÜZ, Deren: Olumlu Zarar, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2020.
- HAVUTÇU, Ayşe: Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir 1995.
- HOHL, Fabienne: De l'exécution des obligations, art 68-83, Commentaire Romand, Helbing, Lichtenhahn, Genève-Bale-Munich 2003, s.500-540.
- İPEK, Eyüp: Edime Uygun İfa Kuralı ve Bu Kuralın İhlâline Bağlı Hukukî Sonuçlar, Seçkin Yayın, İstanbul 2016.
- KESKİN, Dilşad: "Kesin Vadeli İşlemlerde İfa Etmeme: Temerrüt ve İmkânsızlık", GÜHFD, 11(1-2), 2009, s.209-231.
- KILIÇOĞLU Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2022.

- KİZİR, Mahmut: Borçlunun Temerrüdünün Sona Ermesi, Adalet Yayınları, Ankara 2012.
- KOCAĞA, Köksal: “Borçlanılan Edimin İfası Kuralının Bir İstisnası Olarak İfa Amacıyla Edim, BATİDER, XXIV(1), 2007, s.139-159.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip./HATEMİ Hüseyin/SEROZAN Rona/ARPACI Abdulkadir: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C.I, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, Filiz Yayınları, İstanbul 2017.
- KUNTALP, Erden: Ard Arda Teslimli Satım Akdi, Ankara, 1968.
- KURT, Leyla Müjde: Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.
- LOERTSCHER, Denis: De l’effet des obligations, art 84-96 Commentaire Romand, Helbing, Lichtenhahn, Genève-Bale-Munich 2003, s.500-540.
- MONOD, Michel: La résolution des contrats synallagmatiques parfaits, Etude comparative de droit suisse et de droit français, Lausanne 1987.
- OFTİNGER Karl/JEANPRÉTRE Raymond: Jurisprudence du Tribunal Fédéral sur la partie générale du code des obligations, traduit de l’Allemand sur la l.ed; Zurich 1970.
- OĞUZMAN M.Kemal/ÖZ M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, Vedat Yayınları, İstanbul 2022.
- ÖZ, Turgut: İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, Aristo Yayınları, İstanbul 1989
- PEDAMON Micheal: Le Contrat en Droit Allemand, LGDJ, Paris 2002.
- RAMONİ, Claude: Demeure du débiteur et contrats de droit suisse, Zurich 2002.
- SELİÇİ, Özer: “Seçimlik Borçların İfası”, İÜHFM, 34(1-4), 1968, s.375-399
- SERAZON Rona: Sözleşmeden Dönme, Vedat Yayınları, İstanbul 2007.
- SEROZAN, Rona: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, On iki Levha Yayınları, İstanbul, 2022.
- STANİSLAS, Guy: Le droit de résolution dans le contrat de vente : sanction de l’inexécution des obligations contractuelles : étude de droit suisse. Genève : Georg, 1979.
- ŞENGÜL, Mehmet: Seçimlik Borçlara ilişkin Temel Özellikler ve Seçimlik Borçların İfası, İÜHFD, XV(3-4), 2011, s.207-248.
- ŞENOCAK, Zarife: Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Turhan Yayınları, Ankara 2020.
- TANDOĞAN Haluk: Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1961.
- TEKİNAY Selahattin Sulhi/AKMAN Sermet/BURCUOĞLU Haluk/ALTOP Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümleri, Filiz Yayınları, İstanbul 1993.
- TERCIER Pierre: Le Droit des Obligations, Schullthess, Zurich 2004.
- THÉVENOZ, Luc: De l’extinction des obligations, art 97-109, Commentaire Romand, Helbing, Lichtenhahn, Genève-Bale-Munich 2003, s.541-651.
- TÜMERDEM, Murat: Sürekli Borç İlişkilerinde Borçlunun Temerrüdü ve Sonuçları, Seçkin Yayınları, Ankara 2018.
- VON TUHR Andreas: Borçlar Hukuku, C.1-2, (Çeviren: C. Edege), Yargıtay Yayınları, Ankara 1983.
- YALMAN, Süleyman: “Edime Uygun İfa Kuralının İstisnaları”, Prof. Dr. Halil Cin’e Selçuk Üniversitesinde 10. Hizmet Yılı Armağanı, SÜHFD, (14), 1995, s.495-512.
- YILDIZ, M.Gökhan: Türk Borçlar Kanunu Genel Hükümlerine Göre Borçlu Temerrüdünün Şartları ve Sonuçları, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2020.
- YUSUFOĞLU, Fülürya: “Borcun Yerine Getirilmesine Yönelik Olarak, Borçlanılan Edim Dışında Bir Şeyin Verilmesi”, Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan, GSÜHFD, 1, İstanbul 2004, s.657-690.
- YÜCE, Melek Bilgi.: Edimi Belirleme Yetkisinin Mevcut Genel İşlem Koşulları Teorisi Ve 6098 Sayılı TBK Açısından Değerlendirilmesi, Yaşar Üniversitesi Dergisi, (8), Haziran 2013, s.3191-3238.
- ZIMMERMANN Reihard: The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition, Oxford, New York 1996.

**HUKUKİ ÇOĞULLUK OLGUSUNUN HUKUK DEVLETİ İLKESİ
BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ****THE EXAMINATION OF THE LEGAL PLURALISM
IN TERMS OF THE PRINCIPLE OF RULE OF LAW**Ezgi ARSLAN*  [10.21492/inuhfd.1114249](https://doi.org/10.21492/inuhfd.1114249) **Makale Bilgi**

Gönderi: 09/05/2022
Kabul : 23/11/2022

Anahtar Kelimeler

*Hukuki Çoğulluk,
Hukuk Devleti,
Şiddet Tekeli.*

Article Info

Received: 09/05/2022
Accepted: 22/11/2022

Keywords

*Legal Pluralism,
Rule of Law,
Monopoly of Violence.*

Özet

Hukuki çoğulluk olgusu genel olarak, bir sosyal alanda çeşitli kaynaklardan doğmuş çok sayıda normatif sistemin işlerliği olarak tanımlanabilir. Hukuki çoğulluk teorileri, bu olguya dair kendi tanımları üzerinde şekillenir ve çoğul hukuk düzenlerini tasnif ederler. Yanı sıra, tasnif edilen çoğul hukuk düzenleri ile devlet hukuku arasındaki ilişkiyi ele alırlar. Bu şekilde teorik çerçevesi çizilen hukuki çoğulluk olgusu, birçok bağlamda değerlendirmeye değerdir. Bu bağlamlardan biri de, hukuk devleti ilkesidir. En basit ifadeyle devlet yönetiminde bir veya birkaç kişinin keyfinin değil hukukun egemen olmasını ifade eden hukuk devleti ilkesi, maddi ve biçimsel olmak üzere iki boyutludur. Hukuki çoğulluk olgusunun bu ilke çerçevesinde değerlendirilmesi de, bu iki boyut bakımından ayrı ayrı ele alınmasını gerektirir. Yanı sıra, hukuki çoğulluk olgusu, hukuk devleti ilkesinin fonksiyonları bakımından da değerlendirilmelidir. Bu değerlendirmede sorulacak temel soru, hukuk devleti ilkesinin devlet tekelinde bir hukuk sistemini gerektirip gerektirmediğidir. Kanaatimizce, çoğul hukuk düzenlerinin varlığı, hukuk devleti ilkesinin doğal bir ihlali sayılmaz. Hukuk devleti ilkesinin gerekleri ve ilgili çoğul hukuk düzenlerinin nitelikleri ortaya konulduktan sonra, her somut normatif düzen için ayrıca bir değerlendirme yapılması gerekir. Bu çalışma, temel olarak bu değerlendirmenin kriterlerini belirlemeye çalışmaktadır.

Abstract

The phenomenon of legal pluralism can be generally defined as the functioning of more than one normative order derived from different sources in a social field. Legal plurality theories take shape on their own definitions of this phenomenon and classify plural legal orders. In addition, they consider the relationship between classified plural legal orders and state law. Legal pluralism, whose theoretical framework is drawn in this way, is worth evaluating in many contexts. One of these contexts is the rule of law. In the simplest terms, the principle of the rule of law, which expresses the domination of law, not the pleasure of one or a few people in the state administration, has two dimensions: material and formal. Evaluating the phenomenon of legal pluralism within the framework of this principle requires that these two dimensions be dealt with separately. In addition, the phenomenon of legal pluralism should also be evaluated in terms of the functions of the rule of law principle. Main question to be asked in this evaluation is whether the rule of law principle requires a legal system with a state monopoly. In our opinion, the existence of plural legal systems cannot be considered a natural violation of the rule of law. After the requirements of the rule of law principle and the qualifications of the relevant plural legal systems have been revealed, a separate evaluation should be made for each concrete normative system. This study basically tries to determine the criteria for this evaluation.

EXTENDED SUMMARY

Introduction and Research Purpose

The rule of law principle, expresses the domination of law in both horizontal relations between individuals and vertical relations between the individual and the state. The content of the rule of law is often considered together with the concepts of modernity. In this sense, it can be thought that within the framework of the modern state's monopoly of violence, the rule of law implies the supremacy of state law. Within the scope of this study, theories regarding the concept of legal pluralism are put forward and these concepts are evaluated in the context of the rule of law. The purpose of this evaluation is to discuss under which conditions it would be possible to consider plural legal orders operating in a certain social area as a violation of the rule of law. Our main claim is that the rule of law does not include the necessity of the state being the sole source of law, and that it is possible to fulfill the requirements of the rule of law in systems where non-state legal systems exist.

Literature Review

The most comprehensive study of the theories of legal plurality, Saim Üye's book 'Legal Plurality in Theory and Practice', has guided in determining the content of the concept of legal plurality within the scope of our study and the selection of theories we mentioned. Based on this study, Griffiths's extremely comprehensive theory of legal pluralism and his works have been examined. In addition, the definitions of legal plurality and classification have been put forward by using the sources of Twining, Tamanaha and Santos. Also in this section, based on Forsyth's article, the relations between plural legal order and state law are examined. In the section of the content and historical background of the principle of the rule of law, Sancar's book 'Rule of Law in the Grip of State Mind' and Özenç's 'Rule of Law; Its Origins and Function in the Age of Globalization' are the main sources. Examination of the sub-principles of the principle of the rule of law, Ali Rıza Çoban's book 'Rule of Law' was mainly used.

Methodology and Findings

The study is an essay. Within the scope of this study, the concept of legal plurality, which is a very new and ambiguous concept, was examined. In considering this concept, the theoretical framework of the concept was drawn instead of examining and evaluating concrete examples. Then, the ideal of the rule of law was emphasized and this concept was tried to be handled together with the subprinciples. In this context, in the last section, the question of whether the issue of legal plurality is acceptable in terms of the principle of the rule of law was discussed from the critical approach.

Conclusions, Limitations, and Recommendation

The relationship between plural legal order and the principle of the rule of law can be understood from two different aspects. The first is related to the functions of the principle of the rule of law. The most basic function of these principle is limiting with law and it is divided into two as limiting horizontal and vertical relations with law. Horizontal relationships correspond to the relationships between individuals where vertical relationships describe the relationships between individuals and the state. Legal pluralism should be evaluated within the framework of the ideal of regulating and limiting both types of relations of the rule of law. In this respect, it can be said that multiple legal order has some advantages compared to state law to direct human behavior and therefore regulate the relations between individuals. However, this is not enough to say that the rule of law principle has not been violated. At this point, the second dimension of the relationship of plural legal orders with the state of law will come into play. The normative system, which fulfills the function of law stipulated by the rule of law principle, will also be expected to provide the substantial and formal conditions required by the principle. It can be said that plural legal systems, which provide the conditions required by the rule of law, will not constitute any contradiction to the principle, but on the contrary, thanks to the advantages they have in directing human behavior, they will contribute to the realization of this principle. On the other hand, where the non-state legal system does not fulfill the requirements of the rule of law, legal pluralism will constitute a violation of the rule of law.

Another criterion that should be taken into account when evaluating legal pluralism in terms of the rule of law is that the functionality of plural legal systems should be based on consent. In this context, when a normative system is officially recognized by the state, being subject to this normative system should be left to the will of the individual. In addition, in accordance with the generality sub-principle of the rule of law, if such a right to choose is to be granted, it should be granted to each individual in the society. Another question that may come to mind in this evaluation is whether it is possible for individuals to make their choices between legal systems based on their free will. This question is a general question about the concept of free will. When considered from a Marxist framework, there is no real choice between state law and plural law orders, which are the products of the same infrastructure and therefore aim to maintain similar power relations and have similar contents except for minor nuances. A choice to be made between them would be to choose one of the two similar ones. In another case, if non-state legal systems are not officially recognized and individuals are subjected to multiple legal systems without their consent, positive obligations of the state will come to the fore for human rights violations.

In terms of the limitation of state power by law, which is another function of the rule of law, local plural legal systems don't seem effective. Due to the period and conditions in which these systems emerged, they are not useful in this respect, as they do not have the purpose of protecting the individual against the state and the tools to serve this purpose. However, since the existence of these orders will mean a narrowing of the scope of state power, in cases where the non-state legal system is ahead of state law in terms of protecting human rights, the state power will be limited for the benefit of individual rights. However, in cases where plural legal systems cannot meet the material requirements of the rule of law, the fact that these systems limit the state power and create their own areas of power will contradict the principle of the rule of law, even if the state power is limited. On the other hand, the effective existence of international legal orders does not constitute a violation in terms of the rule of law, as it will create a suitable basis for the limitation of state power by a normative system based on human rights.

After all, we can state that the phenomenon of legal pluralism does not violate the rule of law in all cases. In each specific situation, the relevant legal order should be evaluated by taking into account the function and meaning of the rule of law, and a decision should be made within the framework of the subjective conditions of each specific situation.

I. GİRİŞ

Hukuki çoğulluk olgusu, hukuka dair birçok tartışmayla yakından ilgilidir. Devlet-dışı hukuk sistemlerine işaret eden bu olgunun, akla getireceği ilk kavramlardan biri de hukuk devleti ilkesidir. Çoğunlukla devlet hukukundan hareketle tasavvur edilen hukuk devleti ilkesi ile hukuki çoğulluk olgusu birlikte değerlendirildiğinde, devlet egemenliği, devletin şiddet tekeli ve hukukun özüne dair sorular gündeme gelecektir. Bu çalışmanın nihai amacı; hukuk devleti ilkesinin devlet hukuku ile ilişkisini, devlet-dışı hukuk düzenlerine bakışını ve bu çerçevede hukuki çoğulluk olgusunu, hukuki merkezizetçilik ideolojisini aşarak değerlendirmektir.

Çalışmamızın ilk bölümünde, üzerinde anlaşılmış bir tanımı olmayan hukuki çoğulluk olgusu inceleneyecektir. Bu inceleme esnasında, hukuki çoğulluk örnekleri üzerinden hareket etmek yerine, hukuki çoğulluk teorileri ele alınacaktır. İkinci bölümde, hukuk devleti ilkesi, tarihsel arka planı ve ilkenin kavramsal çerçevesi üzerinde durulacaktır. Bu çerçevede, kimilerince ilkenin alt ilkeleri olarak kimilerince ise ilkenin unsurları olarak değerlendirilen prensiplere değinilecektir. Nihayetinde, hukuki çoğulluk olgusu, hukuk devleti ilkesinin işlevleri ve alt ilkeleri bakımından değerlendirilecektir. Başka bir deyişle, hukuki çoğulluk olgusunun her koşulda ‘hukuk devleti ilkesinin ihlali olup olmayacağı tartışılacaktır.

Bu tartışma çerçevesinde üzerinde durulacak en temel mesele, hukuk devleti ilkesinin, ‘hukuk’la kastettiği olgunun ne olduğu ya da ne olması gerektiğidir. Bu bağlamda, hukuk devleti ilkesinin işaret ettiği hukukunun sınırları genişletilebilir mi? İlkenin yerine getirmesi umulan işlevi ve amacı çerçevesinde ele alındığında, bu ilkenin zorunlu olarak devlet hukukunun üstünlüğüne işaret ettiğini söylemek mümkün müdür? Biz bu çalışmada, hukuk devleti ilkesinin belirli niteliklere sahip bir hukukun üstünlüğüne işaret ettiğini kabul etmekle birlikte, bu hukukun devlet kaynaklı olmasının şart olmadığını savunuyoruz. Bu çerçevede, öncelikle hukuk devleti ilkesinin işlevini de göz önünde bulundurarak, üstün olması beklenen hukukun sahip olması gereken nitelikleri, Marmor, Dicey, Raz, Hayek ve Schmitt’in hukuk devleti kuramlarından hareketle belirleyeceğiz. Sonrasında ise, çoğul hukuk sistemlerindeki devlet dışı hukuk düzenlerini, bu niteliklerden hareketle değerlendirecek ve iddiamızı temellendirmeye çalışacağız. Bu değerlendirmeyi yaparken ilk olarak hukuk devleti ilkesinin yatay ve dikey ilişkilerde hukuku üstün kılma işlevinden hareket edeceğiz ve çoğul hukuk düzenlerinin bu işlevi yerine getirmek noktasındaki yeterliliğini tartışacağız. Sonrasında ise, hukuk devleti ilkesinin hukuk için öngördüğü işlevi yerine getirme potansiyeline sahip olduğuna kanaat getirdiğimiz normatif düzenleri, hukuk devleti ilkesinin maddi ve şekli alt ilkeleri bağlamında değerlendirmeye tabii kılacağız. Sonuç olarak, hukuki çoğulluk durumunun hangi hallerde hukuk devleti ilkesinin ihlaline yol açarken, hangi hallerde bu prensibin gerçekleşmesine katkı sunabileceğini kabaca belirlemeye çalışacağız.

II. HUKUKİ ÇOĞULLUK

Hukuki çoğulluk olgusu, herkesin üzerinde mutabık olduğu bir tanıma sahip değildir¹. Farklı yazarlar, farklı hukuki çoğulluk tanımları yapmış ve bu tanımlardan hareketle de kendi özgün hukuki çoğulluk teorilerini ortaya koymuştur. Bu sebeple hukuki çoğulluk literatürü son derece farklı teorileri içerir. Literatürdeki bu çeşitlilik, her bir teorinin hukuki çoğulluğa dair sorularını ve bu sorulara yönelik cevaplarını da çeşitlendirmiştir². Hukuki çoğulluk olgusunun çok sayıda farklı tanıma sahip olması, bu olgunun antropoloji, sosyoloji ve hukuk gibi birçok farklı disiplin tarafından kullanılıyor olmasından ileri gelir³. Biz de bu çalışma kapsamında hukuki çoğulluğu tanımlamak için, farklı teorilerden ve tanımlardan faydalanacağız.

A. Kavramsal Çerçevesi, Tasnifi ve Çoğul Hukuk Düzenleri Arasındaki İlişkiler

Bu bağlamda ilk olarak, hukuki çoğulluğa dair çalışmalarda çok fazla atıf yapılan ve hukuki çoğulluk olgusunu geniş biçimde ele Griffiths’in kuramına değineceğiz. Bundan başka, teorilerini konuyla ilgili gelişmeleri hesaba katarak oluşturan ve çoğul hukuk düzenlerine ilişkin tasnif yapmış olan Tamanaha, Santos ve Twining’in teorileri ve bu düşünürlerin çoğul hukuk düzenlerine dair tasnifleri de ele alınacaktır.

Griffiths’in hukuki çoğulluk tanımına göre; “Hukuki çoğulluk, sosyal eylemin her zaman çok sayıda ve örtüşen ‘kısmen özerk sosyal alanlarda, var oluşu ve buna ek olarak pratikte dinamik bir durum içinde bulunuşu gerçeğine dayalı olarak, normatif heterojenliğe işaret eder⁴.”

Buna göre, bir sosyal alanda, çok sayıda normatif sisteminin varlığı, hukuki çoğulluk olarak isimlendirilecektir. Bu anlamda hukuki çoğulluk olgusu incelenirken bakılacak yer sistem ya da kurumlar değil, sosyal alanlardır. Buradan hareketle, hukuki çoğulluğun bir olgu olduğu söylenebilir⁵. Bu hukuki çoğulluk tanımı, daha önceki hukuki çoğulluk teorileri üzerinde çalışıldıktan ve bu teoriler bazı açılardan

¹ GRIFFITHS, John: “What is Legal Pluralism?”, Journal of Legal Pluralism, nr. 24, 1986, s.38; ÜYE, Saim: Teoride ve Pratikte Hukuki Çoğulluk, Turhan Kitabevi, Ankara 2013, s.66; BENDA-BECKMANN, Franz v.: “Who’s Afraid of Legal Pluralism (2002)”, Journal of Legal Pluralism, 2002 – nr. 47, s.72.

² GRIFFITHS, 1986, s.38; ÜYE, s.66.

³ BENDA-BECKMANN, 2002, s.73.

⁴ GRIFFITHS, 1986, s.38, Çev. ÜYE, s.66.

⁵ GRIFFITHS, 1986, s.38; ÜYE, s.66.

eleştirildikten sonra şekillenmiştir⁶. Benzer biçimde, Benda-Beckmann da hukuki çoğulluğu, bir sosyo-politik alanda birden fazla normatif yapının etkin olması olarak tanımlar⁷.

Bu noktada çalışma kapsamında ele alınacak hukuki çoğulluk teorilerinin belirlenmesindeki kriterleri ortaya koymak amacıyla, Griffiths'in zayıf hukuki çoğulluk-güçlü hukuki çoğulluk ayrımından söz etmek yerinde olacaktır. Hukuki çoğulluk kavramı üzerine çalışan diğer yazarlar da farklı isimlendirmelerle bu ayrıma değinir⁸. Zayıf-güçlü hukuki çoğulluk ayrımı, devlet hukuku ile çoğul hukuk düzenleri arasındaki ilişkiye dayanılarak yapılan bir ayrımdır. Griffiths, aynı sosyal alanda etkin çoğul normatif sistemleri, bu sistemlerin resmi hukukla ilişkilenebilecek biçimlerinden hareketle ikiye ayırır. Resmi devlet hukukunun, geçerli olduğu bölgede varlık gösteren çeşitli azınlıklar için değişik ve özgün normlar öngörmesi veya bu grupların normatif düzenlerinin devlet hukuk sistemince kabul edilmesi, zayıf hukuki çoğulluktur⁹. Zayıf hukuki çoğullukta, her ne kadar ilgili normlar devlet eliyle üretilmemiş olsa da halen devlet ile ilgili hukuk sistemi arasında bir bağ mevcuttur. Zira devlet, normatif düzeni tanıyarak onunla arasında bir bağ kurmuş olur. Bu tanımayla, çoğul hukuk düzenleri de resmen geçerli hukuk haline gelir. Zayıf hukuki çoğulluk bakış açısıyla, resmi makamlarca onaylanmayan çoğul hukuk düzenleri, çoğul yapı içerisine dahil olmuş birer unsur olarak görülmez¹⁰.

Griffiths'in güçlü hukuki çoğulluk kavramı ile işaret ettiği olgu, yazarların sömürge geçmişi olmayan toplumlar için de hukuki çoğulluk kavramına başvurmaya başlamalarıyla literatüre girmiştir. ABD ve Britanya gibi sanayileşmiş toplumlar için yapılan tespitlerde hukuki çoğulluk kavramının kullanılması, kavramın kapsamını genişletmiş ve yazarların kavrama dair ikili bir ayrıma gitmesine yol açmıştır¹¹. Zira, güçlü hukuki çoğullukta, sömürge topluluklardaki zayıf hukuki çoğulluk modelinin aksine, resmi makamlarca zimmen ya da alenen onaylanmayan, çoğunlukla belirli bir davranış için farklı sonuçlar öngören, başka bir ifadeyle varlık gösterdiği sosyal alandaki diğer normatif düzenlerle çatışan, birden fazla normatif sistemin varlığından söz edilir. Güçlü hukuki çoğulluk, modern devletin şiddet tekeli açısından son derece kısıktır. Zira güçlü hukuki çoğulluk, resmi olarak tanınmamasına rağmen, devlet hukukunun geçerli olduğu bölgede varlık gösteren çoğul hukuk düzenlerinin tamamını hukuk kavramı altında sınıflandırır. Bu anlamda, hukuk ve devlet arasında zorunlu olduğu varsayılan bağı koparır. Oysa her hukuk düzeni, bir bakıma zayıf hukuki çoğulluk modelidir. Resmi hukuk düzenleri mevcudiyet gösterdiği sosyal alanda oluşurken, aynı sosyal alanda varlık gösteren çoğul hukuk düzenlerinden bir miktar etkilenir. Ancak her resmi hukuk düzeninin bir güçlü hukuki çoğulluk modeli olacağını söyleyemeyiz. Dolayısıyla, güçlü hukuki çoğulluktan söz etmek, ancak çoğul hukuk düzenlerinin devlet kabulü olmaksızın var olabilmesi halinde mümkündür. Griffiths, zayıf hukuki çoğulluk modellerinde devlet ile hukuk arasındaki bağın kopmasından söz edilemeyeceğinden, bu düzenlerin gerçek bir hukuki çoğulluğa işaret etmediğini belirtir¹².

Biz de bu çalışmada, hukuk devleti ilkesi çerçevesinde, hem zayıf hukuki çoğulluk düzenlerini hem de güçlü hukuki çoğulluk düzenlerini değerlendireceğiz. Her ne kadar benzerlikleri olsa da bu olgular hukuk devleti ilkesi bağlamında değerlendirilirken sorulacak sorular ve üzerinde durulması gereken meseleler bir miktar farklılaşacaktır. Bu bağlamda, devlet dışı hukuk düzenlerinin varlığının hukuk devleti ilkesi ile doğal olarak çelişip çelişmeyeceği sorusunu sormadan önce, teorilerini güçlü hukuki çoğulluk modellerini dikkate alarak oluşturan ve bu gerçeklikten hareketle çoğul hukuk düzenlerine ilişkin tasnif yapan Twining, Santos ve Tamanaha'nın hukuki çoğulluk teorilerine kısaca değineceğiz.

Klasik genel hukuk teorisinin dayandığı hukuka ilişkin genellemelerin, günümüz dünyasının hukuki çeşitliliğini kapsayacak şekilde yenilenmesi gerektiğini vurgulayan Twining, öncelikle geniş kapsamlı bir hukuk tanımı yapmayı dener. "Küresel perspektiften, hukuku, muhataplar arasında bir veya daha fazla ilişki ve düzen düzeyindeki ilişkileri düzenlemeye yönelmiş olan bir kurumsallaşmış sosyal pratik türü olarak görmek aydınlatıcıdır"¹³. Bu tanımdaki sosyal pratik, muhatapın bakış açısından normatif güç taşıyan fiili davranışları, kurumsallaşma ise; yükümlü kılıcı davranışların, fiili bir pratik olarak kurulu ve kalıcı oluşunu ifade eder. Muhatap; birey, devlet, halk, şirket ya da herhangi bir sosyal grup olabilir¹⁴.

Böyle bir hukuk tanımının içerisine, açıkça ifade edilemeyen, genelleştirilmeyen kurallar ve kurallar ile kararlar arasında yakın bir bağın kurulmadığı grup uygulamaları da girecektir. Hukuk kavramının

⁶ GRIFFITHS, 1986, s.1-50.

⁷ BENDA-BECKMANN, Franz v.: "Citizens, Strangers and Indigenous Peoples: Conceptual Politics and Legal Pluralism (1997)", Ed. F. von Benda-Beckmann, K. von Benda-Beckmann, A. Hoekema, Natural Resources, Environment And Legal Pluralism, Yearbook Law and Anthropology 9, 1997, s.1.

⁸ Benzer bir ayrım Merry'de vardır. Griffiths'in teorisinde zayıf hukuki çoğulluk olarak kavramsallaştırdığı tipi Merry, klasik hukuki çoğulluk olarak isimlendirir. (MERRY, Sally Engle: 'Legal Pluralism (1988)', Law and Society Review, 22(5), 1988, s.870-872.) Sezgin ise, zayıf hukuki çoğulluğu formel çoğulluk olarak kavramsallaştırır. (SEZGİN, Yüksel: "Theorizing Formal Pluralism: Quantification of Legal Pluralism for Spatio-Temporal Analysis", Journal of Legal Pluralism&Unofficial Law 50, 2004, s.104-105.) Griffiths'in güçlü hukuki çoğulluk kavramını Merry, 'yeni hukuki çoğulluk' olarak kavramsallaştırır. (GRIFFITHS, 1986, s.10; MERRY, 1988, s.873.)

⁹ GRIFFITHS, 1986, s.9-10.

¹⁰ ÜYE, s.48.

¹¹ ÜYE, s.45,47.

¹² GRIFFITHS, 1986, s.6; ÜYE, s.48-49.

¹³ TWINING, William: General Jurisprudence, Understanding Law from a Global Perspective (2009), Cambridge, 2009, s.117. Çev. ÜYE, s.92.

¹⁴ TWINING, 2009, s.118-119; TWINING, William: 'Normative and Legal Pluralism: A Global Perspective (2009/10)', Duke Journal of Comparative & International Law, 20(10), 2009, s.98; ÜYE, s.92.

anlamındaki bu genişlik, hukuki çoğulluk olgusu bakımından kapsayıcıdır¹⁵. Twining, bu kapsayıcı hukuk tanımının içerisinde yer alabilecek çoğul hukuk düzenlerini de sekiz farklı başlık altında toplar. Bu tasnifteki her bir çoğul hukuk düzenini incelemek çalışmamızın kapsamını aşacaktır. Bu sebeple Twining’in çoğul hukuk düzenlerini tasnif ederken yerel toplulukların, dini ve kültürel grupların, devletlerin ve devletin bizzat yasama yetkisini paylaştığı grupların hukuk düzenlerinin yan sıra, ulus aşırı, bölgesel, uluslararası ve küresel hukuk düzenlerini farklı başlıklar altında ele aldığı tasnifinde, temel olarak ilgili hukuk düzeninin işlerlik kazandığı coğrafi farklılıklardan hareket ettiğini belirtmekle yetineceğiz¹⁶.

Hukuki çoğulluk teorisyenlerinden Santos, hukuka ilişkin algısını şu şekilde özetler;

“19. yüzyılın bitişinden sonra ortaya çıkan hukuk antropolojisi literatürüne ve anti-pozitivist hukuk felsefesine dayanıyor ve hukuku, belli bir grupta yargı konusu edilebilir- yani bir yargı otoritesi tarafından icra edilmeye elverişli görülen ve ihtilafların üretilmesine ve önlenmesine, aynı zamanda güç tehdidinin eşlik ettiği bir münakaşacı diskur aracılığıyla ihtilafların çözülmesine katkı sağlayan, bir düzenli prosedürler ve normatif standartlar bütünü olarak anlıyorum¹⁷.”

Bu hukuk tanımına göre, hukuk kavramına dâhil edilecek normatif standartların ayırt edici niteliği, yargı konusu edilebilir olmalarıdır. Bunun anlamı ise, söz konusu normatif standartların yargı makamlarınca somut olaya uygulanabilir nitelikte görülmesidir. Diğer bir ifadeyle, bu normlara dayanan taleplerle, ihtilafların çözümü için yargı makamlarına başvurulabilir. Hukuki çoğulluk olgusu açısından bu tanımda dikkat çeken husus, yargı makamlarının devlet mahkemeleriyle sınırlandırılmamış olmasıdır. Bu sayede, çete reisinin belirli normatif standartlara dayanarak somut olaydaki ihtilafları çözme faaliyeti de yargılamadır. Diğer bir ifadeyle, buradaki normatif standart düzeni de hukuktur¹⁸. Santos için hukuki çoğulluk, aynı politik birim içerisinde birden fazla hukuk düzeninin işler halde bulunmasıdır¹⁹.

Santos, kapitalist toplumlarda sosyal eylemin ve çoğul hukuk düzenlerinin ortaya çıktığı ve varlıklarını sürdürdüğü altı sosyal alan tipinden ve bunun sonucu olarak altı çoğul hukuk düzeni modelinden bahseder. Bunlar; hane alanı-hane içi hukuk, işyeri alanı-üretim hukuku, pazar alanı-mübadele hukuku, topluluk alanı-topluluk hukuku, dünya alanı-sistemik hukuktur. Bütün bu alanlar, kendi içerisinde çok çeşitli alanlara ayrılır ve alt hukuk tiplerini ortaya çıkarır²⁰.

Güçlü hukuki çoğulluk modellerine işaret eden bir diğer hukuki çoğulluk teorisi Tamanaha’inkidir. Tamanaha da, yaptığı hukuk tanımından hareketle özgün hukuki çoğulluk teorisini oluşturur. Griffiths’in hukuk tanımını ‘özcü’ olmakla eleştiren Tamanaha, kendi teorisini özcü olmayan bir hukuk tanımı üzerinden kurgular. Özcü olmayan bir hukuk tanımı, hukuka dair belli bir içeriği ve niteliği öngörmeyecektir ve bu sayede toplulukların hukuk olarak adlandırdığı her şey hukuk kavramı altında değerlendirilebilir. Böyle bir hukuk tanımından hareketle hukuki çoğulluğun, aynı sosyal alandaki grupların pratikleri aracılığıyla, birden fazla olguyu, hukuk sınıfına dâhil etmesi olduğu söylenebilir²¹.

Bu düzende çoğul hukuk türleri hiyerarşik olarak yapılanmaz. Resmi hukuk düzenleri dâhil her normatif düzen eşit statüdedir²². Tamanaha, çoğul hukuk düzenlerine yönelik altılı bir tasnif yapar. Bunlar; resmi veya pozitif hukuk sistemleri, geleneksel normatif sistemler, dini normatif sistemler, ekonomik normatif sistemler, işlevsel normatif sistemler ve son olarak kültürel normatif sistemlerdir²³.

Bu noktada, hukuki çoğulluk olgusunun temeline özcü olmayan bir hukuk tanımını yerleştirmenin sonuçlarına dair bir takım soru işaretleri akıllara gelecektir. Hukuki çoğulluk ile işaret edilen hukukun ne olduğunun belirlenmesi, analitik bir kavram ortaya koymak bakımından şart mıdır? Twining’e göre, hukuki çoğulluk kavramının işaret ettiği hukuki olguya ilişkin belirli nitelikler öngörmez ve bu kavramın sınırlarını çizmezsek, bu kavramdan elde edilmesi umulan faydayı elde edemeyiz²⁴.

Biz de bu meselede Twining’e katılıyoruz ve hukuki çoğulluk olgusuna dair yapılacak tanımlarda ortak özden söz etmenin mümkün ve gerekli olduğunu savunuyoruz. Bu çalışma kapsamında değinilen teorilerden hareketle hukuki çoğulluk, belirli bir sosyal alanda, aynı anda başvurulabilecek birden fazla normatif düzenin varlığını ifade eder²⁵.

III. HUKUK DEVLETİ İLKESİ VE FARKLI ANLAMLARI

A. Kavramın Tanımı ve Tarihsel Gelişimi

Hukuk devleti kavramının tam olarak neyi ifade ettiği ve neleri içerdiği muğlaklığını sürdürmektedir. Kavramın fikir dünyasındaki popülaritesi, 1960’ların ikinci yarısından itibaren artmaya başlamıştır²⁶.

¹⁵ TWINING, 2009, s.120-121,371.

¹⁶ TWINING, 2009, s.70; TWINING, 2009/10, s.505-506; ÜYE, s.110-111.

¹⁷ SANTOS de Sousa Boaventura: Toward a New Legal Common Sense, Law, Globalization and Emancipation, Elsevier, UK, 2002, s.86, Çev. ÜYE, s.82.

¹⁸ SANTOS, s.100-101.

¹⁹ SANTOS, s.89.

²⁰ SANTOS, s.373-390; ÜYE, s.112-115.

²¹ TAMANAHA, Brian: “A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism (2000)”, Journal of Law and Society, 27(2), June 2000, s.313-315.

²² TAMANAHA, 2000, s.316,318.

²³ TAMANAHA, Brian: ‘Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global (2007)’, Sydney Law Review, 30, 2007, s.397-400.

²⁴ TWINING, 2009/10, s.513.

²⁵ DESMET, Ellen: ‘Legal Pluralism and International Human Rights Law: A Multifaceted Relationship’, Human Rights Encounter Legal Pluralism: Normative and Empirical Approaches, Edt. Giselle Corradi, Eva Brems, Mark Goodale, Hart Publishing, 2017, s.42.

²⁶ SANÇAR, Mithat: Devlet Akli Kışkırcında Hukuk Devleti, İletişim Yayınları, İstanbul 2010, s.30-31.

Kuşkusuz ki bu durum, anayasacılık hareketleri ve liberalizmle yakından bağlantılı bir kavram için tesadüfi değildir.

Hukuk devleti kavramının ilk kez kim tarafından kullanıldığına ilişkin farklı yorumlar vardır. Kimi araştırmacılara göre hukuk devleti ifadesi ilk defa J. W. Placidius'un 1798 tarihli "Literatur der Staatslehre" adlı eserinde geçmiştir. Kimilerine göre ise 1813 yılında Karl Theodor Welcker tarafından "Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe" adlı eserde kullanılmıştır²⁷. Hukuki metinlerde ilk kez zikredilmesi ise Almanya'da 1968 Anayasası üzerine yürütülen tartışmalara denk gelir ve en nihayetinde 1988 yılında yürürlüğe giren Alman Anayasası'nda resmi düzeyde kabul görmüştür²⁸.

En temelde devlet kudretinin hukukla sınırlandırılması fikri üzerinde şekillenen hukuk devleti ilkesi, bazı ihtiyaçların sonucunda ortaya çıkmıştır. Kavramın içeriğini ayrıntılarıyla ele almadan önce, kavramı ortaya çıkaran tarihsel koşulları incelemek ve hukuk devleti idealini ortaya çıkaran nedenleri ortaya koymak, kavramın neye karşılık geldiğinin belirlenmesinde kolaylaştırıcı rol oynayacaktır²⁹.

Kavramın ilk kez 19. yüzyılda kullanıldığı üzerinde mutabakat olsa da düşünsel temelleri çok daha öncelere dayanır. Hukuk devletinin özünü, devlet kudretini hukukla sınırlandırmak, diğer bir ifadeyle 'devlet yönetiminde bir veya birkaç kişinin keyfinin değil hukukun egemen olması'³⁰ fikri oluşturur ve bu fikrin kökenleri Antik Yunan'a kadar uzanır. İlk nüvelerini Antik Yunan'da bulduğumuz bu fikir, modern devlet ve modern hukukun tarihsel gelişimi ve bu çerçevede hukukun zamanla yeniden şekillenen içeriği ile bir miktar değişmiştir. Bu değişim ise kuşkusuz, modern devletin tarihi ve nitelikleri ile yakından ilişkilidir.

Modern devlete uzanan tarihsel süreçte, Orta Çağ'da hakim üretim ilişkileri olan serflik ilişkisinin çözülmesinin neticesinde Avrupa'da başlayan merkezileşme eğiliminin olgunlaşması, mutlak monarşileri doğurur³¹. Her ne kadar bu süreç yüzyıllar alsın ve dönüşüm her bir bölgede farklı biçimde gerçekleşse de, bu dönüşümün ortak sonucu iktidarın merkezileşmesi olmuştur³². Bu süreçte ortaya çıkan yeni ve daha karmaşık üretim ilişkilerinin ve mülkiyet hakkının korunması ihtiyacı, düzenli vergilendirme sistemi, askeri ve siyasi alanda tekelleşme, görece özerk bir kurum olarak modern devleti şekillendiren etkenler olarak sayılabilir³³.

Doğaldır ki, böyle bir tarihsel arka plana sahip modern devletin özellikleri ve fonksiyonu, bir araç olarak kullandığı modern hukuk düzenlerinin niteliklerini ve fonksiyonunu belirleyici bir rol oynar. Öte yandan, modern hukuka atfedilen nitelikler de, modern çağda hukuk devleti ilkesi ile kastedilen hukukun ne olması gerektiği hususunda belirleyici olacaktır. Bu noktada Özenç'in de işaret ettiği üzere, Weber'in modern devlete ilişkin görüşleri önemlidir. Buna göre modern devlet, kendisinden önceki siyasi birliklerden şiddet kullanma biçimiyle ayrılır. Şiddet kullanımı, ilk kez modern devlette, devlete mahsus bir yetki olarak görülmeye başlamıştır. Popüler tabirle modern devlet, tarihte meşru şiddet tekeli elinde bulunduran ilk siyasi birliktir³⁴. Şiddet kullanma yetkisinin devlet elinde tekelleşmesiyle oluşan iktidar yapıları olarak mutlak monarşilerin kurumsallaşması süreciyle eş zamanlı ortaya çıkan kapitalizm arasındaki ilişki ise, çift yönlü şekilde birbirinden beslenen bir formdadır. Söz konusu iktidar yapıları ve araçları, kapitalizmin sürdürülebilmesini sağlayan kurumlardır. Öte yandan kapitalizm de bu iktidar yapılarını besler³⁵. İktidarın baskı aygıtı olan hukukun çift taraflı bu ilişkideki yeri ise, çalışma konumuz bakımından özel öneme sahiptir.

Feodal üretim ilişkilerinde üreten sınıf, üretim araçlarının iktisadi mülkiyetine sahip olmasa da, bu araçlarla arasında bugünün zilyetlik ilişkisine benzer bir ilişki vardı. Üretim araçlarının kontrolü üretici sınıfta olduğundan, bu sınıfı ihtiyaçlarından daha fazla mal ve hizmet üreterek, fazlasını lordlara vermeye zorlamak ancak ekonomi dışı, siyasi mekanizmalarla mümkün olabiliyordu. Diğer bir ifadeyle, hakim sınıfın ihtiyacı olan hizmet ve ürünü alabilmesi için serfler üzerinde doğrudan bir güç veya güç tehdidi uygulaması gerekiyordu. Bu ise, siyasi ve iktisadi alanın iç içe geçmesi anlamına gelir. Zira bu zorlama, lordun sahip olduğu askeri güç ve yargı yetkisi ile sağlanır ve hukuk güvenliği, sadece hukuku üreten ve yorumlayan sınıf için söz konusudur. Bu sebeple, hukukun sınıfsal karakteri açıktır. Siyasi iktidarın sınırlanması da ancak mülkiyet hakkını sınırlamaya yönelik düzenlemeler için ve belli oranda söz konusudur³⁶.

Modern devlet ile etkileşim içerisinde ortaya çıkan kapitalizmde işçi sınıfı, Çitleme Yasaları sonucunda en temel üretim aracı olan toprak üzerinde hakimiyetini yitirmiştir. Yaşamını sürdürmek için emek gücünü, sözleşme ilişkisi içerisinde girerek satmak zorundadır. Bu zorunluluk, 'iktisadi ilişkilerin sessiz baskısıdır'³⁷. Bu sistemde, üretici sınıfı üretmeye zorlamak için feodalizmde olduğu gibi ekonomi dışı bir gücün baskısına ihtiyaç yoktur.

Özetlemek gerekirse, hukuk devleti ilkesi ortaya çıktığı dönemde, hem siyasal gücü elde etmek uğruna fazlaca yol kat etmiş olan burjuva toplumunun bu anlamda ortaya çıkan ihtiyaçlarıyla örtüşür hem de kapitalizmin ihtiyaç duyduğu koşulları sağlar. Kapitalist üretim tarzı, eşit koşullar altında yarışacak mümkün olduğunca fazla rakibi varsayar. Genel ve soyut kanunlar eliyle burjuva sınıfının ihtiyaç duyduğu

²⁷ SANCAR, s.33.

²⁸ SANCAR, s.32.

²⁹ SANCAR, s.36.

³⁰ SANCAR, s.34.

³¹ ÖZENÇ, Berke: Hukuk Devleti: Kökenleri ve Küreselleşme Çağındaki İşlevi, İstanbul 2016, s.119-122.

³² STAYER, Joseph R.: On the Medieval Origins of the Modern State, Princeton University Press, 1970, s.27-30.

³³ ÖZENÇ, s.123.

³⁴ WEBER, Max: Wirtschaft und Gesellschaft, s.1042-1043, Akt. ÖZENÇ, s.123-124.

³⁵ ÖZENÇ, s.123-126.

³⁶ ÖZENÇ, s.126-128.

³⁷ MARX, Karl: Kapital: Ekonomi Politikin Eleştirisi, I. Cilt, Yordam Kitap, Dokuzuncu Basım, Kasım 2016, s.707.

öngörülebilirlik, hesap edilebilirlik sağlanmış olur. Bu sayede burjuva, girdiği ekonomik ilişkileri düzenleyen kuralları ve hangi hallerde devlet erkiyle karşı karşıya kalacağını önceden bilir³⁸.

Ancak burjuvanın ihtiyaç duyduğu hukuki öngörülebilirliği sağlamak bakımından, genel ve soyut kanunlar tek başına yeterli olmayacaktır. Bu unsur, ‘kuvvetler ayrılığı ilkesi’ ile tamamlanır. Kuvvetler ayrılığı ilkesi, liberal-burjuva devletin örgütlenme temelini oluşturur. Bu ilkeyle, devlet erki parçalanmış ve bir nevi birbirini dengeleyen üç güç arasında paylaştırılmıştır. Bu sayede parçalanmış güç, aynı zamanda sınırlanmıştır³⁹.

Devlet erkinin sınırlandırılması için başvurulacak yollar, genel olarak iki grupta toplanabilir. Bu gruplar aynı zamanda hukuk devleti ilkesinin biçimsel ve maddi olmak üzere iki boyutuna karşılık gelir. Marmor, hukuk devleti ilkesinin iki boyutunu, hukuka verilen anlamlı ilişkilendirir. Buna göre, hukuku egemenin emrinden ibaret gördüğümüzde, egemenin yaptırımla desteklenen düzenlemeleriyle yönetilmek, hukukun hakimiyeti anlamına gelecektir. Öte yandan, bir şeyin hukuk olabilmesi için ahlaki bir içeriğe sahip olması gerektiği şartını ararsak, hukuk devleti ideali, iyi hukukun hakimiyetini ifade eder. Marmor’a göre, böyle bir ikilem karşısında insanlar, ikilemin iki ucu arasında diğer seçeneklerin olması gerektiğini düşüneceklerdir. Bu alternatif ise bizi, ahlaki içeriği ne olursa olsun, hukuku diğer toplumsal kontrol araçlarından ayıran ve onu diğerlerine nispetle tercih edilebilir kılan birtakım özellikler aramaya itecektir⁴⁰.

Yukarıda saydığımız, kanunların genelliği, soyutluğu ve kuvvetler ayrılığı gibi ilkeler, hukuk devleti ilkesinin biçimsel boyutuna ilişkindir. Biçimsel boyuta ilişkin en kapsamlı tasvir Raz yapar. Raz, hukuk devletinin ideal boyutunu reddeder. Diğer bir ifadeyle, hukuk devleti kavramının maddi bir içeriğe sahip olması gerektiği kanaatini paylaşmaz. Ona göre hukuk devleti ilkesi, adaletin gereklerine uygun ve insan haklarının korunduğu bir hukuk düzenine zorunlu olarak işaret etmez. İyi bir hukuk idealiyle hukuk devleti ilkesi farklı şeylerdir. Raz’ın Fuller’dan etkileneceği oluşturduğu hukuk devletinin alt ilkeleri ise şunlardır: Kanunlar geçmişe etkili olmamalı, açık, anlaşılabilir ve nispeten istikrarlı olmalıdır. İdari düzenlemeler; şeffaf, açık, istikrarlı ve genel kurallara uygun olmalıdır. Yargı bağımsız olmalıdır. Doğal adalet ilkeleri gözetilmelidir⁴¹. Mahkemeler, sayılan ilkelerin işlerliğini denetleme yetkisine sahip olmalıdır. Yargıya erişim herkes için makul bir çabayla mümkün olmalıdır. Suçla mücadele edecek devlet kurumlarının takdir yetkisini kötüye kullanmasına imkân verilmemelidir⁴².

Marmor da Fuller’a atıfla bir hukuk sisteminin insan davranışlarını yönetebilmek için sahip olması gereken niteliklerden hareket ederek, hukuk devletinin alt ilkelerini belirlemiştir. Buna göre, bir hukuk devletinde kanunlar genel, açık, birbiriyle tutarlı ve istikrarlı olmalıdır. Yanı sıra kanunlar, geçmişe etkili olmamalı ve imkânsız istememelidir. Bu nitelikteki kanunların yayımlanması ve bu kanunların somut olaylara uygulanışının kanunla uyumlu olması gerekliliği de hukuk devletinin temel şartlarından⁴³.

Bunların yanı sıra; “Devletin üstün ve bağlayıcı güce sahip bir hukuk metni (anayasa) ile çerçevelenmesi, bütün devletsel faaliyetlerin hukuk kurallarına bağlanması (hukukun egemenliği ve hukuksal güvenlik ilkeleri)⁴⁴” gereklilikleri de hukuk devleti ilkesinin biçimsel boyutu içerisinde sayılır.

Bununla beraber, hukuk devleti fikrinin çağdaş versiyonlarında farklı olan şey, devlet kudretinin sınırlandırılmasının başlı başına bir amaç olmaktan çıkmasıdır. Bunun yerine devlet kudreti, özgürlük yararına ve önceden belirlenmiş ilke ve kurumlarca sınırlanır hale gelmiştir⁴⁵. Bu da hukuk devletini siyasi bir ideal kılan maddi boyutuna işaret eder.

B. Bir Siyasi İdeal Olarak Hukuk Devleti

19. Yüzyılda kavramsal çerçevesi çizilen hukuk devleti, ortaya çıkışı itibariyle, burjuva sınıfının sınıfsal ihtiyaçlarını karşılamaya hizmet eder nitelikte olsa da, zamanla ideal siyasi örgütlenme tarzını ifade eder hale gelmiştir. Hukuk devletine ideal bir içerik kazandıran bu boyut, ilkenin, yukarıda ortaya koyduğumuz ayırmadaki maddi boyutudur.

Hukuk devletinin maddi yanı, biçimsel boyutu içerisinde sayılan ilkelere dayanılarak yapılacak sınırlamanın, belirli bir içeriğe dayanmasını ifade eder. Bu içerik, özgürlük ve insan haklarına karşılık gelir. Başka bir ifadeyle, hukuk devleti kavramının maddi boyutu, hukukun kuru bir üstünlüğünden ziyade devlet erkinin insan hakları, özgürlük gibi evrensel değerlere dayanan bir hukukla sınırlandırılmasını ifade eder⁴⁶.

Hukuk devleti kavramını hukuki bir ilke olmanın ötesinde, siyasi bir ideal olarak gören ve içeriğini buna göre dolduran Hayek, Dicey ve Schmitt için de hukuk devleti, keyfiliğin önüne geçilmesini ve hukukla yönetilmeyi ifade eden biçimsel boyutu da içerir. Ancak onlar için ilkeyi siyasi bir ideal kılan, bu boyuta ek olarak, üstün hukukun maddi bir içeriğe sahip olması gereğidir.

³⁸ SANCAR, s.36-37.

³⁹ SANCAR, s.37.

⁴⁰ MARMOR, Andrei: “Hukuk Devleti ve Sınırları”, Hukuk Devleti Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal, Ed. Ali Rıza Çoban vd., Liberte Yayınları, Ankara 2008, s.172-173.

⁴¹ Burada ilk bakışta her ne kadar Raz’ın hukuk devletinin maddi içeriğine işaret ettiği düşünülebilirse de devam eden açıklamalar incelendiğinde, doğal adalet ilkeleriyle kast ettiği şeyin açık ve adil duruşma, yargıçların tarafsız ve önyargısız olması gibi tamamen şekli ilkelere karşılık geldiği anlaşılmaktadır.

⁴² RAZ, Joseph: “Hukuk Devleti ve Erdemi”, Hukuk Devleti Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal, ed. Ali Rıza Çoban vd., Liberte Yayınları, Ankara 2008, s.149-156.

⁴³ MARMOR, s.173-175.

⁴⁴ SANCAR, s.35.

⁴⁵ SANCAR s.34.

⁴⁶ SANCAR, s.33-35.

Dicey için hukuk devleti üç şeyi ifade eder; hükümetin keyfi güç kullanmaması, herkesin olağan hukuka ve olağan mahkemelere tabi olması ve anayasa hukukunun genel kurallarının ülkenin olağan hukukunun sonucu olması⁴⁷. Dicey’de hukuk devleti ilkesinin maddi boyutuna işaret eden, son unsurdur. Dicey’e göre, İngiliz Anayasası’nın ortaya çıkışı ve gelişimi Kıta Avrupası ülkelerinkinden farklıdır. Kıta Avrupası ülkelerinin anayasalarında birey haklarına sağlanan güvence, anayasanın genel ilkelerinin sonucu olarak kabul edilirken, İngiliz Anayasasının genel kuralları, yargılama makamlarının karşısına gelen her bir somut olayda, ilgili kişilerin haklarını belirleyen yargı organlarının hükümlerinin neticesinde vücut bulmuş ve bu normlarla anayasa, hukuk devleti sıfatına haiz olmuştur. Bu, kişisel hakları ve özgürlükleri koruyan ve düzenleyen bu kuralların kaynağını, bir hukuk metni olan anayasadan almadığı; bu kuralların hukukun doğal bir sonucu olduğu ve anayasa olarak vücut bulduğu anlamına gelir. Kuralları bu şekilde ele aldığımızda, onları, hukukun maddi içeriğinin zorunlu ve doğal bir unsuru olarak kabul etmiş oluruz⁴⁸.

Hayek ise, bu içeriğe itiraz etmemekle beraber, içeriği genişletir. Ona göre hukuk devletinin alt ilkeleri şunlardır; hukukun genel, eşit ve soyut kurallardan oluşması ilkesi, kuvvetler ayrılığı ilkesi, idarenin takdir yetkisinin temel hak ve özgürlüklerle (yaşam, hürriyet, mülkiyet), sınırlandırılması ilkesi. İdari takdir yetkisinin, diğer bir ifadeyle kişilere devlet eliyle zor kullanılabilmesinin temel hak ve özgürlüklerle sınırlandırılması, hukuk devletinin maddi boyutunu oluşturur⁴⁹.

Benzer şekilde Schmitt için de hukuk devleti, hukuki bir ilke olmanın ötesindedir. Devlet erkinin sınırları, temel hak ve özgürlüklerin başladığı yerde biter. Yine Hayek’le benzer şekilde Schmitt’te de hukuk devleti, kuvvetler ayrılığı ilkesini ve kanunların genelliği ilkesini kapsar. Yanı sıra Schmitt, hukuk devleti ilkesinin kapsamını ve alt ilkelerini, Hayek ve Dicey’e göre daha geniş tutmuştur. Schmitt, hukuk devletinden söz edilebilmesi için bireysel özgürlüklere sadece kanunla müdahale edilmesi, bütün faaliyetlerinin önceden bilinebilir olması, hâkim bağımsızlığının sağlanabilmiş olması ve bütün devlet organlarının bu bağımsız yargının denetimine tabi olması gerektiğini belirtir⁵⁰.

Özetlemek gerekirse;

“olumsuz özgürlük” temelinde tanımlanan hukuk devleti, kapitalist üretim tarzının gelişme dinamiğine imkân sağlayan ve onu koruyan bir siyasal düzenin kurumsal-hukuksal ifadesi olup; liberalizmin anayasa sistemini temsil eder. Bu sistemin merkezinde, mülkiyet hakkı, sözleşme ve çalışma özgürlüğü ile biçimsel-hukuksal eşitlik ilkesi yer alır. Bu düzen, aynı zamanda bireysel gelişimin ekonomik olmayan alanlarını da temin eder ve korur; çünkü aksi takdirde siyasal ve hukuksal eşitliği gerçekleştirmek mümkün olmaz⁵¹.”

IV. HUKUK DEVLETİNDE ÇOĞUL HUKUK MÜMKÜN MÜ?

Bu başlık altında, önceki başlıklar altında ele alınan hukuk devleti ilkesi ile hukuki çoğulluk olgusunun, birbirini dışlayan bir içeriğe sahip olup olmadığı meselesi irdelenecektir. Bu çerçevede tartışılacak ilk husus, hukuki çoğulluğun söz konusu olduğu hallerde, devlet hukuk düzeni dışında kalan hukuk sistemlerinin, hukuk devleti idealinin öngördüğü hukukun taşınması beklenen niteliklere sahip olup olmadıklarıdır. Bunun için öncelikle, hukuk devleti ilkesinin temelinde yer alan modern hukuk kavramının, temel nitelikleri ve işlevi ortaya konmaya çalışılacaktır. Bu kavram, hukuki çoğulluk olgusu içerisinde devlet hukukuna karşılık gelir. Sonrasında ise, hukuki çoğulluk hallerinde, devlet hukukunun egemenlik alanını daraltan, onun toplumsal işlevine talip olan çoğul hukuk düzenlerinin, bu nitelikleri ne denli bünyelerinde barındırdıkları meselesine değinilecektir.

Modern hukuk sistemlerinin, modern dünyadaki birçok kurum ve olgu gibi rasyonelleşme süreci neticesinde ortaya çıktığı ve bu sürecin beraberinde getirdiği ihtiyaçlara cevap verdiğini yukarıda belirttik. Rasyonelleşme süreciyle beraber kilise toplum nezdinde etkisizleşmiş ve dinin özel alana çekilmesiyle de toplumsal düzenini sağlamak için yeni yönlendirici ilkelere duyulan ihtiyaç ortaya çıkmıştır. Bununla birlikte, ekonomik alt yapının değişmesi ve daha karmaşık bir sistem olan kapitalist üretim tarzına geçilmesiyle, üst yapı kurumu olan normatif düzenler, birtakım ihtiyaçları karşılayamaz hale gelmiştir. Büyük ölçüde geçimlik bir ekonomik sistem olan feodalizm, yerini pazar ekonomisine bıraktığında, pazar ekonomisinin, yerel veya dini normatif sistemlerin statüye dayalı yapılarıyla denetlenemez, düzenlenemez nitelikte olduğu görülmeye başlamıştır. Yeni koşullar, geleneksel toplumun alışkanlığa dayalı normlarının aksine etkin bir yaptırımla desteklenmiş normlara dayalı sisteme ihtiyaç duymaktadır⁵².

Bu normlar sisteminin en temel işlevi, hukuk devleti ilkesinin de işaret ettiği, toplumsal düzeni inşa etmektir. Hukuk devleti ilkesinin toplumsal düzen inşa etme işlevinin birinci boyutu, kişiler arası ilişkilere dairdir. En temel fonksiyonu toplumsal davranışları yönlendirmek olan hukuk aygıtının üstün kılınması fikri ile amaçlanan nihai hedef, insan davranışlarını öngörmek ve bu davranışları önceden belirlenmiş ve ilan edilmiş normlar çerçevesinde yönlendirmektir. Modern devletin hukuk normları, tıpkı kendinden önceki normatif sistemler gibi, onaylanan davranışların sınırlarını belirleyip bu sınırlar dışına çıkılması hali için yaptırımlar öngörür. Hukuk devleti ilkesinin bu fonksiyonu açısından ele alındığında, çoğul hukuk düzenleri,

⁴⁷ DICEY, Albert V.: “Hukuk Devleti: Doğası ve Genel Uygulamalar”, Hukuk Devleti Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal, Ed. Ali Rıza Çoban vd., Liberte Yayınları, Ankara 2008, s.28-36.

⁴⁸ DICEY, s.28-36.

⁴⁹ HAYEK, Friedrich A. von: “Hukuk Devleti: Doğası ve Genel Uygulamalar”, Hukuk Devleti: Hukuki Bir İlke- Siyasi Bir İdeal, Ed. Ali Rıza Çoban-Bilal Canatan-Adnan Küçük, Adres Yayınları, Ankara 2008, s.115-133.

⁵⁰ SCHMITT, Carl: “Liberal Hukuk Devletinin İlkeleri ve Hukuk Devletinde Kanun Kavramı”, Hukuk Devleti Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal, Ed. Ali Rıza Çoban vd., Liberte Yayınları, Ankara 2008, s.123-126.

⁵¹ SANCAR, s.39.

⁵² ÖZCAN, Mehmet Tevfik: “Modern Toplum ve Hukuk Devleti”, Tekin Yayınevi, İstanbul 2017, s.188-189.

idealin gerçekleşmesine katkı sağlayabilecek nitelikte olabilir mi? Kimi araştırmacılara göre bu soruya olumlu cevap verilebilir⁵³.

Bu katkı, yerel hukuk normlarının, devlet hukuku normlarına kıyasla muhatapları tarafından daha kolay benimsenmesinden kaynaklanır. Bunun ise çok çeşitli sebepleri olabilir. Bunlardan ilki, yerel hukukun topluluk tarafından daha kolay ulaşılabilir olmasıdır. Burada hukuki süreçler çoğunlukla resmi hukuk düzenine kıyasla daha az masraflı, daha çabuk ve hukuki profesyonellerin aracılığına ihtiyaç duymaksızın yürür. Karar verici makamda olanlar, kararların muhatapları tarafından tanınan ve güvenilen kimselerdir. Karar vericiler tarafından bulunan çözümler ve önerilen yaptırımlar, toplumsal kabul ve desteğe sahiptir. Sürecin adillğine ve karar vericilerin tarafsızlığına ve güvenilirliğine duyulan inanç, verilen kararların toplumsal meşruiyetini de beraberinde getirir. Hukuki çoğunluğun bir toplumsal gerçeklik olduğu düşünüldüğünde, devletin şiddet tekelinin bir ihlali/istisnası olan bu olgunun, ancak bu ihlalin/istisnanın toplum nezdinde kabullenilmesi, talep edilmesi ve onaylanması halinde mümkün olabileceği söylenebilir. Bu koşullar altında gerçekleşebilen istisna halinin, insan davranışlarını yönlendirmek bakımından devlet hukukuna kıyasla daha etkili olması doğaldır. Bu sonuç, uygulanan yaptırımın şiddetinden ya da kesinliğinden kaynaklanmaz; kuralın yaratıcı kaynağının bizzat toplumun kendisi olması bu sonucu doğurur⁵⁴.

Bununla birlikte, yerel hukuk düzenlerinin varlığı ve devamlılığının toplumsal kabule dayandığını söylemek mümkünse de, bunun toplumun her bir ferdi için ayrı ayrı doğru bir önerme olamayacağı da açıktır. Devlet dışı hukuk düzeninin muhatap aldığı her birey, bu düzene dâhil olma iradesini taşıyıyor olabilir⁵⁵. Barzilai'nin ifadesiyle, devlet hukukuna başkaldıran bu normatif düzenler, kendi üyeleri bakımından hegemonik olabilir⁵⁶. Burada, hukuki çoğulluk olgusu için temel meselelerden biri olan; bireyin çoğul hukuk düzenlerinden birini seçme özgürlüğüne sahip olup olamayacağı sorusuna aşağıda etraflıca değineceğimizi belirtmekle yetiniyoruz.

Çoğul hukuk düzenlerinin doğrudan toplumun kendi kuralları olması, onları doğrudan 'daha özgürlükçü', 'daha eşitlikçi' hukuk yapmaz. Francis Syner'a göre, hukuki çoğulluktaki çoklu normatif düzenler, aynı sistemin parçalarıdır. Başka bir ifadeyle, aynı toplumsal bağlamda, aynı sosyal mikro-süreçlerde birbirlerine karışırlar⁵⁷. Liberal bir çoğulculuk anlayışı, değerlerin, normların ve pratiklerin oluşumunda devletlerin rolünü hafife alma ve kültürel yeniden üretimde siyasi ve toplumsal hegemonyayı göz ardı etmeye yatkındır⁵⁸. Öte yandan, karar verme süreçlerinin adillğine ve karar vericilerin yansızlığına duyulan inanç da gerçeklikten uzak, boş bir inanç olabilir. Ancak bu ihtimallerin, söz konusu normatif sistemlerin insan davranışlarını yönlendirmedeki başarısına etki etmeyeceği açıktır. Bununla birlikte, hukukun üstün kılındığı bir toplum idealindeki tek gaye de insan davranışlarını yönlendirmek değildir⁵⁹.

Meselenin bir diğer boyutu, hukuk devleti ilkesinin barındırdığı üstün hukuk fikrinin, belirli niteliklere sahip bir hukuk sistemini öngörmesiyle ilgilidir. Bu özelliklerin, maddi ve biçimsel olmak üzere ikiye ayrıldığından ve içeriğinden yukarıda söz etmiştik. Bu çerçevede ele alındığında, çoğul hukuk düzenlerinin hukuk devleti ilkesinin öngördüğü 'hukuk' olup olamayacakları tartışmalı hale gelebilecektir.

Hukuk devleti ilkesinin biçimsel anlamı açısından çoğul hukuk düzenleri değerlendirildiğinde, hukuk normlarının genel ve soyut olmaları gerekliliği akla gelecektir. Devlet hukuk düzenleri bakımından, devletin yargı yetkisini kullanabildiği her olayda uygulanacak kuralların genel ve soyut olması beklenir. Yerel hukuk düzenleri ise, devlet hukukuna tabii kişilerin bir kısmının, devlet hukukundan ayrı bir hukuk sistemine tabii olması durumudur. Bu durum, farklı şekillerde gerçekleşebilir. Örneğin, devlet hukuku bu ayrılığı tanıyabilir, bu durumda Griffiths'in zayıf hukuki çoğulluk adını verdiği durum ortaya çıkar. Bir başka versiyonda ise, devlet hukuku çoğul hukuk düzenini resmen tanımamakla birlikte, göz yumar. Diğer bir ifadeyle bu ihtimalde, doğrudan bir onaylama olmamakla birlikte, yasaklama da yoktur. Yani bireyler, uyumsuzluk konusu olayları resmi yargı makamlarına taşıyabilecekleri gibi, yerel yargı süreçlerine de başvurabilirler. Son olarak, yerel yargı makamları, devlet otoritesinin açık itirazına rağmen varlığını sürdürüyor olabilir⁶⁰.

Her üç ihtimalde de, devletin yargı yetkisine tabi olmakla birlikte, bir şekilde devlet hukuku dışında bir normatif sistemin muhatapı haline gelme söz konusudur. Bu durum, hukuk devleti ilkesinin kanun önünde eşitlik alt başlığı bakımından bir ihlal sayılabilir mi? Diğer bir ifadeye, böyle bir istisna yaratılmasının, hukuk normlarının genelliği ilkesini zedelediğini söylemek mümkün müdür? Kanun önünde eşitlik ilkesinden ayrılmanın her olayda ihlal oluşturmayacağını, bu ilkeye, maddi adaleti sağlamak bakımından birtakım istisnalar getirilebileceğini de göz önünde bulundurursak, hukuki çoğunluğun bir ihlal olarak değil, bir istisna olarak kabul edilebilmesi mümkün müdür?

⁵³ TAMANAHA, Brian Z.: "The Rule of Law and Legal Pluralism in Development (2011)", Hague Journal on the Rule of Law, 3, 2011, s.5.

⁵⁴ TAMANAHA, 2011, s.7.

⁵⁵ TAMANAHA, 2011, s.7.

⁵⁶ BARZILAI, Gad: "Beyond Relativism: Where Is Political Power in Legal Pluralism (2008)", Theoretical Inquiries in Law, 9(2), 2008, s.407.

⁵⁷ Akt. MERRY, s.873.

⁵⁸ BARZILAI, Gad: Communities and Law: Politics and Cultures of Legal Identities, Michigan: The University of Michigan Press, 2003, s.17.

⁵⁹ TAMANAHA, 2011, s.7-8.

⁶⁰ FORSYTH, Miranda: "A Typology of Relationships Between State and Non-State Justice System", Journal of Legal Pluralism&Unofficial Law 56, 2007, s.73-79.

Bu soruyu çoğul hukuk düzeninin devlet hukukunca resmen tanındığı ve resmen tanınmadığı ihtimaller için ayrı ayrı değerlendirmek yerinde olacaktır. Çoğul hukuk düzenlerinin resmen tanındığı hallerde, hukuk devleti ilkesi bakımından konuyu değerlendirmenin iki boyutu olacaktır. İlk soru, bu tanımın, diğer bir ifadeyle devlet hukukunun uygulandığı hallere istisna yaratmanın, hukuk devleti ilkesinin genellik alt unsurunu ihlal edip etmeyeceğidir. Bu soruyu cevaplamak için, kişilerin hangi hallerde ve ne şekilde muhataplık durumundan istisna tutularak, başka bir normatif düzene tabi hale getirildiğini, her somut olay için değerlendirmek gerekecektir. Bu istisnanın yaratılması, kişilerin kendi özgür iradelerine bırakılmış ise ve yanı sıra bu durum herkes için bir seçenek haline getirilmiş ise, artık genellik ilkesinin ihlalinden bahsetmek mümkün olmayacaktır. Zira böyle bir durumda, her birey, kimliğine bakılmaksızın, geçerliliği ve uygulanabilirliği olan herhangi bir normatif düzene tabi olma hakkına sahiptir ve bu hakkı kullanmak onun özgür iradesine bırakılmıştır. Ancak aynı şeyi, çoğul hukuk düzenine tabiiyetin sadece belirli kimseler için bir seçenek haline getirildiği durumlar için söylemek mümkün değildir. Bu halde, sadece bir kesim alternatif bir uyuşmazlık çözüm yoluna sahip olacak ve bu yolla hukukun genelliği ilkesi ihlal edilecektir.

Resmen tanıma halinde gündeme gelecek olan bir diğer husus, tanınan çoğul hukuk düzeninin hukuk devleti ilkesinin gerektirdiği birtakım niteliklere sahip olup olmadığıdır. Diğer bir ifadeyle, çoğul hukuk düzenlerinin de, kanun önünde eşitlik ilkesinin bir gereği olarak genel ve soyut kurallar içermesi ve bu kuralların açık ve anlaşılabilir olması gerekecektir. Yanı sıra, karar verici makamların bağımsızlığı ve tarafsızlığı, yargılama yoluna kolay erişilebilmesi, adil bir yargılama süreci gibi birtakım gereklerin yerine getirilmesi beklenecektir. Öte yandan, bu normatif sistemlerin maddi anlamda hukuk devletinin gereklerine uygun olması da aranmalıdır. Diğer bir ifadeye, insan hakkı ihlallerini bünyesinde barındıran bir çoğul hukuk düzeninin varlık göstermesi, hukuk devleti ilkesinin maddi içeriği dikkate alındığında, bu ilke bakımından bir ihlal oluşturacaktır. Bu sebeple, çoğul hukuk düzenlerinin tıpkı devlet hukuku gibi, insan haklarına ve özgürlüklerine saygılı olması hukuk devleti ilkesinin maddi boyutunun bir gereğidir.

Alternatif bir sistem niteliğindeki normatif düzene tabiiyetin, kişi iradesine bırakılmadığı, başka bir ifadeyle devletin, çoğul hukuk düzenine resmi olarak alan açmadığı durumda ise, mesele hukuk devleti ilkesinin kapsamı ve devletin meşru şiddet tekeli haline gelecektir. Diğer bir ifadeyle bu halde cevap aranacak soru, hukuk devleti ilkesinin, modern devletin yargılama ve norm yaratma yetkisinin başka grup, kurum veya kişilerce kullanılmasının engellenmesi gerekliliğini içerip içermediği olacaktır.

Bizim de katıldığımız bir görüşe göre⁶¹, hukuk devleti ilkesi, devlet hukukunun, hukukun tek kaynağı ve uygulayıcısı olması gerekliliğini beraberinde getirmez. Benzer şekilde, hukuk devleti ilkesi, her alanın devlet hukukuna ait normlarla düzenlenmesi zorunluluğunu da içermez. Burada tartışılması gereken, devletin resmi tanınması olmaksızın fiili olarak işleyen çoğul hukuk düzeni normlarının içeriğidir. Bu normlar, devletin kamu düzenine ilişkin normları ile düzenlenen alanlara ilişkin düzenlemeler içermiyorsa, kişilerin bu alanlarda devlet hukuku yerine çoğul hukuk düzenine başvurmasının herhangi bir hukuki ihlal yaratmayacağı kanaatindeyiz. Öte yandan, çoğul hukuk düzenlerinin, devletin kamu düzenine ilişkin normları ile çatışması halinde, bu normların, devletin bütün engelleme çabalarına karşın işlerliği de söz konusu olabilir. Bu hallerde, çoğul hukuk düzeni normlarına dayanarak yargılama yapılması ve hükmün uygulanması sebebiyle bir takım insan hakları ihlalleri gerçekleşebilir. Bu hallerde ihlal, hukuk devleti ilkesine ilişkin değil, devletin insan haklarına ilişkin pozitif yükümlülüklerinin yerine getirilmemesi ile ilgili olacaktır ve devletin, hakları ihlal edilen vatandaşlarını koruma girişimi, kimlik grupları üzerindeki iktidarlarından tamamen vazgeçmemesi anlamına gelecektir⁶². Sonuç olarak bu halde, hukuki çoğulluk tartışmalarının ortak noktası olan devlet hukukunun merkeziyetçiliğini eleştirmenin zemini ortadan kalkacak; çoğulluk durumu devletin iktidarını güçlendiren bir araca dönüşecektir⁶³.

Devlet dışı hukuk düzeni resmi olarak tanınsın ya da tanınmasın, hukuki çoğullukta, bireylerin veya grupların kendi çıkarlarına uygun olan normatif düzenleri seçebilmesi imkanının gerçekliğini de sorgulamak gerekir. İlk olarak, bu meseleye dair Marksistlerin kapitalist toplumlarda ‘seçme özgürlüğünün’ bir yanılsamadan ibaret olacağına yönelik temel itirazını hatırlamak yerinde olacaktır. Zira bu görüşe göre, kapitalizmin ayırt edici özelliği, eşitsizliğin içkin olduğu olguların ve süreçlerin dış görünümünden hareketle, bunları “eşit” güçlerin karşılıklı etkileştiği olgular ve süreçler olarak gösterebilmesidir⁶⁴. Öte yandan, çoğul hukuk düzenleri özelinde bireylerin seçme özgürlüğünden söz etmek de iki sebeple zordur; ilk olarak hukuki çoğulluk durumunda bireyin farklı normatif düzenlerle ilişkisini en başta kimliği belirler ve kimlikler kurgusal ve bir anlamda tesadüfidir. Bu bakımdan, bireylerin kimliklerini ve kimlikleri ile örtüşen hukuku seçme özgürlüklerinden bahsetmek zordur. Yanı sıra, kimlikler ya da içinde bulunulan grupla kurulan aidiyet ilişkisi, genellikle yoğun ve değişime uzak olduğundan, bireyin ait olduğu gruptan kopması genellikle zordur ve bireylerin ait oldukları grupların da baskıcı iktidar odağı haline gelme ihtimali vardır. Öte yandan, çoğul

⁶¹ TAMANAHA, 2011, s.5.

⁶² CALAGUAS, Mark J./FLUET, Edward R./DROST, Cristina M.: “Legal Pluralism & Women’s Rights: A Study in Post-Colonial Tanzania”, 2006, s.68.

⁶³ AYDIN HATIPOĞLU, Duygu: “Hukuki Çoğullukta İktidar Problemi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 72(1), 2014, s.503.

⁶⁴ ÇULHAOĞLU, Metin: “Çoğulluk ve Çoğulculuk”, 15 Ekim 2010, BirGün, http://www.birgun.net/writer_index.php?category_code=1262359858&news_code=1287144396&year=2010&month=10&day=15 #.UOSjmv15MxA, 2 Ocak 2013.

hukuk düzenleri de devlet hukukundan, iktidardan, toplumsal yapıdan tamamen bağımsız değildir⁶⁵. Hukuki çoğulluk içerisindeki farklı normatif düzenler, aynı toplumsal süreçlerin ürünüdür. Bu anlamda, devlet hukuku dışındaki normatif düzenler de devlet hukukuyla aynı ideolojik zeminde yeşerip, aynı toplumsal alt yapının ürünü olduğundan benzer iktidar yapılarını taşıma olasılıkları yüksektir⁶⁶. Bu bakımdan, bireyin kendi çıkarlarına uygun bir normatif düzenden söz etmek mümkün olmayacağından, yapacağı seçim iki benzerden birine yönelmek olacaktır. Özetle; “bireylerin ya da grupların, farklı hukuk düzenleri arasından, çıkarları doğrultusunda seçim yapmalarına yönelik bir potansiyelin hayata geçme olasılığı, ‘piyasanın eli’ kadar ‘gerçek’ tir⁶⁷.”

Buraya kadar anlatılanları özetlemek gerekirse; hukuki çoğulluk olgusu, hukukun yatay ilişkilerdeki (birey-birey) işlevi bakımından, hukuk devleti ilkesini her zaman ihlal etmeyebilir. Her somut durum için, söz konusu alternatifin kendine özgü niteliklerinin ve potansiyelinin, hukuk devleti ilkesinin alt ilkeleri bağlamında değerlendirilmesi gerekir.

Hukuk devleti ilkesinin düzen işlevinin ikinci boyutu, hukuk devleti fikrinin bileşenlerinden biri olarak, siyasi iktidarın hukuk ile sınırlanmasını ifade eder. İnsan davranışlarını düzenlemek ve yönlendirmek bakımından, somut durumun özel koşullarına göre işlevsel olabileceğini belirttiğimiz çoğul hukuk düzenleri, siyasi iktidarın hukuk ile sınırlandırılması söz konusu olduğunda da işlevsel olabilecek midir?

Öncelikle bu bakımdan devlet hukukunun da her zaman işlevsel olduğunu söylemenin mümkün olmadığını belirtmek yerinde olacaktır. Zira devlet gücünün sınırlandırılması, ancak bir takım evrensel ilke ve değerlere uygun bir hukuk sistemi ve bu hukuk sisteminin etkinliğinin sağlanmasıyla mümkündür. Diğer bir ifadeyle, yukarıda ele aldığımız biçimsel hukuk devleti-maddi hukuk devleti ayrımında, biçimsel hukuk devletine karşılık gelen ilkelerle iktidarın sınırlandırılması, bir seviyeye kadar mümkün olacaktır. Raz’ın ifadesiyle biçimsel hukuk devleti tanımı, insan hakları ihlallerini önlemeyi garanti etmez. Bu doğaldır, çünkü bu hakların korunmasına yönelik herhangi bir gereklilik öngörmez⁶⁸. Bu anlamda, iktidarı insan hakları ve özgürlükler lehine sınırlandırabilen, ‘kanun devleti’nden daha fazlasını ifade eden bir hukuka işaret eden hukuk devleti ilkesine ihtiyaç vardır. Yukarıda maddi anlamda hukuk devleti olarak adlandırdığımız bu anlayış, ‘bireysel haklara uygun olan kurallar çerçevesinde yönetimi⁶⁹’ ifade eder.

Çoğul hukuk düzenlerinin modern öncesi dönemlerde oluştuğu ve bu dönemlerin ihtiyaçları doğrultusunda şekillendiği gerçeği göz önünde bulundurulursa; modern hukuk gibi, şiddet tekeli elinde bulunduran devlet iktidarı karşısında, birey temel hak ve özgürlüklerini korumak gibi bir amaç gütmemeleri doğaldır. Bu tarz hukuk normları genellikle bireyler arasındaki ilişkileri düzenler. Zira birey-devlet arasındaki ilişkilerin, birey hak ve özgürlüklerini açıkça belirlemek ve korumak amacıyla hukuk sistemlerine dahil edilmesi çok yeni bir olgudur. Dini hukuk, gelenek hukuku gibi modern öncesi dönemlerden kalan çoğul hukuk düzenleri, içerik olarak da bu amaca yönelik normlardan yoksundur. Buradan hareketle, bu tip normatif sistemlerin, hukuk devleti ilkesinin iki temel işlevinden biri olan, siyasi iktidarın hukukla sınırlandırılması hususunda bir varlık gösteremeyeceklerini söylemek yanlış olmayacaktır.

Hukukun dikey ilişkilerdeki rolü çerçevesinde hukuki çoğulluk olgusunu değerlendirirken göz önünde bulundurmanız gereken bir diğer husus, iktidar ilişkileridir. Zira devlet dışı hukuk sistemlerini tanımak, Griffiths’in hukuki merkezîyetçilik ideolojisi olarak kavramsallaştırdığı; hukuku, diğer tüm hukuklardan ayrıcalıklı bir yerde konumlandığı devlet hukukuyla sınırlandıran düşüncenin reddini beraberinde getirir⁷⁰. Bu anlamda hukuki çoğulluk, modern ulus devletin mutlak kontrol sağlama iddiasının reddidir⁷¹ ve devlet hukuku dışında normatif düzenlerin mevcudiyetine dair varsayım, devlet iktidarına karşı bir sorgulamayı da ihtiva eder⁷².

Twining’in interlegalite olarak kavramsallaştırdığı üzere; bir arada varolan hukuk düzenleri arasındaki ilişkiler, çatışma ve rekabetten ibaret değildir. Bu ilişkiler; kapsama, taklit etme, kümelenme, uyarılma, kısmi bütünlüşme, üstünlük kurma, baskılama, yok etme gibi çok çeşitli olabilir⁷³. Bu çeşitliliğin doğal bir sonucu olarak iktidar olmayan grupların devlet iktidarıyla olan ilişkileri de çeşitlilik gösterir. İktidar olmayan gruplar, devlet hukukuyla ilişkilenişlerinde bir yandan devlet iktidarını meşrulaştırabilirler. Bu halde, hukuki çoğulluk, devlet tarafından topluluk üzerinde siyasi denetim kurmak amacıyla kullanılabilir⁷⁴, devletin siyasi ve hukuki stratejisinin bir ürünü olabilir⁷⁵. Müslümanlara aile hukuku meseleleriyle sınırlı olmak üzere tanınan Şeri mahkemelere başvurma hakkı, buna örnektir. Tanınan bu hak, Müslüman azınlıkları, İsrail’in meşruiyetine tamamen meydan okumaktan alıkoymayı hedefler⁷⁶. Bu örnekte hukuki çoğulluk, bir yandan azınlık gruplarına bazı hukuki haklar sunmayı amaçlarken, öte yandan mevcut

⁶⁵ AYDIN HATİPOĞLU, s.502-503.

⁶⁶ AYDIN HATİPOĞLU, s.500-501.

⁶⁷ AYDIN HATİPOĞLU, s.503.

⁶⁸ RAZ, Joseph: The Authority of Law, Oxford University Press, Oxford, 2002, s.211.

⁶⁹ DWORKIN, Ronald: A Matter of Principle, Harvard University Press, Cambridge, 1985, s.11.

⁷⁰ GRIFFITHS, 1986, s.3.

⁷¹ ÖRÜCÜ, Esin: “Hukuk Sosyo-Kültürle Karşılaşınca: Kültürel Çoğulculuk, Hukusal Çoğulculuk ve Pragmatizm”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 69(1-2), 2011, s.82.

⁷² AYDIN HATİPOĞLU, s.495.

⁷³ TWINING, 2009/10, s.488-489.

⁷⁴ BARZILAI, s.409.

⁷⁵ BARZILAI, s.415-416.

⁷⁶ BARZILAI, s.409.

siyasi rejime yönelik daha geniş kapsamlı değişiklik taleplerinin önüne geçebilmektedir⁷⁷. Bu durumda, toplumsal yapının değişimini hedeflemeyen her türlü talep, mevcut iktidar ilişkilerini meşrulaştıracaktır⁷⁸.

Öte yandan, azınlık grubu üyeleri, iki şekilde devlet iktidarına meydan okuyabilir. İlk olarak devlet hukukunun bir toplumsal alanı işgal etmesinin önüne geçebilirler. Barzilai buna Kimberle W. Crenshaw'ın çalışmasına⁷⁹ atıfla örnek verir: Ev içi şiddete maruz kalan Afro-Amerikan kadınlar, kadın kimliklerini seçerek hakim beyaz sosyal sınıfın temsilcisi olan polise erkekleri ihbar edebilirler ya da kendi etnik kimliklerini tercih ederek, şiddet uygulayan Afro-Amerikan kocalarının yakalanmasını önleyebilirler. Azınlık gruplarının devlet iktidarına meydan okuma biçimlerinden bir diğeri, “yazılı veya sözlü azınlık hukukunun, topluluk üyelerince devlet hukukuna kıyasla tercih edilebilir görülmesidir. Barzilai buna, farklı azınlık gruplarının namus cinayetleri karşısındaki tutumlarını örnek verir. Müslüman topluluğunun namus cinayeti “sosyal pratiği” karşısında, bu topluluğun önde gelen üyeleri; örneğin geniş ailelerde yaşlılar, Hammula ve komünal dini yargıçlar; bu tip olayların İsrail polisine bildirilmesi girişimlerine engel olmaktadır. Bu kimseler, kendi iktidar yapılarını baltalayabilecek geniş polis müdahalesinden çekindikleri için devletin yasal otoritesiyle işbirliği yapmakta gönülsüzdür. Barzilai için bu örnekler, topluluksal ya da bireysel seviyede kimliklerin çokluğunun devletin siyasi iktidarına meydan okuyabileceğini ve onun toplumsal alana yayılımını engelleyebileceğini gösterir⁸⁰. Ancak bu hallerde hukuk devleti ilkesi bağlamında önemli olan, devletin siyasi iktidarına meydan okuyan ve bu iktidarı kendi iktidar alanlarıyla sınırlayan grupların, kendi iktidar alanlarında ürettikleri ve işlerlik kazandırdıkları hukukun niteliği olacaktır. Nitekim defalarca yinelediğimiz üzere, hukuk devleti ilkesi, herhangi bir hukukun değil, insan haklarına saygılı, adil bir hukuk düzeninin üstünlüğünü öngörmektedir.

Azınlık gruplarının hukuk düzenleri dışında, yukarıda değindiğimiz hukuki çoğulluk tasniflerinde, uluslararası nitelikteki çoğul hukuk düzenleri olarak ele aldığımız sistemlerden özellikle uluslararası insan hakları hukuku da, sahip olduğu yaptırım mekanizmalarıyla, maddi anlamda hukuk devleti ilkesinin gereklerinin yerine getirilmesi bakımından kullanışlı olabilecektir.

V. SONUÇ

Özetlemek gerekirse, çoğul hukuk düzenlerinin hukuk devleti ilkesiyle ilişkisi, iki farklı açıdan ele alınabilir. Bunlardan ilki, hukuk devleti ilkesinin işlevleriyle ilgilidir. Hukuk devletinin temelde hukukla sınırlandırma işlevi, yatay ve dikey ilişkileri hukukla sınırlandırma olarak ikiye ayrılabilir. Yatay ilişkiler, bireyler arasındaki ilişkilere karşılık gelirken; dikey ilişkiler, bireyler ile devlet arasındaki ilişkileri ifade eder. Hukuk devletinin her iki ilişki türünü de hukukla düzenleme ve sınırlandırma ideali çerçevesinde hukuki çoğulluk meselesi değerlendirilmelidir. Bu çerçevede, çoğul hukuk düzenlerinin insan davranışlarını yönlendirmek, dolayısıyla bireyler arasındaki ilişkileri düzenlemek bakımından, devlet hukukuna kıyasla birtakım avantajları olduğu söylenebilir. Ancak bu, hukuk devleti ilkesinin ihlal edilmediğini söylemek için yeterli değildir. Bu noktada, çoğul hukuk düzenlerinin hukuk devletiyle ilişkisinin ikinci boyutu devreye girecektir. Hukuk devleti ilkesinin öngördüğü hukukun işlevini yerine getiren normatif düzenin, ilkenin gerektirdiği maddi ve şekli şartları da sağlaması beklenmektedir. Hukuk devletinin öngördüğü şekli ve maddi şartları sağlayan çoğul hukuk sistemlerinin, hukuk devleti ilkesine herhangi bir aykırılık teşkil etmeyeceği, aksine insan davranışlarını yönlendirmek bakımından sahip olduğu avantajlar sayesinde, bu ilkenin gerçekleşmesine katkı sağlayacağı söylenebilir. Öte yandan, ilkenin maddi veya şekli şartlarını sağlamayan normatif sistemlerinin hâkimiyeti halinde, öngörülen niteliklere sahip bir hukukun üstünlüğünden söz etmek mümkün olamayacağından, bu hukuki çoğulluk durumu, hukuk devleti ilkesinin ihlali anlamına gelecektir.

Hukuki çoğulluk halleri hukuk devleti ilkesi bakımından değerlendirilirken göz önünde bulundurulması gereken bir diğer kistas, çoğul hukuk düzenlerinin işlerliğinin rızaya dayanması gerekliliğidir. Bu bağlamda ilk olarak, devlet tarafından resmen tanınan bir normatif düzende, bu normatif düzene tabi olmak kişi iradesine bırakılmalıdır. Yanı sıra, hukuk devleti ilkesinin genellik alt ilkesi gereği, bu seçim hakkı her bir bireye tanınmalı ve olası insan hakları ihlallerini önleyebilmek için, kişilerin iradeleri hilafında devlet hukuku dışındaki normatif düzenlere tabi kılınmasının önüne geçilmelidir. Bu değerlendirmede akla gelebilecek bir diğer soru, bireylerin normatif düzenler arasında yapacakları tercihlerinin özgür iradelerine dayanmasının mümkün olup olmadığıdır. Bu soru, özgür irade kavramına ilişkin genel bir sorudur ve hukuki çoğulluk hallerinde de akla gelmelidir. Marksist bir çerçeveden ele alındığında aynı alt yapının ürünü olan ve bu sebeple benzer iktidar ilişkilerini sürdürmeyi amaçlayan ve önemsiz nüanslar dışında benzer içeriklere sahip olan devlet hukuku ile çoğul hukuk düzenleri arasında, gerçek bir seçimden söz edilemez. Bunlar arasında yapılacak bir tercih, iki benzerden birini seçmek olacaktır. İkinci bir olası durum olarak çoğul hukuk düzeninin resmen tanınmadığı hallerde, kişilerin iradeleri hilafında bir takım yargılama süreçlerine dahil edilip yaptırımlara tabi kılınması sonucunda doğacak insan hakları ihlalleri, devletlerin insan haklarının korunmasına ilişkin pozitif yükümlülüklerini yerine getirememekten doğan sorumluluklarını gündeme gelecektir.

Öte yandan, hukuk devleti ilkesinin bir diğer işlevi olan devlet iktidarının hukukla sınırlandırılması açısından, yerel hukuk düzenlerinin bir varlık göstermesi ihtimali düşüktür. Bu sistemlerin ortaya çıktıkları

⁷⁷ BARZILAI, s.415-416.

⁷⁸ AYDIN HATİPOĞLU, s.504.

⁷⁹ CRENSHAW, Kimberle: Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color, in Critical Race Theory 357.

⁸⁰ BARZILAI, s.412-413.

dönem ve koşullar gereği, bireyi devlet karşısında korumak veya devlet iktidarını hukukla sınırlandırmak gibi amaçları ve bu amaca hizmet edecek araçları olmadığından, bu bakımdan kullanışlı değillerdir. Bununla birlikte, bu düzenlerin varlığı, devlet iktidarının alanının daralması anlamına geleceğinden, devlet dışı hukuk sisteminin insan haklarını korumak bakımından devlet hukukundan ilerde olduğu hallerde, devlet iktidarının birey hakları yararına sınırlandırılması söz konusu olacaktır. Ancak çoğul hukuk düzenlerinin hukuk devleti ilkesinin gereklerini sağlayamadığı hallerde, bu düzenlerin devlet iktidarını sınırlandırıp kendi iktidar alanlarını oluşturması, her ne kadar devlet iktidarı sınırlandırılıyor olsa da hukuk devleti ilkesiyle çelişecektir. Nitekim daha önce de belirttiğimiz üzere, hukuk devleti ilkesi herhangi bir hukukun değil, insan haklarına saygılı ve adil bir hukukun üstünlüğünü gerektirir. Öte yandan uluslararası nitelikteki hukuk düzenlerinin etkili varlığı da, devlet iktidarının insan haklarına dayalı bir normatif sistem eliyle sınırlandırılması için uygun bir zemin yaratacağından, hukuk devleti ilkesi bakımından ihlal oluşturmaz.

Özetle, hukuki çoğulluk olgusunun hukuk devleti ilkesini her durumda ihlal eder nitelikte olmadığını belirtebiliriz. Her somut durumda ilgili hukuk düzeni, hukuk devleti ilkesinin işlevi ve alt ilkeleri dikkate alınarak değerlendirilmeli ve her somut durumun öznel koşulları çerçevesinde ihlal olup olmadığına karar verilmelidir.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Atrf Şekli: Yazar Ezgi ARSLAN, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Ezgi ARSLAN who is the author, has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The author declares that she complies with the scientific, ethical, and quotation rules of InULR in all processes of the paper and that she does not make any falsification of the data collected. In addition, she declares that Inonu University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than Inonu University Law Review.

KAYNAKÇA

- AYDIN HATİPOĞLU, Duygu: “Hukuki Çoğullukta İktidar Problemi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, LXXII(1), 2014, s.487-505.
- BARZILAI, Gad: “Beyond Relativism: Where Is Political Power in Legal Pluralism”, *Theoretical Inquiries in Law*, 9(2), 2008, s.395-416. (2008).
- BARZILAI, Gad: *Communities and Law: Politics and Cultures of Legal Identities*, The University of Michigan Press, Michigan 2003. (2003).
- BENDA-BECKMANN, Franz v.: “Citizens, Strangers and Indigenous Peoples: Conceptual Politics and Legal Pluralism”, Ed. F. von Benda-Beckmann, K. von Benda-Beckmann, A. Hoekema, *Natural Resources, Environment And Legal Pluralism*, Yearbook Law and Anthropology 9, 1997, s.1-42. (1997).
- BENDA-BECKMANN, Franz v.: “Who’s Afraid of Legal Pluralism”, *Journal of Legal Pluralism*, 2002 – nr. 47. (2002), s.37-83.
- ÇULHAOĞLU, Metin: “Çoğulluk ve Çoğulculuk”, 15 Ekim 2010, BirGün, http://www.birgun.net/writer_index.php?category_code=1262359858&news_code=1287144396&year=2010&month=10&day=15#UOSjmv15MxA, 2 Ocak 2013.
- DESMET, Ellen: “Legal Pluralism and International Human Rights Law: A Multifaceted Relationship”, *Human Rights Encounter Legal Pluralism: Normative And Empirical Approaches*, Edt. Giselle Corradi, Eva Brems, Mark Goodale, Hart Publishing, 2017.
- DICEY, Albert V.: “Hukuk Devleti: Doğası ve Genel Uygulamalar”, *Hukuk Devleti Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal*, ed. Ali Rıza Çoban vd., Liberte Yayınları, Ankara 2008, s.25-40.
- DWORKIN, Ronald: *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge, 1985.
- FORSYTH, Miranda: “A Typology of Relationships Between State and Non-State Justice System”, *Journal of Legal Pluralism&Unofficial Law*, 56, 2007, s.67-112.
- GRIFFITHS, John: “What is Legal Pluralism?”, *Journal of Legal Pluralism*, nr. 24, 1986, s.1-55. (1986)
- HAYEK, Friedrich A. von: “Hukuk Devleti: Doğası ve Genel Uygulamalar”, *Hukuk Devleti: Hukuki Bir İlke-Siyasi Bir İdeal*, Ed. Ali Rıza Çoban/Bilal Canatan/Adnan Küçük, Adres Yayınları, Ankara 2008, s.41-118.
- MARMOR, Andrei: “Hukuk Devleti ve Sınırları”, *Hukuk Devleti Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal*, ed. Ali Rıza Çoban vd., Liberte Yayınları, Ankara 2008, s.169-210.
- MARX, Karl: *Kapital: Ekonomi Politikin Eleştirisi*, I. Cilt, Yordam Kitap, 9. Basım, Kasım 2016.
- MERRY, Sally Engle: “Legal Pluralism”, *Law and Society Review*, 22(5), 1988, s.869-896.
- RAZ, Joseph: “Hukuk Devleti ve Erdemi”, *Hukuk Devleti Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal*, Ed. Ali Rıza Çoban vd., Liberte Yayınları, Ankara 2008, s.149-168.
- RAZ, Joseph: *The Authority of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2002.
- SANCAR, Mithat: *Devlet Akli Kısılcında Hukuk Devleti, İletişim Yayınları*, İstanbul 2010.
- SANTOS de Sousa Boaventura: *Toward a New Legal Common Sense, Law, Globalization and Emancipation*, Elsevier, UK, 2002.
- SCHMITT, Carl: “Liberal Hukuk Devletinin İlkeleri ve Hukuk Devletinde Kanun Kavramı”, *Hukuk Devleti Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal*, ed. Ali Rıza Çoban vd., Liberte Yayınları, Ankara 2008, s.119-148.
- SEZGİN, Yüksel: “Theorizing Formal Pluralism: Quantification of Legal Pluralism for Spatio-Temporal Analysis”, *Journal of Legal Pluralism&Unofficial Law*, 50, 2004, s.101-118.
- STAYER, Joseph R.: *On the Medieval Origins of the Modern State*, Princeton University Press, 1970.
- TAMANAHA, Brian: “A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism”, *Journal of Law and Society*, 27(2), June 2000, s.296-321.
- TAMANAHA, Brian: “The Rule of Law and Legal Pluralism in Development”, *Hague Journal on the Rule of Law*, 3, 2011, s.1-17. (2011).
- TAMANAHA, Brian: “Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global”, *Sydney Law Review*, 30, 2008, s.375-411. (2008)
- TWINING, William: *General Jurisprudence, Understanding Law from a Global Perspective*, Cambridge, 2009. (2009)
- TWINING, William: “Normative and Legal Pluralism: A Global Perspective”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, 20(10), 2009, s.473-518. (2009/10)
- ÖZCAN, Mehmet Tefrik: *Modern Toplum ve Hukuk Devleti*, Tekin Yayınevi, İstanbul, 2017.
- ÖRÜCÜ, Esin: “Hukuk Sosyo-Kültürle Karşılaşınca: Kültürel Çoğulculuk, Hukusal Çoğulculuk ve Pragmatizm”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, LXIX(1-2), 2011, s.79-80.
- ÖZENÇ, Berke: *Hukuk Devleti: Kökenleri ve Küreselleşme Çağındaki İşlevi*, 2. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul 2016.
- ÜYE, Saim: *Teoride ve Pratikte Hukuki Çoğulluk*, Turhan Kitabevi, Ankara 2013.

**KİŞİSEL VERİLERİN HUKUKA AYKIRI İŞLENMESİNDEN DOĞAN ZARARLARIN
TAZMİNİ VE GÖREVLİ MAHKEME****COMPENSATION FOR DAMAGES ARISING FROM
THE UNLAWFUL PROCESSING OF PERSONAL DATA AND THE AUTHORIZED COURT**Emel BADUR * & Nesibe KURT KONCA ****Makale Bilgi**

Gönderi: 08/08/2022
Kabul : 05/12/2022

Anahtar Kelimeler

*Kişisel Veri,
Görevli Mahkeme,
Tazminat,
Kişilik Hakkı,
Yargı Yolu.*

Article Info

Received: 08/08/2022
Accepted: 05/12/2022

Keywords

*Personal Data,
Authorized Court,
Compensation,
Personality Right,
Judicial Branch.*

Özet[10.21492/inuhfd.1159230](https://doi.org/10.21492/inuhfd.1159230) 

Kişisel verilerin hukuka aykırı işlenmesinin, ilgili kişinin zarara uğramasıyla sonuçlanması kaçınılmaz zor bir sonuçtur. Yasa koyucu Kişisel Verileri Koruma Kanunu'nda bu Kanuna aykırı fiiller neticesinde doğan zararların tazminine ilişkin özel hükümler düzenlemekten kaçınmış; kişilik hakları ihlal edilenlerin, genel hükümlere göre tazminat hakkının saklı olduğunu belirtmek suretiyle genel hükümlere yollama yapmayı tercih etmiştir. Kişisel verilerin hukuka aykırı işlenmesi sonucunda zarar gören, kişisel verisi hukuka aykırı işlenen ilgili kişidir. Kişisel verilerin hukuka aykırı işlenmesi nedeniyle doğan zarar, maddi zarar olabileceği gibi manevi zarar şeklinde de ortaya çıkabilir. Bu çalışmada, kişisel verilerin hukuka aykırı işlenmesinden kaynaklanan zararların tazmini, özellikle görevli mahkemeler açısından ele alınmıştır. Veri sorumlusunun kamu tüzel kişisi veya özel hukuk kişisi olmasına binaen yargı yolu değişmektedir. Dolayısıyla hem idari yargıda hem de adli yargıda bu davaların görülebilmesi mümkündür. Ayrıca veri sorumlusu ve ilgili kişi arasındaki ilişkinin iş veya tüketici ilişkisi ya da ticari ilişki olmasına göre ihtisas mahkemelerinin görevli olması da söz konusu olmaktadır.

Abstract

The unlawful processing of personal data, resulting in damage to the data subject, is a difficult outcome to avoid. The legislator refrained from regulating special provisions regarding the compensation of damages arising as a result of unlawful acts in the Law of the Protection of Personal Data; has preferred to refer to the general provisions by stating that the right to compensation according to the general provisions is reserved for those. The data subject is whose personal data is processed unlawfully and who is damaged as a result of unlawful processing. The damage caused by the unlawful processing of personal data can be in the form of pecuniary damage and moral damage. In this study, the compensation of damages arising from the unlawful processing of personal data is discussed especially in terms of authorized courts. The fact that the data controller is a public-law legal entity or a private law person, the judicial procedure changes and it is possible for these cases to be heard in both administrative and judicial courts. Depending on whether the relationship between the data controller and the data subject is a labor, consumer or commercial relationship, it is also possible for the specialized courts to be authorized.

 Bu eser [Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/) ile lisanslanmıştır.

*Doç. Dr., Çankaya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

**Doç. Dr., Ankara Medipol Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | **Cite As:** BADUR Emel/KURT KONCA Nesibe, "Kişisel Verilerin Hukuka Aykırı İşlenmesinden Doğan Zararların Tazmini ve Görevli Mahkeme", InÜHFD, 13(2), 2022, s.476-490. **İntihal** | **Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via a plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

Introduction and Research Purpose: Unlawful processing of personal data may cause harm to the person concerned. In the Law of the Protection of Personal Data (LPPD), the legislator refrained from regulating special provisions regarding the compensation of damages arising as a result of acts contrary to this Law and stated that those whose personal rights are violated are entitled to compensation according to the general provisions. The aim of this study is to determine how the general provisions will be applied for the compensation of damages arising from the unlawful processing of personal data and to figure out the authorized judicial authorities in this regard.

Literature Review: In the literature, it is stated that the general provisions to be applied in the compensation of damages arising from the unlawful processing of personal data may be the provisions of the Turkish Civil Code on the protection of personality. However, according to the characteristics of the concrete case, it has not been discussed in which jurisdiction and court the claims for compensation will be heard. In this study, these issues are discussed and a proposal for legislative amendment is made by finding the possible drawbacks of bringing compensation cases into administrative jurisdiction.

Methodology and Findings: It is a research article in which different methods such as study legislation review, literature review and sample decision review are used together. The main finding of this study is the opinion that in case of unlawful processing of personal data by the administration, it would be more beneficial to hear the compensation cases in the judicial jurisdiction due to the difficulties arising from taking the measures to protect the personal rights in the administrative jurisdiction.

Conclusions, Limitations, and Recommendation: Unlawful processing of personal data may harm the personal and property values of the data owner. While regulating the rights of the person concerned in Article 11 of LPPD, it is stated that he/she has the right to demand the compensation of the damages arising from the unlawful processing of personal data. According to article 14/3 of LPPD, the legislator has preferred to refer to the general provisions by stating that the right to compensation according to the general provisions is reserved for those. General provisions are also applied in calculating the damages arising from the illegal processing of personal data with the reference to the general provisions, determining the means of compensation and the statute of limitations. The claim for compensation may be due to the material and/or moral damage.

In this context, it is possible that the claim for compensation based on the unlawful processing of personal data may fall within the jurisdiction of the civil or administrative jurisdiction. Since there is no clear provision in the Law as to which jurisdiction the claims regarding the right to compensation will be heard, the judicial branch should be determined according to the characteristics of the concrete case. If the data controller is a public legal entity, the case must be filed in the administrative jurisdiction for compensation for the damages arising from the unlawful processing of personal data. On the other hand, if the data controller is a private person, then the case should be filed in the civil jurisdiction.

However, there are difficulties in bringing forward the demands of preventing the danger of tort stipulated in Article 25 of the Turkish Civil Code, putting an end to the tort, and determining the illegality of the tort, whose effects continue even though it has ended, in order to protect personal rights due to the illegal processing of personal data. While these requests can be asserted in the civil jurisdiction against the private person data controller/processor seeing the compensation claim before the administrative jurisdiction may violate both the principle of procedural economy and the prohibition of decision-making in contradiction. For this reason, it is considered that it would be beneficial for the compensation cases arising from the unlawful processing of personal data by the administration to be heard in the civil jurisdiction with a legal amendment. It should also be noted that such exceptional regulations are currently being implemented in Turkish Civil Code Art. 1007 and Enforcement and Bankruptcy Law Art. 5.

If the compensation case based on the unlawful processing of personal data is a consumer dispute and below the monetary limit stipulated in the Law on the Protection of the Consumer, then it is necessary to apply to the consumer arbitration committee. On the other hand, if the amount of the dispute exceeds the monetary limit, a lawsuit should be filed in consumer courts by fulfilling the condition of litigation regarding mediation.

Compensation lawsuits based on unlawful processing of personal data, which are absolute and relative commercial lawsuits, should be filed in the commercial court of first instance. However, since the application to mediation is a litigation condition in terms of compensation claims, the condition must be exhausted before these lawsuits are filed. A similar situation is also valid for the compensation cases considered in the labor courts which are based on the unlawful processing of personal data in labor disputes. Compensation cases that do not fall under the jurisdiction of special courts should be heard in the civil courts of first instance, which are the general jurisdiction courts.

I. GİRİŞ

Türk Hukuku açısından kişisel verilerin korunması, 2010 yılında Anayasa'nın m.20/3 hükmüyle anayasal hak olarak kabul edilmesinden sonra gittikçe artan bir önem kazanmıştır. Aslında Türkiye Cumhuriyeti, Avrupa Konseyi tarafından 28.01.1981 tarihinde imzaya açılan, tam adı “Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi” olmakla birlikte kısaca “108 sayılı Sözleşme” olarak isimlendirilen düzenlemeyi, imzaya açıldığı tarihte imzalayan ülkelerden olmuşsa da; Sözleşmenin iç hukuka dâhil edilmesi 17.03.2016 tarih ve 29656 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanması suretiyle gerçekleşmiştir.

Akabinde 2016 yılında 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun (KVKK) yürürlüğe girmesiyle, anayasal bir hak olarak tanınan kişisel verilerin korunmasını talep hakkı, ayrıntılı yasal düzenlemeye kavuşturulmuştur. Hukukumuzda KVKK’nın kabulü öncesinde de kişisel verilerin korunması amacına yönelmiş yasal düzenlemeler bulunmaktadır. Örneğin Türk Ceza Kanunu’nun (TCK) 135-140. maddeleri arasında kişisel verilerin kaydedilmesi, hukuka aykırı olarak verilmesi veya ele geçirilmesi ve belirlenen sürede yok edilmemesine ilişkin suç tipleri düzenlenmiştir. Ancak konuya ilişkin temel düzenlemenin KVKK olması nedeniyle bu makalenin kapsamı, kişisel verilerin KVKK’ya aykırı işlenmesinden doğan zararlarla sınırlanmıştır.

Kişisel verilerin hukuka aykırı işlenmesi, veri sahibinin kişisel ve malvarlığı değerlerini zarara uğratabilir. Yasa koyucu KVKK’da bu Kanuna aykırı fiiller neticesinde doğan zararların tazminine ilişkin özel hükümler düzenlemekten kaçınmış; kişilik hakları ihlal edilenlerin, genel hükümlere göre tazminat hakkının saklı olduğunu belirtmek suretiyle genel hükümlere bir yollama yapmayı tercih etmiştir. Ayrıca KVKK’nın 11. maddesinde ilgili kişinin hakları düzenlenirken, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesi nedeniyle doğan zararlarının giderilmesini talep etme hakkına sahip olduğu ayrıca belirtilmiştir.

Bu çalışmada, kişisel verilerin hukuka aykırı işlenmesinden kaynaklanan zararların tazmini, özellikle görevli mahkemeler açısından ele alınacaktır. Veri sorumlusunun kamu tüzel kişisi veya özel hukuk kişisi olmasına binaen yargı yolu değişmektedir. Dolayısıyla hem idari da hem de adli yargıda bu davaların görülebileceği mümkündür. Ayrıca veri sorumlusu ve ilgili kişi arasındaki ilişkinin iş veya tüketici ilişkisi ya da ticari ilişki olmasına göre ihtisas mahkemelerinin görevli olması mümkündür.

II. KİŞİSEL VERİLERİN HUKUKA AYKIRI İŞLENMESİ VE BUNDAN DOĞAN ZARARLAR

Kişisel verilerin hukuka aykırı işlenmesi sonucunda ilgili kişinin zarara uğraması, kaçınılması zor bir sonuçtur. Kişisel verilerin hukuka aykırı işlenmesinden doğan zararların ve tazmin yollarının açıklanabilmesi için öncelikle, KVKK’nın uygulanma alanının ve kapsamının belirlenmesi gereklidir.

A. Kişisel Veri, İşleme ve Veri Sorumlusu Kavramları

Kanunun “Kapsam” başlıklı 2. maddesinde “Bu Kanun hükümleri, kişisel verileri işlenen gerçek kişiler ile bu verileri tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla işleyen gerçek ve tüzel kişiler hakkında uygulanır.” ifadesine yer verilmiştir. Kapsama dair bu düzenlemeden çıkarılan iki önemli sonuç vardır. İlki, Kanunun kapsamına sadece gerçek kişilerin kişisel verilerinin dâhil edilmiş olmasıdır. KVKK’nın “Tanımlar” başlıklı 3. maddesinde, kişisel verisi işlenen gerçek kişiler için “*ilgili kişi*” terimi tercih edilmiştir. Her iki madde açısından da şüpheye yer bırakmayacak açıklıkta olan, KVKK’nın kapsamının sadece gerçek kişilerin verilerinin işlenmesiyle sınırlı olduğudur¹. Bu çalışma kapsamında zarar gören kişiler de kişisel verisi hukuka aykırı işlenen ilgili (gerçek) kişiler olacaktır. KVKK’nın 2. maddesinden çıkarılan ikinci sonuç, her türlü işleme faaliyetinin değil; tamamen veya kısmen otomatik olan ya da otomatik olmasa bile herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla yapılan işlemlerin Kanunun koruma alanına dâhil edildiğidir. Herhangi bir şekilde otomatiklik barındırmayan işlemler, bir veri kayıt sisteminin de parçası değilse; KVKK kapsamında korunmayacaktır.

1. Kişisel Veri

KVKK’nın “Tanımlar” başlıklı 3/1/d maddesinde kişisel veri, kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgiyi kapsayacak genişlikte tanımlanmıştır. Kanunun Gereğesinde² kişisel veri kavramı,

“Bu bağlamda sadece bireyin adı, soyadı, doğum tarihi ve doğum yeri gibi onun kesin teşhisini sağlayan bilgiler değil, aynı zamanda kişinin fiziki, ailevi, ekonomik, sosyal ve sair özelliklerine ilişkin bilgiler de kişisel veridir. Bir kişinin belirli veya belirlenebilir olması, mevcut verilerin herhangi bir şekilde bir gerçek kişiyle ilişkilendirilmesi suretiyle, o kişinin tanımlanabilir hale getirilmesini ifade eder. Yani verilerin; kişinin fiziksel, ekonomik, kültürel, sosyal veya psikolojik kimliğini ifade eden somut bir içerik taşıması veya kimlik, vergi, sigorta numarası gibi herhangi bir kayıtla ilişkilendirilmesi sonucunda kişinin belirlenmesini sağlayan tüm halleri kapsar. İsim, telefon numarası, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, özgeçmiş, resim, görüntü ve ses kayıtları, parmak izleri, genetik bilgiler gibi veriler dolaylı da olsa kişiyi belirlenebilir kılabilme özellikleri nedeniyle kişisel verilerdir.”

¹ KVKK’nın 28. maddesinde “*Istisnalar*” kenar başlığı altında ve beş bent halinde bu Kanun hükümlerinin uygulanmayacağı durumlar sayılmıştır. Bu haller Kanunun kapsamı dışında bırakıldığından veri sorumlusu, ilgili kişi ve işleme faaliyeti gibi terimlerden söz etmek mümkün olmayacak; zarar görenin tazminat talebi ancak genel sorumluluk hukuku kurallarına göre dayanak bulabilecektir.

² <https://kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/062384e3-d18c-4c38-b108-3a7a2a28e849.pdf> (Erişim: 28.07.2022).

ifadesiyle açıklığa kavuşturulmuştur.

Yasa koyucu kişisel veri terimini tanımlarken kapsayıcı olmuş ve sadece belirli değil; belirlenebilir kişilere ilişkin verileri de Kanuna dâhil etmiştir. Bu verilerin kişisel veri olarak nitelenebilmeleri için, gizli, doğru veya güncel olmaları da şart değildir³. Bir kişinin belirli veya belirlenebilir olması, mevcut verilerin herhangi bir şekilde bir gerçek kişiyle ilişkilendirilmesi suretiyle, o kişinin tanımlanabilir hale getirilmesini ifade eder.

Kişisel verilere ilişkin ve mevzuatımız açısından bağlayıcı bir başka tanımlama, 108 sayılı Sözleşme'nin 2/a maddesinde KVKK ile uyumlu olarak, "Kimliği belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişi (ilgili kişi) hakkındaki tüm bilgiyi" ifade edecek şekilde yapılmıştır. Türk Hukukunda kişisel verilerin korunmasına ilişkin normatif düzenlemelerde, kişisel verilerin sınırlı sayıda belirlenerek düzenlenmesi veya örnek olarak sayılması yolları tercih olunmamıştır⁴.

Avrupa Birliği'nin kişisel verilerin korunmasına ilişkin temel düzenlemesi olan Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün⁵ (GVKT) 4/1. maddesinde kullanılan "gerçek kişiye ait olan isim, kimlik numarası, konum, çevrim içi tanımlayıcı, fiziksel, psikolojik, genetik, ruhsal, ekonomik, kültürel veya sosyal kimliğini gösteren bir veya birden fazla faktöre ilişkin veriler" ifadesiyle nelerin kişisel veri olabileceğine dair örnekler verilmiştir⁶.

2. İşleme

Kişisel verilerin işlenmesi kavramı da kişisel veri terimi kadar geniş bir alanı kapsamaktadır. Kanun'un 3/e maddesinde kişisel verilerin işlenmesi,

"Kişisel verilerin tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hâle getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlemi"

kapsayacak genişlikte kullanılmıştır.

Yasa koyucu tarafından işleme faaliyetinin kapsamına ilişkin bazı fiiller sayıldıktan sonra kullanılan "gibi" bağlacından anlaşılacağı üzere, bu sayma sınırlı sayıda olmayıp; verilerin işlenmesi sırasında yapılabilecek işlemlerin örneklendirilmesi amacını taşımaktadır. Buna göre kişisel verilerin işlenmesi, verilerin ilk defa elde edilmesinden başlayarak, veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlemi içermektedir⁷.

Ancak işleme faaliyeti açısından önemli bir diğer husus, işlemeye ilişkin fiillerin "tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla" yapılması gerekliliğidir. Kanunda otomatik işleme kavramı tanımlanmamıştır. Türk Hukuku açısından otomatik işlemeden anlaşılması gereken 108 sayılı Sözleşme hükümlerince açıklığa kavuşturulmuştur. Sözleşme'nin 2/c maddesine göre otomatik işleme, tamamen veya kısmen otomatik yöntemlerle gerçekleştirilen; verilerin kaydı ve bu verilere mantıksal ve/veya aritmetik işlemlerin uygulanması, verilerin değiştirilmesi, silinmesi, geri elde edilmesi veya dağıtılmasıdır.

Veri kayıt sistemi, kişisel verilerin belirli kriterlere göre yapılandırılarak işlendiği kayıt sistemleridir (KVKKm.3/h). Yapılan tanım uyarınca, tamamen veya kısmen otomatik olmayan şekilde, elle işlenen kişisel veriler, ancak belirlenmiş bir kriterlere göre (alfabetik veya büyükten küçüğe vb.) yapılandırılan bir kayıt sistemine dâhil edilmeleri halinde KVKK'nın kapsamına girerler. Böyle kriterlere dâhil edilmeksizin (bir kağıt üzerine yazılan ad, soyad ve telefon numarasının verilmesi vb.) kayıt altına alınan kişisel verilerden zarar doğması halinde, bu zararın tazmininin, genel sorumluluk hukuku kurallarına göre talep edilmesi mümkündür. Ayrıca bu fiiller TCK'da düzenlenen suç tipleri kapsamında da değerlendirilebilir.

3. Veri Sorumlusu ve Veri İşleyen

Veri sorumlusu, kişisel verilerin işleme amaçlarını ve vasıtalarını belirleyen, veri kayıt sisteminin kurulmasından ve yönetilmesinden sorumlu olan gerçek veya tüzel kişidir (KVKKm.3/h). Veri sorumlusunun kamu veya özel hukuk tüzel kişisi ya da gerçek kişi olması mümkündür. Aslında en genel veri sorumlusu, en çok kişisel veriyi işleyen olarak da nitelenebilecek devlettir. Veri sorumlusunun kamu tüzel kişisi olmasıyla özel hukuk kişisi olması arasında tazminat sorumluluğunun tabi olduğu hükümler ve yargı yolu açısından farklılıklar bulunmaktadır.

³ AKSOY, Hüseyin Can: Kişisel Verilerin Korunması, Çakmak, Ankara 2016, s.14; AŞIKOĞLU, Şehriban İpek: Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması ve Büyük Veri, On İki Levha, İstanbul 2018, s.9; TAŞTAN, Furkan Güven: Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, On İki Levha, B.2, İstanbul 2017, s.38; ÖZKAN, Oğulcan: Kişisel Verilerin Korunması, Yetkin, Ankara 2020, s.10.

⁴ Ancak KVKK'nın 6/1. maddesinde özel nitelikli kişisel verilerin "kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri" olarak sınırlı şekilde sayılması yapılırken, Türk Hukuku açısından da yasa koyucu aracılığıyla bazı verilerin, kişisel (özel nitelikli) veri olduğu açıklığa kavuşturulmuştur.

⁵ <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj> (Erişim: 28.07.2022).

⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. WELFARE, Damien/CAREY, Peter: "Territorial Scope and Terminology", Data Protection A practical Guide to UK and EU Law, (Ed.) Peter Carey, B.5, Oxford 2018, s.8-11.

⁷ Öğretide kişisel verilerin işlenmesi, verilerin elde edilmesi, saklanması, sınıflandırılması, aktarılması ve imhası gibi süreçlerde veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlemi kapsayacak şekilde tanımlanmaktadır. KUNER, Christopher: European Data Protection Law, Corporate Compliance and Regulation, Oxford University, B.2, Oxford 2007, s.75; ÇEKİN, Mesut Serdar: Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, B.2, On İki Levha, İstanbul 2019, s.46; ÖZDEMİR, Hayrunnisa: Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması, Seçkin, Ankara 2009, s.135.

Veri sorumlusunun, arasındaki bir sözleşme ilişkisine dayanarak, kişisel verilerin işlenmesi için bir veri işleyenle çalışması mümkündür. Bu sözleşme, kişisel veri işleme sözleşmesi olarak adlandırılır⁸. KVKK'nın 3/ğ maddesinde veri işleyen, veri sorumlusunun verdiği yetkiye dayanarak onun adına kişisel verileri işleyen gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlanmıştır. Veri işleyen, mutlaka veri sorumlusunun işletmesi, kuruluşu veya organizasyonu dışındaki bir kişi olmalıdır⁹.

GVKT'nin 28. maddesinde, veri sorumlusuyla veri işleyen arasında kurulan kişisel veri işleme sözleşmesi ana unsurlarıyla düzenlenmiştir. Bu sözleşmede, veri işleyen tarafından işleme faaliyetinin gerçekleştirilmesi, konusu, süresi, mahiyeti, amacı, kişisel verilerin türü, veri sahiplerinin kategorileriyle veri sorumlusunun yükümlülükleri ve hakları belirlenmektedir.

Veri işleyen faaliyetleri, işlemenin daha çok teknik kısımlarıyla sınırlıdır. Kişisel verilerin işlenmesine ilişkin kararların alınması yetkisi, veri sorumlusuna aittir. Veri sorumlusu, kişisel verilerin işleme amacını ve yöntemini belirleyen kişidir. İşleme faaliyetinin “neden” ve “nasıl” yapılacağı sorularını yanıtlayan kişidir. Örneğin bir kamu kuruluşunun, topladığı kişisel verilerin saklanması için bir bulut hizmeti sağlayıcısıyla sözleşme yapması durumunda, bulut hizmeti sağlayıcısı veri işleyen statüsündedir. Taraflar arasındaki kişisel veri işleme sözleşmesi gereğince bulut hizmeti sağlayıcısının verileri kendi amaçları için kullanması mümkün değildir. Ayrıca bulut hizmeti sağlayıcısı, kendisi veri toplamaktadır. Tek faaliyeti, kamu kuruluşundan gelen kişisel verileri, onun talimatlarına uygun olarak saklamaktır¹⁰.

B. Kişisel Verilerin Hukuka Aykırı İşlenmesine İlişkin Tazminat Hükümleri

KVKK'nın 11/ğ, 14/3. maddelerinde kişisel verilerin hukuka aykırı işlenmesi nedeniyle zarar gören kişilerin tazminat haklarına ve tazminatın talep yollarına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Yasa koyucu Kanunun 11. maddesinde kişisel verilerin hukuka aykırı işlenmesi nedeniyle doğan zararların tazminini talep hakkını, ilgili kişinin hakları arasında sayarken; 14. maddede ise kişilik hakkı ihlal edilenlerin genel hükümlere göre tazminat haklarının saklı olduğunu belirtmiştir.

1. Kişisel Verilerin Hukuka Aykırı İşlenmesi

Öncelikle, kişisel verilerin hukuka uygun olarak işlenmesine ilişkin usûl ve esasların üzerinde durulması gereklidir. Kişisel verilerin işlenmesine ilişkin genel ilkeler Kanunun 4. maddesinde

“Hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olma, doğru ve gerektiğinde güncel olma, belirli açık ve meşru amaçlar için işleme, işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma ile ilgili mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilme”

olarak belirlenmiştir. Kişisel verilerin işlenmesi sırasında, bu ilkelere aykırı davranışlar sonucunda ilgili kişi zarara uğrayabilir¹¹.

Kanunun 5/1. maddesinde, kişisel verilerin ilgili kişinin açık rızası olmaksızın işlenemeyeceği belirtilmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında yedi bent halinde rıza aranmaksızın kişisel verilerin hukuka uygun şekilde işlenebileceği haller sayılmıştır. KVKK'nın 5/2. maddesinde yer verilen hukuka uygunluk sebeplerinden biri bulunmaksızın yapılan rıza dışı işlemler, Kanuna aykırılık teşkil eder ve ilgili kişinin zararı ortaya çıkabilir¹².

Özel nitelikli kişisel verilerin¹³ de kişilerin açık rızası olmaksızın işlenmesi, Kanunun 6/2. maddesinde yasaklanmış; ancak maddenin üçüncü fıkrasında sağlık ve cinsel hayat dışındaki kişisel verilerin, kanunlarda öngörülen hallerde ilgilinin açık rızası aranmadan işlenebileceği kabul edilmiştir. Buna karşılık sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel verilerin açık rıza aranmaksızın işlenebilmesi, ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla ve sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından gerçekleştirilebilir¹⁴. Kanunun 6/2-3. maddesine aykırı

⁸ Kişisel veri işleme sözleşmesi, veri işleyen veri sorumlusunun talimatlarına uygun olarak kişisel verileri işlemeyi taahhüt ettiği; sorumlusunun da bu işleme edimi karşılığında ücret ödeme borcu altına girdiği bir sözleşme olarak tanımlanmaktadır. TURAN BAŞARA, Gamze: “Kişisel Veri İşleme Sözleşmesi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, (16), 2020, s.57.

⁹ Kişisel Verileri Koruma Kurumu tarafından hazırlanan Kişisel Verilerin Korunması Kanununa İlişkin Uygulama Rehberi adlı yayında da veri işleyen “kişisel verileri kendisine verilen talimatlar çerçevesinde işleyen, veri sorumlusunun kişisel veri işleme sözleşmesi yapmak suretiyle yetkilendirdiği ayrı bir gerçek veya tüzel kişi” olarak açıklandığı görülmektedir. <https://kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/41784a70-2bac-4e4a-830f-35c628468646.PDF>, s.56. (Erişim: 26.07.2022)

¹⁰ Veri Sorumlusu ve Veri İşleyen, s.10. <https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/31d9c444-27a5-4a75-95b1-1ca9bdb81ea5.pdf> (Erişim: 26.07.2022).

¹¹ Örneğin veri sorumlusu tarafından ilgili kişinin güncel olmayan adresine gönderilen ürünün, kişinin eline geç ulaşması nedeniyle ortaya çıkan zararlarda, Kanunun 4/2/b maddesinin ihlal edildiği söylenebilir.

¹² Örneğin bir avukatın müvekkilinin alacağının takibini yaptığı sırada, KVKK'nın 5/2/e maddesinde “bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için veri işlemenin zorunlu olması” ifadesiyle düzenlenen hukuka uygunluk sebebine dayalı olduğunu düşünerek, borçlunun yakınlarının banka veya malvarlığı bilgilerini işlemesi, onları telefonla aramak suretiyle ödeme yapmaları gerektiğini belirtmesi bu kapsamda değerlendirilebilir.

¹³ Özel nitelikli kişisel veriler KVKK'nın 6/1. maddesinde “Kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri özel nitelikli kişisel veridir.” sınırlı sayıda ifade edilmiştir. GVKT'nin 9. maddesinde de yine sınırlı sayıda olmak üzere, özel kişisel verilerle ve bunların işlenmesine ilişkin kurallara yer verilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. FULFORD, Nicola/ CAREY, Peter: “Special Categories of Data”, Data Protection A practical Guide to UK and EU Law, (Ed.) Peter Carey, B.5, Oxford 2018, s.66-87

¹⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. ERARSLAN, Türkmən Sevgi: Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesinde Açık Rızanın Aranmadığı Haller, On İki Levha, İstanbul 2019, s.127-209.

işlemler, özel nitelikli kişisel verilerin ilgili kişinin kolaylıkla ayrımcılığa uğramasına neden olabilecek nitelikleri gereği, zarara sebebiyet vermesi kuvvetle muhtemel¹⁵ fiillerden olacaktır¹⁶.

KVKK'nın 7. maddesi uyarınca işlenmesini gerektiren sebeplerin ortadan kalkmış olması halinde kişisel verilerin silinmemesi, yok edilmemesi veya anonim hale getirilmemesi; 8. maddesi gereğince kişisel verilerin ilgilinin açık rızası olmaksızın aktarılması ve 9. maddesi uyarınca aktarmanın rızası olmaksızın yurtdışına yapılması, kural olarak, ilgili kişinin kişisel verilerin hukuka aykırı işlenmesi anlamına gelir.

Kanunun 10. maddesinde veri sorumlusuna aydınlatma ve 12. maddesinde veri güvenliğini sağlamak amacıyla, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesini, bu verilere hukuka aykırı olarak erişilmesini önleme ve kişisel verilerin muhafazasını sağlama görevleri verilmiştir. KVKK'nın "Veri güvenliğine ilişkin yükümlülükler" başlıklı 12/2. maddesinde veri sorumlusunun, kişisel verilerin kendi adına veri işleyen olarak tanımlanan başka bir gerçek veya tüzel kişi tarafından işlenmesi halinde, 12/1. maddesinde belirtilen tedbirlerin alınması hususunda bu kişilerle birlikte müştereken sorumlu olacağı belirtilmiştir.

Kişisel verilerin hukuka uygun işlenmesi, hukuka uygun şekilde elde edilen verilerin veri güvenliğinin sağlanması ile mümkün olur¹⁷. Aksi halde kişisel veriler yetkisiz kişilerin eline geçebilir ve kişisel verilerin hukuka aykırı erişimi/kullanımı nedeniyle ilgili kişiler maddi ve/veya manevi zarara uğrayabilirler. Bu nedenle veri güvenliğini sağlamak, veri sorumlusu ve veri işleyen için yükümlülük olarak düzenlenmiştir¹⁸.

Veri sorumlularınca, veri güvenliğinin sağlanması konusunda yerine getirilmesi gereken diğer yükümlülük, denetim yükümlülüğüdür. KVKK'nın 12/3. maddesinde denetim yükümlülüğü, "Veri sorumlusu, kendi kurum veya kuruluşunda, bu Kanun hükümlerinin uygulanmasını sağlamak amacıyla gerekli denetimleri yapmak veya yaptırmak zorundadır." şeklinde ifade edilmiştir. Kanunun 12/4. maddesinde veri sorumluları ve işleyenlerin, öğrendikleri kişisel verileri hukuka aykırı olarak açıklayamayacakları ve işleme amacı dışında kullanamayacakları belirtilmiştir. Anılan yükümlülük, pek çok sır saklama yükümlüsü açısından geçerli olduğu üzere, görevden ayrılmalarından sonra da devam eder.

Yukarıda yapılan açıklamalar işleme faaliyetinin KVKK'nın kapsamında kaldığı hallerle ilişkindir. Buna karşılık KVKK'nın 28. maddesinde tamamen veya kısmen Kanunun kapsamı dışında olan haller hükme bağlanmıştır. Maddenin ilk fıkrasında tam istisnalar, ikinci fıkrasında ise kısmi istisnalar kaleme alınmıştır. Tam istisna hallerinde Kanun hükümleri hiçbir şekilde uygulanmayacaktır. Bunun anlamı, veri sorumlusundan, veri işleme faaliyetinden ve bunun Kanuna aykırı olduğundan söz edilmesinin mümkün olmayacağıdır. Bu nedenle KVKK'nın 28/1. maddesinde düzenlenen hallerle ilişkin davranışlardan bir zarar doğması halinde, tazmini için genel sorumluluk hukuku hükümlerinin uygulanması gereklidir.

Kısmi istisna hallerinde ise, Kanunun sadece bazı hükümleri uygulanmayacaktır. KVKK'nın 28/2. maddesinde, Kanunun ilgili kişinin haklarını düzenleyen 11. maddesinin uygulanmayacağı bazı istisnai haller sayılırken, ilgili kişinin zararın giderilmesini talep etme hakkı hariç tutulmuştur. Kanunun 28/2. maddesinde dört bent halinde sayılan durumlarda, veri sorumlusunun aydınlatma yükümlülüğünü düzenleyen 10. ve veri sorumluları siciline kayıt yükümlülüğünü düzenleyen 16. maddeleri uygulanmasa bile; ilgili kişinin zarara uğraması sonucu ortaya çıkarsa, tazminat sorumluluğu devam edecektir. Zira veri sorumlusunun aydınlatma veya sicile kaydolma gibi yükümlülüklerinin uygulanmayacağı olduğu hallerde bile tazminat sorumluluğunun devam etmesi, sorumluluk hukukuna ilişkin temel ilkelerin gereğidir.

2. Zararın Tazmini

KVKK'da hukuka aykırı işlemlerden doğan zararların tazminine ilişkin en açık hüküm, 14/3. maddede "Kişilik hakları ihlal edilenlerin, genel hükümlere göre tazminat hakkı saklıdır." cümlesiyle düzenlenmiştir. İlgili kişinin, verileri üzerinde sahip olduğu hakkın niteliği, öğretide tartışmalara neden olmuştur¹⁹. Kişisel verilerin kişisel değerler ve bu veriler üzerindeki hakkın da kişilik hakkı olduğu bu

¹⁵ Kuvvetle muhtemel kavramı, somut olay adaletini gerçekleştirme bağlamında somut olayın koşullarına göre vicdani kanaatin oluşturulmasına katkı sağlamak üzere veya verilen hükmün gerekçesinin tam açıklanmadığı durumlarda vicdani kanaatin dayanağı olarak kullanılabilir. Bkz. BAŞÖZEN, Ahmet: "Hukukta "İhtimal" Kavramı Bağlamında Yargıtay Kararlarında Sıklıkla Kullanılan "Kuvvetle Muhtemel" Kavramının Değerlendirilmesi", Prof. Dr. Selçuk Özteke'ye Armağan, s.527-528.

¹⁶ Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru kararına da konu olan olayda, boşanmak isteyen kişi, eşinin evlilik öncesi sağlık verilerine, eşinin rızası dışında erişerek, boşanma davasında bu verilere dayalı iddia ve savunmalarda bulunmuştur. AYM, 03.02.2022; E.2019/20473. Bu halde, Kanunun 6. maddesinin ve ilgili kişinin kişilik hakkının ihlal edildiğinin söylenmesi mümkündür.

¹⁷ Veri güvenliği, en basit anlatımla kişisel verilerin yetkisiz kişilerin erişimlerine karşı korunmasıdır. Veri güvenliğinin en önemli amacı, kişisel verileri korurken gizliliği sağlamak ve bu verilerin bütünlüğü bozmamaktır. BYGRAVE, Lee A.: Data Privacy Law An International Perspective, Oxford University, Oxford 2014, s.164.

¹⁸ Veri sorumlusu, verilerin işlenmesiyle ulaşılması istenen amacını gerçekleştirmeye yetecek en az miktarda veriyi elde etmeyi tercih etmelidir. Zira işlenen verilerin kapsamı, türü ve miktarı arttıkça; veri güvenliği bakımından ortaya çıkması söz konusu riskler ve olası zararlar da aynı oranda artacaktır. Bu nedenle veri işleme amacının gerçekleştirilmesi için toplanması zorunlu olmayan veriler hiç elde edilmemeli ve artık kullanılmayan veriler silinmeli, yok edilmeli veya anonimleştirilmelidir.

¹⁹ Kişisel verilerin korunmasını talep hakkının, malvarlığına ilişkin bir hak (mülkiyet veya fikri mülkiyet hakkı) olarak değerlendirilmesi ve bu hakkın bir temel hak (insan hakkı) olarak nitelenmesinin yerinde olduğunu savunan yaklaşımlar da söz konusudur. Kişisel verilerin korunması hakkını malvarlığına ilişkin bir (ekonomik) bir hak olarak gören yaklaşımlar, kendi içinde mülkiyet ve fikri mülkiyet hakkı görüşü olarak ayrılmaktadır. Konuya ilişkin görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. AKSOY, s.38; TAŞTAN, s.51 vd.; ÖZKAN, s.20-24; BASKIN, Onur: Kişilik Hakkı Kapsamında Kişisel Verilerin Korunması, Seçkin, Ankara 2021, s.46-55; İMANÇLI, Canan: Kişisel Sağlık Verilerinin Korun(a)mamasından Doğan Özel Hukuk Sorumluluğu, On İki Levha, İstanbul 2020, s.50-64; KÜZECİ, Elif: Kişisel Verilerin Korunması, B.4, On İki Levha, İstanbul 2020, s.66-112; ORAK, Beşir: Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması, Yetkin, Ankara 2020, s.49-54; TEPE, Esra: Özel Hukuk Açısından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Kişisel Verilerin Korunması, Adalet, Ankara 2021, s.43-45; YILMAZ, Süleyman/ÇAVUŞOĞLU,

görüşlerden biridir. Bu görüş uyarınca kişisel verilerin korunmasıyla verilerin kendisi değil; veri sahibinin kişiliği korunmaktadır. Kanunun 14/3. maddesinde “*Kişilik hakları ihlal edilenler*”den bahsedilmesi, kişisel verilerin korunmasını talep hakkına dair görüşlerden, kişilik hakkı korumasının esas alındığı şeklinde yorumlanabilir.

Zarar gören, kişisel verisi hukuka aykırı işlenen ilgili kişidir. Kişisel verilerin hukuka aykırı işlenmesi nedeniyle doğan zarar, maddi zarar olabileceği gibi manevi zarar şeklinde de ortaya çıkabilir²⁰. Bu zararların ilgili kişinin şahıs veya mal varlığına ilişkin olması da mümkündür²¹. Kişinin (sahip olduğu bir hastalığa dair) sağlık verisinin, veri sorumlusunun kusurlu fiili neticesinde aleniyet kazanması halinde bundan duyduğu üzüntü ve uğradığı manevi zarar, şahıs varlığına ilişkindir. Bu ihlal sonucunda bozulan ruh sağlığının tedavi edilmesi için yaptığı harcamalar da mal varlığı zararı olarak nitelenebilir.

KVKK'nın 11. maddesinde, 14. maddenin aksine, kişilik hakkına yönelik bir vurgu yapılmamış, sadece kişisel verilerinin hukuka aykırı olarak işlenmesi nedeniyle zarara uğrayan kişilerin tazminat talep etme hakkından söz edilmiştir. Bu hükmün, Kanunun 14. maddesiyle birlikte değerlendirilmesi sonucunda, Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) kişiliğin korunmasına ilişkin hükümlerine yollama yapıldığı düşünülebilir²². TMK'nın 25/3. maddesinde zarar görenin maddi ve manevi tazminat talepleri ile hukuka aykırı saldırı nedeniyle elde edilen kazancın vekâletsiz işgörmeye hükümlerine göre iadesinin de istenebileceği düzenlenmiştir²³.

TMK'da doğrudan doğruya kişisel verilerin korunmasına ilişkin bir hüküm bulunmamakla birlikte; kişisel verilerin, kişilik değerleriyle örtüşmesi ve kişilik hakkının koruma kapsamına dâhil edilmesi nedeniyle; TMK'nın kişilik hakkını koruyan hükümleri, kişisel verilerin korunması hususunda da uygulanabilir. Kişilik hakkının sadece TMK'da yer alan hükümlerle değil; TBK'da düzenlenen koruma normlarıyla da güvence altına alındığı unutulmamalıdır. Veri sorumlusunun kişisel verilerin hukuka aykırı işlenmesinden doğan tazminat sorumluluğunun kaynağı, sözleşmeye aykırılığa veya haksız fiile dayanabilir²⁴. Her iki durumda da kusura dayalı sorumluluk bulunmaktadır²⁵.

Veri sorumlusuyla ilgili kişi arasında kişisel verilerin işlenmesini konu alan bir sözleşme ilişkisi olabilir. Kişisel verilerin işlenmesi ve korunması, ilgili kişi ile veri sorumlusu arasında yapılacak herhangi bir sözleşmenin asli edimi ya da yan edimi olarak belirlenebilir. Sözleşme kapsamındaki asli ve yan edim yükümlülüklerinin veri sorumlusu tarafından hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesi halinde bundan doğan zararı giderme yükümlülüğü, sözleşmeye (borca) aykırılık hükümlerinin uygulanmasıyla çözümlenecektir²⁶. Örneğin kişisel verilerin işlenmesi, işçi-işveren arasındaki iş akdine²⁷, satıcı veya sağlayıcı ile tüketici arasındaki bir sözleşmeye ya da iki tacir arasındaki bir ticari sözleşmeye dayalı olabilir.

Örneğin veri sorumlusunun işveren, ilgili kişinin de aralarındaki iş akdiyle çalışan bir işçi olması durumunda; işverenin hukuka uygun olarak işlediği işçinin adresini, hukuka aykırı şekilde işçinin hasmına aktarması, işçinin zarar görmesine yol açabilecek, akte aykırı bir davranıştır. Aralarındaki sözleşme ilişkisine dayalı olarak hastanın sağlık verilerini işleyen özel hastanenin, bu verileri herhangi bir hukuka uygunluk sebebi bulunmaksızın hastanın işverenine aktarırsa, ortaya çıkan zararın sözleşmeye aykırılık nedeniyle tazmini talep olunmalıdır.

Veri sorumlusunun tazminat sorumluluğunun bir diğer dayanağı ise haksız fiildir. Veri sorumlusuyla ilgili kişinin arasında hiçbir sözleşme ilişkisi bulunmadan da kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesi mümkündür. Örneğin kişinin arabasını satmak için bir internet sitesi aracılığıyla alenileştirdiği adı ve telefon numarasının, söz konusu siteden edinilerek tanıtım ve reklam ajanslarına iletilmesi hukuka aykırı bir işleme fiili olarak nitelenebilir.

Veri sorumlusunun, yasal yükümlülüklerini ihlal etmek suretiyle ilgili kişinin kişisel verilerini hukuka aykırı işlemesi halinde taraflar arasında sözleşmeden kaynaklanan bir ilişki varsa TBK'nın 112 vd. veya sözleşme ilişkisinin bulunmadığı hallerde TBK'nın haksız fiile ilişkin 49 vd. (özellikle kişilik hakkının

Gökçe Filiz: *Kişisel Verileri Koruma Hukuku*, Yetkin, Ankara 2020, s.59 vd.

²⁰ GVKT kapsamında da bu tür zararların tazmini mümkündür. KELLEHER, Denis/MURRAY, Karen: *EU Data Protection Law*, Bloomsbury, London 2019, s.378; LLOYD, Heledd/CAREY, Peter: “The Rights of Individuals”, *Data Protection A practical Guide to UK and EU Law*, (Ed.) Peter Carey, B.5, Oxford University, Oxford 2018, s.152.

²¹ Ayrıca KVKK'nın zarar görenin malvarlığını da korumaya yönelik özel koruma normu olarak değerlendirilebileceği görüşü için bkz. GÜRPINAR, Damla: “Kişisel Verilerin Korunamamasından Doğan Hukuki Sorumluluk”, *DEÜHFD*, 19(Özel Sayı), 2017, s.690, 693; ORAK, s.105; ÖZKAN, s.195; KELLEHER/MURRAY, s.379.

²² KVKK'nın 11 ve 14. maddelerinde yer alan ve yukarıda incelenen hükümler düzenlenmiş olsa da aynı sonuçlara ulaşılabilecektir. Zira yasa koyucu tarafından düzenlenen özel veya kusursuz bir sorumluluk türü olmadıkça, zarar görenlerin tazminat talepleri TMK ve TBK'da düzenlenen genel hükümlere göre sonuçlandırılacaktır.

²³ VURALOĞLU, Mehmet Oğuz: “Kişisel Verilerin İşlenmesi Suretiyle Kişilik Hakkı İhlalinde Kazancın Devri Talebi”, *YÜHFD*, XV(1), 2020, s.181-203.

²⁴ Hukuki dayanağının sözleşme mi yoksa haksız fiil mi olduğu konusunda hala tartışmaların süre geldiği sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk (culpa in contrahendo sorumluluğu) da bu kapsamda gündeme gelebilir. Aynı yönde bkz. YILMAZ/ÇAVUŞOĞLU, s.117. Uncular özellikle işçiyi işveren arasında iş aktinin kurulması öncesi görüşmeler açısından konuya dikkat çekmektedir. UNCULAR, Selen: *İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması*, B.2, Seçkin, Ankara 2018, s.307; KÜZECİ, s.456.

²⁵ Kusur konusuna ilişkin öğretide ileri sürülen görüşler için bkz. İMANÇLI, s.244-246.

²⁶ SAYGI, s.33.

²⁷ Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. BELGE, Ayşe Merve: “Özellikle Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Çerçevesinde İşçilerin Kişisel Verilerinin İhlali ve Korunması Yolları”, *DEÜHFD*, 19(Özel Sayı) 2017, s.1025-1051; KELLEHER/MURRAY, s.186; UNCULAR, s.310 vd.; DETERMANN, Lothar: *Kişisel Verilerin Korunması Uygulama Kılavuzu*, (Çev. TEMEL, Hilal), On İki Levha, İstanbul 2020, s.196.

ihlali nedeniyle doğan manevi zararların tazmini konusunda TBK m.58) maddelerinin uygulanması söz konusu olacaktır²⁸. Kişisel verilerin hukuka aykırı işlenmesi nedeniyle doğan zararların tazmini için genel hükümlere yollama yapılması, zararların hesaplanması, tazmin yollarının ve zamanaşımı sürelerinin belirlenmesi açısından da genel hükümlerin uygulanacağı anlamına gelmektedir.

Yargıtay'ın bir kararında²⁹, ilgili kişi resminin rızası olmadan bir bankanın reklam afişlerinde, farklı şehirlerdeki billboardlarda ve internet sitesinde kullanıldığını öğrenmiş ve veri sorumlusu bankadan maddi ve manevi tazminat talebinde bulunmuştur. Yargıtay, ilgili kişinin resminin izinsiz olarak yayınlanmasının hukuka aykırı olduğu, bankanın reklamlarında ilgili kişinin resminin kullanıldığı ve bu reklamlar sayesinde gelir elde edildiği, davacının bu sebeple kişilik hakkının ihlal edildiği ve manevi rahatsızlık yaşadığı gerekçesiyle maddi ve manevi tazminata hükmetmiştir.

Bir diğer Yargıtay kararında³⁰ davalının, davacının rızası olmaksızın kimlik bilgilerini kullanarak ve imzasını taklit ederek davacı adına telefon hattı çıkardığı, telefon faturasının ödenmemesi sebebiyle davacı aleyhine icra takibi yapıldığı ve davacının icra takipleri sebebiyle menfi tespit davası açmak zorunda kaldığı yerel mahkeme kararıyla sabit bulunmuştur. Yargıtay, davacının kişisel verilerinin haksız olarak ele geçirilmesi ve kimlik bilgilerinin rızası dışında kullanılması sebebiyle davacının kişilik haklarına saldırıldığına ve manevi tazminata hükmedilmesine karar vermiştir.

Yapılan açıklamalar, kural olarak, veri sorumlusunun kamu tüzel kişisi olması durumunda da geçerliliğini koruyacaktır. Zira TBK'nın 55/2. maddesinde TBK hükümlerinin, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı, vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanacağı düzenlenmiştir.

Yasa koyucu KVKK'nın 13 ve 14. maddelerinde kişisel verilerinin hukuka aykırı işlendiği yönünde endişesi olan ilgili kişinin, taleplerini öncelikle veri sorumlusuna iletmesini; talebin kabul edilmemesi veya otuz gün içerisinde cevap verilmemesi halinde Kurula başvuruda bulunulabileceğini düzenlemiştir. Böylece veri sorumlusuna başvuru yolu tüketilmeden, doğrudan Kurula gidilmesinin önüne geçilmiştir. İlgili kişi sadece başvurusunun reddedilmesi, verilen cevabı yetersiz bulması veya süresinde başvuruya cevap verilmemesi hallerinde; veri sorumlusunun cevabını öğrendiği tarihten itibaren otuz ve her halde başvuru tarihinden itibaren altmış gün içinde Kurula şikayette bulunabilir. Ancak Kanun'da hukuka aykırı işleme nedeniyle uğradığı zararın tazminini talep eden zarar görenin, genel hükümlere başvurmadan önce veri sorumlusuna veya Kurula şikayeti zorunlu tutulmamıştır.

Öğretide³¹, KVKK'nın 15. maddesinde Kurula başvuru halinde, Kurulun inceleme neticesi tespit ettiği hukuka aykırılıkların veri sorumlusu tarafından giderilmesine karar vereceğinin hüküm altına alınması; buna karşılık tazminat taleplerine ilişkin düzenleme bulunmaması sebebiyle Kurulun tazminat taleplerini kabul etme yetkisinin bulunmadığı belirtilmektedir³².

GVKT'nin "Tazminat Hakkı ve Sorumluluk" başlıklı 82. maddesi, KVKK'yla karşılaştırıldığında konuyla ilgili daha ayrıntılı düzenlemeler içermektedir³³. Maddenin ilk fıkrasında ki "Bu Tüzüğün ihlali sonucunda maddi veya manevi zarar gören kişiler, zararlarının karşılığında veri sorumlusu veya işleyen tazminat talep etme hakkına sahiptir." ifadesiyle, zarar türü ve sorumluluk süjesi belirlenmiştir. İkinci fıkrada veri işleme faaliyetine dâhil olan her veri sorumlusunun doğan zarardan sorumlu olduğu; buna karşılık veri işleyen sadece Tüzüğün özellikle kendilerine yönelik yükümlülüklerine aykırı davrandığı veya veri sorumlusunun hukuka uygun talimatları dışında ya da bu talimatlara aykırı hareket ettiği hallerde, işleme faaliyeti sonucunda doğan zarardan sorumlu olduğu kaleme alınmıştır.

GVKT'nin 82/4. maddesi gereğince veri sorumlusu ve veri işleyen (bu kişilerin birden fazla sayıda olmaları ihtimali de dâhil olacak şekilde) ilgili kişinin zarara uğramasından sorumlu tutulabildiği durumlarda, zarar görene etkili bir tazmin yolunun sağlanması amacıyla, her veri sorumlusu ve veri işleyen tüm zararlardan müteselsilen sorumlu tutulur. Ayrıca GVKT'nin 82/3. maddesinde ispat yükü ters çevrilmiş ve veri sorumlusu ile veri işleyen tazminat yükümlülüklerinden kurtulabilmeleri için zarara sebep olan işlemeden hiçbir şekilde sorumlu olmadıklarını ispatlamaları gerektiği belirtilmiştir. Tazminata ilişkin hükümler maddenin 5. fıkrasında, ilgili kişinin zararını tazmin eden veri sorumlusu veya veri işleyen işleme faaliyetinde bulunan ve zararın ortaya çıkmasından sorumlu tutulabilecek durumda olan diğer veri

²⁸ Gürpınar, TBK m.71 kapsamında veri sorumlusunun tehlike sorumluluğu hükümlerine tabi tutulup tutulamayacağı tartışması yapmakta ve özel bir düzenleme olmadıkça bu maddeye dayanılamayacağı sonucuna varmaktadır. GÜRPINAR, s.691, 692.

²⁹ Yargıtay 11.HD. 24.01.2017; E.2015/12654, K.2017/461. (Erişim: 22.07.2022)

³⁰ Yargıtay 4.HD. 08.05.2019; E.2019/979, K.2019/2679. (Erişim: 22.07.2022)

³¹ ALTINDAĞ, Halil: "Kişisel Verilerin Korunması Bağlamında İdarenin Sorumluluğu", İKÜHFD, 18(2), 2019, s.399; ÇELİKEL, Serdar: Kişisel Verilerin Korunması Hukuku Kapsamında Veri Sorumlusu ve Veri Sorumlusunun Yükümlülükleri, Seçkin, Ankara 2022, s.158.

³² Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 16.01.2020 Tarihli ve 2020/41 Sayılı Karar Özeti, İlgili kişinin kişisel verilerinin hukuka aykırı işlendiği iddiası kapsamında veri sorumlusu bankadan talep ettiği tazminat talebinin karşılanmaması hakkında başvuruda, Kurul, "zarara uğradığı ve buna yönelik bir tazminat talebi söz konusuysa, Kanunun 14'üncü maddesinin (3) numaralı fıkrasında yer alan "Kişilik hakları ihlal edilenlerin, genel hükümlere göre tazminat hakkı saklıdır." hükmü çerçevesinde, söz konusu talebini genel mahkemeler huzurunda kullanması gerektiği, hususlarını göz önünde bulundurarak Kanun kapsamında yapılacak bir işlem bulunmadığına karar verilmiştir." <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6714/2020-41> (Erişim: 02.08.2022).

³³ GVKT'de veri sorumlusu, veri işleyen ve (KVKK'da bulunmayan bir kavram olan) birlikte veri sorumlularının tazminat sorumluluklarının oldukça ayrıntılı ve kapsayıcı hükümlerle düzenlenmiş olmasının, veri işlenmesi faaliyetinden zarara uğrayan kişinin bu zararlarının en iyi koşullarda tazmin edilmesi amacıyla dayalı olduğu belirtilmektedir. KELLEHER/MURRAY, s.257.

sorumlusu ve veri işleyenlere, zarardan sorumlu oldukları kısma tekabül eden tazminat kısmını rücu edebilecekleri de belirtilmiştir.

KVKK'da veri işleyenin tazminat sorumluluğuna ilişkin açık düzenlemeye yer verilmemiş; sadece Kanunun 12/2. maddesinde, veri güvenliğine ilişkin tedbirlerin alınması hususunda, veri sorumlusuyla birlikte müştereken sorumlu olacağı kaleme alınmıştır. Bu hüküm uyarınca veri işleyenin, veri güvenliğine ilişkin tedbirlerin alınmasındaki hukuka aykırı davranışları nedeniyle ilgili kişinin uğradığı zararlardan, veri sorumlusuyla birlikte müteselsilen sorumlu olması gündeme gelir³⁴. Yasa koyucu tarafından “müştereken” yerine “müteselsilen” teriminin kullanılması daha açık ve yorum gerektirmeyen bir tercih olurdu.

III. KİŞİSEL VERİLERİN HUKUKA AYKIRI İŞLENMESİNDEN DOĞAN TAZMİNAT DAVALARINDA YARGI YOLU

Türkiye’de yargı ayrılığı sistemi benimsenmiştir. Adli ve idari yargı ayrı yapılmış; farklı yargı yolları oluşmuştur. Nitelik ve özellikleri itibarıyla benzer uyuşmazlıkların ve işlerin örgütlenmiş yargı organlarının, ortak ilke ve kurallar çerçevesinde çözümlenmesi veya karara bağlanmasından kaynaklanan gruplaşmaya yargı yolu (yargı çeşidi, yargı kolu) adı verilmektedir³⁵. Bir davaya hangi yargı yolundaki mahkeme tarafından bakılacağı görev değil; yargı yolu ilişkisidir³⁶.

Adli yargıda özel hukuk uyuşmazlıkları görülürken; idari yargıda idarenin eylem ve işlemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar çözülür. Bu ayrımın temelinde, uyuşmazlıkların taraflarının nitelikleri bulunmaktadır. İdari yargıda taraflar arasında eşitlik bulunmamaktadır. Zira idare kamu gücüne sahiptir. İdari yargıda idareye karşı bireyi koruma amacı güdülmektedir. Adli yargıdaysa, eşitler arasındaki menfaat çatışmasının giderilmesi hedeflenmektedir³⁷.

İdari dava türleri ve idari yargı yetkisinin sınırı, 2577 sayılı İdari Yargılama Usûlü Kanunu’nun (İYUK) 2. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biriyle hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan iptal davaları, idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları ve tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan idari sözleşmelerden çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar idari yargıda görülür.

Gerçek kişilere ve özel hukuk tüzel kişilerine karşı idari yargıda dava açılmaz. İdari yargıda sadece idare aleyhine; yani kamu tüzel kişilerine karşı dava açılabilir. Herhangi bir idari eylem ve işlemle ilgili olsa dahi, özel hukuk kişilerine karşı adli yargıda dava açılmalıdır³⁸.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda (HMK) yargı yolunun caiz olması bir dava şartı olarak düzenlenmiştir. Mahkemeler açılan davada, yargı yolunun caiz olup olmadığını, davanın her aşamasında kendiliğinden araştırabilirler. Taraflar, yargı yolunun caiz olmadığını her zaman ileri sürebilirler. Bir davada yargı yolunun caiz olmadığı tespit edilirse, dava şartı yokluğundan davanın usûlden reddine hükümlenmelidir (HMK m.114).

KVKKm.14/3 uyarınca, kişisel verilerin hukuka aykırı işlenmesinden doğan zararların tazmininde genel hükümler uygulanacağından, tazminat talebinin adli yargı veya idari yargının görev alanına girmesi mümkündür. Kanunda, tazminat hakkına ilişkin taleplerin hangi yargı yolunda görüleceğine dair açık bir hüküm olmadığı için³⁹ somut olayın özelliklerine göre yargı yolu belirlenmelidir. Kişisel verinin hukuka aykırı işlenmesinden doğan zararların tazmininde, veri sorumlusunun kamu tüzel kişisi olması halinde, idari yargıda; veri sorumlusunun özel hukuk kişisi olması halindeyse, adli yargıda davanın açılması gerekir. GVKT 82/6. maddesi uyarınca, kişisel verilerin hukuka aykırı işlenmesine dayalı tazminat davaları GVKT’nin 79/2. maddesinde atıfta bulunulan üye devletin iç hukuku çerçevesinde görevli ve uzman olan mahkemelerde görülür.

Bir davada yargı yolunun belirlenmesi hakkında çıkan uyuşmazlık, Anayasa’nın 158. maddesi uyarınca, Uyuşmazlık Mahkemesince çözümlenir. Adli yargı ve idari yargı mahkemeleri arasında yargı yolu uyuşmazlığı hakkında Uyuşmazlık Mahkemesince karar verilinceye kadar derdest davanın görülmesinin geri bırakılması; bekletici sorun yapılması gerekir⁴⁰ (2247 Kanun m.18-19).

Adli yargıda açılan davada ileri sürülen taleplerin bir kısmı idari, diğer kısmı adli yargının görevine girmekteseyse, öncelikle bu davaların ayrılmasına karar verilmelidir. Ayrılan davalardan adli yargının görevine girenlere bakılmaya devam edilmesi; idari yargının görev alanına giren talepler bakımından, yargı

³⁴ ÇEKİN, s.49; TURAN BAŞARA, s.67; TEPE, s.78. Benzer bir sonuca, veri işleyenin veri sorumlusunun ifa yardımcısı veya çalıştırdığı kişi olması durumunda da ulaşılması mümkündür.

³⁵ TANRIVER Süha: Medeni Usûl Hukuku, C.I, B.3, Ankara 2021, s.101.

³⁶ ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema/HANAĞASI, Emel: Medeni Usûl Hukuku, B.7, Yetkin Ankara 2021, s.65; ATALI Murat/ERMENEK, İbrahim/ERDOĞAN, Ersin: Medeni Usûl Hukuku, B.3, Yetkin, Ankara 2020, s.33; GÖZÜTOK, Zeki/ALBAYRAK, Adem: Alfabetik Medeni Usûl El Kitabı, Adalet, Ankara 2021, s.995.

³⁷ ÖZAY, İl Han: Güneşinde Yönetim II – Yargısal Korunma, On İki Levha, İstanbul 2010, s.5; KARAHANOGULLARI, Onur: İdari Yargı, İdarenin Hukuka Zorlanması, Turhan, Ankara 2019, 2-3. Anayasa’da açıkça idari yargıdan bahsedilmediği için idarenin eylem ve işlemlerinin hem adli yargının hem de idari yargının denetimine tabi olacağı hakkında bkz. AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil: Türk İdari Yargılama Hukuku, B.6, Savaş, Ankara 2021, s.15.

³⁸ ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s.69.

³⁹ İİKm.5’te icra ve iflâs dairesi görevlilerinin kusurlarından doğan tazminat davalarının, ancak idare aleyhine adli yargıda açılacağı düzenlenmiştir. Açıkça belirli bir yargı yolunun görev alanına dâhil olmayan davalarda, genel hükümlere göre yargı yolunun tespit edilmesi gerekir.

⁴⁰ TANRIVER, s.794-795.

yalına ilişkin dava şartı eksikliği sebebiyle usûlden ret kararı verilmesi gerekir⁴¹. İdari yargıda açılan benzer talepli davalarda da aynı usûl izlenmeli ve İYUK m.13 dikkate alınmalıdır. Kişisel verinin hukuka aykırı işlenmesi, idari eylemden kaynaklanmışsa, idari yargıda dava açıldığında, öncelikle idareye başvurarak zararının tazmininin talep edilmesi gerekirken, görevli olmayan adli yargı mercilerine açılan tam yargı davasının yargı yolu yönünden reddi halinde sonradan idari yargıda açılacak davalarda, idareye başvurma şartı aranmaz. Kişisel verinin hukuka aykırı işlenmesinden dolayı idareye karşı adli yargıda tazminat davası açılır; dava yargı yolu caiz olmadığından reddedilirse, idari yargıda doğrudan dava açılabilmesi mümkündür. Bu halde, idareye başvurularak tazmin talebinde bulunulması ve bu hususta cevap verilmesi için beklenmesi gerekmez. Özel hukuk kişileri, idari yargı yerinde idareye karşı açılmış olan davada hukuki menfaati bulunmak kaydıyla davalı idare yanında fer'i müdahil olarak yer alabilirler⁴². Bu açıklamalar özellikle veri sorumlusunun kamu tüzel kişisi, veri işleyeninse, özel hukuk kişisi olması açısından önem kazanır (KVKK m.12/2)⁴³.

İdari yargıda açılan bir davada, yargı yoluna aykırılık sebebiyle görevsizlik kararı verilebilmektedir. Bu karar üzerine adli yargıda davaya nasıl devam olunacağı, HMK'da düzenlenmemiştir. Bununla birlikte, Yargıtay, bu halde HMK m.20'nin kıyasen uygulanması gerektiği; adli yargıda bu suretle açılan davanın hatalı yargı yolunda açılmış davanın devamı niteliğinde sayılarak hak düşürücü sürelerin korunacağını kabul etmektedir⁴⁴.

Kişisel verilerin hukuka aykırı işlenmesi sebebiyle ilgili kamu tüzel kişisine idari yargıda; özel hukuk kişisine adli yargıda ayrı dava açılmışsa; bu davaların birbirine etkisine ilişkin düzenleme bulunmamaktadır. Hukuk mahkemesi, bu durumu kendisi takdir ederek, davaya devam edebileceği gibi, idari yargıda verilecek kararı bekletici sorun sayabilir (HMK m.165)⁴⁵.

IV. KİŞİSEL VERİLERİN HUKUKA AYKIRI İŞLENMESİNDEN DOĞAN TAZMİNAT DAVALARINDA GÖREVLİ MAHKEME

A. Veri Sorumlusunun Kamu Tüzel Kişisi Olması Halinde Görevli Mahkeme

Kamu kurum ve kuruluşları tarafından verileri işlenirken kişinin hakları ihlal edilirse, idarenin sorumluluğu ortaya çıkar. Kişisel verilerin ihlali nedeniyle uğranılan zararın tazmini amacıyla idareye karşı açılacak dava, tam yargı davasıdır. İlgililer, haklarını ihlal eden kişisel verilerin işlenmesine ilişkin idari işlem dolayısıyla iptal ve tam yargı davalarını birlikte açabilecekleri gibi ilk önce iptal davası açarak bu davanın karara bağlanması üzerine, dava süresi içinde tam yargı davası açabilirler (İYUK m.12). Bu halde görevli idari yargı merci, idare mahkemeleridir.

Kişisel verinin işlenmesine ilişkin ihlal, idari eylemle gerçekleşmişse, İYUK m.13 uyarınca zarar görenin öncelikle, idareye başvurması gerekir. İdari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanlar, dava açmadan önce, eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve herhalde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde idareye başvurarak tazminat istemelidirler. Bu istekler reddedilirse, işlemin tebliğini izleyen günden itibaren veya istek hakkında otuz gün içinde cevap verilmediği takdirde sürenin bittiği tarihten itibaren, dava süresi içinde dava açılabilir.

Bu halde idare başvuruyla KVKK m.11 ve 13 çerçevesinde veri sorumlusuna başvurunun aynı anlama gelip gelmeyeceğini incelemek gerekir. İlgili kişi, tazminat talebini veri sorumlusuna iletir. Veri sorumlusu başvuruda yer alan talepleri, en geç otuz gün içinde sonuçlandırır. Veri sorumlusu talebi kabul eder veya gerekçesini açıklayarak reddeder ve cevabını bildirir (KVKK m.13). İlgilinin veri sorumlusu idareye KVKK'ya göre yaptığı başvuru, İYUK m.13 kapsamında olup⁴⁶, başvurudan sonuç alamaması halinde bir daha idareye başvurusu gerekmez.

⁴¹ ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s.76; GÖZÜTOK/ALBAYRAK, s.996.

⁴² ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s.72-73.

⁴³ Bu makalede tazminat davalarında yetkili mahkeme incelemesi kapsam dışında bırakılmış olup; konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. AKKURT, Sinan Sami: Sosyal Medyada Gerçekleşen İhlaller Karşısında Kişilik Hakkının Korunması, B.2, Seçkin, Ankara 2020, s.426, 427.

⁴⁴ "İdare mahkemesinin görevsizlik kararı üzerine yapılması gereken işlemler önem taşımaktadır. Hatalı yargı yolunda (idari yargıda) görevsizlik kararı ile sonuçlanan davanın ne şekilde ve hangi sürede adli yargıda (hukuk mahkemesinde) ikame edileceği konusunda 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda bir düzenleme bulunmamaktadır. Ortada bir hukuki düzenleme eksikliğinin mi (kanun boşluğu), yoksa yasa koyucunun bilinçli bir susmasının mı bulunduğu belirlenmesi önem taşımaktadır. Kanun boşluğu; en yalın anlatımıyla, sorunun çözümüne katkı sağlayacak bir kuralın bulunmaması, yürürlükte olan hukuk düzeni dikkate alındığında, pozitif hukukun sınırları içerisinde sorunu çözecek bir düzenleme eksikliği şeklinde ifade edilebilir. Hukukun görevi toplumsal yaşamı düzenlemek ve ilişkilerden doğacak sorunları gidermektir. Kanunun bir düzenleme öngörmediği davranış biçiminin çözümsüz bırakılması düşünülemez. İdari ve askeri yargıda özel kurullar çerçevesinde düzenlenen, hak arama özgürlüğü kapsamında önemli bulunan bu yöne HMK hükümleri arasında yer verilmemiş olmasında, kanun koyucunun bilinçli olumsuz düzenleme yapmak istemesi şeklindeki düşüncüyü haklı gösterecek bir gerekçeye rastlanılmamıştır. Bu durumda, ortada bir kanun boşluğu bulunduğu kabulü ile sorunun çözümlenmesi yasanın amacına uygun düşecektir. Adli yargı mahkemeleri arasındaki göreve ilişkin uyumsuzluklarda başvuru; görevsizlik veya yetkisizlik kararı verilmesi üzerine, davacının, kararın kesinleşmesi tarihinden itibaren iki hafta içinde yeniden dilekçe vermesinin gerektiği, aksi takdirde davanın açılmamış sayılmasına karar verileceğine ilişkin HMK. m.20 hükmünün somut olaya kıyasen uygulanması gerekir. Bu durumda, sonradan görevli mahkemede açılan dava, görevsiz mahkemede açılmış olan davanın devamı niteliğinde kabul edilerek, görevsiz mahkemede dava açılması ile kazanılmış haklar saklı tutulmuş olacağından, hak düşürücü süre de, hatalı yargı düzenine bağlı mahkemede davanın açıldığı tarihe göre belirlenecektir." Yargıtay HGK. 28.6.2022; E.2021/902, K.2022/1049. (Erişim: 03.12.2022)

⁴⁵ AŞIK, İbrahim: Medenî Usul Hukukunda Bekletici Sorun, Seçkin, Ankara 2012, s.141; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s.72; PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet: Medenî Usul Hukuku, On İki Levha, B.9, İstanbul 2021, s.29.

⁴⁶ SAYGI, s.41.

İstisnai hallerde kamu görevlisinin kişisel verileri hukuka aykırı işlemesi halinde asliye hukuk mahkemesi görevli olabilir. Örneğin icra ve iflâs dairesi görevlilerinin kusurlarıyla görevlileriyle ilgili olarak elde ettikleri verileri hukuka aykırı işlemlerinden doğan tazminat davasının İİK m.5 uyarınca, asliye hukuk mahkemesinde görülmesi gerekir⁴⁷.

B. Veri Sorumlusunun Özel Hukuk Kişisi Olması Halinde Görevli Mahkeme

1. Genel Görevli Mahkeme

Asliye hukuk mahkemeleri, adli yargıdaki genel görevli mahkemedir. Sulh hukuk mahkemeleri ile diğer özel görevli mahkemelerin görev alanı dışında kalan tüm davalarda asliye hukuk mahkemeleri görevlidir (5235 sayılı Kanun m.6/II). Dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığı ve şahıs varlığına ilişkin davalarda görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkemesidir (HMK m.2).

Asliye hukuk mahkemelerinin görev alanına giren ve şahıs varlığı haklarını konu alan tipik bir dava türü olarak, kişilik haklarına yapılan saldırılardan kaynaklanan zararların tazmini talebiyle açılan manevî tazminat davaları gösterilmektedir⁴⁸. Kişisel verilerin hukuka aykırı işlenmesi sebebiyle özel hukuk kişilerine karşı açılacak tazminat davalarında, asliye hukuk mahkemeleri görevlidir⁴⁹.

Kişisel verilerin hukuka aykırı işlenmesi sebebiyle açılacak davalarda, öncelikle özel mahkemenin görevli olup olmadığı incelenmelidir. Uyuşmazlıkta, özel bir mahkemenin görevli olması sonucunu doğuran, ticari nitelik, tüketici veya iş ilişkisi gibi uzmanlık bilgisi gerektiren halin bulunup bulunmadığı üzerinde durulmalıdır. Böyle bir hal tespit edilmezse, dava asliye hukuk mahkemesinde açılmalıdır. Ayrıca özel mahkemenin görevli olduğu bir davanın açılacağı yerde, o mahkemeden kurulmamışsa, davanın asliye hukuk mahkemesinde özel mahkeme sıfatıyla açılması gerekir⁵⁰.

2. Özel Görevli Mahkemeler

a. Tüketici Mahkemesi

Tüketicilerin kişisel verileri, tüketim alışkanlıklarına ilişkin belirleyici özellikleri sebebiyle, ekonomik bir değer taşımaktadır. Bu sebeple, mal ve hizmet sağlayıcıları, tüketicinin kişisel verisini işlemek isterler. Veri öznesinin tüketici olması durumunda öncelikli olarak tüketici ile veri işleyen arasındaki “güç dengesizliği” dikkate alınarak değerlendirme yapılmalıdır⁵¹. Bu halde, kişisel verilerin hukuka aykırı işlenmesinden kaynaklanan tüketici uyumsuzluğu niteliğindeki tazminat taleplerinin, uzmanlık yargı yeri olan tüketici mahkemelerinde görülmesi gerekir.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un (TKHK) 73. maddesi uyarınca, tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyumsuzluklara ilişkin davalarda tüketici mahkemeleri görevlidir. Tüketici mahkemelerinin ihtisas mahkemesi olarak ortaya çıkmasını gerektiren tüketici uyumsuzlukları, taraflardan birinin tüketici, diğerinin satıcı veya sağlayıcı olduğu, tüketici işlemi veya tüketiciye yönelik uygulamalardan kaynaklanan uyumsuzluklardır⁵².

Tüketici, ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi, ifade eder. Tüketici işlemi ise, mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlem olarak tanımlanmaktadır (TKHK m.3/1). Kanunda tüketiciye yönelik uygulamaların tanımı yapılmamıştır. Öğretide⁵³, tüketici işlemlerinin dışında kalan, işlem öncesinde, esnasında ve sonrasında alınması gereken tedbirler ve koruyucu uygulamaların, tüketiciye yönelik uygulamalar niteliği taşıdığı belirtilmektedir. Tüketiciye yönelik uygulamalar oldukça geniş bir kapsama sahip olduğundan, tüketici mahkemelerinin görev alanını büyük ölçüde genişletmiştir⁵⁴. Tüketiciye yönelik uygulamalar, sır saklama, aydınlatma, doğru bilgi verme ve üçüncü kişileri zarardan koruma gibi, sözleşme kurulmadan önce, sözleşme görüşmeleri, sözleşmenin ifası sırasında ve sözleşme sona erdikten sonra devam eden, kapsamlı bir koruma yükümlülüğünü ifade etmektedir⁵⁵. Kişisel verilerin hukuk aykırı işlenmesi, tüketici sözleşmesinin ihlali veya tüketiciye yönelik uygulama biçiminde ortaya çıkabilir.

Tüketici uyumsuzluklarında uyumsuzluğun miktar ve değeri başvurulacak hukuki yolun tespitini sağlamaktadır. Kanunda belirtilen parasal sınırları aşan uyumsuzlukların karara bağlanması amacıyla tüketici hakem heyetlerine başvuru yapılamaz.⁵⁶ Tüketici hukukunda kişisel verilerin ihlalden kaynaklanan

⁴⁷ ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s.71; GÖRGÜN, L. Şanal/BÖRÜ, Levent/TORAMAN, Barış/KODAKOĞLU, Mehmet: Medeni Usûl Hukuku, B.9, Yetkin, Ankara 2020, s.64; BUDAK, Ali Cem/KARAASLAN, Varol: Medeni Usûl Hukuku, Adalet, B.4, Ankara, 2020, s.161; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s.35.

⁴⁸ TANRIVER, s.151.

⁴⁹ SAYGI, s.37.

⁵⁰ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.38.

⁵¹ KESER, Yıldırım: “Tüketicinin Kişisel Verisinin İşlenmesinde Açık Rıza”, SÜHFD, 28, 2020, s.1211.

⁵² GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, s.96; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s.154; BUDAK/KARAASLAN, s.51; ÖZMUMCU, Seda: “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Hükümleri ve Yargıtay Kararları Çerçevesinde Tüketici Mahkemelerinin Görev Alanına Giren Uyuşmazlıklara Genel Bir Bakış”, DEÜHFD, 16(Özel Sayı), 2014, s.84; TOPUZ, Gökçen: Tüketici Mahkemeleri, Yetkin, Ankara 2018, s.37.

⁵³ ÖZMUMCU, s.867; TOPUZ, s.74.

⁵⁴ TANRIVER, s.203; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.46.

⁵⁵ TOPUZ, s.69, 70.

⁵⁶ 01.10.2022 tarihinde yürürlüğe girecek, 7392 sayılı Kanun m.13. uyarınca parasal sınırlar değişecektir. Buna göre, tarafların İİK’deki hakları saklı kalmak kaydıyla; değeri otuzbin TL’nin altında bulunan uyumsuzluklarda tüketici hakem heyetlerine başvuru zorunludur.

zararların tazmini talepleri parasal bir değeri ifade ettiği için, öncelikle tüketici hakem heyetinin görevi kapsamına girip girmediği değerlendirilmelidir. İstenilen tazminat miktarı parasal sınırın altında ise, tüketici hakem heyetine başvurulmalıdır. Tüketici hakem heyetinin vereceği karar tarafları bağlar. Ancak, taraflar, tüketici hakem heyetinin kararlarına karşı tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde tüketici hakem heyetinin bulunduğu yerdeki tüketici mahkemesine itiraz edebilir (TKHK m.70). İtiraz yoluna başvurmak, kanun yolu benzeri bir denetim sağlama amacına yönelik olduğundan dava şartı arabuluculuk kapsamında değildir⁵⁷.

Tüketici hakem heyetinin görevi kapsamında olan uyuşmazlıklar, tüketici hakem heyeti kararlarına yapılan itirazlar, Kanun'un 73/6.⁵⁸ ve 74.⁵⁹ maddelerinde belirtilen davalar ile tüketici işlemi olan ve taşınmazın ayınından doğan uyuşmazlıklar dışında kalan tüketici uyuşmazlıklarında, dava açılmadan önce arabulucuya başvurulması dava şartıdır⁶⁰ (TKHK m.73/A). Kişisel verilerin hukuka aykırı işlenmesi sebebiyle talep edilen tazminat miktarı, tüketici hakem heyetinin görev sınırını aşıyorsa, bu halde dava açmadan evvel, arabuluculuğa başvurulması gerekir. Kişisel veriye ilişkin tazminat uyuşmazlığında taraflar serbestçe tasarrufta bulunarak arabuluculukla anlaşabilir. Taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesi⁶¹, icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılır. Tarafların veya avukatlarının imzasının bulunmaması halinde taraflar, anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesini, arabulucunun görev yaptığı yer sulh hukuk mahkemesinden talep edebilir. Bu şerhi içeren anlaşma, ilam niteliğinde belge sayılır⁶². Diğer dava şartı arabuluculuk türlerinden farklı olarak, tüketici uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuk faaliyeti sonunda taraflara ulaşılamaması, taraflar katılmadığı için görüşme yapılamaması veya tarafların anlaşmaları ya da anlaşamamaları halinde tüketicinin ödemesi gereken arabuluculuk ücreti, Adalet Bakanlığı bütçesinden karşılanır. (TKHK m.73/A/3).

Dava şartı arabuluculukta anlaşılabilmesi halinde, tüketici mahkemesinde dava açılabilir. Doğrudan dava açılması halinde, tüketici mahkemesinin dava şartı eksikliğinden davayı usûlden reddetmesi gerekir.

b. Asliye Ticaret Mahkemesi

Ticari ilişkilerdeki, hız ve güven ihtiyacı, bu alandaki uyuşmazlıkların uzmanlık bilgisi sahibi hakimler tarafından çözülmesini gerektirmiş ve asliye ticaret mahkemeleri ortaya çıkmıştır. Aksine hüküm bulunmadıkça, dava olunan şeyin değerine veya tutarına bakılmaksızın asliye ticaret mahkemesi, tüm ticari davalar ile ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işlerine bakmakla görevlidir (TTK m.5).

Ticari davalar, mutlak ve nispi ticari davalar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Mutlak ticari davalar, tarafların tacir sıfatı taşıyıp taşımadığına veya uyuşmazlığın bir ticari işletmeyi ilgilendirip ilgilendirmesine bakılmaksızın, bir kanun hükmü gereği ticari sayılan davalardır⁶³. TTK'nın 4. maddesi uyarınca, bu Kanunda öngörülen hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işleri ticari dava ve ticari nitelikte çekişmesiz yargı işi sayılır. TMK'nın, rehin karşılığında ödünç verme işi ile uğraşanlar hakkındaki 962-969; TBK'nın malvarlığının veya işletmenin devralınması ile işletmelerin birleşmesi ve şekil değiştirmesi hakkındaki 202-203; rekabet yasasına ilişkin 444, 447; yayın sözleşmesine dair 487-501, kredi mektubu ve kredi emrini düzenleyen 515-519; komisyon sözleşmesine ilişkin 532-545, ticari temsilciler, ticari vekiller ve diğer tacir yardımcıları için öngörülmüş bulunan 547-554, havale hakkındaki 555-560, saklama sözleşmelerini düzenleyen 561-580. maddelerinde; fikri mülkiyet hukukuna dair mevzuatta, borsa, sergi, panayır ve pazarlar ile antrepo ve ticarete özgü diğer yerlere ilişkin özel hükümlerde, bankalara, diğer kredi kuruluşlarına, finansal kurumlara ve ödünç para verme işlerine ilişkin düzenlemelerden doğan hukuk davaları mutlak ticari dava niteliği taşır.

Nispi ticari davalar, uyuşmazlığın her iki tarafının tacir olduğu ve tarafların ticari işletmesini ilgilendiren davalardır⁶⁴. Kanunda, havale, vedia, fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan doğan davaların taraflardan birinin ticari işletmesini ilgilendirmesi kaydıyla ticari dava olduğu düzenlenmiştir (TTK m.4).

Kişisel verilerin hukuka aykırı işlenmesi nedeniyle açılacak tazminat davaları, tazminatın dayanağı olan hukuki işlem veya haksız fiile göre ticari dava niteliği taşır. Örneğin rekabet yasası ihlali, kişisel

⁵⁷ SELÇUK, Seyhan: "Tüketici Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Dava Şartı", Antalya Bilim ÜHFD, 8(16), Aralık 2020, s.1196; TANRIVER, s.211.

⁵⁸ "Tüketici örgütleri, ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile Bakanlık; haksız ticari uygulamalar ve ticari reklamlara ilişkin hükümler dışında, genel olarak tüketicileri ilgilendiren ve bu Kanuna aykırı bir durumun doğma tehlikesi olan hâllerde bunun önlenmesi veya durdurulmasına ilişkin ihtiyati tedbir kararı alınması veya hukuka aykırı durumun tespiti, önlenmesi veya durdurulması amacıyla tüketici mahkemelerinde dava açılabilir" (TKHKm.73/6).

⁵⁹ "Satış sunulan bir seri malın ayıplı olduğunun tespiti, üretiminin veya satışının durdurulması, ayıbın ortadan kaldırılması ve satış amacıyla elinde bulunduranlardan toplatılması için Bakanlık, tüketiciler veya tüketici örgütleri dava açabilir. Satış sunulan seri malın ayıplı olduğunun mahkeme kararı ile tespit edilmesi hâlinde, mahkeme ayıbın niteliğine göre malın satışını geçici olarak durdurma veya ayıplı giderme kararları verebilir. Üretici veya ithalatçı mahkeme kararının tebliğ tarihinden itibaren en geç üç ay içinde malın ayıbını ortadan kaldırmakla yükümlüdür. Malın ayıbının ortadan kalkmasının imkânsız olması hâlinde mal, üretici veya ithalatçı tarafından toplanır veya toplattırılır. Toplatılan mallar taşıdıkları risklere göre kısmen veya tamamen imha edilir veya ettirilir. İmha edilen mallı ilgili tüketicinin dava ve tazminat hakları saklıdır. (TKHK m.74/1-2).

⁶⁰ Özel uzmanlık uygulaması için bkz. KURT KONCA, Nesibe: "Arabuluculukta Özel Uzmanlık Uygulamasına İlişkin Bazı Değerlendirmeler", Adalet Dergisi, (68), 2022, s.367-408.

⁶¹ Anlaşma belgesi için bkz. BADUR, Emel: "Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Borçlar Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, (18), 2021, s.49-87.

⁶² EKMEKÇİ, Ömer/ÖZEKES, Muhammet/ATALI, Murat/SEVEN, Vural: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, On İki Levha, İstanbul 2019, s.116.

⁶³ TANRIVER, s.159.

⁶⁴ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.41; GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, s.86; BUDAK/KARAASLAN, s.48.

verilerin hukuka aykırı işlenmesi suretiyle gerçekleştirilebilir ya da TBK m.561vd. hükümleri çerçevesinde saklama sözleşmesi kapsamında kişisel verilerin hukuka aykırı işlenmesiyle zarar doğabilir. Bu davalar, mutlak ticari davadır. Kanunda belirtilmeyen sözleşme veya hukuki ilişkiler nedeniyle kişisel verilerin haksız işlenmesine dayalı tazminat davaları, tarafların tacir olması ve ticari işletmelerini ilgilendirmesi şartıyla nispi ticari davadır.

Asliye ticaret mahkemelerinde kişisel verilerin hukuka aykırı işlenmesine dayalı tazminat davası açılırken, arabuluculuk başvurusu yapılması zorunludur. Çünkü ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır (TTK m.5/A). Anılan hüküm tazminat taleplerini konu aldığından, kişisel verilerin hukuka aykırı işlenmesine dayalı tazminat davaları açılmadan evvel arabuluculuğa başvurulması gerekir. HUAK uyarınca, arabuluculuk sonucunda anlaşılmadığına ilişkin son tutanağın aslının veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğinin dava dilekçesine eklenmesi zorunludur. Arabulucuya başvurulmadan dava açıldığının anlaşılması halinde herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, dava şartı yokluğundan usûlden reddine karar verilir (HUAK m.18/A/2).

c. İş Mahkemesi

İş mahkemeleri özel görevli uzmanlık yargı yerleridir. İş Mahkemeleri Kanununun (İMK) "Görev" başlıklı 5/a maddesi uyarınca, iş mahkemeleri; Basın İş Kanuna tabi gazeteciler, Deniz İş Kanuna tabi gemi adamları, İş Kanununa veya TBK'da düzenlenen hizmet sözleşmelerine tabi işçiler ile işveren veya işveren vekilleri arasında, iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden veya kanundan doğan her türlü uyuşmazlıklarına ilişkin dava ve işlere bakar⁶⁵.

İMK'nın 5. maddesinde "...iş ilişkisi nedeniyle ... kanundan doğan her türlü hukuk uyuşmazlıklarına..." ifadesiyle uyuşmazlığın dayanağı sadece iş sözleşmesiyle veya iş hukukunun diğer kaynaklarıyla sınırlandırılmamış, kanuna dayanan uyuşmazlıklarla ilgili olarak iş mahkemesinin görevi kabul edilmiştir⁶⁶. Kişilik hakkının iş sözleşmesine aykırılıkla ihlali sebebiyle açılacak tazminat davalarında, görevli mahkeme iş mahkemeleridir⁶⁷. İşçiye ait kişisel verilerin korunmasında, ilgili özel kanunlarda sorumluluğa ilişkin bir düzenleme bulunmadığından genel hükümler uygulanmalıdır⁶⁸.

Veri sorumlusu olan işverenin, işçinin kişisel verilerini hukuka aykırı işlemesi halinde, işçinin uğradığı zararların tazmininde görevli mahkeme iş mahkemesi olacaktır. Bu tazminat davası iş ilişkisinden doğduğu için, iş mahkemesi özel görevlidir. Bu davada, mahkeme her ne kadar KVKK'yı uygulayacaksa da iş hukukunun ilkeleriyle de bağlıdır.

İMK'nın 3. maddesi uyarınca, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatıyla işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Davacı, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılmadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorundadır. Arabulucuya başvurulmadan dava açıldığının anlaşılması halinde davanın, dava şartı yokluğundan usûlden reddine karar verilir. İş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminatla bunlarla ilgili tespit, itiraz ve rücu davaları dava şartı arabuluculuk kapsamında değildir.

İşçinin iş sözleşmesi çerçevesinde kişisel verilerinin hukuka aykırı işlenmesine dayalı tazminat davası açmadan evvel, arabuluculuğa başvurusu gerekir. Arabuluculuğa başvurulmadan doğrudan dava açılması halinde dava usûlden reddolunur.

İş mahkemesi kurulu olmayan yerlerde, işçinin kişisel verilerinin iş ilişkisi sebebiyle ihlali halinde işverene karşı tazminat davası, asliye hukuk mahkemesinde açılır. Ancak, asliye hukuk mahkemesinin bu davayı iş mahkemesi sıfatıyla görmesi gerekir.

V. SONUÇ

Kişisel verilerin hukuka aykırı işlenmesi, veri sahibinin kişisel ve malvarlığı değerlerini zarara uğratabilir. KVKK'nın 11. maddesinde ilgili kişinin hakları düzenlenirken, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesi nedeniyle doğan zararlarının giderilmesini talep etme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. KVKK'nın 14/3. hükmünde, kişisel verilerinin hukuka aykırı işlenmesi suretiyle, kişilik hakları ihlal edilenlerin, genel hükümlere göre tazminat hakkının bulunduğu düzenlenmiştir. Genel hükümlere yapılan yollama nedeniyle kişisel verilerinin hukuka aykırı işlenmesinden doğan zararların hesaplanması, tazmin yollarının ve zanaşımı sürelerinin belirlenmesinde de genel hükümler uygulanır. Tazminat istemi, maddi ve/veya manevi zarara ilişkin olabilir.

Bu çerçevede, kişisel verilerin hukuka aykırı işlenmesine dayalı tazminat talebinin adli yargı veya idari yargının görev alanına girmesi mümkündür. Kanunda, tazminat hakkına ilişkin taleplerin hangi yargı yolunda görüleceğine dair açık bir hüküm olmadığı için somut olayın özelliklerine göre yargı yolu belirlenmelidir. Kişisel verinin hukuka aykırı işlenmesinden doğan zararların tazmininde veri sorumlusunun kamu tüzel kişisi olması halinde, davanın idari yargı yolunda açılması gerekir. Buna karşılık, veri sorumlusu özel hukuk kişisi ise dava adli yargıda açılmalıdır.

⁶⁵ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.44; TANRIVER, s.219; GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, s.91; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s.149.

⁶⁶ MUTLAY, Faruk Barış/IŞIK, Melih: "7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu Uyarınca Görev", AÜHFD, 68, 2019, s.613.

⁶⁷ ERDOĞAN, Canan: Kişilik Hakkı Kapsamında İşçilerin İzlenmesi ve Gözetlenmesi, Yetkin, Ankara 2017, s.166.

⁶⁸ BELGE, s.1044; ELBİR, Nazlı: Kişiliğin Korunması Bağlamında İşçiye Ait Kişisel Verilerin Korunması, Yetkin, Ankara 2020, s.338; TOPRAK, Bilal: KVKK ve GVKT Açısından İşçinin Kişisel Verilerin Korunması, Yetkin, Ankara 2021, s.166.

Ancak, kişisel verilerin hukuka aykırı işlenmesi nedeniyle kişilik hakkını korumaya yönelik TMK m.25'te öngörülen saldırı tehlikesinin önlenmesi, saldırıya son verilmesi, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespiti taleplerinin idari yargıda ileri sürülmesinde güçlük bulunmaktadır. Bu talepler özel hukuk kişisi veri sorumlusuna/işleyene karşı adli yargıda ileri sürülebilirken; tazminat talebinin idari yargıda görülmesi hem usul ekonomisi ilkesini hem de çelişki karar verme yasağını ihlal edebilecektir. Bu sebeple, idarenin kişisel verileri hukuka aykırı işlenmesinden kaynaklanan tazminat davalarının yapılacak bir yasal değişiklikle adli yargıda görülmesinin faydalı olacağı değerlendirilmektedir. Böyle ayrık düzenlemelerin, TMK m.1007 ve İİK m.5 bakımından halihazırda uygulanmakta olduğuna da dikkat çekmek gerekir.

Kişisel verilerin hukuka aykırı işlenmesine dayalı tazminat davası, tüketici uyuşmazlığı niteliği taşıyorsa ve TKHK'da öngörülen parasal sınırın altındaysa, tüketici hakem heyetine başvurulması gerekir. Buna karşılık, uyuşmazlığın miktarı parasal sınırı aşıyorsa, arabuluculuğa ilişkin dava şartının yerine getirilerek, tüketici mahkemelerinde dava açılmalıdır.

Mutlak ve nispi ticari dava niteliği taşıyan kişisel verilerin hukuka aykırı işlenmesine dayalı tazminat davaları asliye ticaret mahkemesinde açılmalıdır. Ancak tazminat talepleri bakımından arabuluculuğa başvuru dava şartı olduğu için, bu davalar açılmadan söz konusu şartın tüketilmesi gerekir. Benzer bir durum iş mahkemelerinde görülen, iş uyuşmazlığı niteliği taşıyan kişisel verilerin hukuka aykırı işlenmesine dayalı tazminat davaları bakımından da geçerlidir. Özel mahkemelerin görev alanına girmeyen tazminat davalarının, genel görevli mahkeme olan asliye hukuk mahkemelerinde görülmesi gerekir.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Atf Şekli: Yazarlar Emel BADUR ve Nesibe KURT KONCA, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Emel BADUR and Nesibe KURT KONCA who are the authors, have not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazarlar tarafından birlikte hazırlanmıştır. | This article has been co-written by the authors.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazarlar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the authors.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazarlar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir.

| The authors declare that they comply with the scientific, ethical, and quotation rules of InULR in all processes of the paper and that they do not make any falsification of the data collected. In addition, they declare that Inonu University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than Inonu University Law Review.

KAYNAKÇA

- AKKURT, Sinan Sami: Sosyal Medyada Gerçekleşen İhlaller Karşısında Kişilik Hakkının Korunması, B. 2, Seçkin, Ankara 2020.
- AKSOY, Hüseyin Can: Kişisel Verilerin Korunması, Çakmak, Ankara 2016.
- AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil: Türk İdari Yargılamaya Hukuku, B.6, Savaş, Ankara 2021.
- ALTINDAĞ, Halil: "Kişisel Verilerin Korunması Bağlamında İdarenin Sorumluluğu", İKÜHFD, 18(2), 2019, s.387-401.
- ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema/HANAĞASI, Emel: Medeni Usul Hukuku, B.6, Yetkin, Ankara 2020.
- AŞIK, İbrahim: Medeni Usul Hukukunda Bekletici Sorun, Seçkin, Ankara 2012.
- AŞIKOĞLU, Şehriban İpek: Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması ve Büyük Veri, On İki Levha, İstanbul 2018.
- ATALI Murat/ERMENEK, İbrahim/ERDOĞAN, Ersin: Medeni Usul Hukuku, B.3, Yetkin, Ankara, 2020.
- BADUR, Emel: "Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Borçlar Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, (18), 2021, s.49-87.
- BASKIN, Onur: Kişilik Hakkı Kapsamında Kişisel Verilerin Korunması, Seçkin, Ankara 2021.
- BAŞÖZEN, Ahmet: "Hukukta "İhtimal" Kavramı Bağlamında Yargıtay Kararlarında Sıklıkla Kullanılan "Kuvvetle Muhtemel" Kavramının Değerlendirilmesi", Prof. Dr. Selçuk Özbek'e Armağan, s.527-528.
- BELGE, Ayşe Merve: "Özellikle Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Çerçevesinde İşçilerin Kişisel Verilerinin ihlali ve Korunması Yolları", DEÜHFD, 19(Özel Sayı), 2017, s.1025-1051.
- BUDAK, Ali Cem/KARAASLAN, Varol: Medeni Usul Hukuku, B.4, Adalet, Ankara 2020.
- BYGRAVE, Lee A.: Data Privacy Law An International Perspective, Oxford University, Oxford 2014.
- ÇEKİN, Mesut Serdar: Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, B.2, On İki Levha, İstanbul 2019.
- ÇELİKEL, Serdar: Kişisel Verilerin Korunması Hukuku Kapsamında Veri Sorumlusu ve Veri Sorumlusunun Yükümlülükleri, Seçkin, Ankara 2022.
- DETERMANN, Lothar: Kişisel Verilerin Korunması Uygulama Kılavuzu, (Çev. Hilal TEMEL), On İki Levha, İstanbul 2020.
- EKMEKÇİ, Ömer/ÖZEKES, Muhammet/ATALI, Murat/SEVEN, Vural: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, B.2, On İki Levha, İstanbul 2019.
- ELBİR, Nazlı: Kişiliğin Korunması Bağlamında İşçiye Ait Kişisel Verilerin Korunması, Yetkin, Ankara 2020.
- ERARSLAN, Türkmen Sevgi: Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesinde Açık Rızanın Aranmadığı Haller, On İki Levha, İstanbul 2019.
- ERDOĞAN, Canan: Kişilik Hakkı Kapsamında İşçilerin İzlenmesi ve Gözetlenmesi, Yetkin, Ankara 2017.

- FULFORD, Nicola/CAREY, Peter: “Special Categories of Data”, Data Protection A practical Guide to UK and EU Law, (Ed.) Peter Carey, B.5, Oxford University, Oxford 2018.
- GÖRGÜN, L. Şanal/BÖRÜ, Levent/TORAMAN, Barış/KODAKOĞLU, Mehmet: Medeni Usûl Hukuku, B.9, Yetkin, Ankara 2020.
- GÖZÜTOK, Zeki/ALBAYRAK, Adem: Alfabetik Medeni Usûl El Kitabı, Adalet, Ankara 2021.
- GÜRPINAR, Damla: “Kişisel Verilerin Korunmamasından Doğan Hukuki Sorumluluk”, DEÜHFD, 19(Özel Sayı), 2017, s.679-694.
- İMANÇLI, Canan: Kişisel Sağlık Verilerinin Korun(a)mamasından Doğan Özel Hukuk Sorumluluğu, On İki Levha, İstanbul 2020.
- KARAHANOGULLARI, Onur: İdari Yargı, İdarenin Hukuka Zorlanması, Turhan, Ankara 2019.
- KELLEHER, Denis/MURRAY, Karen: EU Data Protection Law, Bloomsbury, London 2019.
- KESER, Yıldırım: “Tüketicinin Kişisel Verisinin İşlenmesinde Açık Rıza”, SÜHFD, 28, 2020, s.1181-1215
- KUNER, Christopher: European Data Protection Law, Corporate Compliance and Regulation, Oxford University, B.2, Oxford 2007.
- KURT KONCA, Nesibe: “Arabuluculukta Özel Uzmanlık Uygulamasına İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, Adalet Dergisi, (68), 2022, s.367-408.
- KÜZECİ, Elif: Kişisel Verilerin Korunması, B.4, On İki Levha, İstanbul 2020.
- LLOYD, Heledd/CAREY, Peter: “The Rights of Individuals”, Data Protection A practical Guide to UK and EU Law, (Ed.) Peter Carey, B.5, Oxford University, Oxford 2018, s.122-154.
- MUTLAY, Faruk Barış/İŞİK, Melih: “7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu Uyarınca Görev”, AÜHFD, 68, 2019, s.565-634.
- ORAK, Beşir: Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması, Yetkin, Ankara 2020.
- ÖZAY, İl Han: Günışığında Yönetim II – Yargısal Korunma, On İki Levha, İstanbul 2010.
- ÖZDEMİR, Hayrunnisa: Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması, Seçkin, Ankara 2009.
- ÖZKAN, Oğulcan: Kişisel Verilerin Korunması, Yetkin, Ankara 2020.
- ÖZMUMCÜ, Seda: “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Hükümleri ve Yargıtay Kararları Çerçevesinde Tüketici Mahkemelerinin Görev Alanına Giren Uyuşmazlıklara Genel Bir Bakış”, DEÜHFD, 16(Özel Sayı), 2014, s.831-871.
- PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet: Medeni Usûl Hukuku, B.9, On İki Levha, İstanbul, 2021.
- SAYGI, Samet: “6698 Sayılı Kanun’un Sistematiğinde Yargısal Başvuru Yolları”, Kişisel Verileri Koruma Dergisi, 2(2), 2020, s.30-60.
- SELÇUK, Seyhan: “Tüketici Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Dava Şartı”, Antalya Bilim ÜHFD, 8(16), 2020, s.1173-1213.
- TANRIVER, Süha: Medeni Usûl Hukuku, C. I, B.4, Yetkin, Ankara, 2021.
- TAŞTAN, Furkan Güven: Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, B.2, On İki Levha, İstanbul 2017.
- TEPE, Esra: Özel Hukuk Açısından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Kişisel Verilerin Korunması, Adalet, Ankara 2021.
- TOPUZ, Gökçen: Tüketici Mahkemeleri, Yetkin, Ankara 2018.
- TURAN BAŞARA, Gamze: “Kişisel Veri İşleme Sözleşmesi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, (16), 2020, s.57-90.
- TZANOU, Maria: The Fundamental Right to Data Protection, Bloomsbury, London 2017.
- UNCULAR, Selen: İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması, Seçkin, Ankara 2018.
- VURALOĞLU, Mehmet Oğuz: “Kişisel Verilerin İşlenmesi Suretiyle Kişilik Hakkı İhlalinde Kazancın Devri Talebi”, YÜHFD, XV(1), 2020, s.181-203.
- WELFARE, Damien/CAREY, Peter: “Territorial Scope and Terminology”, Data Protection A Practical Guide to UK and EU Law, (Ed.) Peter Carey, B.5, Oxford University, Oxford 2018, s.1-31.
- YILMAZ, Süleyman/ÇAVUŞOĞLU, Gökçe Filiz: Kişisel Verileri Koruma Hukuku, Yetkin, Ankara 2020.

TÜRK MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKUNDA DEVLETİN MİRASÇILIĞI

THE ESCHEAT IN TURKISH PRIVATE INTERNATIONAL LAW

Hümeyra Zeynep NALÇACIOĞLU ERDEN*  

Makale Bilgi

Gönderi: 24/05/2022
Kabul :10/12/2022

Anahtar Kelimeler

Devletin Mirasçılığı,
Mirasçısız Tereke,
Miras.

Article Info

Received: 24/05/2022
Accepted: 10/12/2022

Keywords

Escheat,
Estate Without Heirs,
Succession.

Özet

5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'a göre, "miras ölenin milli hukukuna tâbidir. Türkiye'de bulunan taşınmazlar hakkında Türk hukuku uygulanır" (m.20/1). Maddede taşınır ve taşınmaz malvarlığı değerleri açısından ikili bir ayırım yapılmıştır. Buna göre, terekedeki taşınır malvarlığı değerleri ile Türkiye dışındaki taşınmaz malvarlığı değerlerine ölenin milli hukuku uygulanırken Türkiye'deki taşınmazlar için Türk hukuku uygulanır. Kimlerin mirasçı olacağı da bu hukuklara göre tayin edilir. Mirasbırakanın hiçbir mirasçısının olmaması durumunda ise, "Türkiye'de bulunan mirasçısız tereke Devlete kalır" (m.20/3). Bu çalışmada Türk devletinin mirasçısız tereke üzerindeki hakkının niteliğini tayin amacıyla sahihsiz mala son yasal mirasçı olarak mı yoksa egemenlik hakkına dayanılarak mı el konulduğu; miras statüsüne göre mirasbırakanın Türkiye'deki terekesine yabancı devletin yasal mirasçı olması ya da mirasbırakanın yabancı bir devleti Türkiye'de bulunan tereke için mirasçı ataması durumunda terekenin mirasçısız kabul edilip edilemeyeceği; yabancı devletin son yasal mirasçı olması ile yabancı devletin atanmış mirasçı olmasının, Türkiye'deki mirasçısız taşınır ve taşınmaz tereke açısından farklılık teşkil edip etmeyeceği ve yabancı kişilerin Türkiye'deki mirasçısız terekelerinin âkıbeti ele alınmış olup esas olarak yabancı devletin atanmış mirasçı olarak Türkiye'deki taşınır terekeyi iktisap edebileceği sonucuna varılmıştır.

Abstract

According to the Turkish Act on Private International Law and International Civil Procedure Art. 20/1, inheritance shall be governed by the the national law of the deceased; Turkish law shall be applicable regarding immovable property situated in Turkey. In the article, a dual distinction has been made in terms of movable and immovable properties. Accordingly, the national law of the deceased person is applied to the movables in the estate and the immovables outside of Turkey, whereas Turkish law is applied to the immovables in Turkey. With reference to this, who the heirs are is determined by the law applied in accordance with Art. 20. If the deceased person has no heirs, the Act states that the estate in Turkey without heirs is transferred to the state (Art. 20/3). In this study, it will be examined whether the estate in Turkey without heirs was seized as a last statutory heir or a sovereign right of the state, in order to determine the right of the Turkish state. In addition to that, it will be evaluated whether the estate can be considered without heirs when the foreign state is the statutory heir of the estate in Turkey or the foreign state is appointed as an heir for the estate in Turkey. It will also be discussed whether the foreign state being the last statutory heir or being the appointed heir will make a difference in terms of movable and immovable estates without any heir in Turkey. Lastly, the estate of foreigners who do not have any heirs in Turkey will be discussed. It is concluded that the foreign state can acquire the movable estate in Turkey as the appointed heir.

 Bu eser [Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/) ile lisanslanmıştır.

*Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | **Cite As:** NALÇACIOĞLU ERDEN Hümeyra Zeynep, "Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Devletin Mirasçılığı", İnÜHFD, 13(2), 2022, s.491-505. **İntihal** | **Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via a plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

According to the Turkish Civil Act (TCC), the testator can only be a real person however, the heirs can be both real and legal persons (Art. 576). In this case, it is possible for Turkish state to be the last statutory heir of the deceased person without leaving any heirs behind, as well as being the appointed heir due to its legal personality (Art. 501). In principle, there is no obstacle for a foreign state to be appointed as an heir by the deceased person.

According to the Turkish Act on Private International Law and International Civil Procedure (TPIL) Art. 20/1, inheritance shall be governed by the the national law of the deceased; Turkish law shall be applicable regarding immovable property situated in Turkey. In the article, a dual distinction has been made in terms of movable and immovable properties. Accordingly, while the national law of the deceased person is applied on the movables in the estate and the immovables outside of Turkey, whereas Turkish law is applied to the immovables in Turkey. With reference to this, who the heirs are is determined by the law applied in accordance with Art. 20.

The escheat (the heirship of the state) is basically regulated in two different ways in the legal systems as the right of sovereignty or as the last statutory heir. In the Turkish legal system, the Turkish state owns the heirless estate of a Turkish citizen as the last statutory heir (TCC Art. 501); on the other hand, it seizes the heirless estate of a foreign deceased person (TPIL Art. 20/3) based on its sovereign right.

According to the applicable law for succession, if the deceased person does not have a statutory or an appointed heir, the estate will be transferred to the Turkish state (TPIL Art. 20/3). However, it is not so clear whether the estate is without any heir when a foreign state is the last statutory heir or a foreign state is appointed as an heir by the deceased person. Although it is stated in the doctrine that the purpose of Art. 20/3 prevents this ambiguity, it is also rightly argued in the doctrine that the sole purpose of the provision is insufficient to prevent the foreign state from being an heir.

Then, the question is that for what reason Turkish judge can avoid applying the foreign law authorized by the Turkish conflict of laws rules. The Turkish judge may refrain from applying the foreign law due to the public order intervention, overriding mandatory rules or international agreements to which Turkey is a party.

According to TPIL Art. 20/1, the immovable properties in Turkey are held subject to Turkish law. Thus, the heirs of the immovable estate in Turkey and whether the immovable estate is without heirs would be determined by Turkish law. In our opinion, in the face of the regulation in Turkish legislation that legal persons cannot be statutory heirs as a rule and exceptionally only the Turkish state is the last statutory heir; the legal heir of a foreign state on the movable estate in Turkey is not possible. Therefore, the estate in Turkey should be accepted as having no heirs. On the other hand, the estate including movables are subject to the national law of the deceased (TPIL Art. 20/1). In accordance with the rule that legal persons cannot be legal heirs in the Turkish legal system, the legal heir of a foreign state on movables in Turkey can be considered unacceptable in terms of Turkish public order. For this reason, we are of the opinion that if the last legal heir of the movable estate in Turkey is a foreign state according to the applicable law, the estate should be deemed as having no heirs and transferred to the Turkish state.

In Turkish law, apart from the Turkish public order intervention, the application of foreign law can also be prevented by the overriding mandatory rules of Turkish law on inheritance. For example, according to Art. 35/1 of the Land Registry Law "In view of international bilateral relations and where the country's interests so dictate, foreign national real persons who are citizens of countries specified by the President may, on condition of compliance with the legal restrictions, acquire immovable property and limited real rights in Turkey". Foreigners out of this scope cannot acquire the estate in Turkey because of Art. 35, which is accepted as an overriding mandatory rule in Turkish legal system.

The last situation that may prevent the application of foreign law, is the international conventions to which Turkey is a party. As far as we can determine, only the Agreement Between the Republic of Turkey and Ukraine on Legal Assistance and Cooperation in Civil Matters contains a special provision regarding the transfer of inheritance without heirs (Art. 30). According to the relevant provision, for example, if a Ukrainian citizen does not have a statutory or an appointed heir in Turkey, all his movable and immovable estates will be transferred to the Turkish state where they are located.

As a result, we are of the opinion that Art. 20/3, in its current form, is not of a nature to prevent the escheat and therefore the heirship of the foreign state on the movable estate in Turkey is generally acceptable. Maybe it can be regulated that some movables for economic, family or social purposes may constitute an exception as in the European Certificate of Succession (No. 650/2012). In Article 30 of the Statute, the agricultural, economic and commercial enterprises where the local law stipulates special transfer provisions or prohibits division are meant, and historical objects such as jewellery, sculptures and paintings passed down from generation to generation in the family are also evaluated within this scope. In this sense, we believe that with a similar arrangement, the transfer of movables, which belong to the foreign deceased person but have special importance to the Turkish state, to a foreign state can be prevented.

With regard to immovable estate in Turkey, it has been accepted that only incorporated foreign commercial companies can be appointed as heirs, provided that certain conditions are met. It is argued that Art. 35/2 is not related to the right of inheritance of the foreign legal person, but is related to whether the person can acquire the right that is left to him after he becomes an heir. Therefore, testamentary dispositions could be concluded in favor of foreign legal persons, and as a rule, these legal persons should be accepted as heirs. So it is offered that, the immovable estate in Turkey, which foreign legal persons outside the scope of that article, are the heirs of but cannot acquire, should be liquidated and the price should be given to this foreign legal person. We are of the opinion that this method can also be applied to foreign states when they are appointed as an heir. Thus, a foreign state will not be granted the right to own property on the territory of another country, but the deceased person's last wish will be fulfilled.

I. GİRİŞ

Dünyada savaşların ve savaş risklerinin artması sonucunda ülkesini terk eden kişi sayısının hızla yükselmesi; ülkeler arasındaki göçmen işçi hareketlerinin fazlaşması; eğitim, iş ve benzeri nedenlerle vatandaş olunan ülke dışında ikamet edinilmeye başlanması; farklı tabiiyetteki kişilerin evlenmeleri; gelişen teknolojinin etkisiyle farklı devletlerde yatırım ve ticaret imkânlarının artması ve yaygınlaşması, yabancılık unsuru içeren miras uyuşmazlıklarının artmasına sebep olmaktadır¹. Yabancılık unsuru içeren mirasa dair uyuşmazlıklarda ise, tereke üzerindeki gerçek hak sahiplerinin tespiti ve mirasbırakanın gerçek arzusunun yerine getirilmesinin hakkaniyetli bir şekilde dengelemesi gerekmektedir.

Milletlerarası özel hukukta mirasa ilişkin bir uyuşmazlığın ortaya çıkabilmesi için öncelikli olarak o uyuşmazlıkta yabancılık unsurunun bulunması gerekmektedir. Yabancılık unsuru, yani o uyuşmazlığın Türk Medeni Kanunu²'ndeki (TMK) hükümlere göre değil de Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun³ (MÖHUK) hükümlerine göre çözümlenebilmesi için gerekli olan unsurlar ise, mirasbırakanın vatandaşlığı, yerleşim yeri veya mutad meskeni; mirasçılardan vatandaşlığı, yerleşim yeri ya da mutad meskeni veya ölüme bağlı tasarrufun düzenlendiği yer dolayısıyla ortaya çıkabilmektedir⁴. Keza yabancılık unsuru içerdiği tespit edilen bu uyuşmazlığın ayrıca miras olarak vasıflandırılması da gerekmektedir.

MÖHUK m.20/1'e göre, "miras ölenin milli hukukuna tabidir. Türkiye'de bulunan taşınmazlar hakkında Türk hukuku uygulanır". Dolayısıyla Kanun, mirasa uygulanacak hukuka ilişkin olarak taşınır ve taşınmaz malvarlığı değerleri açısından ikili bir ayırım yapmıştır; terekedeki taşınır malvarlığı değerleri ile Türkiye dışındaki taşınmaz malvarlığı değerlerine ölenin milli hukuku uygulanırken Türkiye'deki taşınmazlar için Türk hukuku uygulanmaktadır. Bu durumda yabancının terekesinin tamamının Türkiye dışında olması durumunda terekeye hâkim hukuk sadece ölenin milli hukuku olurken; yabancının bir kısım taşınırlarının Türkiye dışında olması, bir kısmının Türkiye'de olması durumunda ise terekeye yine ölenin millî hukuku uygulanacak; ölenin bazı taşınmazlarının Türkiye dışında olması, bir kısmının Türkiye'de olması durumunda ise Türkiye'deki taşınmazlara Türk hukuku uygulanacaktır⁵.

Mirasçılığın tayininde mirasçılardan vatandaşlığının bir rolü yoktur⁶. Yabancı mirasbırakanın aynı vatandaşlığa tâbi mirasçıları ile farklı devlet vatandaşlığına sahip mirasçıları ve Türk vatandaşı mirasçıları açısından mirasçılıklarının tespitinde uygulanacak hukuk bakımından bir fark yoktur; mirasçılığın tespitinde Türkiye'de bulunan taşınmazlar için Türk hukuku uygulanacak, nerede olduğu fark etmeksizin terekede yer alan tüm taşınırlara dair mirasçıların belirlenmesinde ise ölenin milli hukuku uygulanacaktır. Bu doğrultuda denebilir ki mirasçılığın tespitinde ölen kişinin milli hukuku ve terekede Türkiye'de yer alan taşınmazın varlığı durumunda Türk hukuku esas alınmaktadır.

Çalışma konusunu teşkil eden MÖHUK'un 20/3. maddesi ise, "Türkiye'de bulunan mirasçısız tereke Devlete kalır" şeklindedir. Hükmün uygulanması için öncelikli olarak mirasçısız terekenin tespiti gerekmektedir. "Bir kimsenin ölümü ile mirasçılara geçen özel hukuk ilişkilerinin tümünü"⁷ ifade eden terekenin mirasçısız olması, mirasbırakanın yasal ya da atanmış hiçbir mirasçısının olmadığı anlamına gelmektedir. Mirasbırakanın kendi iradesine bırakılmaksızın kanunen belirlenmiş mirasçılarının yanında, mirasbırakanın "bir vasiyetname ya da miras sözleşmesiyle... bir ya da birden fazla kişiyi terekesinin tamamı

¹ AYGÜN, Mesut/ALTIPARMAK, Ayşe Kübra: "650/2012 Sayılı Avrupa Birliği Miras Tüzüğü'nde Uygulanacak Hukukun Tespiti", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 11(143-144), 2016, s.33-34.

² RG: 08.12.2001, 24607.

³ RG: 12.12.2007, 26728.

⁴ Bkz. TANRIBİLİR, Feriha: "MÖHUK ve Mirasa İlişkin Bağlama Kuralının Uygulanmasında Öne Çıkan Hususlar", in Feriha Bilge Tanrıbilir, Gülce Gümüşlü Tunçağıl (eds), 10. Yılında MÖHUK Sempozyumu, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s.127-129.

⁵ Yabancılık unsuru içeren mirasa dair uyuşmazlıklarda uygulanacak hukukun belirlenmesinde temelde iki sistem benimsenmektedir; ayırım sistemi ve birlik sistemi. Ayırım sisteminde terekedeki malların taşınır veya taşınmaz mal olmalarına göre terekede farklı hukuk uygulanırken birlik sisteminde terekedeki malların buldukları yer ve nitelikleri dikkate alınmaksızın mirasın tamamı tek bir hukuka tâbi kılınmaktadır. Ayırım sisteminde taşınmaz mallara buldukları yer hukuku, taşınır mallara ise mirasbırakanın milli hukuku ya da yerleşim yeri hukuku uygulanabilirken; birlik sisteminde taşınır ve taşınmaz tüm malvarlığı değerlerine tek bir hukuk uygulanmaktadır. Sistemler hakkında detaylı bilgi için bkz. TANRIBİLİR, Feriha: Kanuni Mirasçılıktan Doğan Kanunlar İhtilafı, Gazi Üniversitesi Basımevi, Ankara 2000, s.11-38; BARAN ÇELİK, Neşe: Milletlerarası Unsurlu Ölüme Bağlı Tasarruflara Uygulanacak Hukukun Tayini, Yetkin Yayınları, Ankara 2010, s.29-42; ULUSU KARATAŞ, A. Elif: "Türk Miras Hukukunda Mirasın Kazanılmasında Halefiyet Türleri ve Türk Milletlerarası Özel Hukukundaki Yansımaları", İÜHF, LXXIII(2), 2015, s.381-386. 5718 sayılı MÖHUK'ta benimsenen sisteme ilişkin olarak ise öğretilerde farklı görüşler yer almaktadır. Bir görüş, Kanunda esas itibarıyla birlik sisteminin benimsendiği ve taşınmazlara ilişkin olarak istisnaya yer verildiği şeklinde iken (NOMER, Ergin: Devletler Hususi Hukuku, 23. Bası, Beta Basım AŞ, İstanbul 2021, s.296; ÇELİKEL, Aysel/ERDEM, B. Bahadır: Milletlerarası Özel Hukuk, 17. Bası, Beta Basım AŞ, İstanbul 2021, s.348; ÖZEL, Sibel/ERKAN, Mustafa/PÜRSELİM, Hatice Selin/KARACA, Hüseyin Akif: Milletlerarası Özel Hukuk, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022, s.321); bir diğer görüş ise, Kanunun 20/1 hükmünün 2. cümlesinin düzen menfaati gereğince çok taraflı bir bağlama kuralı gibi çok yanlı yorumlanarak miras statüsünün ayırım sistemine göre belirlenmesi gerektiği şeklindedir (DOĞAN, Vahit: "Miras Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3(3), 1990, s.185; TANRIBİLİR, s.95-100). Tarafı olduğumuz bir diğer görüşe göre ise, MÖHUK m.20/1'in ilk cümlesi, yabancılık unsuru içeren miras uyuşmazlıklarının tümünü ölenin milli hukukuna tâbi kılarak birlik sisteminin benimsendiğine işaret etmekle birlikte ikinci cümlede Türkiye'de yer alan taşınmaz terekeyi Türk hukukuna tâbi tutan tek taraflı bağlama kuralı ile de Kanundaki sistemin, birlik sisteminden uzaklaşarak karma bir sistemi benimsediği şeklindedir (ULUOCAK, Nihal: Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri: Uygulama Kuralları, Filiz Kitabevi, İstanbul 1989, s.116; EKŞİ, Nuray: Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku, Beta Basım AŞ, İstanbul 2013, s.33; ULUSU KARATAŞ, s.383-384).

⁶ ŞANLI, Cemal/ESEN, Emre/ATAMAN FİGANMEŞE, İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, 9.B, Beta Basım AŞ, İstanbul 2021, s.264.

⁷ DURAL, Mustafa/ÖZ, Turgut: Türk Özel Hukuku Miras Hukuku, Cilt IV, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021, s.8; ANTALYA, Gökhan: Miras Hukuku, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019, s.69; İMRE, Zahir/ERMAN, Hasan: Miras Hukuku, 14. Baskı, Der Yayınları, İstanbul 2018, s.10.

ya da kesirli bir bölümü için hak sahibi yapması⁸ da mümkündür. Terekeye bu şekilde mirasçı atanmasının yanı sıra yine mirasbırakanın kendi iradesiyle terekesinde bulunan bir malı, üçüncü kişilere (vasiyet alacaklısı) vasiyet etmesi de (belirli mal vasiyeti) mümkündür⁹. Türk hukukunda mirasbırakanın sadece gerçek kişi olacağı kabul edilmekle beraber¹⁰ mirasçılar hem gerçek hem de tüzel kişi olabilmektedir¹¹. Yine Türk hukukunda Türkiye Cumhuriyeti Devleti, ardında hiçbir mirasçı bırakmadan ölen kişinin son yasal mirasçısı olarak tayin edildiği gibi¹² (TMK m.501) tüzel kişiliği dolayısıyla Türk devletinin, atanmış mirasçı olması da imkân dâhilindedir¹³. Benzer şekilde yabancı bir devletin de mirasbırakan tarafından mirasçı olarak atanmasının önünde bir engel yoktur¹⁴.

Çalışmada esas olarak terekedeki taşınır ve taşınmazlara göre belirlenen miras stütüsü uyarınca mirasbırakanın hiçbir mirasçısının olmaması durumunda terekenin âkıbeti ele alınacaktır. Bu bağlamda, MÖHUK m.20/3'teki kuralın ve devletin mirasçısız tereke üzerindeki hakkının niteliği incelenerek miras statüsüne göre yabancıların Türkiye'deki terekesine yabancı devletin son yasal mirasçı olması ya da mirasbırakanın yabancı bir devleti Türkiye'de bulunan tereke için mirasçı ataması durumunda terekenin mirasçısız kabul edilip edilemeyeceğine dair tartışmalar değerlendirilecektir.

II. MÖHUK m.20/3'TEKİ KURALIN NİTELİĞİ

Kural olarak milletlerarası özel hukuk kuralları yabancılik unsuru taşıyan özel hukuka dair uyuşmazlıkları doğrudan doğruya çözen hukuk kuralları değildir; bu uyuşmazlıkları çözmek üzere tatbik edilecek maddî hukuku gösteren kurallardır¹⁵. Gösterici kurallar olarak da adlandırılan bu kurallar, belirli bir hukukî ilişki veya hayat olayıyla bir hukuk düzeni arasında bağlantı kurdukları için bağlama kuralları olarak da adlandırılmaktadır¹⁶. Çalışma kapsamında incelenmekte olan MÖHUK'un m.20/3 hükmü ise Kanunda bağlama kuralları arasında düzenlenmiş olmasına rağmen gösterici kural olarak değil maddî nitelikte bir milletlerarası özel hukuk kuralı olarak kabul edilmektedir¹⁷. Öğretide bu kuralın, Türkiye'de bulunan tereke için kişinin tabiiyetine bakılmaksızın uygulandığı gerekçesiyle doğrudan uygulanan kural olduğu da savunulmaktadır¹⁸. Ancak yabancılik unsuru içermeyen uyuşmazlıklarda uygulanmak üzere düzenlenen, "Mirasçı bırakmaksızın ölen kimsenin mirası devlete geçer" şeklinde TMK m.501'de ifadesini bulan ve içeriği aynı olan kuralın mevcudiyeti nedeniyle MÖHUK m.20/3'ün doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilemeyeceği şeklinde bizim de katıldığımız aksi bir görüş de yer almaktadır¹⁹.

MÖHUK m.20/3 hükmü, "Türkiye'de bulunan mirasçısız tereke Devlete²⁰ kalır" şeklindedir. Kanun metninde "Devlet" ifadesi, büyük harf kullanılarak özellikle vurgulanmıştır²¹. Ancak "Devlet" derken, Türk devletinin mi kastedildiği yoksa miras statüsüne uygulanacak hukukun tâbi olduğu devletin mi veyahut ölenin vatandaşlık bağı ile bağlı olduğu devletin mi kastedildiği anlaşılamamaktadır²².

5718 sayılı MÖHUK genel olarak incelendiğinde sadece 20/3 hükmünde geçen devletin büyük harf ile yazıldığı dikkat çekmektedir. Bu madde dışında devlet ifadesinin kullanıldığı her maddede, ifadenin başına onu nitelendiren bir ibare konması tercih edilmiştir. Örneğin m.2/5'te "Hukuku uygulanacak devlet..."; m.31'de "... üçüncü bir devletin ..."; m.49/2'de "... yabancı devletin ..." şeklinde hangi devletin işaret edildiğinin açıkça anlaşıldığı bir kullanım uygun bulunmuştur. Kanununun tenfiz şartlarının ele alındığı 54/a maddesinde ise Türk devletini diğer devletlerden ayırt etmek amacıyla "Türkiye Cumhuriyeti ile ilâmın verildiği devlet arasında..." ifadesinin kullanımı uygun bulunmuştur. Bu manada Türk devletinin anlaşılmasının arzulandığı durumda tartışmaya mahal vermeyecek şekilde açıkça Türkiye Cumhuriyeti yazılması tercih edilmiştir.

⁸ DURAL/ÖZ, s.141.

⁹ Vasiyet alacaklısı, mirasçı değildir. Bu nedenle vasiyet edilen değeri kendiliğinden kazanamaz; vasiyet alacaklısının vasiyet edilen değer üzerinde sadece şahsi olarak ileri sürebileceği bir alacak hakkı vardır (TMK m.600/I), bkz. EREN, Fikret/YÜCER AKTÜRK, İpek: Türk Miras Hukuku, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s.23; AYAN, Mehmet: Miras Hukuku, 9. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016, s.128, 131.

¹⁰ DURAL/ÖZ, s.5; ÇABRİ, Sabri: Miras Hukuku Şerhi, C. I, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s.43; AYAN, s.33. Devletin yasal mirasçılığı istisnâidir.

¹¹ AYAN, s.33, 125; SEROZAN, Rona/ENGİN, Baki İlkey: Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları, 6. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019, s.116; DURAL/ÖZ, s.6; İMRE/ERMAN, s.307.

¹² Devletin mirasçılığı hakkında detaylı bilgi için bkz SAĞLAM, İpek: "Devletin Yasal Mirasçılığı", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 22(3), 2016, s.2473-2495; ÖZDEMİR, Gençler: "Devletin Yasal Mirasçılığı Açısından Türkiye'deki Yabancıların Mirasçısız Terekesi", Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, 13(20), 2021, s.283-302; ÖNCÜLÖKUR, Mustafa: Devletin Mirasçılığı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.

¹³ AYAN, s.125; DURAL/ÖZ, s.6.

¹⁴ BARAN ÇELİK, s.136; BERKİ, Şakir: "Türk Medeni Kanununda Devletin Mirasçılığı", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 20(1), 1963, s.124.

¹⁵ ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, s.26.

¹⁶ TEKİNALP, Gülören: Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları, 13.B., Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020, s.21.

¹⁷ Öntasarı Sempozyumu, s.153-154; ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, s.276; AYBAY, Rona/DARDAĞAN, Esra: Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması, 2. Baskı, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008, s.238; GÜNGÖR, Gülin: Türk Milletlerarası Özel Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s.163; BARAN ÇELİK, s.136; DOĞAN, Vahit: Milletlerarası Özel Hukuk, 7. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2021, s.374; EKŞİ, s.86; ÖZEL/ERKAN/PÜRSELİM/KARACA, s.47.

¹⁸ ÇELİKEL/ERDEM, s.355.

¹⁹ GÜNGÖR, s.163. Yazar, TMK m.594 hükmünü de bir başka örnek olarak göstermektedir.

²⁰ Vurgu, Kanun metninden aynen alıntılanmıştır.

²¹ 2675 sayılı mülga MÖHUK m.22/3'te de (RG: 22.05.1982, 17701) aynı kullanım söz konusudur.

²² Benzer şekilde HATEMİ, Hüseyin: Miras Hukuku, 9. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s.43.

5718 sayılı MÖHUK'un hazırlık çalışmalarında ise, maddede hangi devletin kastedildiği hiç tartışılmamış, ifade doğrudan Türk devleti olarak ele alınmıştır²³. Öğretide de genel olarak "Devlet" ifadesi doğrudan Türk devleti olarak incelenmiştir²⁴. Hatta öyle ki madde, "Türkiye'de bulunan tereke, mirasa uygulanan hukuka göre mirasçısız ise, Türkiye Cumhuriyeti devletine kalır (MÖHUK m.20/III)" şeklinde ele alınmaktadır²⁵. Öğretide kuralın sadece Türk hukukuna göndermede bulunması nedeniyle tek yanlı olarak düzenlendiği hususunda bir uzlaşma mevcuttur²⁶. Bu durum, öğretide "Devlet" ile kastedilenin Türk devleti olduğu hususunda zaten bir ön kabulün mevcut olduğunu göstermektedir.

III. DEVLETİN MİRASÇISIZ TEREKE ÜZERİNDEKİ HAKKININ NİTELİĞİ

Terekenin mirasçılarını, mirasa uygulanan hukuka göre yani miras statüsüne göre belirlenmektedir. Eğer ki miras statüsüne göre terekenin hiçbir mirasçısının olmadığı tespit edilmiş ise devlet, ülkesindeki mirasçısız terekeye el koymaktadır. Devletin, ülkesindeki mirasçısız tereke üzerindeki hakkının niteliği ise, hukuk sistemlerinde esas itibarıyla iki farklı şekilde düzenlenmiştir. Buna göre devlet ülkesindeki mirasçısız terekeye ya (i) egemenlik (hâkimiyet) hakkına dayanarak ya da (ii) kendisini son yasal mirasçı olarak tanımak suretiyle kanunen el koymaktadır²⁷.

Devletin, ülkesindeki mirasçısız terekeye el koymasının egemenlik hakkına dayandığı hukuk sistemlerinde, tereke, sahihsiz mal olarak telakkî edilmektedir. İngiltere²⁸, Fransa ve İslam hukukunun geçerli olduğu ülkelerde²⁹ benimsenen bu esasa göre, her devlet egemenlik hakkını ancak kendi sınırları içerisinde kullanabileceğinden³⁰ devletin yabancı ülkelerdeki tereke üzerinde hak iddia etmesi mümkün değildir³¹. Dolayısıyla mirasa uygulanacak hukukun bu sistemi esas alması durumunda, devletin bir diğer ülkedeki tereke üzerinde hak sahibi olması mümkün olamayacak; terekenin bulunduğu devlet egemenlik hakkını kullanarak ülkesindeki terekeye sahip olacaktır. Bir diğer deyişle tereke, miras statüsüne göre o devletin egemenlik hakkına binaen yabancı devlete sahihsiz mal olarak intikal ediyor ise, Türkiye'de yer alan tereke de Türkiye sınırları içerisinde ancak Türk devletinin egemenliği söz konusu olacağından Türk devletine intikal edecektir³².

Hırvatistan³³, Çek Cumhuriyeti³⁴, Almanya³⁵, Litvanya³⁶, Polonya³⁷, Portekiz³⁸ ve İsviçre³⁹ de olduğu gibi Türk hukuk sisteminde de, devlet, vatandaşı olan mirasbırakanın mirasçısız terekesine son yasal mirasçı olarak sahip olmaktadır (TMK m.501)⁴⁰. Türk devletinin yasal mirasçılığının söz konusu olabilmesi için mirasbırakanın yasal ya da irâdî mirasçısının bulunmaması gerekmektedir; ancak terekenin bir kısmı için mirasçı atanmışsa, terekenin kalanı üzerinde devletin yasal mirasçılığı kabul edilmektedir⁴¹. Devlet, mirasbırakan tarafından terekenin bir kısmı veya tamamı için mirasçı olarak atanabilir ancak bu durumda, devletin yasal mirasçılığı söz konusu olmadığından TMK m.501 uygulanmayacaktır^{42,43}. Devletin yasal mirasçılığı için mirasbırakanın ölümü anında Türk vatandaşı olması ve yasal ya da irâdî mirasçısının olmaması gerekmektedir⁴⁴. Dolayısıyla mirasbırakanın ölümü anında Türk vatandaşlığına sahip olmaması, Türk devletinin yasal mirasçılığına engel olacaktır. Bu nedenledir ki Türk devletinin, yabancı bir devlet

²³ Milletlerarası Özel Hukuk ve Milletlerarası Usul Hukuku Kanunu Öntasarı Sempozyumu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Enstitüsü, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1978, s.152-153.

²⁴ Örneğin bkz. ÖZEL/ERKAN/PÜRSELİM/KARACA, s.331.

²⁵ AYBAY/DARDAĞAN, s.237.

²⁶ TEKİNALP, s.244; NOMER, s.300; DOĞAN, s.374; GÜNGÖR, s.163.

²⁷ Detaylı bilgi için bkz. BERKİ, Osman Fazıl: Türk Hukukunda Kanunlar İhtilafı, 2. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1971, s.129; BERKİ, Osman Fazıl: Kanuni Miras ve Ölümüne Bağlı Tasarruflardan Doğan Kanunlar İhtilafı, Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara 1960, s.36-37; GÖGER, Erdoğan: Devletler Hususi Hukuku, 4. Bası, Sevinç Matbaası, Ankara 1977, s.281-282.

²⁸ ALTIPARMAK, Ayşe Kübra: İngiliz, Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Mirasa Uygulanacak Hukuk, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s.46-47.

²⁹ TANRIBİLİR, Kanuni Miras, s.182.

³⁰ "Belli bir devletin ülkesi üzerinde yalnızca bu devlet egemenlik yetkilerine sahip bulunmaktadır. Böylece, belli bir devlet ülkesinde kamu gücü bu devlet dışında ilke olarak başka bir otorite tarafından uygulanamaz" için bkz. PAZARCI, Hüseyin: Uluslararası Hukuk, 11. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2012, s.149.

³¹ TANRIBİLİR, Kanuni Miras, s.182.

³² BELBEZ, Hikmet: "Devletler Hususi Hukukunda Medeni Haklardan İstifade Ehliyeti ve Gaiplik", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 6(1), 1949, s.78.

³³ Family Property and Succession in EU Member States: National Reports on the Collected Data in Lucia Ruggeri, Ivana Kunda and Sandra Winkler (eds), 2019, s.82.

³⁴ Family Property and Succession in EU, s.150.

³⁵ Family Property and Succession in EU, s.276.

³⁶ Family Property and Succession in EU, s.421.

³⁷ Family Property and Succession in EU, s.516.

³⁸ Family Property and Succession in EU, s.539.

³⁹ Family Property and Succession in EU, s.633.

⁴⁰ Türk devletinin TMK m.501'de düzenlenen, mirasçısız tereke üzerindeki hak sahibi olmasının egemenlik hakkından kaynaklanmadığına dair bkz. SEROZAN/ENGİN, s.195.

⁴¹ ÇABRİ, s.139, 140; EREN/YÜCER AKTÜRK, s.38.

⁴² BERKİ Şakir, s.117, 122, 127.

⁴³ Devlet, mirasbırakan tarafından mirasçı olarak atanabilir. Bu durumda Devletin tereke borçlarından sorumluluğunun müteselsilen ve bütün malvarlığıyla olduğu kabul edilmekte iken Devletin yasal mirasçı olduğunda tereke borçlarından sorumluluğu sınırlandırılmıştır (TMK m.631/II). Detaylı bilgi için bkz. BERKİ Şakir, s.128-133; İMRE/ERMAN, s.40.

⁴⁴ EREN/YÜCER AKTÜRK, s.39-40.

vatandaşlığına sahip olan mirasbırakanın Türkiye’deki mirasçısız terekesine (MÖHUK m.20/3), egemenlik hakkına dayanarak el koyduğu kabul edilir⁴⁵.

IV. MİRAS STATÜSÜNE GÖRE TÜRKİYE’DEKİ TEREKE İÇİN YABANCI DEVLETİN YASAL YA DA İRÂDÎ MİRASÇI OLMASI

A. Genel Olarak

Türk hukukuna göre bir kimsenin mirasçılık sıfatını kazanabilmesi için gerekli olan mirasçılık ehliyetinin mevcudiyetinde üç şartın varlığı aranmaktadır: (i) mirasçı olacak kişinin mirasın açılma anında hayatta olması, (ii) hak ehliyetinin olması, (iii) mirastan yoksunluk sebeplerinden birinin olmaması⁴⁶. Tüzel kişilerin mirasçılık ehliyetine sahip olmasında da özellikle hak ehliyeti öne çıkmaktadır. Bu çerçevede devletin, tüzel kişiliğe sahip olduğu açıktır⁴⁷. Milletlerarası özel hukukta kimlerin mirasçılık ehliyetine sahip olduğu ise miras statüsü tarafından belirlenir. Daha önceden ifade edildiği üzere, Türkiye’de bulunan taşınmazlar için Türk hukuku uygulanırken, Türkiye’de bulunan taşınmazlar ve Türkiye dışında yer alan taşınmazlar için ölenin millî hukuku uygulanır (MÖHUK m.20). Dolayısıyla yabancılık unsuru içeren Türkiye’deki terekenin mirasçısız olup olmadığının tespiti de bu hukuklara yani mirasa uygulanan hukuka göre yapılır.

5718 sayılı MÖHUK’un hazırlık çalışmalarında MÖHUK m.20/3 hükmünün esas itibarıyla taşınmaz bakımından düzenlendiği ifade edilmiştir⁴⁸. Nitekim MÖHUK m.20/1 gereğince Türkiye’de yer alan taşınmazlar Türk hukukuna tâbi olduğundan MÖHUK m.20/3’ün kapsamına salt taşınmaz terekenin girdiği daha sonradan öğretide tarafından da sıklıkla dile getirilmiştir⁴⁹. Ancak kanaatimizce, m.20/3 hükmünün salt taşınmazlar için düzenlendiği şeklindeki görüş, kuralın, maddî nitelikte bir milletlerarası özel hukuku kuralı olduğunu dikkate almamaktadır. Kanun koyucunun (i) TMK m.501’deki benzer hükme rağmen yabancılık unsuru içeren miras ilişkilerine uygulanmak üzere ayrı bir hüküm düzenlemesi; (ii) m.20/1’deki ayırıma rağmen m.20/3’te taşınmaz ve taşınmaz şeklinde bir ayırıma yer vermemesi ve (iii) m.20/3’ün yabancılık unsuru içeren hukuki ilişkilerde hangi hukuk uygulanır şeklindeki soruyu bertaraf etmek ve uyuşmazlığın nihai olarak çözümlenmesi amacıyla getirilen⁵⁰ maddî nitelikteki milletlerarası özel hukuk kuralı olması nedeniyle MÖHUK m.20/3 hükmünün Türkiye’deki taşınmaz ve taşınmaz terekeyi kapsadığı, niteliği itibarıyla yabancılık unsuru içeren ilişkilerde öncelikli uygulanması gerektiği düşüncesindeyiz⁵¹.

Mirasın esasına uygulanan hukuka göre, miras bırakanın yasal ve irâdî mirasçısı bulunmuyor ise, terekenin mirasçısız olduğu tartışmaya mahal vermeyecek nitelikte olduğundan MÖHUK m.20/3’teki açık hüküm gereği tereke, Türk devletine intikal edecektir. Bu durumda, miras statüsüne göre yabancı devletin terekeye hangi sıfatla sahip olduğunun bir önemi de bulunmamaktadır⁵² zira zaten bu hukuka göre, devletin yasal ya da irâdî mirasçı olmadığı tespit edilmiştir. Bu manada yabancı devletin tereke üzerinde bir hakkı bulunmamaktadır. Türk devleti, egemenlik hakkına dayanarak yabancıların Türkiye’deki mirasçısız terekesine el koymaktadır. Ancak; miras statüsüne uygulanan hukuka göre yabancı devletin (i) son yasal mirasçı olması veyahut (ii) mirasbırakanın yasal mirasçılarının yanında terekenin bir kısmı için mirasçı olarak atanması veya yabancı devlet lehine belirli bir malın bırakılması ya da (iii) yasal mirasçının bulunmadığı ancak yalnızca yabancı devlete belirli bir malın bırakıldığı durumlarda terekenin mirasçısız olup olmadığı bu kadar açık değildir. Nitekim öğretide bu durumlarda artık mirasçısız bir terekeden bahsedilmesinin mümkün olmadığı, özellikle yabancı bir devletin ölüme bağlı tasarruf yoluyla Türkiye’de yer alan taşınmaz tereke için mirasçı olarak atanması durumunda, yabancı devletin irâdî mirasçılığının m.20/3’e göre reddinin çok açık olmadığı dile getirilmektedir⁵³.

Diğer yandan öğretide, MÖHUK m.20/3 hükmünün yegâne amacının Türkiye’deki tereke üzerinde yabancı devletin mirasçılığının engellenmesi olduğu ifade eden, bu anlamda irâdî mirasçı olarak yabancı bir devlet tüzel kişisinin kabulünü, taşınmaz ya da taşınmaz tereke fark etmeksizin en baştan reddeden görüşler de yer almaktadır⁵⁴. Bu görüşe göre bu hüküm, ister miras statüsüne göre yabancı devlet son yasal mirasçı olsun ister yabancı devlet mirasbırakanın geçerli bir ölüme bağlı tasarruf yoluyla mirasta hak sahibi kılınsın, Türkiye’deki terekenin yabancı bir devlete miras yoluyla intikalini engellemek üzere sevk edilmiştir. Bu anlamda yabancı devletin Türkiye’deki tereke üzerinde yasal ya da irâdî mirasçı olmasının hiçbir farkı yoktur; zira yabancı devlet, Türkiye’deki tereke üzerinde mirasçılık sıfatını haiz değildir. Anayasa Mahkemesi de yabancı bir devletin Türkiye sınırları içinde taşınmaz mal edinmesine izin verilmesini, bazı istisnalar dışında, Anayasa’ya aykırı bulmuştur⁵⁵.

⁴⁵ DOĞAN, s.374; GÜNGÖR, s.163; TANRIBİLİR, Kanuni Miras, s.187. Ancak öğretide MÖHUK m.20/3 hükmündeki Türk devletinin Türkiye’deki mirasçısız terekeye el koymasını, yasal mirasçılık olarak nitelendiren yazarlar da vardır, ANTALYA, s.141.

⁴⁶ İMRE/ERMAN, s.304-314.

⁴⁷ Devlet tüzel kişiliğine dair bkz. GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku, C. I, 3. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa 2019, s.192-197.

⁴⁸ Öntasarı Sempozyumu, s.152-154.

⁴⁹ ULUOCAK, s.140; TANRIBİLİR, Kanuni Miras, s.186; ALTIPARMAK, s.132.

⁵⁰ ÖZEL/ERKAN/PÜRSELİM/KARACA, s.47.

⁵¹ MÖHUK m.20/3’ün taşınmaz ve taşınmaz mal ayırımı yapmaksızın terekenin Türkiye’de yer almasını esas aldığına dair bkz. ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, s.276; GÜNGÖR, s.163; ÖZEL/ERKAN/PÜRSELİM/KARACA, s.331.

⁵² TANRIBİLİR, Kanuni Miras, s.187.

⁵³ ULUOCAK, s.140-141; TANRIBİLİR, Kanuni Miras, s.188; ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, s.276, dn. 327; BARAN ÇELİK, s.137.

⁵⁴ NOMER, s.300; ÇELİKEL/ERDEM, s.355; GÜNGÖR, s.163; AYBAY/DARDAĞAN, s.237; EKŞİ, s.86; ÖZEL/ERKAN/PÜRSELİM/KARACA, s.331.

⁵⁵ Yabancı ülkelere de taşınmaz mal edinme hakkı tanıyan 3278 sayılı Kanunun Anayasa’ya aykırı olduğuna dair AYM, 09.10.1986, E.1986/18, K.1986/24 (RG: 31.01.1987, 19358).

Kanaatimizce, miras statüsüne uygulanan hukuka göre yabancı devletin son yasal mirasçı olması durumu ile geçerli bir ölüme bağlı tasarruf yoluyla yabancı devletin mirasçı atanmasının ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir.

B. Yabancı Devletin Mirasa Uygulanacak Hukuka Göre Yasal Mirasçı Olması

Öncelikle değerlendirilmesi gereken husus; MÖHUK m.20/1 hükmüne göre tespit edilen miras statüsü uyarınca son yasal mirasçı olan yabancı devlet dışında yasal ya da irâdî mirasçısı bulunmayan Türkiye'deki terekenin, MÖHUK m.20/3 hükmü dikkate alındığında mirasçısız kabul edilip edilemeyeceğidir.

Durum aşama aşama değerlendirilecek olursa; devletin yasal mirasçı olup olamayacağı MÖHUK m.20/1 uyarınca belirlenen miras statüsü kapsamındadır⁵⁶. Miras statüsüne göre yabancı devlet, Türkiye'deki tereke üzerinde son yasal mirasçı ise, kural olarak terekeden talepte bulunabilir⁵⁷. Ancak öğretilerde MÖHUK m.20/3 hükmünün bu kabule engel olduğu ifade edilmektedir⁵⁸. MÖHUK'un 20/3 maddesi, "Türkiye'de bulunan mirasçısız tereke Devlete kalır" şeklindedir. Bu noktada hükmün lafzının yabancı bir devletin yasal mirasçılığını engelleyecek şekilde kaleme alındığının söylenebileceği düşüncesinde olmadığımızı belirtmek isteriz⁵⁹.

C. Yabancı Devletin Mirasbırakan Tarafından İrâdî Mirasçı Olarak Atanması

Miras statüsüne göre mirasbırakanın geçerli bir ölüme bağlı tasarruf yoluyla yabancı bir devleti Türkiye'deki tereke için mirasçı olarak ataması ya da bu devlete belirli bir mal bırakması durumunda, terekenin MÖHUK m.20/3 hükmü çerçevesinde mirasçısız kabul edilip edilemeyeceği de incelenmelidir. Öğretilerde bizim de katıldığımız görüşe göre yürürlükteki mevzuat, yabancı devletin ölüme bağlı tasarruf yoluyla Türkiye'de bulunan taşınır ya da taşınmaz nitelikteki tereke üzerinde mirasçı olarak atanması engelleyecek şekilde kaleme alınmamıştır⁶⁰. Diğer yanda öğretilerde MÖHUK m.20/3 hükmünün Türkiye'deki tereke üzerinde yabancı devletin atanmış mirasçı veyahut belirli bir mal alacaklısı olarak atanmak suretiyle irâdî mirasçı kılınmasının da engellendiğini belirten aksi görüşün yanında⁶¹, yabancı devletin mirasbırakan tarafından vasiyet alacaklısı olarak atanması halinde, yabancı devletin Türk devletine karşı ileri sürebileceği şahsî bir hakka sahip olduğu belirten farklı bir görüş de yer almaktadır⁶².

Medeni Kanun'da tüzel kişilerin irâdî mirasçılığı kabul edilmiştir⁶³. Ancak Türk hukukunda yabancı bir devletin irâdî mirasçı olarak atanmasına dair özel bir hüküm yoktur. Peki bu durumda mirasbırakan tarafından yabancı bir devletin Türkiye'deki taşınır tereke için mirasçı atanması kabul edilebilir mi?

Öğretilerde daha önceden andığımız üzere temelde iki karşıt görüş yer almaktadır⁶⁴. Bizim de taraftarı olduğumuz görüşe göre, MÖHUK m.20/3 hükmü mevcut haliyle yabancı devletin irâdî mirasçılığına engel olacak mahiyette değildir. Kaldı ki yabancı devletin Türkiye'deki taşınır tereke üzerindeki mirasçılığının evleviyetle kabul edilebilir olduğu kanısındayız. Belki ekonomik, ailevi veya sosyal amaçlarla bazı taşınırların 650/2012 sayılı Avrupa Birliği Miras Tüzüğü⁶⁵nde olduğu gibi istisna teşkil edebileceği düzenlenebilir. Tüzüğün 30. maddesinde ulusal hukukun özel olarak düzenlediği tarımsal, ekonomik ve ticari işletmeler ile ailede nesilden nesile aktarılan mücevherat, heykel, resim gibi tarihi nesnelere intikalinin sınırlandırılabilirliği düzenlenmiştir⁶⁶. Bu manada MÖHUK'ta yapılabilecek benzer bir düzenlemeyle mirasbırakana ait olmakla beraber Türk devleti açısından öneme sahip taşınırların yabancı devlete intikalinin önüne geçilebileceği kanısındayız. Peki bu durumda, ardında hiçbir mirasçı bırakmadan vefat eden yabancının, Türk banka hesaplarındaki 10 milyon dolarının mirasbırakan tarafından irâdî mirasçı olarak atanan yabancı devlet tarafından iktisabı mümkün mü olacaktır? Kanaatimizce, taşınmaz terekenin Türk hukukuna tâbi tutulmasındaki amacın devletin kendi ülkesindeki egemenlik hakkından kaynaklandığı, bu manada Türkiye'de yer alan tereke üzerinde yabancı bir devletin hâkimiyet hakkının, dolayısıyla mirasçılığının tanınmaması gerektiği görüşü dikkate alındığında taşınır tereke için –önemi haiz değerler dışında- böyle bir durum olmadığı düşüncesindeyiz. Yine, taşınmazın bulunduğu yer hukuku, o taşınmaza dair işlem ve ilişkiler için en yakın bağlantıya sahip hukuk iken taşınırların taşınabilme özelliği nedeniyle bulundukları yer hukuku dışında, tesadüfi olarak bulundukları yer hukukunun uygulanmasının önüne geçilmesi amacıyla örneğin Türk hukukunda, taşınmakta olan mallar ile yer değişikliği durumunda kazanılmamış aynı haklar için uygulanacak hukuk olarak farklı bağlama noktaları tercih edilmiştir (MÖHUK m.21/2, 3). Yani taşınırlara uygulanacak hukuk, taşınırların mahiyeti itibarıyla değişiklikle

⁵⁶ TEKİNALP, s.237.

⁵⁷ TEKİNALP, s.237.

⁵⁸ TEKİNALP, s.237.

⁵⁹ Devletin yasal mirasçılığı, ileride "Kamu Düzeni" başlığı altında daha detaylı bir şekilde incelenmiştir, bkz. s.11-12.

⁶⁰ ULUOCAK, s.140; TANRIBİLİR, Kanuni Miras, s.188; BARAN ÇELİK, s.137.

⁶¹ Öyle ki bir görüş açıkça "... terekenin yabancı devlet dışında (kanuni ya da atanmış) mirasçısı bulunmuyorsa, Türkiye'de bulunan tereke, Türk devletin egemenlik ve hakimiyet hakkı icabı Türkiye Cumhuriyeti Devletine kalacaktır" demek suretiyle yabancı devletin kanuni ya da irâdî olarak mirasçı olmasında dahi terekenin mirasçısız olduğunu ifade etmektedir. Bkz. GÜNGÖR, s.163. Benzer ifade için bkz. TEKİNALP, s.244; ALTIPARMAK, s.131.

⁶² GÜNGÖR, s.163.

⁶³ AYAN, s.33, 125; SEROZAN/ENGİN, s.116; DURAL/ÖZ, s.6; İMRE/ERMAN, s.307.

⁶⁴ Bkz. geride dn. 53-54.

⁶⁵ 650/2012 sayılı Avrupa Veraset Belgesinin Tanzimine ve Geçerli Veraset Belgelerinin Kabulü ile İcrasına İlişkin Kararların Tanınması, Tenfizî ile Mahkemelerin Yetkisi ve Uygulanacak Hukuk Hakkında AB Konsey Tüzüğü'nün İngilizce metni için <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012R0650> (Erişim: 16.05.2022)

⁶⁶ ALTIPARMAK, s.83.

gösterebildiğinden taşınır ve taşınmazlara uygulanacak hukukun farklı olarak düzenlenmesi tercih edilmiştir. Bu nedenlerdir ki taşınır tereke üzerinde yabancı devletin irâdî mirasçılığının kabul edilebilir olduğu kanaatindeyiz.

Türkiye’deki taşınmaz tereke ile ilgili olarak ise, Türk hukukunda sadece yabancı tüzel kişi ticaret şirketlerinin belirli şartların sağlanması koşuluyla irâdî mirasçı olabilecekleri kabul edilmiştir⁶⁷. Zira yabancı kişilerin, tabiiyetinde olmadıkları bir ülkede taşınmaz edinmeleri, o devletin güvenliği ve kalkınması ile sosyal, siyâsî ve ekonomik açıdan güncel ve geleceğe dair etkileri olması nedeniyle kısıtlanabilmektedir^{68,69}.

Anayasa Mahkemesi’ne göre⁷⁰, yabancıya vatandaşa eş haklar tanınmamasının temelinde devletin korunması amacı yer almaktadır. Devletlerarası etkileşimin arttığı günümüzde vatandaş ve yabancı arasındaki muamele farklılıklarının başında ise mülk edinme hakkı gelmektedir. Zira mülk edinme hakkı, devletin aslî ve maddî kurucu unsurları arasında yer alan vatan toprağı ile ilgilidir. Devlet, ülkesi üzerinde sahip olduğu egemenlik hakkına dayanarak, ülkenin bir diğer kurucu unsuru olan insan topluluğunu korumakla yükümlüdür. Bu anlamda Mahkemeye göre, insan hakları çerçevesinde mülk edinme hakkına getirilen kısıtlamalar, devlet açısından vazgeçilmesi mümkün olmayan nefsî müdafaa tedbiri niteliğindedir.

Şu anda yürürlükteki düzenleme olan 6302 sayılı Kanunla⁷¹ değişik Tapu Kanunu⁷² m.35 uyarınca, “Yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri ancak özel kanun hükümleri çerçevesinde taşınmaz ve sınırlı aynî hak edinebilirler”. Kanunda ayrıca “...bu ticaret şirketleri dışındakilerin taşınmaz edinmeyeceği...” de belirtilmiştir (m.35/2). Yani, tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri ancak ilgili özel kanunlardaki düzenlemeler ile sınırlı olarak Türkiye’de taşınmaz edinebileceklerdir. Dolayısıyla yabancı tüzel kişi ticaret şirketleri, gerekli şartları taşıdıkları takdirde Türkiye’de atanmış mirasçı veya vasiyet alacaklısı olabilecektir⁷³.

Öğretide, Tapu Kanunu’ndaki bu düzenlemenin, yabancı tüzel kişinin mirasçılık hakkına ilişkin olmadığı, “... kişinin mirasçı olduktan sonra kendisine kalan hakkı iktisap edip edemeyeceği yahut iktisap tarzı ...” ile ilgili olduğu, bu nedenle de yabancı tüzel kişiler lehine ölüme bağlı tasarruf yapılabileceği ve kural olarak bu tüzel kişilerin mirasçı olarak kabul edilmeleri gerektiği savunulmaktadır⁷⁴. Bu durumda lehine ölüme bağlı tasarruf yapılan bu yabancı tüzel kişilerin terekedeki taşınmazları iktisap tarzları, Tapu Kanunu’ndaki sınırlandırmalara tâbi olarak gerçekleşmelidir⁷⁵. Dolayısıyla Tapu Kanunu’nda belirtilen yabancı tüzel kişi ticaret şirketleri, m.35’deki sınırlandırmalara tâbi olarak taşınmaz terekeyi iktisap edebilecekken, madde kapsamında yer almayan yabancı tüzel kişiler, Türkiye’deki taşınmaz terekeyi iktisap edemeyecektir. Öğretide Tapu Kanunu m.35 kapsamı dışında kalan yabancı tüzel kişilerin mirasçı oldukları ancak iktisap edemeyecekleri Türkiye’deki taşınmaz terekenin, tasfiye edilerek bedelinin bu mirasçı yabancı tüzel kişiye verilmesi şeklindeki önerinin⁷⁶, yabancı devletlerin irâdî mirasçılığı için de uygulanabileceği kanısındayız.

Dolayısıyla;

- (i) mirasbırakan tarafından irâdî mirasçı olarak atanan yabancı devletin mirasçılık sıfatının tanınması gerektiği,
- (ii) ancak Tapu Kanunu m.35 şartlarının gerçekleşmemesi nedeniyle Türkiye’deki taşınmaz terekeyi iktisap edemeyeceği,
- (iii) ancak ilgili taşınmaz terekenin tasfiye edilmek suretiyle bedelinin yabancı devlete verilebileceği düşüncesindeyiz.

Tüzel kişiliğe sahip yabancı devletin, bir diğer devlet ülkesinde taşınmaz mala sahip olması, kural olarak devletin egemenliği ilkesine aykırıdır⁷⁷. Taşınmazın tasfiye edilerek bedelinin yabancı devlete verilmesi ise, yabancı bir devlete ülke toprağında mülk edinme hakkı tanımayan ancak mirasbırakanın da son dileklerinin yerine getirilmesine imkân tanıyan bir yoldur. Böylece *favor testamenti* ilkesi gereğince mirasbırakanın son dileklerinin yerine getirilmesindeki menfaatinin de dikkate alınabileceği düşüncesindeyiz⁷⁸.

⁶⁷ ÇELİKEL, Aysel/GELGEL, Günseli: Yabancılar Hukuku, 25. Bası, Beta Basım AŞ, İstanbul 2020, s.339. Yabancı tüzel kişilerin Türkiye’de miras yoluyla taşınmaz edinmeleri hakkında detaylı bilgi için bkz. AYDOĞMUŞ, Ayşe Yasemin: AİHS’e Ek 1 No’lu Protokole Göre Yabancıların Türkiye’de Taşınmaz Edinmesi, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2016, s.354-364.

⁶⁸ MUTLU, Levent: “Yabancı Kişilerin Taşınmaz Mal Edinimi Yönünden Avrupa Birliği ve Türkiye”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (59), 2005, s.264.

⁶⁹ Devlet, ülkesi üzerinde sahip olduğu egemenlik hakkını, ancak kendi iradesiyle sınırlandırabilir. Bu manada Türkiye’deki taşınmazlar üzerinde yabancı devletlere, yabancı temsilciliklere ve uluslararası kuruluşlara tanınan haklar için bkz. EKŞİ, Nuray: “Türkiye’de Taşınmaz Mallar Üzerinde Yabancı Devletlere, Diplomatik Temsilcilere, Konsolosluklara ve Uluslararası Kuruluşlara Tanınan Haklar”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 24(1-2), 2004, s.395-415.

⁷⁰ AYM, 13.6.1985, E.1984/14, K.1985/7 için bkz. Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, (21), 1986, s.171-172.

⁷¹ 6302 sayılı Tapu Kanunu ve Kadastro Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun, RG: 18.12.2012, 28296.

⁷² RG: 29.12.1934, 2892.

⁷³ Yabancı tüzel kişi ticaret şirketlerinin miras yoluyla taşınmaz edinebileceklerine dair bkz. AYDOĞMUŞ, s.356.

⁷⁴ KURŞAT, Zekeriya: Terekenin Korunması Önlemleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 2010, s.353.

⁷⁵ Taşınmaz mal ediniminde Tapu Kanunu’nun yanında diğer kanunî sınırlamalar hakkında detaylı bilgi için bkz. EKŞİ, Nuray: Yabancıların Türkiye’de Taşınmaz İktisabı, Beta Basım AŞ, İstanbul 2012, s.128-141; AYDOĞMUŞ, s.124-132.

⁷⁶ KURŞAT, s.353.

⁷⁷ MUTLU, s.287.

⁷⁸ İradî mirasçılığın temelini mirasbırakanın özgür iradesine dayandığı; mirasbırakanın iradesini sınırlandıran veya ortadan kaldıran her türlü anlaşma veya taahhütün geçersiz olduğuna dair bkz. ARBEK, Ömer: Miras Hukukunda Ölüme Bağlı İşlemlerde İrade Serbestisi Sınırları ve Müeyyidesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s.33. Ayrıca bkz. ERGÜNE, Serkan: Vasiyetnamenin Yorumu, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2011, s.17.

Bu durumda Türk hâkiminin, hangi sebeplerle Türk kanunlar ihtilâfi kurallarının yetkili kıldığı yabancı hukuku uygulamaktan imtina edebileceğinin de ortaya konması gerekmektedir. Öğretide, hükmün amacının bu duruma zaten engel olduğu ifade edilmekle beraber⁷⁹ yine öğretide haklı olarak salt hükmün amacının, yabancı devletin yasal mirasçı olmasını engellemekte yetersiz kaldığı ileri sürülmektedir⁸⁰. Türk hâkimi, kamu düzeni müdahalesi, doğrudan uygulanan kurallar ve Türkiye'nin tarafı olduğu antlaşmalar dolayısıyla Türk kanunlar ihtilâfi kurallarının gösterdiği yabancı hukuku uygulamayabilir⁸¹.

V. Miras Statüsüne Göre Yetkili Olan Yabancı Hukukun Uygulanmasına Engel Olan Durumlar

A. Kamu Düzeni

Kural olarak yabancılık unsuru içeren özel hukuk ilişkilerinde Türk hâkimi, Türk kanunlar ihtilâfi kurallarının yetkili kıldığı yabancı hukuku uygulamakla yükümlüdür (MÖHUK m.2). Ancak, "Yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması durumunda, bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hallerde, Türk hukuku uygulanır" (MÖHUK m.5). Acaba MÖHUK m.20/1 hükmü uyarınca yetkili olan yabancı hukuka göre, yabancı devletin Türkiye'deki tereke üzerinde son yasal mirasçı olması, Türk kamu düzenine aykırılık teşkil eder mi?

"Devletler, kamu düzeni engellemesi vasıtasıyla, kendi hukuk kültür ve gelenekler ile diğerleri arasına çizgi çekmektedirler. Bu sebeple, kamu düzeni kriteri, ulusal hukukların politik sınırlarını belirlemektedir. Mahkemeler kendi hukuk kültür ve geleneklerine, medeniyet anlayışlarına uygun bulmadıkları yabancı hukukları, kamu düzeni kuralı vasıtasıyla dışlamakta ve uygulamaktan vazgeçmektedirler⁸²."

Diğer yandan, uygulanacak hukukun salt Türk hukukundan farklı olması, kamu düzeni engellenmesine sebebiyet vererek yetkili yabancı hukukunun uygulanmasına mâni olmamalıdır. Kamu düzeni engellenmesinin devreye girebilmesi için aranacak husus, yabancı hukukun tatbiki dolayısıyla ortaya çıkan sonuçların Türk hukuku açısından tahammül edilemez nitelikte olmasıdır⁸³.

Türk hukukunda tüzel kişilerin yasal mirasçılığı kabul edilmemiştir. İstisnâi olarak mirasbırakanın yasal ya da atanmış mirasçısının bulunmadığı durumlarda ölen kişinin mirasının Türk devletine kalacağı hüküm altına alınmıştır (TMK m.501). Ancak madde, "Mirasçı bırakmaksızın ölen kimsenin mirası Devlete kalır" şeklindedir. TMK'nın bu hükmünde geçen "Devlet" ile Türkiye Cumhuriyeti Devletinin kastedildiği ifade edilmektedir⁸⁴.⁸⁵ Yani çok rahat ifade edilebilir ki Türk hukukunda tüzel kişi olarak sadece Türk devletinin yasal mirasçılığı kabul edilmiştir. Acaba Türk hukukunda genel olarak tüzel kişilerin yasal mirasçılığının kabul edilmemesi, MÖHUK m.20/1'e göre yetkili olan hukukun yabancı devleti yasal mirasçı olarak tanınmasına engel olabilir mi? Bir diğer deyişle ilgili kuralın, yabancı bir devletin Türkiye'deki tereke üzerinde yasal mirasçı olması şeklindeki sonucu, Türk kamu düzeni için tahammül edilemez nitelikte midir? Cevabın taşınır ve taşınmazlar açısından ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir.

Türkiye'de bulunan taşınmazlar hakkında Türk hukuku uygulanır şeklindeki MÖHUK m.20/1 hükmü gereğince Türkiye'deki taşınmaz tereke üzerinde kimlerin mirasçı olacağı ve bu taşınmaz terekenin mirasçısız olup olmadığı Türk hukukuna göre tayin edilir. Bu durumda, Türk mevzuatında kural olarak tüzel kişilerin yasal mirasçılığının kabul edilmemesi ve istisnâi olarak sadece Türk devletinin son yasal mirasçı olarak yer alması karşısında; yabancı bir devletin Türkiye'deki taşınmaz tereke üzerinde yasal mirasçı olması zaten mümkün olamayacaktır. Bu nedenle Türkiye'deki taşınmaz terekenin mirasçısız olduğunun kabul edilerek Türk devletine kalması gerektiği düşüncesindeyiz.

Türkiye'deki taşınır tereke ölenin milli hukukuna tâbidir (MÖHUK m.20/1). Bu durumda taşınır tereke üzerindeki mirasçılar, ölenin milli hukuku tarafından belirlenir. Ölenin milli hukukunun yabancı devleti yasal mirasçı olarak tayin etmesi durumunda, Türk mevzuatında kural olarak tüzel kişilerin yasal mirasçı olamayacakları ve istisnâi olarak sadece Türk devletinin son yasal mirasçı olması şeklindeki düzenlemeler beraber düşünüldüğünde mirasa uygulanacak hukuka göre yabancı bir devletin Türkiye'deki taşınır tereke üzerinde yasal mirasçı olmasının, Türk kamu düzeni açısından kabul edilemez nitelikte değerlendirilebileceği kanaatindeyiz. Dolayısıyla mirasa uygulanacak hukuka göre yabancı bir devletin Türkiye'deki taşınır tereke için son yasal mirasçı olması durumunda da, Türkiye'deki terekenin mirasçısız olduğunun kabul edilmesi ve bu terekenin MÖHUK m.20/3 gereğince Türk devletine kalması gerektiği kanaatindeyiz.

Yabancı devletin geçerli bir ölüme bağlı tasarruf yoluyla⁸⁶ Türkiye'deki taşınır tereke üzerindeki irâdî mirasçılığı ile olarak ise Yargıtay, 1944 yılında vermiş olduğu bir kararında, ölenin millî hukuku olan Yunan

⁷⁹ NOMER, s.300.

⁸⁰ ULUOCAK, s.140.

⁸¹ EKŞİ, Miras, s.66-81.

⁸² ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, s.84.

⁸³ ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, s.85.

⁸⁴ Mülga Türk Kanunu Medenisi'ndeki (RG. 04.04.1926, 339) benzer hüküm olan 448. maddeyle ilgili tartışma için bkz. BERKİ, Şakir, s.124-125.

⁸⁵ Nitekim 501. maddenin gerekçesinde, anlamı daha iyi ifade edeceğinden bahisle mülga Kanunda "Hazine" olarak geçen kelime yerine "Devlet" sözcüğüne yer verildiği ifade edilmiştir. Türk Kanunu Medenisi'nde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı'na dair madde gerekçeleri için bkz. https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss723_Madde_Gerekceleri_3.pdf (Erişim: 26.10.2022)

⁸⁶ MÖHUK m.20'de ölüme bağlı tasarrufun esasının tâbi olduğu hukuk ayrıca düzenlenmediğinden ölüme bağlı tasarrufun geçerliliği ölenin milli hukukuna tâbidir, bkz. ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, s.277.

hukukuna göre geçerli olan bir vasiyetname yoluyla Türkiye'deki bir miktar paranın Yunan donanmasına vasiyet yoluyla bırakılmasını kamu düzenine aykırı bularak ilgili vasiyetnamenin geçersiz olduğuna hükmetmiştir⁸⁷.

B. Doğrudan Uygulanan Kurallar

Türk hukukunda Türk kamu düzeni engeli dışında yabancı hukukun uygulanmasını mirasa dair doğrudan uygulanan kurallar da engelleyebilir. 5718 sayılı MÖHUK m.6'da Türk devletinin doğrudan uygulanan kuralları düzenlenmiştir⁸⁸. Buna göre, miras statüsü olarak yabancı bir hukuk uygulanıyor olsa bile ilgili miras uyuşmazlığına dair Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralları öncelikle uygulanacağından esasa uygulanacak hukuk olan yabancı hukuk tatbik edilemeyecektir.

Devletin mâli, siyâsi, sosyal ve ekonomik politikalarını gerçekleştirmek üzere çıkardığı ve işlem veya uyuşmazlığın yabancılık unsuru içerip içermediğine bakılmaksızın öncelikle uygulandığı doğrudan kurallarının varlığı durumunda Türk kanunlar ihtilâfi kuralları gereğince esasa uygulanması öngörülen yetkili yabancı hukuk değil, ilgili doğrudan uygulan kurallar öncelikle uygulanır⁸⁹.

Örneğin, yabancı gerçek kişilerin Türkiye'de miras yoluyla taşınmaz edinimlerini de düzenleyen 6302 sayılı Kanunla değişik Tapu Kanunu'nun 35/1 maddesine göre, "Kanunî sınırlamalara uyulmak kaydıyla, uluslararası ikili ilişkiler yönünden ve ülke menfaatlerinin gerektirdiği hallerde Cumhurbaşkanı tarafından belirlenen ülkelerin vatandaşı olan yabancı uyruklu gerçek kişiler Türkiye'de taşınmaz ve sınırlı aynı hak edinebilirler." Yani, bu kapsama girmeyen yabancı gerçek kişiler Türkiye'deki taşınmaz mirası, Tapu Kanunu m.35'in doğrudan uygulanan kural olması nedeniyle iktisap edemeyecektir^{90,91}.

Benzer şekilde 650/2012 sayılı Avrupa Birliği Miras Tüzüğü'nde de ekonomik, ailevi veya sosyal amaçlarla bazı taşınmazların intikalini sınırlandıran hükümler, doğrudan uygulanan kural niteliğindedir⁹². Tüzüğün 30. maddesine göre, ulusal hukukun özel olarak düzenlediği tarımsal, ekonomik ve ticari işletmeler dışında, ailede nesilden nesile aktarılan tarihi nesnelere intikali de sınırlandırılabilir. Bu mânâda Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu⁹³'nin tarımsal işletmelerin paylaşılmasızın mirasçılardan birine özgülenmesini öngören 8/A ilâ 8/K maddeleri Türk hukuku açısından doğrudan uygulanan kural niteliğindedir⁹⁴.

C. Türkiye'nin Taraf Olduğu Mirasa Dair Milletlerarası Antlaşmalar

MÖHUK m.1/2 gereği, yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıkla ilgili olarak Türkiye'nin tarafı olduğu uluslararası bir antlaşmanın varlığı durumunda ilgili antlaşma öncelikli olarak uygulanmaktadır. Dolayısıyla Türkiye'nin tarafı olduğu antlaşmalarda yer alan mirasçısız terekeye uygulanacak hukuka dair düzenlemeler, miras statüsüne göre uygulanması gereken yabancı hukuktan öncelikli olarak uygulanır.

Türkiye miras hukuku ile ilgili olarak Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi⁹⁵, Vasiyet Tasarruflarının Şekline Uygulanacak Hukuk Hakkında La Haye Konvansiyonu⁹⁶ gibi çok taraflı antlaşmalara taraf olduğu gibi iki taraflı konsolosluk antlaşmalarına da taraftır. İlgili konsolosluk antlaşmalarında mirasa dair birbirine benzer hükümler yer almaktadır. Örneğin Türkiye ile Kazakistan arasındaki konsolosluk antlaşmasında⁹⁷ taraf devlet vatandaşlarının ölüm olaylarının ve mirasın açılmasının veyahut mirasçı veya mansup mirasçılık durumlarının bildirilmesi, mirasın korunması için gerekli tedbirlerin alınması, vasiyetnamelere ve terekeye dair işlemlerin yapılması gibi mirasa dair hükümlere yer verilmiştir (m.46). Bazı konsolosluk antlaşmalarında ise hem mirasa uygulanacak hukuka ve hem de yetkiye ilişkin hükümlere yer verilmesi tercih edilmiştir. Örneğin Türkiye ile İtalya arasındaki konsolosluk antlaşmasında⁹⁸, miras hakkı ve taşınmaz terekenin taksiminin ölenin millî hukukuna göre yapılacağı (m.21/XI) ve taşınmaz terekeye ilgili olarak ise taşınmazın bulunduğu devlet hukukunun uygulanacağı ve taşınmazın bulunduğu devlet mahkemelerinin münhasıran yetkili olduğu ifade edilmiştir (m.21/XV).

⁸⁷ Karar için bkz. EKŞİ, Miras, s.72.

⁸⁸ Milletlerarası özel hukukta doğrudan uygulanan kurallar; mahkemenin hukukunun doğrudan uygulanan kuralları (MÖHUK m.6), uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun doğrudan uygulanan kuralları ve sözleşmeden doğan ilişkiler ile ilgili olarak üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları (MÖHUK m.31) olmak üzere üç çeşittir, bkz. ÇELİKEL/ERDEM, s.156.

⁸⁹ ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİĞANMEŞE, s.11.

⁹⁰ EKŞİ, Miras, s.73-74; ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİĞANMEŞE, s.10-11. Taşınmaz edinmedeki diğer kısıtlamalar için dn.76.

⁹¹ Tapu Kanunu m.36'ya göre, m.35 ve diğer kanuni sınırlamalar gereğince Türkiye'deki taşınmazı iktisap ehliyetine sahip olmayan yabancı gerçek kişilere, ilgili taşınmaz tasfiye edilerek yalnızca bedeli verilir.

⁹² SİRMEN, Kazım Sedat, "Mirasa İlişkin Meselelerde Yargı Yetkisi, Uygulanacak Hukuk, Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi ile Mirasa İlişkin Resmi Belgelerin Kabulü ve Avrupa Miras Belgesinin Oluşturulmasına dair Tüzük (AB 650/2012)", in Işıl Özkan, Ceyda Süral, Ugur Tütüncübaşı (eds), Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s.484-485.

⁹³ RG: 19.07.2005, 25880.

⁹⁴ Tarım arazilerinin satış, miras ve benzeri yollarla parçalanmasının engellenmesi esas itibarıyla TMK'nın 659-668. maddelerinde düzenlenmiş iken anılan maddelerin yetersiz kalması nedeniyle 6537 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'la (RG: 15.05.2014, 29001) söz konusu maddeler yürürlükten kaldırılarak Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nda daha etkili olacak tedbirlere (m.8/A-K) yer verilmiştir. Detaylı bilgi için bkz. ÖZÇELİK, Ş. Barış: "5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nda 6537 Sayılı Kanun'la Yapılan Değişiklikler ve Değerlendirilmesi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (19), 2015, s.87-110. TMK'nın mülga 659-668. maddelerinin doğrudan uygulanan kural olduğuna dair bkz. EKŞİ, Miras, s.75.

⁹⁵ RG: 27.12.1975, 15369.

⁹⁶ RG: 24.04.1982, 17674.

⁹⁷ RG: 14.08.1977, 23080. Benzer hükümler için bkz. Özbekistan ile akdedilen konsolosluk antlaşması (RG: 14.08.1997, 23080) m.46; Kırgızistan (RG: 11.08.2003, 25196) m.46.

⁹⁸ RG: 07.04.1931, 1768. Benzer şekilde Macaristan ile akdedilen konsolosluk antlaşmasında da miras statüsüne ve yetkiye dair benzer hükümlere yer verilmiştir, bkz RG 27.12.1939, 4395, m.18/3/1, m.18/3/3.

Tespit edebildiğimiz kadarıyla sadece Türkiye Cumhuriyeti ile Ukrayna Arasında Hukukî Konularda Adli Yardımlaşma ve İşbirliği Antlaşması⁹⁹'nda taşınır ve taşınmaz terekede uygulanacak hukuk ve yetkiye dair hükümlere yer verildikten sonra mirasçısız terekenin intikaline dair özel bir hüküm yer almaktadır:

“Madde 30- Miras

1. Menkul terekeye ilişkin kanunî işlemler, miras bırakanın en son ikametgâhının bulunduğu Âkit Tarafın hukukuna tâbidir.

2. Gayrimenkul tereke hakkında kanunî işlemlerde, gayrimenkul malın bulunduğu Âkit Tarafın hukuku uygulanır.

3. Âkit Taraflardan her birinin vatandaşları, her iki Âkit Tarafın mevzuatında yabancılar için getirilen kısıtlamalar ayırık tutulmak üzere, ölüm durumunda, diğer Âkit Tarafın ülkesinde miras mevzuatı uyarınca, bu tarafın vatandaşlarıyla aynı ölçüde ve aynı şartlarla, miras yolu ile mal ve diğer hakları iktisap veya satış hakkını edinebilirler

Madde 31-Terekenin Devlete İntikali

Âkit Taraflardan birinin vatandaşı olan miras bırakanın, diğer Âkit Taraf ülkesinde mirasçılığı bulunmadığı takdirde, menkul ve gayrimenkul terekesi, malların bulunduğu Devlete intikal eder.”

Dolayısıyla ilgili hükme göre, örneğin Ukrayna vatandaşı mirasbırakanın, Türkiye’de yasal ya da irâdî mirasçısı olmadığı takdirde, taşınır ve taşınmaz tüm terekesi, malların bulunduğu Türk devletine intikal edecektir. Hüküm son derece açık bir şekilde ve özel olarak mirasçısız terekeyle ilgili olarak vaz edilmiştir.

Henüz yürürlüğe girmemiş olan Mirasa Uygulanacak Hukuka Dair La Haye Sözleşmesi¹⁰⁰'nde ise, Sözleşmeye göre uygulanacak hukuka göre,

“mirasçı veya kendisine ölüme bağlı tasarrufla taşınır veya taşınmaz mal bırakılan musalehlerin bulunmaması ve bu kanuna göre mirasçı olabilecek gerçek bir kişinin olmaması halinde Devletin veya bu Devletin göstereceği bir kişinin kendi ülkesinde bulunan mallara sahip olmasını anılan kanun engellemez” (m.16)

şeklindeki hüküm yer almaktadır. Sözleşmede açıkça uygulanacak hukuka göre Devletin ülkesinde bulunan tereke için yasal ve irâdî gerçek kişi mirasçı olmaması durumunda, uygulanacak hukukun, Devletin ülkesindeki mirasçısız terekeye el koymasını engelleyemeyeceği hüküm altına alınmıştır.

VI. TÜRK VATANDAŞI OLMAYAN KİŞİLERİN TÜRKİYE’DEKİ MİRASÇISIZ TEREKELERİNİN ÂKİBETİ

MÖHUK m.20/3 uyarınca Türk vatandaşı olmayan kişilerin mirasçısız olduğu tespit edilen Türkiye’deki terekeleri Türk devletine kalacaktır. Bu durumda Türk vatandaşı olmamakla beraber farklı özelliklere sahip yabancıların Türkiye’deki mirasçısız terekelerinin âkibetlerinin ne olacağını incelenmesi yerinde olacaktır¹⁰¹. Bu kapsamda ilk olarak önceden Türk vatandaşı olan yabancılar incelenecektir.

Türk vatandaşlığını kaybeden kişiler, kayıp tarihinden itibaren yabancı statüsüne geçerler ve bu tarihten itibaren yabancıların Türkiye’de maruz kaldıkları tüm sınırlamalara tâbi olurlar¹⁰². Dolayısıyla kural olarak önceden Türk vatandaşı olan ancak daha sonradan Türk vatandaşlığından çıkan yabancı kişilerin Türkiye’deki taşınmazları miras yoluyla iktisap etmeleri, Tapu Kanunu m.35 ve diğer kanunî sınırlamalara uygunluğu ölçüsünde gerçekleşebilecektir.

Diğer yandan, Türk kanun koyucusu, doğum yoluyla Türk vatandaşı olan, yurt dışında yaşayan ve çeşitli sebeplerle Türk vatandaşlığından ayrılarak yaşadıkları devletin vatandaşlığına geçen kişilere farklı bir muamele esası benimsemiştir. Buna göre, doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenler ve üçüncü dereceye kadar olan altsoyları, Kanunda anılan istisnalar dışında Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam ederler (5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu¹⁰³ (TVK) m.28/1). Bu madde kapsamında bulunan kişilerin Türk vatandaşlarından farklı olarak, millî güvenlik ve kamu düzenine ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla, seçme ve seçilme, muafen araç veya ev eşyası ithal etme hakları ile askerlik hizmetini yapma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Yine, bu kişilerin sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı olup kamuda ancak sözleşmeli personel olarak çalışabilmeleri öngörülmüştür (TVK m.28/2, 3). Yani, TVK m.28 kapsamındaki “yabancılar”, belirtilen istisnalar dışında Türk vatandaşları gibi muamele göreceklere Tapu Kanunu m.35 ve diğer kanunî sınırlamalara da tâbi tutulmayacaktır¹⁰⁴. Nitekim Yargıtay’ın da uygulaması bu yöndedir¹⁰⁶.

⁹⁹ RG: 22.12.2003, 25324.

¹⁰⁰ Sözleşme metni için bkz. <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=62> (Erişim: 16.05.2022). Sözleşme’nin Türkçe metni için bkz. TANRIBİLİR, Feriha: “Mirasa Uygulanacak Hukuka Dair Sözleşme”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (2), 2001, s.505-532.

¹⁰¹ Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki MÖHUK m.20/1 gereğince Türkiye’deki taşınmazlar hakkında Türk hukuku uygulanıyor olmakla birlikte yabancılık unsuru içeren miras ilişkilerinde uygulanmak üzere vaz edilen ve maddî nitelikte bir milletlerarası özel hukuk kuralı olan MÖHUK’un 20/3 hükmü, Türkiye’de bulunan ve yabancılık unsuru içeren mirasçısız taşınır ve taşınmaz terekeye uygulanır (bkz. dn. 48-51 civarı).

¹⁰² NÖMER, Ergin: Türk Vatandaşlık Hukuku, 28. Baskı, Filiz Kitabevi 2021, s.125.

¹⁰³ RG: 12.06.2009, 27256.

¹⁰⁴ 5901 sayılı TVK Uygulama Yönetmeliği m.52.

¹⁰⁵ Nitekim Çevre ve Şehircilik Bakanlığı Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Yabancı İşler Dairesi’nin 06.08.2012 tarihli ve 2012/1734 sayılı Genelgesi, “... Doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenler ve kendileri ile birlikte işlem gören çocuklarının taşınmaz mal iktisabı, ferağı, miras ve mülkiyetten ayrı aynı haklara ilişkin her türlü talepleri, yabancılara uygulanan kanuni kısıtlayıcı hükümler uygulanmaksızın aynen Türk vatandaşları gibi merkeze sorulmadan Tapu Müdürlüklerince sonuçlandırılması...” şeklindedir. Genelge için bkz. <https://mevzuat.tkgm.gov.tr/BelgeGoruntule.aspx> (Erişim 16.05.2022).

¹⁰⁶ Yargıtay 2.HD, 12.10.2005, E.2005/11113, K.2005/14025 kararı için bkz. EKŞİ, Miras, s.176-177.

Peki bu durumda TVK m.28 kapsamındaki yabancıların Türkiye’deki mirasçısız taşınır terekeleri, TMK m.501’e mi yoksa MÖHUK m.20/3’e mi tâbi olacaktır? 5901 sayılı TVK Uygulama Yönetmeliği¹⁰⁷’nin “Çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybeden kişilere tanınan haklar” başlıklı 52. maddesinde açıkça “miras”a yönelik işlemlerinin de Türk vatandaşlarına uygulanmakta olan mevzuat çerçevesinde yürütüleceği öngörülmüştür¹⁰⁸. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, TVK’da doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybeden kişilerin Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanacağına düzenlendiğidir. Yoksa bu kişiler için Türk vatandaşlarına tanınan haklardan yararlanacaklarının açıkça düzenlenmiş olması, onlara Türk vatandaşlığı kazandırmamaktadır. Bu kişiler, kanunda tanınan haklara sahip olmakla beraber Türk mevzuatı nezdinde yabancı statülerini muhafaza etmektedirler¹⁰⁹. Bu nedenledir ki bir uyumsuzlukta TVK m.28 kapsamında bir kişinin bulunması, ilgili uyumsuzluğa yabancılik unsuru katacak¹¹⁰ ve MÖHUK hükümlerinin uygulanması gerekecektir. Dolayısıyla TVK m.28 kapsamındaki yabancıların Türkiye’deki mirasçısız terekelerinde Türk devletinin TMK m.501 çerçevesinde yasal mirasçılığı söz konusu olamayacak ve MÖHUK’un 20/3 maddesi uygulanacaktır.

TVK m.28 kapsamındaki yabancılar gibi KKTC vatandaşı yabancılara da belli bazı konularda kolaylıklar tanınmıştır. Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Hükümeti Arasında İki Ülke Vatandaşlarına İlave Kolaylıklar Tanınmasına İlişkin Antlaşma¹¹¹’nin 4. maddesine göre, KKTC vatandaşlarına Türkiye’deki taşınmaz mal satın alma işlemleri kolaylaştırılacaktır. Bu Antlaşmaya dayanılarak alınan karara göre, KKTC vatandaşları, Türkiye’de miras, satın alma veya mülkiyeti nakledici bir sözleşme yoluyla taşınmaz mal edinilmesinde Türk vatandaşlarına eş muamele göreceklere ve yabancılara uygulanan kısıtlamalardan muaf tutulacaktır¹¹². Ancak belli bazı konularda KKTC vatandaşlarına, Türk vatandaşlarına eş haklar tanınmıyor olması, KKTC vatandaşlarının yabancı kişi olduğu gerçeğini değiştirmemektedir. Bu nedenledir ki KKTC vatandaşlarının ilgili oldukları mirasa dair uyumsuzluklarda da yabancılik unsuru ihtiva edeceğinden, Türkiye’deki mirasçısız terekeleri için MÖHUK m.20/3 hükmü uygulanacaktır.

Türk kanun koyucusu uzun dönem ikamet izni sahibi yabancılar¹¹³ için de belli istisnalar dışında Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmalarını öngören farklı bir muamele esasını benimsemiştir (YUKK m.44). Bu istisnalar seçme ve seçilme, muaf araç veya ev eşyası ithal etme, kamuya girme hakları ile askerlik hizmetini yapma yükümlülüklerinin olmaması şeklindedir. Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’nun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik¹¹⁴’te de uzun dönem ikamet iznine sahip yabancıların Türkiye’deki ikamet, seyahat, çalışma, yatırım, ticari faaliyet, *miras*, taşınır ve taşınmaz iktisabı ile ferağı gibi konulara yönelik işlemlerinin Türk vatandaşlarına uygulanmakta olan mevzuat çerçevesinde yürütüleceği hüküm altına alınmıştır (m.41/ç).¹¹⁵ Ancak yine yukarıda bahsettiğimiz yabancı kişilerde olduğu gibi uzun dönem ikamet izni sahipleri de kendilerine tanınan haklara rağmen yabancı statülerini muhafaza ettiklerinden Türkiye’deki mirasçısız terekelerine Türk devletinin TMK m.501 çerçevesinde yasal mirasçılığında bahsedilemeyecek ve MÖHUK’un 20/3. maddesi uygulanacaktır.

Mülteci ise, Avrupa ülkelerinde meydana gelen olaylar nedeniyle; ırkı, dini ve benzeri sebeplerle zulme uğrayacağından endişe ederek Türkiye’ye gelen yabancılardır (YUKK m.61). Mültecilerin Hukukî Durumuna İlişkin Sözleşme¹¹⁶ uyarınca bu statüye sahip kimselere, genel olarak yabancı uyruklu kişilere uygulanan muamele uygulanmaktadır¹¹⁷ (m.7). Dolayısıyla mülteci statüsüne sahip kimseler de temelde yabancı kişilerden oldukları için Türkiye’deki mirasçısız terekelerine Türk devletinin yasal mirasçı sıfatıyla

¹⁰⁷ RG: 06.04.2010, 27544.

¹⁰⁸ 5901 sayılı TVK Uygulama Yönetmeliği ’nin 52. maddesi şu şekildedir: “(1) Doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenler ve kendileri ile birlikte işlem gören çocukları; millî güvenliğe ve kamu düzenine ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam ederler. Ancak bu durumdaki kişilerin askerlik hizmetini yapma yükümlülükleri ile seçme ve seçilme, kamu görevlerine girme ve muaf araç veya ev eşyası ithal etme hakları yoktur. Söz konusu kişilerin sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı olup, bu hakların kullanımında ilgili kanunlardaki hükümlere tabidirler.

(2) Bu kişilerin Türkiye’deki ikamet, seyahat, çalışma, yatırım, ticari faaliyet, miras, taşınır ve taşınmaz iktisabı ile ferağı gibi konulara yönelik işlemler, ilgili kurum ve kuruluşlarca Türk vatandaşlarına uygulanmakta olan mevzuat çerçevesinde yürütülür.”

¹⁰⁹ ÖZTÜRK, Necla: “Mavi Kart Hamillerinin Türk Vatandaşlarına Tanınan Haklardan Aynen Yararlanacağına İlişkin Düzenlemeye Eleştirel Bir Bakış”, Public and Private International Law Bulletin, 41(2), 2021, s.965-968.

¹¹⁰ ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, s.5.

¹¹¹ RG: 05.12.2004, 25661.

¹¹² Karar için bkz. EKŞİ, Taşınmaz, s.238.

¹¹³ Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (YUKK) (RG: 11.04.2013, 28615) m.43’e göre uzun dönem ikamet izni sahibi olmanın şartları; kesintisiz en az sekiz yıl ikamet izniyle Türkiye’de kalmış olmak; son üç yıl içinde sosyal yardım almamış olmak; kendisi veya varsa ailesinin geçimini sağlayacak yeterli ve düzenli gelir kaynağına sahip olmak; geçerli sağlık sigortasına sahip olmak ve kamu düzeni veya kamu güvenliği açısından tehdit oluşturmamak şeklindedir.

¹¹⁴ RG: 17.03.2016, 29656.

¹¹⁵ Uzun dönem ikamet iznine sahip yabancılar, TVK m.28 kapsamındaki yabancılardan farklı olarak özel kanunlarda Türk vatandaşı olma koşullarının arandığı haklardan Türk vatandaşları gibi yararlanamayacaklardır (YUKK Yönetmelik m.41/2).

¹¹⁶ RG: 05.09.1961, 10898

¹¹⁷ Sözleşme’nin 7. maddesi şu şekildedir: “Bu Sözleşme’nin daha uygun hükümler içerdiği durumlar hariç tutulmak koşuluyla, her Taraf Devlet, mültecilere, genel olarak yabancılara uyguladığı muameleyi uygulayacaktır”.

mirasçı olması mümkün değildir. İlgili mirasa dair uyumsuzluk yabancılik unsuru ihtiva ettiğinden MÖHUK m.20/3'ün tatbiki gerekecektir¹¹⁸.

Hiçbir devlete vatandaşlık bağı ile bağlı olmayan vatansız kişiler, YUKK m.3/1/ş'de, "hiçbir devlete vatandaşlık bağıyla bağlı bulunmayan ve yabancı sayılan kişi" olarak tanımlanmıştır. Vatansız kişilerin statü ve haklarını düzenlemek amacıyla akdedilen Türkiye'nin de tarafı olduğu Vatansız Kişilerin Hukukî Durumuna Dair Sözleşme¹¹⁹'ye göre ise vatansız kişi, kendi yasalarının işleyişi içinde hiçbir Devlet tarafından vatandaş olarak sayılmayan kişidir (m.1)¹²⁰. Sözleşmenin 7. maddesi¹²¹ ise, vatansız kişiler ile yabancılara uygulanacak muamelenin eş nitelikte olmasını öngörmüştür. Bu nedenle yabancı kişi kategorisi içerisinde yer aldığı rahatlıkla ifade edilebileceğimiz vatansız kişilerin Türkiye'deki mirasçısız terekeleri için de Türk devleti yasal mirasçı olamayacağından ve zaten ilgili oldukları uyumsuzluklarda varlıkları bizatihi yabancılik unsuru teşkil ettiğinden MÖHUK'un 20/3 maddesi uygulanacaktır.

Birden fazla devlet vatandaşlığına sahip kişilerin terekede bulunan taşınır ve taşınmazları ile ilgili olarak ise, bu kişilerin aynı zamanda Türk vatandaşı olup olmadıklarına göre uygulanacak hüküm değişecektir. MÖHUK'a göre, birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olanların aynı zamanda Türk vatandaşı olmaları durumunda kişilerin Türk vatandaşlığı (m.4/1/b); aynı zamanda Türk vatandaşı olmamaları durumunda ise daha sıkı ilişki içinde buldukları devlet vatandaşlığı (m.4/1/c) esas alınacaktır. Buna göre, sahip olduğu birden fazla vatandaşlık içerisinde Türk vatandaşlığı olması durumunda TMK m.501 gereğince Türk devleti, Türkiye'deki mirasçısız terekeye yasal mirasçı olurken, sahip olunan vatandaşlıklar arasında Türk vatandaşlığı olmaması durumunda ise kişi, yabancı kişi olarak nitelendirildiğinden MÖHUK m.20/3'ün uygulanması nedeniyle Türk devleti Türkiye'deki mirasçısız terekeye yasal mirasçı olamayacaktır.

VII. SONUÇ

Tüm dünya genelinde farklı farklı sebeplerle kalıcı veya geçici olarak gerçekleşen yoğun bir göçmen hareketliliği söz konusudur. Vatandaşı olduğu devlet dışında yabancı bir ülkede hayatını idame ettirmek üzere göç eden kişi sayısının artması, hukukun her alanında yeni gelişmelerin yaşanmasına ve yerleşik hukukî uygulamaların değişmesine sebep olmaktadır. Özellikle uzun süren savaş ve ülke içi karışıklıklar nedeniyle kişiler, vatandaşı oldukları devlete geri dönememekte ve sığındıkları yabancı ülkenin mevcut hukukî sistemine entegre olmaya çalışmaktadırlar. Diğer yandan, çalışma şartlarındaki veya eğitim sistemindeki avantajlar veyahut hayat arkadaşı olan kişinin farklı bir vatandaşlığa sahip olması gibi çok çeşitli sebepler dolayısıyla da kişiler, yaşamlarını farklı ülkelerde devam ettirebilmektedirler. Neticede yaşadıkları ülkede mirasçı olarak telakki edilebilecek bir yakına dahi sahip olmadan veyahut yaşadıkları ülkenin vatandaşlığını kazanamadan vefat edilmesi ve benzer sebeplerin varlığı halinde, o ülkede edinilen taşınır ve taşınmazların âkibeti, yabancılik unsurunun mevcudiyeti dolayısıyla milletlerarası özel hukukun çalışma alanına girmektedir.

Yabancılik unsuru içeren miras hukuku uyumsuzluklarında mirasçılık ehliyetini, miras statüsüne uygulanan hukuk tayin eder. Bu manada Türk hakiminin önüne gelen yabancılik unsuru içeren mirasa dair bir uyumsuzlukta, mirasçıların kim olduğunu Türkiye'deki taşınırlar için ölenin millî hukuku belirlerken Türkiye'deki taşınmazlar üzerindeki mirasçılar ise Türk hukukuna göre tayin edilir.

Miras hukukunda mirasbırakanın son iradesine de ayrıca önem verilmektedir zira mirasbırakanın, iradesini bir daha ifade etme ya da değiştirme imkânı bulunmamaktadır.

Genel olarak hukuk sistemlerinde gerçek kişilerin hem yasal hem de irâdî mirasçılığı; tüzel kişilerin ise, sadece irâdî mirasçılığı kabul edilmiştir. Tüzel kişiliğe sahip olan devletin mirasçılığı ise, bazı hukuk sistemlerinde son yasal mirasçı olarak, bazı hukuk sistemlerinde ise egemen devletin sahipsiz mala el koyması şeklinde düzenlenmiştir. Türk hukukunda devlet, Türk vatandaşı olan mirasbırakanın mirasçısız terekesine son yasal mirasçı olarak sahip olurken; yabancı bir devlet vatandaşlığına sahip olan mirasbırakanın Türkiye'deki mirasçısız terekesine egemenlik hakkına dayanarak el koymaktadır.

MÖHUK m.20/3'e göre Türkiye'deki mirasçısız tereke Devlete kalır. Ancak maddede geçen mirasçısız tereke ifadesinin, mirasbırakanın yabancı devlet dışında yasal ya da irâdî hiçbir mirasçısının olmamasını mı kastettiği açık değildir. Öğretide maddenin amacının Türkiye'deki mirasçısız terekenin yabancı devlete mirasçı sıfatıyla intikalini önlemek olduğu ifade edilse de maddenin lafzının bu amacı tam olarak karşıladığını düşünmemekteyiz. Maddenin yabancı devletin mirasçılığının hiçbir şekilde kabul edilmediğini açıkça ifade eden bir lafızla kaleme alınmasının, bu anlamdaki tereddütleri ortadan kaldıracığı düşüncesindeyiz.

Türkiye'deki taşınmazlarla ilgili olarak Türk hukukunda tüzel kişilerin yasal mirasçı olmaları mümkün olmadığından zaten evleviyetle yabancı bir devletin taşınmaz tereke üzerinde yasal mirasçılığının mümkün olamayacağı kanaatindeyiz. Kaldı ki egemen bir devletin, başka bir devlete kendi toprağı üzerinde

¹¹⁸ Benzer şekilde YUKK'ta düzenlenen şartlı mülteci (m.62), ikincil koruma statüsü (m.63) ve geçici koruma statüsü (m.91) sahiplerinin de yabancı olmalarından bahisle Türkiye'deki mirasçısız terekelerine MÖHUK'un 20/3 maddesinin uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.

¹¹⁹ RG: 25.10.2014, 29156.

¹²⁰ Vatansız Kişilerin Statüsüne Dair Sözleşme için bkz https://www.nvi.gov.tr/kurumlar/nvi.gov.tr/mevzuat/nufusmevzuat/milletlerarası/DigerSozlesmeler/Vatansiz_kisilerin_statusune_il_iskin_sozlesme.pdf (Erişim: 16.05.2022)

¹²¹ Sözleşmenin 7. maddesi şu şekildedir: "Bu sözleşmede yer alan elverişli hükümler saklı kalmak üzere bir sözleşmecî devlet genel olarak yabancılara gösterdiği muamelenin aynısını vatansız kişilere gösterir".

mülk edinme hakkı tanınmasını beklemek de makul değildir. Benzer şekilde, Türkiye’deki taşınırarla ilgili olarak da, Türk hukukunda tüzel kişilerin yasal mirasçılığı söz konusu olmadığından yabancı devletin Türkiye’deki taşınır tereke üzerindeki mirasçılığının kamu düzeni nedeniyle mümkün olmadığı bu anlamda terekenin mirasçısız kabul edilerek Türk devletine kalması gerektiği kanaatindeyiz. Diğer yandan, yabancı bir devletin Türkiye’de taşınmaz terekeye mirasbırakan tarafından mirasçı atanması durumuyla sınırlı olarak, taşınmazın tasfiye edilerek bedelinin yabancı devlete verilebileceği kanısındayız. Taşınırarla ilgili olarak Avrupa Birliği Miras Tüzüğü’nde olduğu gibi MÖHUK’ta istisnâi bir hükme de yer verilmesi suretiyle Türkiye açısından ekonomik, sosyal, kültürel ve tarihi açıdan önem arz eden bazı değerlerin intikalinin önüne geçilebileceği düşüncesindeyiz.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Atf Şekli: Yazar Hümeyra Zeynep NALÇACIOĞLU ERDEN, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Ezgi ARSLAN who is the author, has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The author declares that she complies with the scientific, ethical, and quotation rules of İnULR in all processes of the paper and that she does not make any falsification of the data collected. In addition, she declares that İnonu University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than İnonu University Law Review.

KAYNAKÇA

- ALTIPARMAK, Ayşe Kübra: İngiliz, Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Mirasa Uygulanacak Hukuk, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- ANTALYA, Gökhan: Miras Hukuku, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019.
- ARBEK, Ömer: Miras Hukukunda Ölüme Bağlı İşlemlerde İrade Serbestisi Sınırları ve Müeyyidesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.
- AYAN, Mehmet: Miras Hukuku, 9. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016.
- AYBAY, Rona/DARDAĞAN, Esra: Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması, 2. Baskı, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008.
- AYDOĞMUŞ, Ayşe Yasemin: AİHS'e Ek 1 No'lu Protokole Göre Yabancıların Türkiye'de Taşınmaz Edinmesi, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2016.
- AYGÜN, Mesut/ALTIPARMAK, Ayşe Kübra: "650/2012 Sayılı Avrupa Birliği Miras Tüzüğü'nde Uygulanacak Hukukun Tespiti", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 11(143-144), 2016, s.29-56.
- BARAN ÇELİK, Neşe: Milletlerarası Unsurlu Ölüme Bağlı Tasarruflara Uygulanacak Hukukun Tayini, Yetkin Yayınları, Ankara 2010.
- BELBEZ, Hikmet: "Devletler Hususi Hukukunda Medeni Haklardan İstifade Ehliyeti ve Gaiplik", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 6(1), 1949, s.70-79.
- BERKİ, Osman Fazıl: Türk Hukukunda Kanunlar İhtilafı, 2. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1971.
- BERKİ, Osman Fazıl: Kanuni Miras ve Ölüme Bağlı Tasarruflardan Doğan Kanunlar İhtilafı, Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara 1960.
- BERKİ, Şakir: "Türk Medeni Kanununda Devletin Mirasçılığı", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 20(1), 1963, s.115-150.
- ÇABRİ, Sabri: Miras Hukuku Şerhi, C. I, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.
- ÇELİKEL, Aysel/GELGEL Günseli: Yabancılar Hukuku, 25. Bası, Beta Basım AŞ İstanbul, 2020.
- ÇELİKEL, Aysel/ ERDEM, B. Bahadır: Milletlerarası Özel Hukuk, 17. Bası, Beta Basım AŞ, İstanbul 2021.
- DOĞAN, Vahit: Milletlerarası Özel Hukuk, 7. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2021.
- DOĞAN, Vahit: "Miras Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3(3), 1990, s.181-214. (Miras)
- DURAL, Mustafa/ ÖZ, Turgut: Türk Özel Hukuku Miras Hukuku, Cilt IV, Filiz Kitabevi, İstanbul 2021.
- EKŞİ, Nuray: Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku, Beta Basım AŞ, İstanbul 2013. (Miras)
- EKŞİ, Nuray: Yabancıların Türkiye'de Taşınmaz İktisabı, Beta Basım AŞ, İstanbul 2012. (Taşınmaz)
- EKŞİ, Nuray: "Türkiye'de Taşınmaz Mallar Üzerinde Yabancı Devletlere, Diplomatik Temsilcilere, Konsolosluklara ve Uluslararası Kuruluşlara Tanınan Haklar", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 24(1-2), 2004, s.395-415.
- EREN, Fikret/YÜCER AKTÜRK, İpek: Türk Miras Hukuku, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.
- ERGÜNE, Serkan: Vasiyetnamenin Yorumu, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2011.
- GÖĞER, Erdoğan: Devletler Hususi Hukuku, 4. Bası, Sevinç Matbaası, Ankara 1977.
- GÖZLER, Kemal: Idare Hukuku, C. I, 3. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa 2019.
- GÜNGÖR, Gülin: Türk Milletlerarası Özel Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.
- HATEMİ, Hüseyin: Miras Hukuku, 9. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.
- İMRE, Zahit/ERMAN, Hasan: Miras Hukuku, 14. Baskı, Der Yayınları, İstanbul 2018.

- KURŞAT, Zekeriya: Terekenin Korunması Önlemleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 2010.
- Milletlerarası Özel Hukuk ve Milletlerarası Usul Hukuku Kanunu Öntasarı Sempozyumu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Enstitüsü, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1978.
- MUTLU, Levent: “Yabancı Kişilerin Taşınmaz Mal Edinimi Yönünden Avrupa Birliği ve Türkiye”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (59), 2005, s.264-309.
- NOMER, Ergin: Türk Vatandaşlık Hukuku, 28. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2021.
- NOMER, Ergin: Devletler Hususi Hukuku, 23. Bası, Beta Basım AŞ, İstanbul 2021.
- ÖNCÜLOKUR, Mustafa: Devletin Mirasçılığı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.
- ÖZÇELİK, Ş. Barış: “5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu’nda 6537 Sayılı Kanun’la Yapılan Değişiklikler ve Değerlendirilmesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (19), 2015, s.87-110.
- ÖZDEMİR, Gençer: “Devletin Yasal Mirasçılığı Açısından Türkiye’deki Yabancıların Mirasçısız Terekesi”, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, 13(20), 2021, s.283-302.
- ÖZEL, Sibel/ERKAN, Mustafa/PÜRSELİM, Hatice Selin/KARACA, Hüseyin Akif: Milletlerarası Özel Hukuk, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022.
- ÖZTÜRK, Necla: “Mavi Kart Hamillerinin Türk Vatandaşlarına Tanınan Haklardan Aynen Yararlanacağına İlişkin Düzenlemeye Eleştirel Bir Bakış”, Public and Private International Law Bulletin, 41(2), 2021, s.955-978.
- PAZARCI, Hüseyin: Uluslararası Hukuk, 11. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2012.
- SAĞLAM, İpek: “Devletin Yasal Mirasçılığı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 22(3), 2016, s.2473-2495.
- SEROZAN, Rona/ENGİN, Baki İlkay: Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları, 6. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019.
- SİRMEN, Kazım Sedat: “Mirasla İlişkin Meselelerde Yargı Yetkisi, Uygulanacak Hukuk, Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi ile Mirasla İlişkin Resmi Belgelerin Kabulü ve Avrupa Miras Belgesinin Oluşturulmasına dair Tüzük (AB 650/2012)”, in Işıl Özkan, Ceyda Süral, Uğur Tütüncübaşı (eds), Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s.455-511.
- ŞANLI, Cemal/ESEN, Emre/ATAMAN FİGANMEŞE, İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, 9. Baskı, Beta Basım AŞ, İstanbul 2021.
- TANRIBİLİR, Feriha: “MÖHUK ve Mirasla İlişkin Bağlama Kuralının Uygulanmasında Öne Çıkan Hususlar”, in Feriha Bilge Tanrıbilir, Gülce Gümüşlü Tunçağıl (eds), 10. Yılında MÖHUK Sempozyumu, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.
- TANRIBİLİR, Feriha: Kanuni Mirasçılıktan Doğan Kanunlar İhtilafı, Gazi Üniversitesi Basımevi, Ankara 2000. (Kanuni Miras)
- TANRIBİLİR, Feriha: “Mirasla Uygulanacak Hukuka Dair Sözleşme”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (2), 2001, s.505-532.
- TEKİNALP, Gülören: Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları, 13. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020.
- ULUOCAK, Nihal: Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 1989.
- ULUSU KARATAŞ A. Elif: “Türk Miras Hukukunda Mirasın Kazanılmasında Halefiyet Türleri ve Türk Milletlerarası Özel Hukukundaki Yansımaları”, İÜHFM, LXXIII(2), 2015, s.357-390.
- 650/2012 sayılı Avrupa Veraset Belgesinin Tanzimine ve Geçerli Veraset Belgelerinin Kabulü ile İcrasına İlişkin Kararların Tanınması, Tenfizi ile Mahkemelerin Yetkisi ve Uygulanacak Hukuk Hakkında AB Konsey Tüzüğü’nün İngilizce metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012R0650> (Erişim: 16.05.2022)
- Çevre ve Şehircilik Bakanlığı Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Yabancı İşler Dairesi’nin 06.08.2012 tarihli ve 2012/1734 sayılı Genelgesi, <https://mevzuat.tkgm.gov.tr/BelgeGoruntule.aspx> (Erişim: 16.05.2022).
- Family Property and Succession in EU Member States: National Reports on the Collected Data in Lucia Ruggeri, Ivana Kunda and Sandra Winkler (eds), 2019 için bkz. https://www.euro-family.eu/documenti/news/psefs_e_book_compressed.pdf (Erişim: 16.05.2022) (Family Property and Succession in EU)
- Mirasla Uygulanacak Hukuka Dair La Haye Sözleşmesi, <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=62> (Erişim: 16.05.2022).
- Türk Kanunu Medenisi’nde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı’na dair madde gerekçeleri https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss723_Madde_Gerekceleri_3.pdf (Erişim: 26.10.2022)
- Vatansız Kişilerin Statüsüne Dair Sözleşme, https://www.nvi.gov.tr/kurumlar/nvi.gov.tr/mevzuat/nufusmevzuat/milletlerarasi/DigerSozlesmeler/Vatansiz_kisilerin_statusune_iliskin_sozlesme.pdf (Erişim: 16.05.2022).

**AİLE HUKUKUNDAN DOĞAN YÜKÜMLÜLÜKLERİN ÖNEMLİ ÖLÇÜDE YERİNE
GETİRİLMEMESİ NEDENİYLE MİRASÇILIKTAN ÇIKARMA****EXHEREDATION DUE TO SIGNIFICANT VIOLATION OF OBLIGATIONS
ARISING FROM FAMILY LAW**Ayşenur ŞAHİN CANER*  [10.21492/inuhfd.1082979](https://doi.org/10.21492/inuhfd.1082979) **Makale Bilgi**

Gönderi: 04/03/2022
Kabul : 05/12/2022

Anahtar Kelimeler

*Mirasçılıktan Çıkarma,
Miras Hakkı,
Aile Hukuku.*

Özet

Mirasçılıktan çıkarma, mirasbırakana saklı paylı mirasçısını saklı payından tamamen veya kısmen mahrum etme imkânı veren ölüme bağlı tasarruftur. Türk/İsviçre Hukuk sistemlerinde mirasçılıktan çıkarmanın iki türü bulunmaktadır ki bunlardan ilki koruyucu mirasçılıktan çıkarma, ikincisi ise cezai mirasçılıktan çıkarmadır. Aile hukukundan doğan yükümlülüklerin önemli ölçüde ihlal edilmesi nedeniyle mirasçılıktan çıkarılma için birtakım şartların gerçekleşmesi gerekir ki bu şartlar, aile hukukundan doğan yükümlülüklerin önemli ölçüde ihlali, bu ihlalin hukuka aykırı olması ve saklı paylı mirasçının kusurlu olmasıdır. Aile hukukundan doğan yükümlülüklerin önemli ölçüde yerine getirilmediğinden bahsedebilmek için mirasçının fiilinin objektif olarak aile hukukundan doğan yükümlülükleri ihlal etmesi dışında bu fiil nedeniyle subjektif olarak da aile bağlarının kesilmesi şarttır. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m.510 gereğince mirasçı, mirasbırakana veya mirasbırakanın aile üyelerine karşı aile hukukundan doğan yükümlülükleri önemli ölçüde yerine getirmemişse mirasçılıktan çıkarılabilir. Mirasçılıktan çıkarma için çıkarma sebebinin ölüme bağlı tasarrufta açıkça gösterilmesi şart olduğundan, tasarrufta belirtilen genel ve soyut sebep mirasçılıktan çıkarma bakımından yeterli değildir.

Article Info

Received: 04/03/2022
Accepted: 05/12/2022

Keywords

*Exheredation,
Inheritance Right,
Family Law.*

Abstract

Exheredation is a testamentary disposition that gives the legator the right to deprive the heir of their hereditary portion fully or partially. In Turkish/Swiss legal systems, there are two types of exheredation, protective exheredation and criminal exheredation. In the case of significant violation of the obligations arising from family law, certain conditions must be met for exheredation, namely, that the violation of the obligations arising from the family law was significant, that the violation was unlawful, and that the heir with the hereditary portion is culpable. In order for the failure to fulfill to a significant extent the obligations arising from family law to be legally considered, apart from the fact that the act of the heir objectively violates the obligations arising from the family law, it is necessary for family ties with the culpable heir be cut off voluntarily due to this act. Pursuant to Article 510 of the TCC, the heir can be debarred from the inheritance if they have not substantially fulfilled their obligations arising from family law toward the legator or the family members of the legator. Since the reason for debarment must be clearly indicated for exheredation, the use of general and abstract reasons in the disposition is not sufficient for debarment.

 Bu eser [Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/) ile lisanslanmıştır.

*Dr. Öğr. Üyesi, Bursa Uludağ Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | **Cite As:** ŞAHİN CANER Ayşenur, "Aile Hukukundan Doğan Yükümlülüklerin Önemli Ölçüde Yerine Getirilmemesi Nedeniyle Mirasçılıktan Çıkarma", InÜHFD, 13(2), 2022, s.506-518. **İntihal** | **Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via a plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

Exheredation is a testamentary disposition that gives the legator the right to deprive the heir of their hereditary portion fully or partially. Exheredation, a death-related disposition in material terms due to its legal nature, has its legal basis in articles 510 to 513 of the Turkish Civil Code. Pursuant to Article 510 of the TCC, the inheritor may debar the heirs entitled to hereditary portion from inheritance in cases where said heirs have committed a felony against the legator or one of their relatives or have not substantially fulfilled their obligations under family law towards themselves or their family members.

In Turkish/Swiss legal systems, there are two types of exheredation, protective exheredation and criminal exheredation. Pursuant to Article 513 of the TCC, legators who have a certificate of insolvency may debar their descendants from inheritance for half of their hereditary portion under the condition that half be reserved for the born and future children of the person who has been debarred from the inheritance. As clearly understood from this provision, protective exheredation aims to protect the born and future children of the heir.

Criminal exheredation, which is accepted as the ordinary form of exheredation, is the deprivation of all or part of the hereditary portion of the heirs. Under Article 510 of the TCC, exheredation is only possible for heirs with a hereditary portion; pursuant to Article 505 of the TCC, criminal exheredation institution is only valid for heirs with a hereditary portion, descendants, mother and father, and the surviving spouse.

In the case of significant violation of the obligations arising from family law, certain conditions must be met for exheredation, namely, that the violation of the obligations arising from the family law was significant, that the violation was unlawful, and that the heir with the hereditary portion is culpable. In order for the failure to fulfill to a significant extent the obligations arising from family law to be legally considered, apart from the fact that the act of the heir objectively violates the obligations arising from the family law, it is necessary for family ties with the culpable heir be cut off voluntarily due to this act. It is important to note here that the judge to be responsible for determining whether the act materially violates these obligations or not must take into account all the characteristics of the concrete case and must also preserve the personality rights of the heir.

In order for the heir to be exheredated due to material breach of the obligations arising from family law, the heir's act must be unlawful, and the heir must be culpable. However, if the fault of the legator is more severe than the breach committed by the heir in terms of the reason for exheredation and/ or if the legator does not allow the heir to fulfill their obligations arising from family law, then exheredation cannot be applied; in the case it is concluded that both parties are equally at fault, the disposition of exheredation should be deemed invalid. Similarly, if the act of the heir is not in contradiction with law, in other words, if there is a reason that eliminates the illegality, the heir cannot be debarred from inheritance due to material breach of the obligations arising from family law.

Pursuant to Article 510 of the TCC, the heir can be debarred from the inheritance if they have not substantially fulfilled their obligations arising from family law toward the legator or the family members of the legator. For this reason, they cannot be debarred from the inheritance due to an act committed against people other than family members of the legator. The scope of the provision also includes other blood and in-law relatives, such as the spouse, children, parents, and adopted children, who make up the heir's family.

Since the reason for debarment must be clearly indicated for exheredation, the use of general and abstract reasons in the disposition is not sufficient for debarment. Since the clear specification of the ground for debarment is mandated in Article 512 of the TCC, it can be concluded that it is not possible to debar an heir from inheritance on the basis of a reason that has not yet occurred; in other words, the reason for exheredation must have occurred or at the very least, be presently occurring at the time of the disposition. Although grounds for exheredation cannot be made on the basis of a reason that has not yet occurred, it is possible to stipulate a dilatory or dissolving condition for exheredation.

Legator may completely or partially debar their heir with a testamentary disposition. Pursuant to Article 511/II of the TCC, unless legator has made any other dispositions, the descendants or legal heirs of the person who has been debarred from inheritance are still entitled to the share, of the heir debarred in the case the heir dies before the legator. In accordance with Article 511/III of the TCC, the descendant of the person who has been debarred from the inheritance may request their hereditary portion if that person (the heir) has died before the legator. Whether this situation will increase the disposition rate of legator or not is determined by whether the hereditary portion of the person debarred from the inheritance is the same or not.

Given that a legator who forgives the person they have debarred from inheritance is required to create a new testamentary disposition in order to eliminate this original disposition, the actual forgiveness conferred by the legator will not affect their original disposition unless the original exheredation is withdrawn and a new testamentary disposition is made, that is, unless the heir is forgiven with a new testamentary disposition.

Cancellation of testamentary dispositions is addressed in Article 557 and subsequent articles of the TCC. Pursuant to this provision, if the disposition is concluded at a time when the legator did not have the capacity to dispose, if the disposition is concluded as a result of error, deception, intimidation, or coercion, if the content of the disposition, the conditions to which it is connected, and the obligations are in violation of the law or morality, or if the disposition is concluded without complying with the forms stipulated in the law, a lawsuit can be filed for the annulment of the testamentary disposition.

Pursuant to Article 512/III of the TCC, if the legator has debarred the heir from hereditary portion of inheritance due to a clear mistake in the reason for the removal, the exheredation shall be invalid.

Since the exheredation of an heir without a justified reason violates the heir's entitlement to hereditary portion, the heir who has been debarred from the inheritance on this ground may, according to the provisions of Article 560 and subsequent articles of the TCC, file action for censure against the person or persons who benefit from the heir's debarment.

Since it is the legislator's duty to protect the rights of the heir with hereditary portion in terms of exheredation, and the main purpose of enabling the filing of the action for annulment and dismissal against the exheredation dispositions is to protect the heir entitled to hereditary portion.

In this sense, it is not possible for the creditors of heirs or the bankruptcy estate to open actions for cancellation and annulment.

I. GİRİŞ

Mirasçılıktan çıkarma, Türk Medeni Kanunu'nun Miras Hukuku kitabının ikinci bölümünün ikinci ayırımında mirasbırakanın tasarruf özgürlüğü kapsamında B. "Mirasçılıktan Çıkarma" başlığı altında TMK m.510 ve devamında hükme bağlanmıştır. TMK m.510'da düzenlenen mirasçılıktan çıkarma sebeplerinden biri de çalışmamızın esasını oluşturan ve TMK m.510/I/b.2'de hükme bağlanan mirasçının mirasbırakana veya mirasbırakanın aile üyelerine karşı aile hukukundan doğan yükümlülüklerini önemli ölçüde yerine getirmemesi nedeniyle mirasçılıktan çıkarmadır.

İşbu çalışma kapsamında genel olarak mirasçılıktan çıkarma kavramı ve mirasçılıktan çıkarma türleri üzerinde durulduktan sonra, konumuzun esasını oluşturan ve esasen cezai mirasçılıktan çıkarma sebeplerinden birini oluşturan mirasbırakan veya aile üyelerine karşı aile hukukundan doğan yükümlülüklerin önemli ölçüde yerine getirilmemesi nedeniyle mirasçılıktan çıkarma incelenecektir.

Çalışmada aile hukukundan doğan yükümlülüklerin önemli ölçüde ihlali nedeniyle mirasçılıktan çıkarmanın şartları, yükümlülüklerin önemli ölçüde ihlali, hüküm kapsamına giren aile üyelerine ilişkin açıklamalar yapıldıktan sonra mirasçılıktan çıkarmanın şekli, çıkarma sebebi, sebebin mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun yapıldığı sırada bulunmasının şart olup olmadığı incelendikten sonra aile hukukundan doğan yükümlülüklerin önemli ölçüde yerine getirilmemesi nedeniyle mirasçılıktan çıkarmanın hükümleri ayrıntılı şekilde açıklanacaktır. Çalışma affin çıkarma tasarrufuna etkisi ve mirasçılıktan çıkarmanın hükümsüzlüğüne ilişkin açıklamalarla sonlandırılacaktır.

II. GENEL OLARAK MİRASÇILIKTAN ÇIKARMA

A. Mirasçılıktan Çıkarma Kavramı

Mirasçılıktan çıkarma, mirasbırakana saklı paylı mirasçısını saklı payından tamamen veya kısmen mahrum etme imkânı veren ölüme bağlı tasarruftur¹. Hukuki niteliği itibarıyla maddi anlamda ölüme bağlı bir tasarruf olan² mirasçılıktan çıkarma, TMK m.510 ila 513'üncü maddeler arasında yasal dayanağını bulmuştur. TMK m.510 gereğince, mirasbırakan, mirasbırakana veya mirasbırakanın yakınlarından birine karşı ağır bir suç işleyen veya mirasbırakana veya mirasbırakanın aile üyelerine karşı aile hukukundan doğan yükümlülüklerini önemli ölçüde yerine getirmeyen saklı paylı mirasçılarını mirasçılıktan çıkarabilir.

Mirasçılıktan çıkarma kurumunu izah edebilmek için yakından ilgili olduğu saklı pay kurumun anlaşılması gerekir. Saklı pay, yasal mirasçılardan bazılarının kanun tarafından tanınmış ve kural olarak mirasbırakanın üzerinde tasarruf etme yetkisi bulunmayan yasal miras payının belirli bir oranını ifade etmektedir. Türk Hukukunda saklı paylı mirasçılar; altsoy, anne, baba ve eştir³. Nitekim TMK m.505 hükmünde saklı paylı mirasçıların kimler olduğu numerus clausus (sınırlı sayı) ilkesine bağlı olarak düzenlenmekte ve TMK m.506 hükmünde de saklı yap oranları yer almaktadır. Kanun koyucunun saklı payı kabul etmesinin sebebi, mirasbırakan ile saklı paylı mirasçılar arasındaki yakın ve sağlam aile bağlarının bulunmasıdır ve bu kuvvetli bağ sebebiyle kanun koyucu, saklı paylı mirasçıların miras paylarının belirli bir oranını korumak istemiştir⁴. Ancak var olduğu kabul edilen bu kuvvetli bağın saklı paylı mirasçının kusurlu davranışları sebebiyle ortadan kalkması durumunda, mirasçının saklı payını korumanın kanun koyucunun amacına aykırılık teşkil edeceği şüphe götürmemektedir. Bu nedenle kanun koyucu, bazı hallerde saklı paylı mirasçıların mirasçılıktan çıkarılmasına imkân vermiştir⁵. Mirasçılıktan çıkarma yalnız saklı paylı mirasçılar bakımından söz konusu olduğundan⁶ mirasbırakanın ölüme bağlı bir tasarrufla saklı paylı mirasçısı olmayan

¹ WEIMAR, Peter: Die Gesetzlichen Erben; Die Verfügungsfähigkeit, Die Vergütungsfreiheit, Die Vergütungsarten, Die Verfügungsformen, Art 457-516 ZGB, BK-Berner Kommentar Band/Nr. III, 2009, Herausgeber Heinz Hausheer, Art. 477, N.1; BURGI, Klaus: ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 3. Überarbeitete Auflage, 2016, Art. 477, N.1; ÇUBUKGİL, Rıza: "Mirasın Adi İskatın Mahiyeti ve Sebepleri", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, VII(3-4), 1950, s.441; TONGSİR, Ferih Bedii: "Mirasın İskat ve Mahrumiyet Müesseseleri Hakkında Düşünceler", Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2(2), 1958, s.249; BİRSEN, Kemal: Miras Hukuku, 2. Bası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1963, s.61; KÖPRÜLÜ, Bülent: Miras Hukuku Dersleri, Genişletilmiş ve Yenilenmiş 2. Bası, İstanbul, 1985, s.279; OĞUZMAN, Kemal: Miras Hukuku, Gözden Geçirilmiş 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995, s.209; İNAN, Ali Naim/ERTAŞ, Şeref: Miras Hukuku, Genişletilmiş 3. Bası, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye Yayınları, İzmir, 1995, s.290; ÖZTAN, Bilge: Miras Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s.142; DURAL, Mustafa/ÖZ, Turgut: Türk Özel Hukuku Cilt IV, Miras Hukuku, 16. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021, s.204; EREN, Fikret/YÜCER AKTÜRK, İpek: Türk Miras Hukuku, 4. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s.202; KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Miras Hukuku, Genişletilmiş 11. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021, s.164; İMRE, Zahir/ERMAN, Hasan: Miras Hukuku, 15. Bası, Der Yayınları, İstanbul, 2021, s.246; SEROZAN, Rona/ENGİN, Baki İlkay: Miras Hukuku, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s.428; ERSÖZ, Oğuz: "Mirasçılıktan Cezalandırıcı Çıkarma", Üyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 7(14), 2019, s.197; KAHVECİ, Nalan: "Alman Medeni Kanununda Saklı Paydan Uzaklaştırma Sebeplerine İlişkin Yapılan Değişiklikler ve İsviçre-Türk Hukuku ile Karşılaştırılması", Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 8, 2013, s.1485; SARI FİDAN, Özlem: "Mirasçılık Sifatını Kaybedenlerin Miras Ortaklığı ile İlişkileri", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XIX(2), 2015, s.152; ZEYBEK, Seher Direnç: Aile Hukukundan Doğan Yükümlülüğün Yerine Getirilmemesi Nedeniyle Mirasçılıktan Çıkarma, Aristo, İstanbul, 2021, s.3.

² ÇUBUKGİL, s.443; EREN/YÜCER AKTÜRK, s.202.

³ KAHVECİ, s.1483.

⁴ TUOR, Peter: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Auflage, 2009, § 68 N.55a; ÖZTAN, s.143; DURAL/ÖZ, s.204,205; İMRE/ERMAN, s.246; mirasçılıktan çıkarma ile saklı pay arasındaki ilişkiye ilişkin ayrıntılı bilgi için bakınız, YAĞCI, Kürşad: Cezai Mirasçılıktan Çıkarma, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s.20 vd..

⁵ DURAL/ÖZ, s.204,205; bu konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bakınız, YAĞCI, s.30 vd.; ANTALYA, Osman Gökhan /SAĞLAM, İpek: Miras Hukuku, Genişletilmiş 4. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s.253.

⁶ WEIMAR, Art. 477, N.2; KÖPRÜLÜ, s.280; OĞUZMAN, s.209; AYİTER, Nuşin/KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Miras Hukuku, Savaş Yayınları, Ankara, 1989, s.177; İNAN/ERTAŞ, s.290; İMRE/ERMAN, s.246; EREN/YÜCER AKTÜRK, s.202; SEROZAN/ENGİN, s.429.

bir yasal mirasçıya miras payı bırakmaması⁷ ya da saklı paylı mirasçının sadece saklı payı ile yetineceğinin öngörülmesi durumunda, yapılan bu tasarruf saklı paya ilişkin olmadığından, mirasçılıktan çıkarma değildir⁸.

Türk/İsviçre Hukuk sistemlerinde mirasçılıktan çıkarmanın iki türü bulunmaktadır. Bunlardan ilki doktrinde koruyucu mirasçılıktan çıkarma olarak adlandırılan ve TMK m.513'de hükme bağlanan borç ödemedен aciz sebebiyle mirasçılıktan çıkarma; ikincisi ise TMK m.510'da hükme bağlanan ve doktrinde cezai mirasçılıktan çıkarma olarak adlandırılan mirasçılıktan çıkarmadır⁹. Çalışmanın bundan sonraki kısmında koruyucu mirasçılıktan çıkarma kısaca anlatıldıktan sonra, cezai mirasçılıktan çıkarma ayrıntılı şekilde açıklanacaktır.

B. Mirasçılıktan Çıkarmanın Türleri

1. Koruyucu Mirasçılıktan Çıkarma

Türk Medeni Kanunu m.513'de yasal dayanağını bulan koruyucu mirasçılıktan çıkarma, yalnız birinci zümre mirasçılar, diğer bir ifadeyle mirasbırakanın altsoyu bakımından uygulama alanı bulur.

TMK m.513 gereğince, mirasbırakan, hakkında borç ödemedен aciz belgesi bulunan altsoyunu, saklı payının yarısı için mirasçılıktan çıkarabilir ancak, bu yarısı mirasçılıktan çıkarılanın doğmuş ve doğacak çocuklarına özgülemesi şarttır. İşbu hükümden de açıkça anlaşılacağı üzere koruyucu mirasçılıktan çıkarma mirasçının doğmuş ve doğacak çocuklarını korumayı amaçlamaktadır¹⁰. Cezai mirasçılıktan çıkarmadan farklı olarak koruyucu mirasçılıktan çıkarma, mirasçının cezalandırılması amacıyla değil, mirasçılıktan çıkarılan mirasçının altsoyunu koruma amacıyla yapılır¹¹.

2. Cezai Mirasçılıktan Çıkarma

Mirasçılıktan çıkarmanın olağan şekli olarak da kabul edilen¹² cezai mirasçılıktan çıkarma, saklı paylı mirasçılarının saklı paylarının tamamı veya bir bölümünden yoksun bırakılmasıdır. Türk Medeni Kanunu m.510 gereğince, mirasçılıktan çıkarma yalnız saklı paylı mirasçılar bakımından mümkün olduğundan; cezai mirasçılıktan çıkarma kurumu sadece TMK m.505 gereğince saklı paylı mirasçılar, altsoy, ana ve baba ile sağ kalan eş bakımından geçerlidir¹³. Bu sayılanlar dışında kalan kişiler bakımından mirastan çıkarma değil; mirastan yoksun bırakılmadan bahsedilir¹⁴.

Mirasbırakanın mirasçısını, mirasçılıktan çıkarabilmesi için kanunda sayılan sebeplerden birinin gerçekleşmesi şarttır. Türk Medeni Kanunu m.510 uyarınca saklı paylı mirasçının mirasçılıktan çıkarılma sebeplerinden ilki, saklı paylı mirasçının mirasbırakana veya mirasbırakanın yakınlarından birine karşı ağır bir suç işlemesidir (TMK m.510/b.1). Öncelikle ifade edilmesi gerekir ki hükümdе yer alan ağır ifadesi ceza hukuku anlamında kullanılmadığından, hukuk hâkimi işlenen suçun ağır olup olmadığına ceza hukuku kurallarıyla bağlı olmaksızın karar verecek; suçun ağır olup olmadığına karar verirken fiilin aile bağlarına olan etkisi, bu fiil nedeniyle aile bağlarının kopup kopmadığını araştırarak hüküm tesis edecektir¹⁵. TMK m.510/b.1 gereğince, bu sebeple mirasçının mirasçılıktan çıkarılabilmesi için mirasbırakan veya mirasbırakanın yakınlarına karşı ağır bir suç işlenmesi gerekir. Yakın kavramının içine mirasbırakanın ana

⁷ EREN/YÜCER AKTÜRK, s.202; ANTALYA/SAĞLAM, s.253.

⁸ TUOR, § 68 N.58; DURAL/ÖZ, s.205; HATEMİ, Hüseyin: Miras Hukuku, Gözden Geçirilmiş 9. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s.124; EREN/YÜCER AKTÜRK, s.202.

⁹ Mirasçılıktan çıkarma, İsviçre Medeni Kanunu ZGB 477 ve devamı maddelerinde hükme bağlanmıştır. İsviçre Medeni Kanunu'nda koruyucu ve cezai olmak üzere iki tür mirasçılıktan çıkarma düzenlenmiştir, WILDISEN, Christoph: CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Auflage 2 Jahr 2012, Herausgeber Peter Breitschmid, Alexandra Rumo-Jungo, Art 477, No:1; TUOR, § 68 N.57.

¹⁰ Koruyucu mirasçılıktan çıkarmaya ilişkin ayrıntılı bilgi için bakınız, AYİTER/KILIÇOĞLU, s.183; İNAN/ERTAŞ, s.298 vd.; HATEMİ, s.122,123; KOCAĞA, Köksal: "Borç Ödemedен Aciz Sebebiyle Mirasçılıktan Çıkarma", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 7(1), 2005, s.84; YAĞCI, s.63 vd.; ANTALYA/SAĞLAM, s.261 vd..

¹¹ WEIMAR, Art. 477, N.3; BİRSEN, s.66; KOCAĞA, s.84; KILIÇOĞLU, s.177; ANTALYA/SAĞLAM, s.261; ayrıntılı bilgi için bakınız, YAĞCI, s.63 vd.; ZEYBEK, s.34.

¹² AYİTER/KILIÇOĞLU, s.177; İMRE/ERMAN, s.247; EREN/YÜCER AKTÜRK, s.202.

¹³ EREN/YÜCER AKTÜRK, s.202; ANTALYA/SAĞLAM, s.253.

¹⁴ HATEMİ, s.124; YAĞCI, s.94.

¹⁵ Bu konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bakınız, TUOR, § 68 N.59,60; BİRSEN, s.62; KÖPRÜLÜ, s.282,283; İNAN/ERTAŞ, s.293; AYİTER/KILIÇOĞLU, s.178; OĞUZMAN, s.210; İMRE/ERMAN, s.248,249; EREN/YÜCER AKTÜRK, s.203; ANTALYA/SAĞLAM, s.255; EMRAH KULAKLI, "Yasal Bir Hakkın Kullanılması Cezai Mirasçılıktan Çıkarılma Sebebi Teşkil Eder Mi?", İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 7(2), 2020, s.292,293; ZEYBEK, s.38,39; Yargıtay 3.HD., 30.11.2015, E.2015/11678, K.2015/19101'de "... Ağır suçtan amaç, mirasbırakanın şahsiyet haklarına, beden tamlığına, mamelekine yönelik, onunla aile bağlarının kopuşunu gösteren hukuka aykırı bir fiildir. Buradaki ağır terimi, hukuk hakimine yönelik olup, hakim suçun ağır olup olmadığına ceza hukuku kurallarıyla bağlı olmaksızın karar verir. Başka bir deyişle kanun koyucu, burada fiilin niteliğine değil de sonucuna önem verdiği için hakim, suçun ağır olup olmadığına, fiilin aile bağıni koparacak nitelikte olup olmadığı ve fiilen de koparmış olup olmadığını araştırarak sonucuna göre karar verecektir. Koparacak nitelikte olmasından kasıt, suçun objektif olarak aile bağıni koparacak nitelikte olmasıdır. Fiilen koparmış olması da sübjektif unsur olup somut olayda aile bağıni koparmış olmasıdır..." şartlarını aramıştır, <https://legalbank.net/> (Erişim:10.01.2022); İsviçre Federal Mahkemesi de ağır bir suçun işlenip işlenmediği hususunun tespitinde değerlendirmenin özel hukuk kurallarına göre yapılması yönünde karar vermiştir BGE 73 II 213. Başka bir kararda İsviçre Federal mahkemesi ağır bir suç teşkil etmeyen davranışların aile hukukundan doğan yükümlülüklerin önemli ölçüde ihlal edebileceği yönünde karar vermiştir BGE 76 II 271.

babası, eşi, çocukları gibi aile üyeleri gibi yakını olarak değerlendirilebilecek dost ve arkadaşlarının da gireceği doktrinde kabul edilmektedir¹⁶.

Çalışmamızın esasını cezai mirasçılıktan çıkarma sebeplerinden mirasbırakan veya aile üyelerine karşı aile hukukundan doğan yükümlülüklerin önemli ölçüde yerine getirilmemesi nedeniyle mirasçılıktan çıkarma oluşturduğundan, çalışmanın bundan sonraki kısmında bu sebep ayrıntılı şekilde incelenecektir.

III. AİLE HUKUKUNDAN DOĞAN YÜKÜMLÜLÜKLERİN ÖNEMLİ ÖLÇÜDE YERİNE GETİRİLMEMESİ NEDENİYLE MİRASÇILIKTAN ÇIKARMA

A. Genel Olarak

Cezai mirasçılıktan çıkarma sebeplerinden ikincisi çalışmamızın esasını oluşturan ve TMK m.510/b.2’de hükme bağlanan, aile hukukundan doğan yükümlülüklerin önemli ölçüde yerine getirilmemesi nedeniyle mirasçılıktan çıkarmadır. Mirasbırakanın saklı paylı mirasçısını aile hukukundan doğan yükümlülüklerin önemli ölçüde yerine getirilmemesi sebebiyle mirasçılıktan çıkarması TMK m.510/b.2’de “Mirasçı, mirasbırakana veya mirasbırakanın aile üyelerine karşı aile hukukundan doğan yükümlülüklerini önemli ölçüde yerine getirmemişse” şeklinde hükme bağlanmıştır.

Aile hukukundan doğan yükümlülüklerin önemli ölçüde ihlal edilmesi nedeniyle mirasçılıktan çıkarılma için birtakım şartların gerçekleşmesi gerekir. Bu şartlar, aile hukukundan doğan yükümlülüklerin önemli ölçüde ihlali, bu ihlalin hukuka aykırı olması ve saklı paylı mirasçının kusurlu olmasıdır¹⁷. Önemli nedeniyle çalışmanın bundan sonraki kısmında bu şartlardan her biri ayrıntılı şekilde ele alınacaktır.

B. Aile Hukukundan Doğan Yükümlülüklerin Önemli Ölçüde Yerine Getirilmemesi Nedeniyle Mirasçılıktan Çıkarmanın Şartları

1. Aile Hukukundan Doğan Yükümlülüklerin Önemli Ölçüde İhlali

a. Genel Olarak

Mirasbırakan aile hukukundan doğan yükümlülüklerin önemli ölçüde ihlal edilmesi durumunda saklı paylı mirasçısını mirasstan çıkarabilir¹⁸. Mirasçının aile hukukundan doğan yükümlülüklerin önemli ölçüde ihlali sebebiyle mirasçılıktan çıkarılabilmesi için yükümlülüklerin aile hukukundan doğması şart olduğundan, aile hukuku dışında kalan sebeplerle ya da ahlaki veya dini yükümlülüklerin ihlali sebebiyle mirasçının mirasçılıktan çıkarılması mümkün değildir¹⁹.

Aile hukukundan doğan yükümlülüklerin önemli ölçüde ihlalinden bahsedebilmek için doktrinde bu şartın objektif ve sübjektif unsurları ihtiva etmesi gerektiği kabul edilmektedir²⁰. Bu nedenle çalışmanın bundan sonraki kısmında işbu unsurlara yer verilecektir.

b. Objektif Unsur

Aile hukukundan doğan yükümlülüklerin ihlali bakımından objektif unsur ile kastedilen, saklı paylı mirasçının davranışının objektif olarak aile bağlarını koparacak mahiyette olmasıdır²¹. Hangi davranışların aile hukukundan doğan yükümlülükleri önemli ölçüde ihlal ettiği hususunda kesin kriter koymak mümkün olmamakla birlikte, doktrinde, evlilik birliğine, anne baba ve çocukların karşılıklı yükümlülüklerine ve aile birliğine ilişkin bütün yükümlülüklerin bu kapsamda olduğu kabul edilmektedir²². Aile hukukundan doğan yükümlülüklerin sadece mirasbırakana karşı değil, onun aile üyelerine karşı da ihlal edilmesi de mirasçılıktan çıkarma sebebi teşkil etmektedir. Bu ihlal doğrudan olabileceği gibi dolaylı da olabilir²³. Burada önemle üzerinde durulması gereken husus, aile hukukundan doğan yükümlülüklerin önemli ölçüde ihlali bakımından herhangi bir ölçüt vermek zor olsa da ihlalin önemli olup olmadığı değerlendirilirken, mirasstan çıkarmayı haklı kılabilecek derecede olup olmadığı dikkate alınması gerektiğidir. Bu nedenle ihlalin önemli olmadığı, diğer bir ifadeyle mirasçılıktan çıkarmayı haklı kılmayacağı durumlarda mirasçılıktan çıkarma sebebinin varlığı kabul edilmemelidir²⁴.

c. Sübjektif Unsur

Aile hukukundan doğan yükümlülüklerin ihlalinde sübjektif unsur ise işbu fiilin sübjektif olarak da aile bağlarını koparmış olmasıdır²⁵. Bu duruma örnek olarak doktrinde her ne kadar eşlerden birinin zina fiilini işlemesi objektif olarak aile hukukundan doğan yükümlülüklerin önemli ölçüde ihlali olarak kabul edilse de zina fiile rağmen evlilik birliğinin devam ediyor olması ihtimalinde, diğer bir ifadeyle zina fiiline

¹⁶ BİRSEN, s.63; OĞUZMAN, s.211; İMRE/ERMAN, s.249; EREN/YÜCER AKTÜRK, s.203; ANTALYA/SAĞLAM, s.255; SEROZAN/ENGİN, s.432; YAĞCI, s.103 vd.

¹⁷ WILDISEN, Art. 477, N.4.

¹⁸ WEIMAR, Art. 477, N.11; ÇUBUKGİL, s.454; DURAL/ÖZ, s.208; EREN/YÜCER AKTÜRK, s.203,204; KILIÇOĞLU, s.170; KULAKLI, s.295; YAĞCI, s.165,166.

¹⁹ WEIMAR, Art. 477, N.7; WILDISEN, Art 477, N.4; ANTALYA/SAĞLAM, s.256.

²⁰ WEIMAR, Art. 477, N.6 vd.

²¹ WEIMAR, Art. 477, N.13; ÖZTAN, s.146; ANTALYA/SAĞLAM, s.257.

²² WEIMAR, Art. 477, N.6; WILDISEN, Art 477, N.4; yazar bu bağlamda ZGB 159 II/III, ZGB 272, 276 ve ZGB 328 hükümlerini aile hukukundan doğan yükümlülükler kapsamında olduğunu kabul etmektedir.

²³ WEIMAR, Art. 477, N.8.

²⁴ WEIMAR, Art. 477, N.11; YAĞCI, s.187.

²⁵ ÖZTAN, s.146; YAĞCI, s.188.

rağmen aile bağlarının kopmaması durumunda subjektif unsur gerçekleşmediğinden eşin mirasçılıktan çıkarılmasının mümkün olmayacağı ifade edilmiştir²⁶.

Doktrinde de isabetli şekilde ifade edildiği üzere, aile hukukundan doğan yükümlülüklerin aile ilişkilerini etkileyip etkilemediği belirlenirken ihlale maruz kalan kişinin ve diğer aile üyelerinin bu fiil karşısındaki tutumları da dikkate alınmalıdır²⁷. Bu nedenle sürekli iletişim halinde olan mirasbırakan ile mirasçı arasındaki ilişki ile daha mesafeli olan kişiler arasındaki ilişki farklı değerlendirmeye tabi tutulmalı ve fiilin aile bağlarını koparıp koparmadığı buna göre belirlenmelidir²⁸.

d. Aile Hukukundan Doğan Yükümlülüklerin Önemli Ölçüde İhlali Olarak Kabul Edilen Haller

i. Genel Olarak

Doktrinde TMK m.364'de hükme bağlanan nafaka borcunun yerine getirilmemesinin, TMK m.322'de soybağı hükümleri arasında düzenlenen ana, baba ve çocuğun ailenin huzur ve bütünlüğünün gerektirdiği şekilde birbirlerine yardım etme, saygı ve anlayış gösterme ve aile onurunu gözetme yükümlülüklerine aykırı davranışlarının, eşlerin birbirlerine karşı TMK m.185'te yasal dayanağını bulan sadakat yükümlülüklerini ihlal etmelerinin, aile hukukundan doğan yükümlülüklerin önemli ölçüde ihlal edeceği kabul edilmektedir²⁹. Buna karşılık doktrinde tanıklıktan kaçınma hakkı olan bir hısımin kaçınma hakkını kullanmayarak mirasbırakan aleyhine doğru tanıklık yapmasının ilke olarak mirasçılıktan çıkarma sebebi oluşturmayacağı isabetli şekilde ifade edilmiştir³⁰. Benzer şekilde evlilik devam ederken yaşanan uyumsuzluklar, evlilikte görev ihlalleri ve boşanma davası açılması mirasçılıktan çıkarma bakımından haklı sebep oluşturmayacaktır³¹. Mirasçının iş ilişkisinde mirasbırakana zarar vermesi de mirasçılıktan çıkarma bakımından yeterli sebep kabul edilmemiştir³². Doktrinde nafaka yükümlülüğüne uymayan ve hatta bu yükümlülüğün yerine getirilmesi için icraya verilen mirasbırakanın bu sebeple mirasçısını mirastan çıkaramayacağı, mirasçının bu davranışının anayasal teminat altına alınması nedeniyle kabul edilmiştir. Benzer şekilde mirasbırakanın vesayet altına alınması için talepte bulunan mirasçının bu sebeple mirastan çıkarılması da mümkün olmamalıdır³³.

Burada önemle üzerinde durulması gereken husus, örnekleyici olarak sayılan bu yükümlülüklerin ihlalinin ne zaman önemli ölçüde sayılacağıdır. Önemli ölçüde ihlal bakımından somut olayın özellikleri ve ailenin kendine özgü yapısı dikkate alınmak suretiyle somut olayda yükümlülüklerin ihlalinin önemli ölçüde olup olmadığı belirlenmesi hâkimin takdirine bırakılmalıdır³⁴. Doktrinde takdir yetkisini kullanırken “*kişisel hürriyet alanı*” seçimleri ile “*aile hukuku vazifelerinin ağır ihlali*” kavramlarını göz önünde bulunduran hâkimin, somut olay adaletine uygun bir karar vermesi gerektiği isabetli şekilde ifade edilmiştir³⁵. Kanaatimizce de takdir yetkisini kullanan hâkimin mirasçının fiilin aile hukukundan doğan yükümlülükleri önemli ölçüde ihlal edip etmediğine karar verirken mirasçının kişilik haklarını da göz önünde bulundurması gerekmektedir. Benzer şekilde hâkim mirasçının içinde bulunduğu durum ve koşulları, eğitimi, işi, yaşı, ekonomik durumu gibi hususları da dikkate almak suretiyle karar vermelidir.

ii. Güncel Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi

Yargıtay kararına konu uyumsuzlukta³⁶ ilk derece mahkemesi yurt dışında okutulan ve rahat bir hayat süren mirasçının ticari hayatında başarılı olamaması nedeniyle ailesinin yanından ayrıldığını ve ailesinin onaylamadığı bir evlilikten sonra boşandığını ve sonrasında nikahsız olarak eski eşiyle birlikte yaşadığını, tenkis davası açan mirasçının mirasbırakan babasına ve öz annesine karşı ziyaret etmeme, hatırlı sormama ve toplumun genel kabulü dışında ailenin onurunun ihlali olarak değerlendirilen nikahsız birlikte yaşama gibi eylemler ile ailesine karşı olumsuz ifadeler kullanmasının TMK m.510'da belirtilen koşulların gerçekleşmesine sebep olması ve vasiyetnamede belirtilen mirasçılıktan çıkarma sebeplerinin davalı tarafından ispatlanması nedeniyle açılan tenkis davasının reddine karar vermiştir. İlk derece mahkemesi kararına karşı davacı vekili istinaf yoluna gitmiştir. Bölge Adliye Mahkemesi ise ilk derece mahkemesi

²⁶ ÖZTAN, s.146; Oğuz ERSÖZ, Türk Hukukunda Zina Sebebiyle Boşanma, 2. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s.267; benzer şekilde WEIMAR, Art. 477, N.14'de mirasbırakanın, oğlunun sadakatsizliğinin eşi tarafından önemsenmemesi durumunda onu bu sebeple mirasçılıktan çıkarmanın mümkün olmayacağı ifade edilmiştir.

²⁷ WEIMAR, Art. 477, N.11.

²⁸ WEIMAR, Art. 477, N.12.

²⁹ DURAL/ÖZ, s.207,208; İMRE/ERMAN, s.50; KAHVECİ, s.1491,1492; ERSÖZ, s.224; KULAKLI, s.295; ZEYBEK, s.40,41; İsviçre Federal Mahkemesi kocası ve çocuklarını terk ederek sevgilisi ile kaçan mirasçı bakımından mirasçılıktan çıkarma sebebinin gerçekleştiğini kabul etmiştir, BGE 46 II 9.

³⁰ WEIMAR, Art. 477, N.7; EREN/YÜCER AKTÜRK, s.205; İsviçre Federal Mahkemesi de BGE 72 II 338 kararında mirasbırakan aleyhine tanıklık etme hususunda yasal bir zorunluluk olmamasına rağmen mirasbırakan aleyhine tanıklık yapan mirasçı bakımından mirasçılıktan çıkarma sebebinin gerçekleşmediği yönünde karar vermiştir.

³¹ BURGI, Art. 477, N.2.

³² TUOR, § 68 N.62. Kanaatimizce ticari hayatın olağan sonucu olarak mirasçının iş ilişkilerinde mirasbırakana zarar vermesi mirasçılıktan çıkarma bakımından yeterli sebep kabul edilmemekle birlikte; mirasçının kasten mirasbırakana zarar vermesi durumunda mirasçılıktan çıkarma bakımından yeterli sebebin oluştuğu kabul edilmelidir.

³³ KULAKLI, s.299 vd..

³⁴ ÖZTAN, s.146; HATEMİ, s.125; EREN/YÜCER AKTÜRK, s.204; KAHVECİ, s.1488.

³⁵ HATEMİ, s.125; yazar bu konuda Batı'da varılan sonuç ve uzlaşımının bizim hukukumuz bakımından aynen kabulü mümkün olmamakla birlikte, bu hususa ilişkin takdir yetkisini kullanacak hakime objektif kıstas koymanın kolay olmadığını, aile hukukundan doğan yükümlülüklerin ihlal edilip edilmediğine karar verecek olan hakimin TMK m.23/2 ve kişi özgürlüğünün anayasal korunmasına ilişkin hususları da göz önünde bulundurması gerektiği ayrıca yükümlülüğün ihlal edilip edilmediğinin tespitinde yakınlık derecesi, mirasçının küçük olup olmaması da göz önünde bulundurulmak suretiyle somut olay adaletine uygun bir sonuca varılması gerektiğini ifade etmiştir, HATEMİ, s.125.

³⁶ Yargıtay 3.HD., 26.01.2021, E.2019/5571, K.2021/471, <https://legalbank.net/> (Erişim:09.01.2022).

tarafından gerekçede gösterilen mirasçılıktan çıkarma sebeplerinin davacı davranışlarının ve durumların, davacının kişilik özelliklerinden, kuşak farkından hatta anne-baba tarafından yurt dışı eğitimi sonucu edinilen farklı kültür kazanımlarından kaynaklandığını, evlilik kararının ve evliliğin sona ermesinden sonra boşandığı eşiyle birlikte yaşama iradesinin yetişkin bir insan olan davacıya ait olduğunu, ailesinden uzaklaşan murisin davranışlarında davacının annesinin tutum ve davranışlarının önemli ölçüde etkisi olduğunu, ayrıca murisin bu olayları düzeltmeye yönelik çaba sarf ettiğinin ispatlanamaması nedeniyle murisin kusurlu davranışı ile çıkarmaya sebep olduğu bu nedenle ilk derece mahkemesi kararının kaldırılarak, tenkis davası olarak davaya devam edilmek üzere dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar vermiştir. İşbu karar davacı vekilince temyiz edilmiş ve Yargıtay, mirasçının anne ve babasının rızası dışında evi terk ettiği, dönmesi için haber gönderilmesine rağmen eve dönmediği; tanımadıkları birisi ile ailesine haber vermeksizin evlendiği; mirasbırakanın ağır hastalığa yakalandığı haberi gönderilmesine rağmen ona bakmayacağını, ilgilenmeyeceğini ve eve gelmeyeceğini bildirdiği, bayramlarda ve diğer önemli günlerde ailesini ziyaret etmediği, telefonla aramadığı, boşandığı eşi ile birlikte nikahsız yaşadığı, son dönemde yapılan rica ve minnetler ile zoraki eve geldiği ancak yabancı gibi davrandığı, kiracılarına özel hayatları ile ilgili birtakım şeyler anlattığı; anne ve babasını kötü insanlar olarak göstermesi nedeniyle ailevi görevlerini ağır bir şekilde ihlal ettiği gerekçesiyle mirasçılıktan çıkarıldığı ve dava konusu vasiyetnameler ile mirasbırakanın davacı kızını mirastan çıkarma sebebi olarak ileri sürdüğü vakaların mirasçılıktan çıkarma sebebi sayılabilecek nitelik ve nicelikte olduğu, davacının anne ve babası olan mirasbırakana karşı mükellef olduğu aile hukukundan doğan yükümlülüklerini büyük ölçüde ve kusurlu davranışlarla yerine getirmede gözetilerek karar vermesi gerekirken; yanlıgılı değerlendirme ile karar verilmiş olmasını usul ve yasaya aykırı bulmuştur.

Kanaatimizce işbu uyuşmazlığa ilişkin olarak ilk derece mahkemesi gerekçesinde zikredilen mirasçının ailesinin onaylamadığı bir evlilik yaptıktan sonra boşandığı eşiyle nikahsız yaşaması ve bu hususun ailenin onurunu ihlal eden bir davranış olarak nitelendirilmesi ve dolayısıyla mirasçılıktan çıkarma sebebi olarak değerlendirilmesi isabetli değildir. Şöyle ki; aile hukukundan doğan yükümlülüklerin önemli olarak ihlal edilip edilmediğini tespit edecek olan hakimin mirasçının kişilik haklarını da göz önünde bulundurarak, kişilik haklarına müdahale etmeyecek şekilde bir sonuca varması gerekir. Kararda bu durum göz ardı edilmiş ve ailesinin onaylamadığı bir evlilik yapan ve evlilik dışı birlikteliği olan mirasçı bakımından bu husus, mirasçılıktan çıkarılma sebepleri arasında değerlendirilmiştir ki kanaatimizce bu değerlendirme isabetli değildir ve mirasçının kişilik haklarına yapılan bir müdahale olarak kabul edilmelidir. Bölge Adliye Mahkemesi kararında ise ilk derece mahkemesi tarafından yapılan bu hatalı yorum ortadan kaldırılmış ve evlenme kararının ve evlilik bittikten sonra boşandığı eşiyle birlikte yaşama kararının mirasçıya ait olduğu isabetli şekilde ifade edilmiştir. Ancak Bölge Adliye Mahkemesi kararı gerekçesinde yer alan ve mirasçının ailesine karşı tutum ve davranışlarının mirasçının kişilik özelliklerinden, kuşak farkından ve yurt dışında aldığı eğitim neticesinde edindiği kültür kazanımlarından kaynaklandığına ilişkin değerlendirmesi isabetli değildir. Aile Hukukundan doğan yükümlülüklerin ihlal edilip edilmediği tespit edilirken öncelikle bu davranışın objektif olarak aile bağlarını koparacak derecede önemli nitelikte olması şart olduğundan, somut olaya ilişkin yapılan bu değerlendirmenin isabetli olmadığı kanaatindeyiz. Aksinin kabulü aile bağlarını kuvvetlendirmek isteyen kanun koyucunun gerçek amacına aykırı olacaktır ki Yargıtay da isabetli şekilde mirasçının bu davranışlarının anne ve babası olan mirasbırakana karşı mükellef olduğu aile hukukundan doğan yükümlülüklerini büyük ve kusurlu olarak yerine getirmede ve sayılan sebeplerin mirasçılıktan çıkarma sebebi oluşturacağına karar vermiştir.

2. Saklı Paylı Mirasçının Kusuru

Mirasbırakanın bu sebeple mirasçılıktan çıkarılabilmesi için aile hukukundan doğan yükümlülüğün ihlalinin kusurlu olması şarttır³⁷. Diğer bir ifadeyle saklı paylı mirasçının aile hukukundan doğan yükümlülüklerini kusurlu davranışı ile ihlal etmesi gerektiğinden, somut uyuşmazlık bakımından mirasçının kusurunun bulunmadığı durumlarda mirasçılıktan çıkarma için aranan kusur şartı gerçekleşmeyeceğinden saklı paylı mirasçının mirasçılıktan çıkarılması mümkün olmayacaktır. Doktrinde mirasbırakanın aile üyelerini tanımadığı için onlara karşı aile hukukundan doğan yükümlülüklerini önemli ölçüde ihlal eden mirasçının, kusuru söz konusu olmayacağından mirastan çıkarılamayacağı isabetli şekilde ifade edilmiştir³⁸.

Mirasçılıktan çıkarma sebebinin meydana gelmesinde mirasçı ve mirasbırakan kusurlu ve mirasbırakanın kusuru daha ağır ise mirasçılıktan çıkarmayı öngören ölüme bağlı tasarrufu geçersiz kabul etmek gerekir³⁹. Hatta doktrinde mirasbırakan ve mirasçının kusurlarının eşit olması ihtimalinde dahi tasarrufu geçersiz saymanın isabetli olacağı ifade edilmiştir⁴⁰. Kanaatimizce de çıkarma sebebi bakımından mirasbırakanın kusuru mirasçının kusurundan daha ağır ise, örneğin, mirasbırakan mirasçının aile hukukundan doğan yükümlülüklerini yerine getirmesine imkân vermiyorsa bu durumda mirastan çıkarılma söz konusu olmamalıdır. Somut olay bakımından her iki tarafın da eşit oranda kusurlu olduğu kanaatine varan hâkimin mirasçılıktan çıkarma tasarrufunu geçersiz sayması kanaatimizce de yerinde olacaktır. Kanaatimizce saklı paylı mirasçının haklı bir sebep olmaksızın mirasbırakan ile hiçbir şekilde görüşmemesi;

³⁷ WEIMAR, Art. 477, N.12; BURGI, Art. 477, N.5; KÖPRÜLÜ, s.284; AYİTER/KILIÇOĞLU, s.178; OĞUZMAN, s.211; İMRE/ERMAN, s.251; DURAL/ÖZ, s.208; ERSÖZ, s.227; YAĞCI, s.180.

³⁸ WEIMAR, Art. 477, N.8.

³⁹ WEIMAR, Art. 477, N.12; ÖZTAN, s.154.

⁴⁰ ÖZTAN, s.154.

bilerek ve isteyerek mirasbırakandan uzak durması veya hiçbir şekilde onunla ilişki kurmaması da saklı paylı mirasçıya kusur olarak isnad edilmeli ve bu sebeple saklı paylı mirasçı, mirasçılıktan çıkarılabilmelidir.

3. Hukuka Aykırılık Unsuru

Mirasçının aile hukukundan doğan yükümlülüklerini önemli şekilde ihlal etmesi nedeniyle mirasçılıktan çıkarılabilmesi için mirasçının fiilinin hukuka aykırı olması gerekir⁴¹. Mirasçının davranışının ahlaka aykırı olması veya mirasbırakanın isteklerini karşılamaması mirasçılıktan çıkarma bakımından yeterli değildir⁴². Bu anlamda fiil hukuka aykırı değilse, diğer bir ifadeyle hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir sebep varsa mirasçı, aile hukukundan doğan yükümlülüklerin önemli ölçüde ihlali sebebiyle mirasçılıktan çıkarılamaz.

C. Aile Hukukundan Doğan Yükümlülüklerin Önemli Ölçüde Yerine Getirilmemesi Nedeniyle Mirasçılıktan Çıkarmada “Aile Üyeleri” nin Kapsamı

Türk Medeni Kanunu m.510 gereğince mirasçı, mirasbırakana veya mirasbırakanın aile üyelerine karşı aile hukukundan doğan yükümlülükleri önemli ölçüde yerine getirmemişse mirasçılıktan çıkarılabilir. Bu nedenle saklı paylı mirasçı, mirasbırakanın aile üyeleri dışında kalan kişilere karşı işlemiş olduğu fiil nedeniyle mirasçılıktan çıkarılamayacaktır⁴³.

Türk Medeni Kanunu m.510/b.1’de mirasçılıktan çıkarma sebebi olarak suç teşkil eden fiilin “*mirasbırakana veya mirasbırakanın yakınlarına karşı*” işlenmesini arayan kanun koyucu, TMK m.510/b.2’de çıkarma sebebinin mirasbırakan veya onun aile üyelerine karşı işlenmesini aramıştır. TMK m.510/b.2’de hükme bağlanan aile üyelerinin kapsamına kimlerin girdiği tartışmalı olmakla birlikte; doktrindeki hâkim görüş kan hısımları, eş ve evlatlığın bu kapsama girdiği yönündedir⁴⁴. Bu hususta ileri sürülen diğer bir görüş ise aile üyeleri kavramına nişanlı ve kayın hısımlarının da dahil edilmesini savunmaktadır⁴⁵. Bu hususta doktrinde ileri sürülen son görüş ise TMK m.510/b.2 kapsamını ikinci görüştekiler kadar genişletmenin kanun koyucunun amacına ters düşeceğini; bu nedenle aile kavramının eş, kan hısımları ve evlatlık ile sınırlandırılmasının isabetli olacağını ifade ettikten sonra mahiyeti gereği nişanlıyı da bu kapsama almanın ancak kayın hısımlarının aile üyesi kapsamına girmeyeceğini kabul etmenin daha isabetli olacağını ifade etmiştir⁴⁶.

Kanaatimizce TMK m.510/b.1’de “yakın” ifadesini kullanan kanun koyucu, bilinçli bir şekilde TMK m.510/b.2’de “aile üyeleri” ifadesini kullanmıştır. Bu nedenle hükmün kapsamına onun ailesini oluşturan eşi gibi TMK m.17’de hükme bağlanan kan hısımları ile TMK m.18’de hükme bağlanan kayın hısımları, evlatlığı ve nişanlısı da girmektedir.

D. Aile Hukukundan Doğan Yükümlülüklerin Önemli Ölçüde Yerine Getirilmemesi Nedeniyle Mirasçılıktan Çıkarmanın Şekli

Türk Medeni Kanunu m.510 gereğince mirasbırakan saklı paylı mirasçısını ancak yapacağı bir ölüme bağlı tasarruf ile mirasçılıktan çıkarabilir. Mirasbırakanın yapacağı ölüme bağlı tasarruf, mirasçılıktan çıkarmanın bağlayıcı olmayan maddi anlamda bir ölüme bağlı tasarruf olması sebebiyle vasiyetnamedir. Mirasbırakanın bağlayıcı içeriğine girmeyecek şekilde miras sözleşmesi ile de saklı paylı mirasçısını mirasçılıktan çıkarması mümkündür⁴⁷. Ancak bu durumda mirasçılıktan çıkarmanın bağlayıcı olmayan niteliği sebebiyle, vasiyetname hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Diğer bir ifade ile mirasbırakan mirasçılıktan çıkarma iradesini miras sözleşmesi ile yapmış olsa dahi bu iradeyi her zaman tek taraflı irade beyanı ile geri alabilecektir⁴⁸.

E. Aile Hukukundan Doğan Yükümlülüklerin Önemli Ölçüde İhlali Nedeniyle Mirasçılıktan Çıkarmada Sebep

1. Çıkarma Sebebinin Açıkça Gösterilmesi

Aile hukukundan doğan yükümlülüklerin önemli ölçüde ihlali nedeniyle mirasçılıktan çıkarmanın geçerli olması için, çıkarma sebebinin ölüme bağlı tasarrufta açıkça gösterilmesi şarttır. TMK m.512/I gereğince, mirasçılıktan çıkarma, çıkarma sebebinin tasarrufta belirtilmesi kaydıyla geçerlidir⁴⁹. Doktrinde de isabetli şekilde ifade edildiği üzere kanun koyucunun çıkarma sebebinin tasarrufta aramasının nedeni

⁴¹ BURGI, Art. 477, N.5; İMRE/ERMAN, s.251.

⁴² BGE 106 II 304.

⁴³ WEIMAR, Art. 477, N.8; WILDISEN, Art 477, N.5; BURGI, Art. 477, N.2.

⁴⁴ ÖZTAN, s.146; KAHVECİ, s.1492; ERSÖZ, s.227; KULAKLI, s.295; ANTALYA/SAĞLAM, s.254, yazarlar nişanlı ve civar hısımların mirasbırakanın aile üyeleri kapsamına girmediğini ancak yakın olarak kabul edilmeleri gerektiğini ifade etmişlerdir, ANTALYA/SAĞLAM, s.256.

⁴⁵ YAĞCI, s.154.

⁴⁶ DURAL/ÖZ, s.209.

⁴⁷ WEIMAR, Art. 477, N.16; BURGI, Art. 477, N.3; TONGSİR, s.254; İNAN/ERTAŞ, s.291; DURAL/ÖZ, s.206; EREN/YÜCER AKTÜRK, s.205; WILDISEN, Art 477, N.5; ERSÖZ, s.230; YAĞCI, s.311,312; KAHVECİ, s.1488; SEROZAN/ENGİN, s.428; ANTALYA/SAĞLAM, s.254; ZEYBEK, s.45; doktrinde mirasçılıktan çıkarmanın tek taraflı bir tasarruf olması nedeniyle miras sözleşmesi ile yapılmaması gerektiği; yapılması halinde ise bu tasarruf miras sözleşmesinde düzenlenmesine rağmen mirasbırakanın tek taraflı olarak her zaman dönmesinin mümkün olduğu ifade edilmiştir, İMRE/ERMAN, s.251,252.

⁴⁸ BURGI, Art. 477, N.3; BİRSEN, s.61; KÖPRÜLÜ, s.280; OĞUZMAN, s.212; DURAL/ÖZ, s.204,205; KAHVECİ, s.1488.

⁴⁹ TUOR, § 68 N.64; DURAL, s.209; ÖZTAN, s.154; WILDISEN, Art 477, N.6; İMRE/ERMAN, s.252; EREN/YÜCER AKTÜRK, s.207; ANTALYA/SAĞLAM, s.257; ERSÖZ, s.232; İsviçre Federal mahkemesi de mirasçılıktan çıkarmanın dayandığı somut gerekçelerin şüpheye yer vermeyecek şekilde açıkça ölüme bağlı tasarrufta belirtilmesinin şart olduğu yönünde karar vermiştir, BGE 52 II 116; Doktrinde mirasçılıktan çıkarma nedeninin vasiyetname dışı belgelere, delillere veya mahkeme kararlarına yapılan göndermeler sonucunda tereddüte mahal vermeyecek şekilde anlaşılması durumunda mirasçılıktan çıkarma nedeninin tasarrufta gösterilmiş olduğunun kabulü gerektiği ileri sürülmüştür, YAĞCI, s.320,321.

uyuşmazlık halinde hâkimin mirasçılıktan çıkarma sebebinin haklı olup olmadığının tespiti bakımından oldukça önem arz etmektedir⁵⁰. Mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufla mirasçılıktan çıkarma sebebinin yanlış nitelendirmesi, örneğin aile hukukundan doğan bir yükümlülüğün ihlalini suç olarak nitelendirmesi durumunda dahi bu nitelendirme hâkimi bağlamayacak, hakim doğru nitelendirmeyi yaparak davaya devam edecek; bu sebeple davayı reddedemeyecektir⁵¹.

Burada önemle üzerinde durulması gereken husus, tasarrufla belirtilen genel ve soyut sebebin mirasçılıktan çıkarma bakımından yeterli olup olmadığıdır. Bu hususa ilişkin doktrindeki hâkim fikir mirasçılıktan çıkarma sebebinin somut olarak gösterilmesinin şart olduğu yönündedir⁵². Bu nedenle “*aile görevlerini yerine getirmedi*” gibi bir sebebin genel ve soyut olması nedeniyle geçerli bir çıkarma sebebi olarak kabul edilemeyeceği ifade edilmelidir. Nitekim Yargıtay da çıkarma sebebinin açık olmasını, belirli bir eyleme, işleme ve davranışa dayanması gerektiğini ve sadece mirasçılıktan çıkardım, miras dışı bıraktım veya bana ilgi göstermedi gibi gerekçesiz sözlerin yeterli sayılmayacağını kabul etmiştir⁵³.

Her ne kadar ölüme bağlı tasarrufla çıkarma sebebinin açıkça gösterilmesi şart olsa da açıkça “*mirasçılıktan çıkarıyorum*” ifadesi yer almasa dahi, mirasbırakanın iradesinin tereddüte mahal vermeyecek şekilde saklı paylı mirasçısını mirasçılıktan çıkarma yönünde olduğunun anlaşılması durumunda, saklı paylı mirasçı mirastan çıkarılabilir⁵⁴.

Mirasçılıktan çıkarmanın geçerli olabilmesi için çıkarma sebebinin tasarrufla gösterilmesi şart olmakla birlikte, mirasçılıktan çıkarma sebebinin delillendirilmesi şart değildir. Ancak doktrinde sonradan ortaya çıkabilecek ihtilafların çözümü bakımından delillerin de tasarrufla eklenmesinin faydalı olacağı isabetli şekilde ifade edilmiştir⁵⁵.

Mirasçılıktan çıkarılan kimsenin itiraz etmesi durumunda, çıkarma sebebinin varlığını ispat yükü TMK m.512/II gereğince çıkarmadan yararlanan mirasçıya veya vasiyet alacaklısına düşecektir⁵⁶.

2. Sebebinin Mirasçılıktan Çıkarma Tasarrufunun Yapıldığı Sırada Bulunmasının Şart Olup Olmadığı Sorunu

Aile hukukundan doğan yükümlülüklerin önemli ölçüde ihlali nedeniyle mirasçılıktan çıkarma bakımından önemle üzerinde durulması gereken diğer bir husus, mirasçılıktan çıkarma tasarrufu yapıldığı esnada mevcut olmamakla birlikte ileride ortaya çıkabilecek bir sebep bakımından mirasçılıktan çıkarmanın mümkün olup olmayacağıdır.

Bu hususa ilişkin doktrinde ileri sürülen fikirlerden ilkinde göre, TMK m.512/I gereğince mirasçılıktan çıkarma sebebinin tasarrufla gösterilmesi zorunlu olduğundan, mirasçılıktan çıkarma sebebinin önceden gerçekleşmesi şarttır⁵⁷ ve bu nedenle şarta bağlı olarak mirasçılıktan çıkarma mümkün değildir⁵⁸. Yine bu görüşü savunan yazarlara göre, mirasbırakanın şart olarak öngördüğü sebebin mirasbırakan ölmeden gerçekleşmesi durumunda mirasbırakan söz konusu kişiyi her zaman mirasçılıktan çıkarabileceğinden, mirasçılıktan çıkarmanın şarta bağlanması isabetli değildir⁵⁹. Bu hususta ileri sürülen diğer bir fikre göre ise henüz gerçekleşmemiş bir sebebin ileride gerçekleşme ihtimaline dayanarak şartlı mirasçılıktan çıkarma mümkündür. Bunun kabulü saklı paylı mirasçıların davranışlarında daha dikkatli olmalarını sağlayacağı gibi, mirasbırakanın sonradan ölüme bağlı tasarrufla yapma ehliyetini kaybetmesi ihtimalinde de mirasbırakanın mirasçılıktan çıkarma iradesinin gerçekleşmesine imkân verebilecektir⁶⁰.

Kanaatimizce burada mirasçılıktan çıkarma için TMK m.512’de açıkça çıkarma sebebinin gösterilmesi arandığından, henüz gerçekleşmemiş bir sebebe dayanarak mirasçılıktan çıkarmanın mümkün olmadığı, diğer bir ifadeyle çıkarma sebebinin en geç tasarrufla yapıldığı esnada var olması gerektiği sonucuna varılması daha isabetli olacaktır. Ancak önemle ifade olunmalıdır ki ölüme bağlı tasarrufla yapıldığı anda gerçekleşmiş bir çıkarma sebebinin varlığı halinde mirasbırakanın mirasçılıktan çıkarmayı geciktirici veya bozucu şarta bağlamasının önünde herhangi bir yasal engel bulunmamaktadır. Kanaatimizce bu durumda, gerçekleşen sebebin geciktirici veya bozucu bir şarta bağlanmasının mümkün olduğu kabul edilmelidir.

F. Aile Hukukundan Doğan Yükümlülüklerin Önemli Ölçüde Yerine Getirilmemesi Nedeniyle Mirasçılıktan Çıkarmanın Hükümleri

Mirasbırakan yapacağı bir ölüme bağlı tasarrufla mirasçısını tamamen mirasçılıktan çıkarabileceği gibi kısmen de çıkarılabilir⁶¹. Türk Medeni Kanunu m.511/I gereğince mirasçılıktan çıkarılan kimse, mirastan pay alamayacağı gibi tenkis davası da açamaz. Bu hüküm yalnız mirasçılıktan tam çıkarma hali için

⁵⁰ DURAL, s.209; ÖZTAN, s.154; İMRE/ERMAN, s.252; EREN/YÜCER AKTÜRK, s.207; ERSÖZ, s.232.

⁵¹ TUOR, § 68 N.64; DURAL/ÖZ, s.211.

⁵² TUOR, § 68 N.64; DURAL, s.209; ÖZTAN, s.154; EREN/YÜCER AKTÜRK, s.205; WILDISEN, Art 477, N.6; ANTALYA/SAĞLAM, s.258; YAĞCI, s.316,317; İsviçre Federal Mahkemesi mirasçının kötü yaşam tarzına sahip olmasını genel bir sebep olarak görmüş ve bu sebebi mirasçılıktan çıkarma için yeterli kabul etmemiştir. BGE 48 II 436.

⁵³ Yargıtay 3.HD., 04.04.2017, E.2016/3523, K.2017/4550, <https://legalbank.net/> (Erişim:10.01.2022).

⁵⁴ ANTALYA/SAĞLAM, s.258; Yargıtay 3.HD., 04.07.2012, E.2012/3661, K.2012/16811; Yargıtay 3.HD., 06.04.2017, E.2015/19402, K.2017/4866, <https://legalbank.net/> (Erişim:10.01.2022).

⁵⁵ İMRE/ERMAN, s.252; DURAL/ÖZ, s.211.

⁵⁶ HATEMİ, s.127; EREN/YÜCER AKTÜRK, s.205; ANTALYA/SAĞLAM, s.257.

⁵⁷ TONGSİR, s.254; ERSÖZ, s.233.

⁵⁸ ANTALYA/SAĞLAM, s.258.

⁵⁹ ERSÖZ, s.233.

⁶⁰ WEIMAR, Art. 477, N.18; SEROZAN/ENGİN, s.433; YAĞCI, s.327.

⁶¹ OĞUZMAN, s.213; ÇUBUKGİL, s.444; İMRE/ERMAN, s.254; EREN/YÜCER AKTÜRK, s.202; ANTALYA/SAĞLAM, s.259; YAĞCI, s.98; SARI FİDAN, s.152; ZEYBEK, s.92.

geçerlidir⁶². Mirasçılıktan kısmi çıkarma durumunda saklı paylı mirasçının sadece saklı payı azalacak, ancak mirasçılık sıfatı devam edecektir⁶³. Mirasbırakan, mirastan çıkardığı kişi lehine mal vasiyetinde de bulunabilecektir⁶⁴.

Türk Medeni Kanunu m.511/II gereğince, mirasbırakan başka türlü tasarrufta bulunmuş olmadıkça, mirasçılıktan çıkarılan kimsenin miras payı, o kimse mirasbırakandan önce ölmüş gibi mirasçılıktan çıkarılanın varsa altsoyuna, yoksa mirasbırakanın yasal mirasçılarına kalır. Bu hükmün zıt anlamından, mirasbırakanın mirasçılıktan çıkardığı saklı paylı mirasçının saklı payı üzerinde tasarrufta bulunma hakkının olduğu sonucuna varılmalıdır⁶⁵.

Türk Medeni Kanunu m.511/III gereğince mirasçılıktan çıkarılan kimsenin altsoyu, o kimse mirasbırakandan önce ölmüş gibi saklı payını isteyebilir. Bu durumun mirasbırakanın tasarruf oranını artırıp artırmayacağı mirasçılıktan çıkartılan kişi ile altsoyun saklı pay oranının aynı olup olmamasına göre belirlenir. Mirasçılıktan çıkartılan kişi ile altsoyun saklı pay oranları eşitse mirasbırakanın tasarruf nisabı artmaz; ancak mirastan çıkartılan kişinin saklı pay oranı altsoyun saklı pay oranından fazla ise mirasbırakanın tasarruf nisabında artış olur⁶⁶. TMK m.511/III'te kanun koyucu, yalnız mirasçılıktan çıkarılan kimsenin altsoyunun saklı payı talep edeceğini düzenlediğinden; mirasçılıktan çıkarılanın altsoyu ve onunla birlikte aynı zümrede başka mirasçılar yoksa, kanuni intikal gereği miras bir sonraki zümreye geçecektir. Ancak o zümredeki yasal mirasçılar, saklı paylı mirasçı olsalar dahi saklı pay korumasından yararlanamayacağından, terekenin tamamı tasarruf nisabına dahil olacaktır⁶⁷.

Mirasçılıktan çıkarmanın tasarruf nisabına etkisine ilişkin bu kurallar mirasçılıktan çıkartılan kimsenin mirasbırakandan önce ölmesi durumunda uygulama alanı bulmaz. Şöyle ki, bu durumda mirasçı olmama, mirasçılıktan çıkarma sebebine değil, mirasbırakandan önce ölme sebebine dayandığından; mirasbırakanın tasarruf nisabı mirasçının mirasbırakandan önce ölme durumuna göre hesaplanacak ve mirasçılıktan çıkarılanın saklı payı tasarruf nisabına eklenmeyeceği gibi mirasçılıktan çıkarılanın altsoyu ve birlikte mirasçı olduğu kişiler yoksa miras, bir sonraki zümreye geçecek ve oradaki mirasçılar saklı pay korumasından yararlanacaklardır⁶⁸.

G. Aile Hukukundan Doğan Yükümlülüklerin Önemli Ölçüde Yerine Getirilmemesi Nedeniyle Mirasçılıktan Çıkarılan Mirasçının Affının Çıkarmaya Etkisi

Türk Medeni Kanunu m.542'de mirasbırakanın vasiyetname için kanunda öngörülen şekillerden birine uymak suretiyle yeni bir vasiyetname yaparak önceki vasiyetnameden her zaman dönebileceği hükme bağlanmıştır. Burada önemle üzerinde durulması gereken husus, mirasbırakanın TMK m.542'de hükme bağlanan yola başvurmaksızın, diğer bir ifadeyle ölüme bağlı tasarruf yapmaksızın mirasçılıktan çıkardığı kişiyi affetmesinin mirasçılıktan çıkarmaya etki edip etmeyeceğidir. TMK m.578/II'de açıkça mirastan yoksunluğun mirasbırakanın affıyla ortadan kalkacağını düzenleyen kanun koyucu, mirastan çıkarılma bakımından herhangi bir düzenleme getirmemiştir⁶⁹.

Bu hususa ilişkin olarak doktrinde ileri sürülen ilk fikre göre, mirastan yoksunluk kendiliğinden hüküm ifade ettiğinden; diğer bir ifadeyle mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufu ile meydana gelmediğinden, mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufu ile kurduğu mirasçılıktan çıkarma bakımından TMK m.578/II hükmünün kıyasen uygulanması mümkün değildir. Bu görüş taraftarlarına göre mirasçılıktan çıkardığı mirasçiyi affeden mirasbırakan, yapacağı ölüme bağlı tasarruf ile önceki tasarrufundan dönmek hakkına ve imkanına sahipken bunu yapmıyorsa mirasçılıktan çıkarmayı muhafaza etmek istemiştir⁷⁰. Bu nedenle mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufundan başka bir ölüme bağlı tasarruf ile geri dönmemesi durumunda, TMK'da mirastan yoksunlukta olduğu gibi af ile mirasçılıktan çıkarmanın ortadan kalkacağı düzenlenmediğinden, mirasçılıktan çıkarmanın fiili bir af ile ortadan kalkması mümkün olmayacak ve mirasbırakan sağlığında mirasçılıktan çıkardığı kimseyi affetmiş olsa dahi, mirasçılıktan çıkarma hüküm ifade edecektir⁷¹.

Bu hususta ileri sürülen diğer bir fikre göre ise TMK m.542'deki koşulları taşımayan af, mirasçılıktan çıkarmayı doğrudan ortadan kaldırmayacak ancak mirasçılıktan çıkarılan kişi TMK m.512/III'e göre tenkis davası açarak saklı payını isteyebilecektir. Bu görüş taraftarlarına göre, mirasbırakanın mirasçılıktan

⁶² DURAL/ÖZ, s.211; ANTALYA/SAĞLAM, s.258; YAĞCI, s.337; ZEYBEK, s.92,93.

⁶³ DURAL/ÖZ, s.211; YAĞCI, s.359; ZEYBEK, s.96; Yargıtay 3. HD., 04.04.2017, E.2016/3523, K.2017/4550'de "... İskat edilen şahsın ıskatla mirasçılık sıfatı sona erer. Ancak, ıskat mahfuz hissenin tamamına ilişkin olabileceği gibi bir kısmına ilişkin de olabilir. Miras hakkından tamamen ıskat olunan kimse terekeden hisse talep edemeyeceği gibi tenkis davası dahi açamaz. Kısmi ıskat halinde ise mirasçının mirasçılık sıfatı devam eder. Çünkü ıskat haricinde kalan saklı payın bir kısmını bu mirasçı iktisap edecektir..." şeklinde karar vermiştir.

⁶⁴ WILDISEN, Art. 478, N.1; BURGI, Art. 477, N.4; Yargıtay 3.HD., 04.04.2017, E.2016/3523, K.2017/4550.

⁶⁵ TUOR, § 68 N.67; ÖZTAN, s.149; DURAL/ÖZ, s.212; ANTALYA/SAĞLAM, s.258; SEROZAN/ENGİN, s.430; İMRE/ERMAN, s.255; YAĞCI, s.361; ZEYBEK, s.93,94.

⁶⁶ WILDISEN, Art. 478, N.4; TUOR, § 68 N.67; DURAL/ÖZ, s.212; ÖZTAN, s.143; İMRE/ERMAN, s.255.

⁶⁷ DURAL/ÖZ, s.212,213; doktrinde isabetli şekilde kanunun lafzına uygun olan bu durumun adil olmadığı gibi mirasçılıktan çıkarmanın şahsi olduğu kuralına da aykırı olduğu, altsoy dışındaki mirasçılarının da cezalandırılmasına hizmet ettiği, bu düzenlemenin saklı paylı mirasçının saklı payı elde etmesi kuralı ile de bağdaştırılmasının mümkün olmadığı bu nedenle mirasçılıktan çıkarma sebebiyle zümre atlanması halinde de bu zümrede bulunan saklı paylı mirasçılarının mirasçılıktan çıkartılanın altsoyu gibi korunmasının daha isabetli olacağı ifade edilmiştir, DURAL/ÖZ, s.213.

⁶⁸ DURAL/ÖZ, s.213.

⁶⁹ Doktrinde bu hususta kanun boşluğu bulunmadığı Uzmanlar Komisyonunda tartışılıp reddedilen bu hususa ilişkin olarak kanun koyucunun olumsuz bir çözüm kabul ettiğine ilişkin bkz. DURAL/ÖZ, s.216.

⁷⁰ İMRE/ERMAN, s.253; ANTALYA/SAĞLAM, s.261.

⁷¹ İNAN/ERTAŞ, s.298; ANTALYA/SAĞLAM, s.261; ZEYBEK, s.101-103.

çıkardığı kişiyi sağlığında affetmesi, kopmuş aile bağlarını yeniden kurmakta ve çıkarma sebebini ortadan kaldırmaktadır. Bu nedenle ölüm anında bulunması gereken mirasçılıktan çıkarma sebebi ortadan kalktığından ve mirasçılıktan çıkarılma sebebini ortadan kalkması TMK m.512/III gereğince mirasçılıktan çıkarılan saklı paylı mirasçıya tenkis davası açma hakkı verdiği için, mirasçılıktan çıkarılan kişinin tenkis davası açarak saklı payını almasına engel teşkil etmemelidir⁷².

Kanaatimizce TMK m.578/II hükmü istisnai bir hüküm olup yalnız mirastan yoksunluk bakımından uygulama alanı bulacağından; mirasçılıktan çıkarmada işbu hükmün kıyasen uygulanması mümkün değildir. Mirasçılıktan çıkardığı kimseyi affeden mirasbırakanın, işbu çıkarma tasarrufunu ortadan kaldırması için yeni bir ölüme bağlı tasarruf yapması şart olduğundan; sonraki ölüme bağlı tasarruf ile mirasçılıktan çıkarma tasarrufu geri alınmadıkça, diğer bir ifadeyle mirasçı yeni bir ölüme bağlı tasarruf ile affedilmedikçe, mirasbırakanın fiili affi mirasçılıktan çıkarma tasarrufunu etkilememelidir.

H. Aile Hukukundan Doğan Yükümlülüklerin Önemli Ölçüde Yerine Getirilmemesi Nedeniyle Mirasçılıktan Çıkarmanın Hükümsüzlüğü

1. İptal Davası

a. Genel Olarak

Ölüme bağlı tasarrufların iptali TMK m.557 ve devamı maddelerinde hükme bağlanmıştır. İşbu hüküm gereğince, tasarruf mirasbırakanın tasarruf ehliyeti bulunmadığı bir sırada yapılmışsa; tasarruf yanılma, aldatma, korkutma veya zorlama sonucu yapılmışsa; tasarrufun içeriği, bağlandığı koşullar ve yüklemeler hukuka veya ahlaka aykırı ise veya tasarruf kanunda öngörülen şekillere uyulmadan yapılmışsa ölüme bağlı tasarrufun iptali için dava açılabilir.

Mirasçılıktan çıkarılan saklı paylı mirasçı öncelikle ölüme bağlı tasarrufun iptaline ilişkin şekle aykırılık, ehliyetsizlik, irade sakatlığı, hukuka ve ahlaka aykırılık gibi genel sebeplere dayanarak mirasbırakanın mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun iptalini isteyebilir. Bu durumda mirasbırakan iptal davası açarak mirastan çıkarmaya ilişkin yapmış olduğu tasarrufun iptalini isteyebilir⁷³. Mirastan çıkarılan mirasçının iptal nedenlerinden birine dayanarak mirasçılıktan çıkarma tasarrufunu iptal ettirmesi durumunda, mirasbırakan başkaca bir tasarrufta bulunmadıkça, çıkarılan mirasçı yalnız saklı payını değil, tüm miras payını alacaktır⁷⁴.

b. Açık Yanılma Sebebiyle Geçersizlik

Türk Medeni Kanunu m.512/III uyarınca, mirasbırakan saklı paylı mirasçısını çıkarma sebebi hakkında düştüğü açık bir yanılma yüzünden mirasçılıktan çıkarmışsa, çıkarma geçersizdir. Önemle ifade edilmelidir ki, buradaki yanılma alelade bir yanılma değil; TMK m.512/III gereğince açık bir yanılma olmalıdır⁷⁵. Mirasbırakanın açık yanılması gerçekte var olmayan bir durum hakkında yanlış ve eksik bir düşünceye dayanmakta ve mirasbırakan bu nedenle söz konusu mirasçı hakkında bir çıkarma sebebini bulunduğu inancı ile mirasçısını mirasçılıktan çıkarmak istemektedir⁷⁶.

Hükümde yer alan “geçersiz” ifadesinin “iptal” olarak anlaşılması gerektiğinden, mirasbırakanın mirasçılıktan çıkarma sebebi hususunda açıkça yanılması halinde, mirasçılıktan çıkarma iptal edilebilecektir⁷⁷. Bu durumda mirasçının çıkarılma sebebini mevcut olmadığını ve mirasbırakanın bu durumu bilmediğinin ispatı gerekir. Mirasbırakanın açık yanılma yüzünden mirasçılıktan çıkarıldığını ispat eden mirasçı, sadece saklı payını değil; yasal miras payının tamamını alacaktır⁷⁸.

Doktrinde mirasbırakanın yanılması sebebiyle iptal davasını mirastan çıkarılan mirasçının, bu çıkarmadan yararlanan mirasçı ya da mirasçılara karşı açacağı ifade edilmekle birlikte⁷⁹ bu hususa ilişkin olarak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, mirastan çıkarılmanın iptali davasının bütün mirasçılara yöneltilmesini gerektiğini, çıkarılan mirasçının sadece kendi altsoyuna karşı açtığı iptal davası sonucunda verilen çıkarılmanın iptali kararının diğer mirasçılar bakımından kesin hüküm oluşturmayacağı yönünde karar vermiştir⁸⁰.

Mirasbırakanın mirasçılıktan çıkarma tasarrufuna karşı açılan iptal davası lehine sonuçlanan saklı paylı mirasçı, miras payının tamamını alacaktır. Bu davada ispat yükü TMK m.6’da hükme bağlanan genel kurala tabi olup, ayrıca TMK m.512/II’de de bu husus vurgulanmış ve mirasçılıktan çıkarılan kimsenin itiraz

⁷² TUOR, § 68 N.63; HATEMİ, s.126,127; SEROZAN/ENGİN, s.433; YAĞCI, s.388. Doktrinde mirasçılıktan çıkarılmaya itiraz davasında çıkarılma sebebini varlığını ispat yükününün tasarruftan yararlanana düştüğü halde bu iddiayı mirastan çıkarılan davacının ispat etmesi gerektiği ifade edilmiş ancak; yazılı delinin bulunmaması durumunda iddianın kabulünde daha titiz davranılması gerektiğine ilişkin olarak bkz. HATEMİ, s.127.

⁷³ TUOR, § 68 N.65; DURAL/ÖZ, s.213; HATEMİ, s.129; İMRE/ERMAN, s.257; EREN/YÜCER AKTÜRK, s.208; SARI FİDAN, s.152,153; YAĞCI, s.434.

⁷⁴ ÖZTAN, s.155; HATEMİ, s.129; İMRE/ERMAN, s.257; EREN/YÜCER AKTÜRK, s.208; ANTALYA/SAĞLAM, s.259; SEROZAN/ENGİN, s.434; SARI FİDAN, s.153; YAĞCI, s.452.

⁷⁵ TUOR, § 68 N.66; DURAL/ÖZ, s.214; ANTALYA/SAĞLAM, s.259; YAĞCI, s.442; ZEYBEK, s.108.

⁷⁶ TUOR, § 68 N.66; EREN/YÜCER AKTÜRK, s.208.

⁷⁷ DURAL/ÖZ, s.214; HATEMİ, s.128; EREN/YÜCER AKTÜRK, s.208.

⁷⁸ TUOR, § 68 N.66; ÖZTAN, s.154,155; HATEMİ, s.128; EREN/YÜCER AKTÜRK, s.208.

⁷⁹ İMRE/ERMAN, s.256.

⁸⁰ Yargıtay HGK., 21.10.2019, E.2009/2437, K.2009/450, <https://legalbank.net/> (Erişim: 09.01.2022).

etmesi durumunda, belirtilen sebebin varlığını ispat yükünün çıkarmadan yararlanan mirasçı veya vasiyet alacaklısına düşeceği hükme bağlanmıştır⁸¹.

2. Tenkis Davası

Mirasçının haklı bir sebep olmaksızın mirasçılıktan çıkarılması saklı payı ihlal sebebi olduğundan, mirastan çıkarılan mirasçı, çıkarılmasından faydalanan kişi veya kişilere karşı TMK m.560 ve devamı hükümleri gereğince tenkis davası açabilecektir⁸². Mirasçılıktan çıkarılan mirasçı, çıkarma sebebinin ölümüne bağlı tasarrufta gösterilmemesi durumunda tenkis davası açabileceği gibi gösterilen sebebin yeterli olmaması durumunda da tenkis davası açabilir⁸³.

Türk Medeni Kanunu m.512/II gereğince tenkis davasında ispat yükü davalıda olup, davalı mirasçılıktan çıkarmadan yararlanan yasal ya da atanmış mirasçılardır. Bu davada mirasçılıktan çıkarmadan yararlanan yasal ya da atanmış mirasçılar mirasçılıktan çıkarma sebebinin bulunduğunu veya yeterli olduğunu ispat etmekle yükümlüdürler⁸⁴. Bu sebeple mirasbırakan tarafından mirasçılıktan çıkarma için sebep gösterilmişse mirasçılıktan çıkarılan kişi sebebin bulunmadığını ileri sürdüğünde mirasçılıktan çıkarmadan yararlanan kişi, mirasçılıktan çıkarmak için yeterli sebebin bulunduğunu ispat etmekle yükümlüdür⁸⁵.

İptal ve tenkis davaları bakımından üzerinde durulması gereken son husus, mirasçılıktan çıkarılan kişinin bu davaları açmaması durumunda onun alacaklıları ya da iflas masasının bu davaları açıp açamayacağıdır. Doktrinde bu hususta ileri sürülen ilk fikre göre iptal davası bakımından TMK m.558/I'de dava açma hakkının yalnız mirasçılar ve vasiyet alacaklılarına tanınması nedeniyle mirasçının alacaklıları ya da iflas masasının bu davaları açamayacağı kabul edilmektedir⁸⁶. Buna karşılık bu hususta doktrinde ileri sürülen diğer bir fikre göre ise TMK m.562/II gereğince mirasçılıktan çıkarılan çıkarma tasarrufuna itiraz etmemesi durumunda da iflas idaresi veya alacaklılar, aynı koşullarla tenkis davası açabileceklerinden, mirasçılıktan çıkarılan kişinin alacaklıları ve iflas masası TMK m.562/I'deki şartların gerçekleşmesi halinde çıkarmaya karşı tenkis ve iptal davası açabileceklerini kabul etmektedir⁸⁷.

Kanaatimizce TMK m.558/I gereğince iptal davası açma hakkı tasarrufun iptal edilmesinde menfaati bulunan mirasçı veya vasiyet alacaklılarına tanınmış olsa da; saklı paylı mirasçı dışında, bu mirasçının alacaklılarının ya da iflas masasının da iptal veya tenkis davası açmalarının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. TMK m.562/II'de mirasçılıktan çıkarılanın çıkarma tasarrufuna itiraz etmemesi durumunda da iflas idaresi veya alacaklıların aynı koşullarla tenkis davası açabilecekleri hükme bağlandığından; TMK m.562/I'deki şartların gerçekleşmesi durumunda mirasçılıktan çıkarılan saklı paylı mirasçının alacaklıları ve iflas masası da tenkis ve iptal davası açabilirler.

VI. SONUÇ

Türk Medeni Kanunu m.510'da düzenlenen mirasçılıktan çıkarma sebeplerinden biri de saklı paylı mirasçının mirasbırakana veya mirasbırakanın aile üyelerine karşı aile hukukundan doğan yükümlülükleri önemli ölçüde yerine getirmemesidir. Aile hukukundan doğan yükümlülüklerin önemli ölçüde yerine getirilmediğinden bahsedebilmek için mirasçının fiilinin objektif olarak aile hukukundan doğan yükümlülükleri ihlal etmesi dışında bu fiil nedeniyle subjektif olarak da aile bağlarının kesilmesi şarttır. Önemle ifade edilmelidir ki fiilin bu yükümlülükleri önemli ölçüde ihlal edip etmediğini belirleyecek olan hakim somut olayın bütün özelliklerini dikkate alması gerektiği gibi verilen kararın mirasçının kişilik hakkını ya da kişilik hakkına dahil olan değerleri ihlal etmemesi de şarttır.

Mirasçının bu sebeple mirasçılıktan çıkarabilmesi için fiilinin hukuka aykırı ve kusurlu olması gerekir. Bu nedenle çıkarma sebebi bakımından mirasbırakanın kusuru mirasçıdan daha ağır ise; mirasbırakan, mirasçının aile hukukundan doğan yükümlülüklerini yerine getirmesine imkân vermiyorsa bu durumda mirastan çıkarılma söz konusu olmamalı; her iki tarafın eşit kusurlu olduğu kanaatine varılması durumunda da mirasçılıktan çıkarma tasarrufu geçersiz sayılmalıdır.

Mirasçının mirastan çıkarılması için mirasbırakan veya aile üyelerine karşı aile hukukundan doğan yükümlülükleri ihlal etmesi gerekmektedir. Mirasbırakanın aile üyeleri kapsamına eşi, evlatlığı, nişanlısı girdiği gibi kan ve kayın hısımları da girmektedir.

Mirasçılıktan çıkarma için çıkarma sebebinin açıkça ölümüne bağlı tasarrufta gösterilmesi şart olduğundan, henüz gerçekleşmeyen bir sebebe dayanarak mirasçılıktan çıkarma mümkün olmamakla birlikte mirasçılıktan çıkarmanın geciktirici veya bozucu şarta bağlanması mümkündür.

Mirasçılıktan çıkardığı kimseyi affeden mirasbırakanın, işbu çıkarma tasarrufunu ortadan kaldırması için yeni bir ölümüne bağlı tasarruf yapması şart olduğundan; sonraki ölümüne bağlı tasarruf ile mirasçılıktan çıkarma tasarrufu geri alınmadıkça, diğer bir ifadeyle mirasçı yeni bir ölümüne bağlı tasarruf ile affedilmedikçe, mirasbırakanın fiili affi mirasçılıktan çıkarma tasarrufunu etkilemeyecektir.

Türk Medeni Kanunu m.558/I gereğince iptal davası açma hakkı tasarrufun iptal edilmesinde menfaati bulunan mirasçı veya vasiyet alacaklılarına tanınmış olsa da; saklı paylı mirasçı dışında, saklı paylı mirasçının alacaklılarının ya da iflas masasının da iptal veya tenkis davası açmalarının önünde herhangi bir

⁸¹ DURAL/ÖZ, s.214.

⁸² WILDISEN, Art. 478, N.2; ÖZTAN, s.153; SEROZAN/ENGİN, s.434; EREN/YÜCER AKTÜRK, s.207; YAĞCI, s.423.

⁸³ DURAL/ÖZ, s.214, 215; EREN/YÜCER AKTÜRK, s.207; SEROZAN/ENGİN, s.434; YAĞCI, s.421-423.

⁸⁴ DURAL/ÖZ, s.215.

⁸⁵ ÖZTAN, s.153; YAĞCI, s.422.

⁸⁶ YAĞCI, s.447.

⁸⁷ DURAL/ÖZ, s.215; İMRE/ERMAN, s. 256; KILIÇOĞLU, s.176.

engel bulunmamaktadır. Bu nedenle, TMK m.562/I'deki şartların gerçekleşmesi durumunda mirasçılıktan çıkarılan saklı paylı mirasçının alacaklıları ve iflas masası da tenkis ve iptal davası açabilirler.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Atf Şekli: Yazar Ayşenur ŞAHİN CANER, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Ayşenur ŞAHİN CANER who is the author, has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The author declares that she complies with the scientific, ethical, and quotation rules of İnULR in all processes of the paper and that she does not make any falsification of the data collected. In addition, she declares that İnonu University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than İnonu University Law Review.

KAYNAKÇA

- ANTALYA, Osman Gökhan/SAĞLAM, İpek: Miras Hukuku, Genişletilmiş 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.
- AYİTER, Nuşin/KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Miras Hukuku, Savaş Yayınları, Ankara, 1989.
- BİRSEN, Kemaleddin: Miras Hukuku, 2. Bası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1963.
- BURGI, Klaus: ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 3. Überarbeitete Auflage, 2016.
- ÇUBUKGİL, Rıza: "Mirastan Adi İskatın Mahiyeti ve Sebepleri", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, VII(3-4), 1950, s.441-467.
- DURAL, Mustafa/ÖZ, Turgut: Türk Özel Hukuku Cilt IV, Miras Hukuku, 16. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021.
- EREN, Fikret/YÜCER AKTÜRK, İpek: Türk Miras Hukuku, 4. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- ERSÖZ, Oğuz: "Mirasçılıktan Cezalandırıcı Çıkarma", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 7(14), 2019, s.195-254.
- ERSÖZ, Oğuz: Türk Hukukunda Zina Sebebiyle Boşanma, 2. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- HATEMİ, Hüseyin: Miras Hukuku, Gözden Geçirilmiş 9. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- İMRE, Zahit/ERMAN, Hasan: Miras Hukuku, 15. Bası, Der Yayınları, İstanbul, 2021.
- İNAN, Ali Naim/ERTAŞ, Şeref: Miras Hukuku, Genişletilmiş 3. Bası, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, İzmir, 1995.
- KAHVECİ, Nalan: "Alman Medeni Kanununda Saklı Paydan Uzaklaştırma Sebeplerine İlişkin Yapılan Değişiklikler ve İsviçre-Türk Hukuku ile Karşılaştırılması", Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 8, 2013, s.1483-1524.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Miras Hukuku, Genişletilmiş 11. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021.
- KULAKLI, Emrah: "Yasal Bir Hakkın Kullanılması Cezai Mirasçılıktan Çıkarılma Sebebi Teşkil Eder Mi?", İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 7(2), 2020, s.289-307.
- KOCAAĞA, Köksal: "Borç Ödemeden Aciz Sebebiyle Mirasçılıktan Çıkarma", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 7(1), 2005, s.83-102.
- KÖPRÜLÜ, Bülent: Miras Hukuku Dersleri, Genişletilmiş ve Yenilenmiş 2. Bası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1985.
- OĞUZMAN, Kemal: Miras Hukuku, Gözden Geçirilmiş 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995.
- ÖZTAN, Bilge: Miras Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- SARI FİDAN, Özlem: "Mirasçılık Sıfatını Kaybedenlerin Miras Ortaklığı ile İlişkileri", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XIX(2), 2015, s.149-164.
- SEROZAN, Rona/ENGİN, Baki İlkay: Miras Hukuku, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.
- TONGSİR, Ferih Bedii: "Mirastan İskat ve Mahrumiyet Müesseseleri Hakkında Düşünceler", Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2(2), 1958, s.249-266.
- TUOR, Peter: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Auflage, 2009.
- WEIMAR, Peter: Die Gesetzlichen Erben; Die Verfügungsfähigkeit, Die Vergügungsfreiheit, Die Vergügungsarten, Die Verfügungsformen, Art 457-516 ZGB, BK-Berner Kommentar Band/Nr. III, 2009.
- WILDISEN, Christoph: CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Herausgeber Peter Breitschmid, Alexandra Rumo-Jungo, 2. Auflage Jahr 2012.
- YAĞCI, Kürşad: Cezai Mirasçılıktan Çıkarma, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- ZEYBEK, Seher Direnç: Aile Hukukundan Doğan Yükümlülüğün Yerine Getirilmemesi Nedeniyle Mirasçılıktan Çıkarma, Aristo, İstanbul, 2021.

İTİRAZIN İPTALİ DAVASININ TÜRK MİLLETLERARASI USUL HUKUKU YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ

EVALUATION ON ANNULMENT OF OBJECTION SUIT IN TERMS OF TURKISH INTERNATIONAL PROCEDURE LAW

Sinan Can KONYALI*  

10.21492/inuhfd.1128861 

Makale Bilgi

Gönderi: 10/06/2022
Kabul : 20/12/2022

Anahtar Kelimeler

İtirazın İptali,
Milletlerarası Usul
Hukuku,
Yetki Anlaşması,
Tahkim Anlaşması,
Tanıma-Tenfiz.

Article Info

Received: 10/06/2022
Accepted: 20/12/2022

Keywords

Annulment of Objection,
International Procedure
Law,
Jurisdiction Agreement,
Arbitration Agreement,
Recognition-
Enforcement.

Özet

İtirazın iptali davasının kendisine özgü niteliği Türk icra hukukunda birçok sorunu ve tartışmayı beraberinde getirmektedir. Söz konusu tartışmaların milletlerarası usul hukuku boyutuyla da ele alınması gerekmektedir. Keza yabancılık unsuru barındıran özel hukuk ilişkilerinde taraflar, giderek artan bir biçimde yetki ya da tahkim anlaşmaları akdetmekte ve uyuşmazlığın yabancı devlet mahkemesi ya da hakemler önünde görülmesi konusunda anlaşabilmektedir. Aralarında yetki ya da tahkim anlaşması bulunması durumunda alacaklının, borçluyla aralarındaki güven ilişkisi gereği uyuşmazlığın çözümü için yetkili yabancı mahkemeye ya da hakemlere başvurması beklenir. Ancak alacaklı yetki ya da tahkim anlaşmasının varlığına rağmen borçlu aleyhine ilamsız icra takibine başvurabilmektedir. Borçlunun takibe itiraz etmesi durumunda ise itirazın kaldırılması yoluna başvuramayan alacaklı tarafından takibe devam edilebilmesinin tek yolu itirazın iptali davası ikame etmektir. İtirazın iptali davası konusunda Türk mahkemelerinin yetkisi münhasır değildir. Davanın her ne kadar icra hukuku içerisinde yer alsa da maddi hukuk karakteri gereği tarafların yetki anlaşmalarının geçerliliğine engel olmaması lazım gelir. Tahkim bakımından ise para veya teminat borçlarını içeren itirazın iptali davasının konu yönünden tahkime elverişli olarak kabul edilmesi gerektiği ve hakemlerin itirazın iptaline karar verme konusunda yetkili oldukları son yıllardaki Yargıtay kararları ve doktrin görüşleri ışığında ortaya konmuştur. İtirazın iptali davası, yalnızca Türk ve İsviçre Hukuku'nda kabul edilmektedir. Dolayısıyla yabancı hâkimin ya da hakemlerin davayı ne şekilde vasıflandıracığı, esasa uygulanacak hukuku ne şekilde belirleyeceği gibi birçok problemle karşılaşmaktadır. Bunun yanı sıra bir yıllık hak düşürücü sürenin yabancı mahkemeler ya da hakemler önünde açılan davalar üzerindeki etkisi, tazminatlar, yabancı mahkeme ya da hakem kararına binaen ilamsız icra takibi başlatılıp başlatılmayacağı konuları tartışılması gereken sorunlardan birkaçıdır.

Abstract

The peculiar nature of the annulment of objection suit brings along many problems and debates in Turkish enforcement law. These problems should also be addressed in terms of international procedure law. Likewise, the parties increasingly conclude jurisdiction or arbitration agreements and settle with that the dispute should be heard before a foreign court or arbitrators in private law relations that contain the foreign element. If there is such a contract, the creditor is expected to bring the dispute to the competent court or arbitrators due to the trust relationship between them. However, the creditor may apply for enforcement proceedings without judgment against the debtor, despite the existence of jurisdiction or arbitration agreement. If the debtor objects to the proceeding, the only way for the creditor, who cannot apply removal of the objection, to continue to proceedings is to file the annulment of objection suit. The jurisdiction of Turkish courts in the annulment of objection suit is not exclusive. Although the case is included in the enforcement law, due to its substantive law character, it should not prevent the validity of agreements. In terms of arbitration, it is asserted in the light of recent Turkish Court of Cassation decisions and doctrinal views that the annulment of objection suit which includes money or guarantees debts should be accepted as arbitrable and arbitrators are entitled to take a decision. The action for annulment of the objection is accepted only in Turkish and Swiss Law. Therefore, many problems are encountered such as how the foreign judge or arbitrators will classify the case and how they will determine the applicable law to the merits. In addition, the effect of the one-year period of disqualification on the cases brought before foreign courts or arbitrators, compensations and whether enforcement proceedings can be initiated without judgment based on a foreign court or arbitrator's decision are some of the issues that need to be discussed

 Bu eser [Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/) ile lisanslanmıştır.

*Arş. Gör. Uludağ Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | Cite As: Sinan Can KONYALI, "İtirazın İptali Davasının Türk Milletlerarası Usul Hukuku Yönünden Değerlendirilmesi", İnÜHFD, 13(2), 2022, s.519-533. İntihal | Plagiarism: Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via a plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

The annulment of objection suit constitutes one of the most controversial areas of Turkish enforcement law. Considering the nature of the suit, the unity between doctrinal views or a stable practice in the Turkish Court of Cassation decisions given in various years has not been achieved yet. These discussions raise many important questions that need to be answered in terms of legal relations that contain foreign elements. Especially in the event that jurisdiction or arbitration agreement is concluded between the parties that authorize foreign courts or arbitrators. In this context, our study aims to examine the annulment of objection suit in accordance with the regulations and principles of Turkish international procedural law.

Although there are many questions that need to be answered gradually in our study, we have a basic view on which we base on the answering of all these questions. At this point, we are of the opinion that the creditor should not be allowed to nullify jurisdiction or arbitration agreement unilaterally by applying enforcement proceedings without judgment. Therefore, there is no obstacle for the creditor to apply for enforcement proceedings without judgment despite the jurisdiction or arbitration agreement. However, in case of objection of the debtor, it is stated that the annulment of the objection should be brought before the competent foreign courts or arbitrators. All the questions in our study are shaped on this basic.

In this respect, the views in the Turkish enforcement law doctrine and the Turkish Court of Cassation decisions are examined. Depending on the suit is specific to enforcement law and has the characteristics of a performance or a declaratory, a substantive or a procedural, there have been many important consequences in terms of international procedural law. Likewise, considering the procedural character of the case, it can be concluded that it is not possible for foreign courts or arbitrators to decide on a case under Turkish procedural law. Although the suit is included in the Enforcement and Bankruptcy Code, it is a type of suit in which substantive law character is at the forefront when evaluated in terms of jurisdiction, trial procedure and subject.

Accepting that the suit is entirely specific to the enforcement law, it gives rise to the exclusive jurisdiction of Turkish courts. As a consequence of this, the invalidity of the jurisdiction agreement and the denial of the enforcement or the recognition of the foreign court or arbitral award must be recognized. However, it can be argued that the suit is not specific to the enforcement law in terms of international procedure law. Although it has consequences specific to the enforcement law, there are many characteristics of substantive law. Such as (1) the proceedings are carried out in accordance with the general provisions, (2) it is not subject to the strict formal requirements of the enforcement law and (3) the decisions have *res judicata* effect.

If it is accepted that the case can be heard before foreign courts or arbitrators, the problems related to how the foreign court or arbitrators will classify the case or determine the applicable law should also be resolved. For the benefit of the plaintiff, it's possible on the theory that case can be classified by the foreign court or arbitrators in accordance with Turkish Law. In this respect, a one-year period of disqualification should be also taken into account in the interests of the plaintiff. Since the case already contains a fundamental debt relation, foreign judges or arbitrators should determine the applicable law in accordance with the conflict of laws rules or in a manner stipulated by the law applicable to the arbitration procedure. The compensations awarded in the action for the annulment of the objection are also within the scope of the article. Although it has the nature of a sanction, we believe that foreign judges or arbitrators can also decide on compensations due to the procedural economy and the interests of the parties. Otherwise, there are some consequences that are contrary to the procedural economy and the interests of the parties, such as filing a separate lawsuit in Turkish courts for compensation or re-trial before the Turkish courts for the annulment of the objection. There is no obstacle to initiate enforcement proceedings without judgment based on a foreign court or arbitrator's decision. However, if the court or arbitrator's decision is not final, the Turkish Court doesn't have jurisdiction.

As can be seen, the annulment of objection suit brings along many questions that need to be answered in terms of international procedural law as well as enforcement law. Some evaluations were made on the subject, especially in terms of the contract of jurisdiction. In terms of the arbitration agreement, our personal views are presented based on the doctrinal views and the decisions of the Court of Cassation. In this way, it has been tried to evaluate the issue with the dimension of international procedural law.

I. GİRİŞ

Yabancılık unsuru barındıran hukuki ilişkilerde alacaklı ve borçlu 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un¹ (MÖHUK) 47. maddesi uyarınca yetki anlaşması ya da tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk uyarınca geçerli bir tahkim anlaşması akdederek aralarındaki muhtemel uyuşmazlıkların çözümünü için yabancı mahkemeleri ya da hakemleri yetkilendirebilir. Bu tip bir anlaşmanın varlığı halinde alacaklıdan beklenen uyuşmazlığın çözümü için anlaşmada belirtilen mahkemeye ya da hakemlere başvurmasıdır. Buna rağmen alacaklı, isterse 2004 Sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun² (İİK) 42. maddesi uyarınca borçlu aleyhine ilamsız icra takibi başlatabilir. Borçlunun süresinde takibe itiraz etmesiyle birlikte elinde İİK'nın 68. maddesinde sayılı belgelerden olmayan alacaklının takibine devam edebilmesi için başvurabileceği tek yol genel mahkemelerde itirazın iptali davası açmaktır.

Taraflar arasında yetki ya da tahkim anlaşmasının akdedilmiş olması durumunda alacaklının Türk icra daireleri nezdinde ilamsız icra takibi başlatıp başlatamayacağı doktrinde tartışmalı olsa da birçok görüş, Türk icra dairelerinin yetkisinin taraflar arasındaki yetki ya da tahkim anlaşmasına rağmen devam ettiğini, dolayısıyla alacaklının yetki ya da tahkim anlaşmasına rağmen ilamsız icra takibine başvurabileceğini kabul etmektedir. Çalışmamızda da bu görüş temelinden yola çıkılacak; takibine itiraz edilen alacaklı ile borçlu arasındaki yetki anlaşmasının durumu itirazın iptali davası yönünden ele alınacaktır. Tahkim anlaşması bakımından ise hakemlerin itirazın iptaline karar verme yetkisinin bulunup bulunmadığı üzerinde durulacaktır. Ayrıca itirazın iptalinin tanınmadığı bir hukuk sisteminde yabancı hâkimin veya hakemlerin itirazın iptali davasını ne şekilde vasıflandıracağı, esasa uygulanacak hukuk, tazminatlar, bir yıllık hak düşürücü süre ve yabancı mahkeme ya da hakem kararına dayalı olarak ilamsız icra takibi başlatıldığında ortaya çıkabilecek sorunlar da incelenecektir. Aynı bir çalışma gerektirecek kadar geniş olması nedeniyle itirazın iptali kararının tanınması ve tenfizi konusu kapsam dışı bırakılmıştır. Ancak pratik gerekçeler sebebiyle yeri geldikçe itirazın iptali kararının eda ya da tespit niteliğinden yola çıkılarak tanımaya mı yoksa tenfize mi tâbi olması gerektiği konusunda kısaca bilgi verilecektir.

Yukarıdaki değerlendirmelerin yapılabilmesinin ön koşulunu itirazın iptali davasının niteliğine ilişkin Türk doktrinindeki tartışmaların ve birbiriyle çelişen Yargıtay kararlarının incelenmesi oluşturmaktadır. İtirazın iptali davasının niteliğine ilişkin görüşler, icra hukukunun en tartışmalı alanlarından birisini teşkil etmektedir.

Çalışmamız giriş ve sonuç bölümleri de dâhil olmak üzere dört ana başlıktan oluşmaktadır. Giriş bölümünün ardından ikinci ana başlıkta itirazın iptaline ilişkin Türk icra hukukundaki görüşler ve Yargıtay kararları kısaca ele alınacaktır. Üçüncü ana başlıkta ise davanın milletlerarası usul hukuku bakımından yaratması muhtemel sorunlara ve çözüm önerilerine değinilecektir.

İtirazın iptali davasının milletlerarası usul hukuku bakımından etkileri ve sonuçları, üçüncü ana başlıkta kademeli bir biçimde ele alınacaktır. İlk olarak taraflar arasında akdedilen yetki ya da tahkim anlaşmasına rağmen alacaklının ilamsız icraya başvurup başvuramayacağı sorusu cevaplandırılacaktır. Ardından itirazın iptali davasında Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi ve taraflar arasında akdedilen yetki anlaşmasının geçerliliği üzerinde durulacak; sonrasında ise tahkim anlaşmasına binaen hakemlerin itirazın iptaline karar verip veremeyeceği tartışılacaktır. Son olarak yabancı mahkemeler önünde vasıflandırma ve uygulanacak hukuk sorunları değerlendirilecek, bir yıllık hak düşürücü süre, icra-inkâr ve kötü niyet tazminatı ile yabancı mahkeme ya da hakem kararına dayanan ilamsız icra takipleri hakkında bilgi verilecektir.

II. DOKTRİN GÖRÜŞLERİ VE YARGITAY KARARLARI UYARINCA İTİRAZIN İPTALİ DAVASININ NİTELİĞİ

A. Davanın Niteliği Hakkındaki Görüşler

İtirazın iptali davasının niteliğine yönelik ne Yargıtay kararlarında ne de doktrinde bir görüş birliği mevcuttur. Doktrinde bazı yazarlar davanın bir eda davası olduğu görüşünü savunurken bazı yazarlar ise tespit davası niteliğinde olduğu görüşündedir. Üçüncü bir grup yazar ise davanın icra hukukuna özgü ya da karma nitelikli bir dava olduğu görüşlerine sahiptir.

İlk olarak davanın bir eda davası niteliğinde olduğuna ilişkin görüşlere kısaca değinilecektir.

Davanın eda davası olduğuna ilişkin görüşler³ uyarınca davacının itirazın iptaline yönelik talep sonucu alacağın tahsilini istemini de bünyesinde barındırmaktadır⁴. İtirazın iptali davasında öncelikle alacağın tespiti, ardından ise borçlunun alacağı ödemeye mahkûm edilmesi istenmektedir⁵. Alacağın tahsili talebini içeren bir dava da eda davası niteliğindedir. İİK'nın 67/1. ile 67/4. maddelerinde düzenlenen itirazın iptali davasıyla alacak davasının ayrı davalar olduğu görüşü, dava teorisine ve usûl ekonomisine aykırıdır. Alacaklının eda davası açması mümkün olan hallerde tespit davası açmasında hukuki yararı da

¹ RG: 12.12.2007, 26728.

² RG: 19.06.1932, 2128.

³ BERKİN, Necmeddin: Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1980, s.420 vd.; KARSLI, Abdurrahim: İcra Hukuku Ders Kitabı, Yenilenmiş 1. Baskı, Alternatif Yayıncılık, İstanbul, 2010, s.394.

⁴ POSTACIOĞLU, İlhan: "Ödeme Emrine İtirazın İptali Mevzuunda Bazı Zarurî Açıklamalar", BATİDER, X(4), 1980, (İtirazın İptali 2), s.977.

⁵ KURU, Baki: "Ödeme Emrine İtirazın İptali Davası ve İcra İnkâr Tazminatı", Adalet Dergisi, (7-8), 1961, (İtirazın İptali), s.678; KURU, Baki/AYDIN, Burak: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s.112.

bulunmamaktadır. Dolayısıyla alacaklı tarafından yalnızca alacağın tespitine yönelik bir dava açılmayacağı ileri sürülmektedir⁶.

İtirazın iptali davasının tespit davası niteliğinde olduğunu savunan görüşler ise kısaca aşağıdaki gibidir:

Bu görüşe göre itirazın iptali davasında mahkeme, borçlunun bir edaya mahkûmiyetine hükmetmemektedir. İtirazın iptali davasının amacı alacağın tespit edilmesi suretiyle duran icra takibine devam edilebilmesidir. Bu tespit yapılması alacaklının takibe devam edebilmesi için gerekli ve yeterlidir. Bunun dışında alacağın tahsiline yönelik bir hükme gerek bulunmamaktadır⁷. İtirazın iptali davasıyla bir yıllık sürenin geçmesinin ardından açılacak alacak davası farklı davalardır. Kanun koyucunun da aynı davayı iki farklı hükümlerle düzenleme altına almış olması hukuk mantığına aykırıdır. Bu görüş uyarınca alacaklı isterse bir yıllık süre içerisinde itirazın iptali davası açabileceği gibi isterse 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda⁸ yer alan zamanaşımı süresi içerisinde tahsil davası da açabilir⁹. Alacaklının hangi davayı açtığı ise netice ve talep bölümünden anlaşılmaktadır¹⁰.

Doktrindeki diğer görüşler ise itirazın iptali davasını salt eda ya da tespit davası olarak nitelendirmekten ziyade belli başlı özelliklerinden hareketle açıklamalarda bulunmaktadır. Bu görüştekilerin birçoğu davayı icra hukukuna özgü bir dava türü olarak değerlendirmektedir¹¹.

Bir görüş itirazın iptali davasını tespit ya da eda davası yerine karma nitelikli bir dava olarak nitelendirmekte ve davacının talebine göre tespit ya da eda kısmının ağırlık gösterebileceğini ifade etmektedir¹².

Doktrindeki bir diğer görüş ise davanın eda ya da tespit davası olarak nitelendirilmesinin pratikte bir öneminin bulunmadığını belirtmektedir¹³.

İtirazın iptali davasına yönelik Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlar arasında da bir birlik söz konusu değildir. Yargıtay vermiş olduğu eski bir kararında¹⁴ itirazın iptali davasını tespit niteliğinde bir dava olarak kabul etmekten sonraki kararlarında¹⁵ eda davası olarak nitelendirmiş; ardından yeniden tespit davası olduğu yönündeki görüşüne¹⁶ geri dönmüştür.

B. Görüşümüz

İtirazın iptali davasının niteliğine ilişkin tartışmalar, Yargıtay'ın 1972 yılında verdiği karar sonrasında başlamıştır¹⁷.

Kanımızca itirazın iptali davası ile tahsil davası iki ayrı dava değildir. Doktrinde de belirtildiği gibi alacaklının 1 yıllık süre içerisinde itirazın iptali davasının yanı sıra isterse tahsil davası da açabileceğinin kabulü, kötü niyetli alacaklılar aleyhine tazminata hükmedilmesi ihtimalinin yine kötü niyetli alacaklıların iradesine bağlı olarak bertaraf edilebilmesi¹⁸ anlamına gelir ki bu durum menfaat dengesini borçlu aleyhine

⁶ KURU, Baki: İcra ve İflas Hukuku, Cilt I, 3. Bası, Alfa Basım Yayın, 1988, (İcra), s.281.

⁷ ÇAĞA, Tahir: "Ödeme Emrine İtirazın İptali Davasına Dair", BATİDER, VIII(3), 1976, (İtirazın İptali), s.26. Davanın tespit niteliğinde bir dava olduğuna ilişkin diğer bir görüş için bkz. OKÇUOĞLU, Yavuz: Yargıtay Kararları ve Karşı Oylarım, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1991, s.408 vd.

⁸ RG: 04.02.2011, 27836.

⁹ ÇAĞA, İtirazın İptali, s.29.

¹⁰ ÇAĞA, İtirazın İptali, s.23-24.

¹¹ PEKCANİTEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral/ÖZEKES, Muhammet: İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 9. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s.115-116; DEYNEKLİ, Adnan/KISA, Sedat: İtirazın İptali Davaları ve İcra İnkâr Kötü Niyet Tazminatı, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s.78; ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim/ERDOĞAN, Ersin: İcra ve İflas Hukuku, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s.148; ÖZKAN, Yönel: İcra İflas Hukukunda İtirazın İptali Davası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004, s.32-33.

¹² ERİŞ, Gönen: Ödeme Emrine İtirazın İptali Davası ve Bazı Sorunlar, Ankara Barosu Dergisi, (5), 1977, s.828.

¹³ YILMAZ, Ejder: İtirazın İptali Davasının Hukukî Niteliği, Saim Üstündağ'a Armağan, Ankara, 2009, (İtirazın İptali), s.612-613.

¹⁴ Yargıtay 11.HD, 14.03.1972, 1174/1203. Karar için bkz. ÇAĞA, İtirazın İptali, s.26 vd.

¹⁵ "...Ödeme davası bir hakkın varlığının saptanmasını da içerir. Bu davada da öncelik alacağın varlığının tespiti gerekecektir... Alacağın varlığının ispatı suretiyle itirazın iptali istemi alacağın tahsili hakkındaki davanın kapsamı içinde bulunmaktadır." Yargıtay HGK, 21.11.1979, E.1977/4-993, K.1979/1378; "...Alacağın varlığının ispatı suretiyle itirazının iptali istemi alacağın tahsili hakkındaki davanın kapsamı içinde bulunmaktadır." Yargıtay HGK, 26.09.1980, E.1980/11-2004, K.1980/2181, sinerjimevzuat.com.tr (Erişim: 10.11.2022).

¹⁶ "...Dava, İİK'nun 67. maddesine dayalı itirazın iptali istemine ilişkindir. Mahkemece, anılan meblağın davalılardan müteselsilen tahsiline karar verilmiştir. İcra takibine vaki itirazın iptali davası ile bir alacağın tahsili amacıyla açılan alacak davaları, nitelikleri itibarıyla birbirinden farklı dava türleridir... Bu durum karşısında dava dilekçesi ile itirazın iptali isteminde bulunulduğu halde mahkemece yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamış..." Yargıtay 11.HD, 05.04.2004, E.2003/9065, K.2004/3572; "Taraflar arasındaki dava itirazın iptali davası olduğu halde mahkemece davanın kısmen kabulü ile ...-TL.nin faizi ile davacıdan alınıp davalıya verilmesine karar verilmiş, satış değeri üzerinden de ...-TL. inkar tazminatına hükmedilmiştir. Oysa itirazın iptali davalarında tahsil kararı verilmesine olanak bulunmamaktadır. Bu itibarla icra takibine vaki itirazın iptaline karar verilmesi gerekirken talep dışına çıkılmak suretiyle alacağın tahsiline karar verilmesi isabetsizdir." Yargıtay 13.HD, 21.04.2003, E.2002/15291, K.2003/4753, sinerjimevzuat.com.tr (Erişim: 10.11.2022).

¹⁷ Tartışmalar, Çağa'nın 1976 yılında yayınlamış olduğu Kuru ve Postacıoğlu'nun görüşlerini eleştiren ve Yargıtay'ın söz konusu kararını yerinde bulan makalesiyle birlikte başlamıştır. Makale için bkz. dpn. 7. Bu makalenin ardından Postacıoğlu, 1978 yılında Çağa'nın makalesine cevaben bir makale kaleme almıştır. POSTACIOĞLU, İlhan: "İcrada İnkâr Tazminatı Üzerine Düşünceler ve Bazı İhtilafli Noktalar", BATİDER, IX(4), 1978, (İtirazın İptali), s.951-970. Bu makalenin ardından önce Çağa 1979 yılında, sonrasında Postacıoğlu ise 1980 yılında birer makaleyle birbirine cevap vermiştir. ÇAĞA, Tahir: "Yine Ödeme Emrine İtirazın İptali Davasına Dair", BATİDER, X(2), 1979, s.369-376. Postacıoğlu'nun makalesi için bkz. dpn. 4.

¹⁸ YILMAZ, İtirazın İptali, s.610. Benzer yönde bkz. TÜYSÜZ, Cemre: Milletlerarası Ticari Tahkim Açısından İcra ve İflas Hukukundaki Davalar, 1. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2017, (Davalar), s.91.

bozmaktadır. Dolayısıyla takibinde haksız olduğunu öngörebilen ve bu saikle hareket ederek icra takibi başlatan alacaklının, aleyhine hükmedilecek tazminata da katlanması gerekmektedir¹⁹.

İtirazın iptali, alacak davasının kendisine has sonuçlar bağlanmış olan özel bir görünümüdür. Alacağına kavuşmak isteyen alacaklı, borçlu aleyhine ilamsız takip başlatarak itirazın iptali davasıyla haciz yoluna gidebileceği gibi takip başlatmadan alacağın tahsiline yönelik alacak davası açma hakkına da sahiptir. Kanun koyucu, alacaklının ilamsız icra takibi yolunu seçmesi durumunda itirazın iptali davası özelinde birtakım hukuki şartlar (bir yıllık hak düşürücü süre) ve sonuçlar (icra-inkâr tazminatı) öngörmüştür.

İtirazın iptali salt bir tespit davası niteliğinde değildir. İtirazın iptali kararı verilmesi üzerine alacaklı, kararı ilgili icra dairesine ibraz ederek icra organlarını harekete geçirmekte ve haciz işlemlerini başlatabilmektedir. Buna karşın tespit niteliğindeki bir mahkeme kararının icra organlarını harekete geçirmesi mümkün değildir.

İtirazın iptali teknik anlamda bir eda davası niteliğinde de değildir. Yargıtay 2014 yılında, usul ekonomisi ve iş yoğunluğu gerekçesiyle de olsa 12. Hukuk Dairesi'nin²⁰ içtihadından dönerek dava sonunda elde edilen hükmün ayrı bir takibe konu olamayacağı; kararda yer alan inkâr tazminatı, ilam harcı, dava masrafı ve vekâlet ücreti gibi kalemlerin ancak hükmün ilgili icra dosyasına ibraz edilmek suretiyle istenebileceği yönünde karar vermiştir²¹. Hâlbuki dava, salt eda davası olarak kabul edilseydi davacının elde edeceği ilamla birlikte ayrı bir ilamlı icra takibi başlatmasında ya da itirazın iptali dışında kalan dava masrafları, vekâlet ücreti, tazminat hükümlerine yönelik ilamlı icraya başvurmasında herhangi bir engel olduğundan bahsedilememesi gerekirdi.

İtirazın iptali davasını karakterize eden en önemli iki unsur itirazın iptali hükmü ile icra inkâr ve kötü niyet tazminatlarıdır. Doktrinde itirazın iptali davası bir alacak davası olarak görülmekte²²; genel hükümler uyarınca açılacak alacak davasıyla itirazın iptali davasının esasen aynı davalar olduğu²³ savunulmaktadır. Dava her ne kadar İİK içerisinde yer alsın da görev ve yetki yönünden genel hükümlerin uygulandığı ve yargılamanın da genel hükümler uyarınca yürütüldüğü bir yapıya sahiptir. Dolayısıyla itirazın iptali davası her ne kadar İİK'da yer alsın kural olarak alacak davasından bir farkı bulunmamakta ve bu yönüyle maddi hukuk karakteri ön plana çıkmaktadır.

Yukarıda izah ettiğimiz gerekçeler bir arada değerlendirildiğinde itirazın iptali davasının kendisine has şartları ve sonuçları olan, maddi hukuk karakterli bir eda davası olduğu kanısındayız. Yargılama sonunda alacağın tahsiline yönelik bir eda hükmüne gerek bulunmamaktadır. Buna karşın alacaklı, lehine elde ettiği kararla icra organlarını harekete geçirebilmektedir. Dolayısıyla kararın eda niteliği tespit niteliğine daha ağır basmaktadır.

III. İTİRAZIN İPTALİ DAVASININ MİLLETLERASI USUL HUKUKU BOYUTU

A. Tahkim ya da Yetki Anlaşmasına Rağmen İlamsız İcraya Başvuru

Yabancılık unsuru barındıran özel hukuk ilişkilerinde taraflar, muhtemel uyuşmazlıkların çözümünü için MÖHUK'un 47. maddesi uyarınca yabancı bir devlet mahkemesini yetkili kılabilen gibi tahkim anlaşması akdederek hakem ya da hakemleri de yetkilendirebilir. Taraflar arasında yetki veya tahkim anlaşması bulunması durumunda alacaklının borçlu aleyhine genel haciz yoluyla ilamsız icra takibi başlatıp başlatamayacağını incelenmesi gerekmektedir. Konu ilk olarak tahkim anlaşmaları boyutuyla ele alınacak ve uygun düştüğü ölçüde yetki anlaşmaları bakımından da değerlendirilecektir.

Doktrinde geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığı durumunda alacaklının ilamsız icra takibine başvuramayacağını ileri süren görüşlerin yanı sıra aksi görüşler de mevcuttur. Alacaklının ilamsız icra takibine başvuramayacağını öne süren görüşler uyarınca taraflar, akdettikleri tahkim anlaşmasıyla uyuşmazlığın devlet yargısına yerine hakemler önünde görüleceği konusunda anlaşmışlardır. Tarafların tahkim anlaşması akdetmelerinin altında yatan temel sebep devlet yargısından kaçınma istekleridir. Keza icra organları da devletin adalet teşkilatı içerisinde bulunmaktadır. Dolayısıyla alacaklı, tahkim anlaşmasının akdedilmesiyle birlikte ilamsız icra yoluna başvuramayacaktır²⁴.

Geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığına rağmen alacaklının ilamsız icraya başvurabileceğini savunan görüşlere göre tahkim anlaşması tarafların mahkemeler önünde dava açmasını önleyici bir etkiye sahiptir. İlamsız icra takibi ise uyuşmazlığı nihai olarak sona erdirmeye fonksiyonuna sahip olmamakla birlikte

¹⁹ YILMAZ, İtirazın İptali, s.608.

²⁰ "...itirazın iptaline dair ilamdaki edayı içeren kısımlar olan %40 inkâr tazminatı, vekalet ücreti ve yargılama gideri gibi alacaklar yönünden yeni bir ilamlı icra takibi yapılabilir." Yargıtay 12.HD, 01.06.2004, E.2004/10325, K.2004/13935; "İlamda hükmedilen inkâr tazminatı ücreti vekalet harç ve masraflarında keza aynı takip dosyası üzerinden ör.53 icra emri çıkarılmak suretiyle borçlulardan tahsilinin talep edilmesi mümkündür." Yargıtay 12.HD, 27.05.2004, E.2004/9686, K.2004/13482; "...itirazın iptali ilamında hükmedilen yargılama gideri icra inkâr tazminatı ve vekalet ücreti ile ilgili olarak aynı dosya üzerine takip yapılabilmesi gibi örnek:53 gönderilmek suretiyle bu kalemlere ilişkin ayrıca takip de yapılabilir." Yargıtay 12.HD, 30.10.2003, E.2003/19332, K.2003/21216 sinerjimevzuat.com.tr (Erişim: 10.11.2022).

²¹ "...yeni bir takip açılması yukarıda yer verilen yasal düzenlemeye bağlanmış usul ekonomisi ilkesine ters düştüğü gibi davetin ve hesaplamının tek dosya üzerinden yapılabilme imkânı bulunduğu halde yeni dosyalara açılması ve her dosyanın değişik şikâyetlere konu edilebilmesi nedeniyle iş yoğunluğuna da neden olmaktadır. Bu nedendir ki, itirazın iptali ilamından kaynaklanan alacak kalemlerinin ayrı bir takibe konu edilebileceği yönündeki içtihadımızdan dönülme gereği hasıl olmuştur." Yargıtay 8.HD, 13.01.2014, E.2013/12873, K.2014/62, sinerjimevzuat.com.tr (Erişim: 10.11.2022).

²² KURU, İcra, s.280.

²³ YILMAZ, İtirazın İptali, s.608-609.

²⁴ DEYNEKLİ/KISA, s.272 vd.; DAYINLARLI, Kemal: HUMK'da Düzenlenen İhtiyari İç Tahkim, 2. Baskı, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 2004, s.66; YILMAZ, Ejder: "Tahkimde İtirazın İptali Davası ve Tahkime Elverişlilik Kuralı", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (16) Özel, Hakan Pekcantez'e Armağan, 2014, (Tahkim), s.540-541.

bir dava niteliğinde değildir. Dolayısıyla alacaklının tahkim anlaşmasına rağmen ilamsız takibe başvurmada herhangi bir engel bulunmamaktadır²⁵. Konuya ilişkin Yargıtay’ın iki yönde de kararları mevcuttur²⁶.

Kanımızca tahkim anlaşması, tarafların ilamsız icraya başvurmalarına engel teşkil etmemektedir. Keza ilamsız icra, mahkeme ya da hakem faaliyeti benzeri bir yargılama fonksiyonuna sahip değildir. Tarafların tahkim anlaşması akdetmelerindeki amaçları uyumsuzluğun nihai olarak sona erdirilmesine yönelmiştir. İlamsız icra ise bu özelliği bünyesinde barındırmamaktadır.

Tahkim anlaşmalarında olduğu gibi Türk icra dairelerinin yetkisinin yabancı mahkemeleri ya da icra dairelerini yetkilendiren yetki anlaşmalarıyla ortadan kaldırılması mümkün görünmemektedir. Bu noktada tahkim anlaşmaları bakımından yukarıda yaptığımız değerlendirmenin yetki anlaşmaları bakımından da geçerli olmaması için herhangi bir engelin mevcut olmadığı kanısındayız. Kaldı ki ister yetki ister tahkim anlaşması akdedilmiş olsun; devletin hâkimiyet tasarruflarını yerine getiren, kamusal nitelikteki ve egemenlik yetkisinin bir uzantısı olan icra organlarına erişimin yetki ya da tahkim anlaşması yoluyla kısıtlanmasına cevaz verilmemelidir²⁷. Keza Yargıtay da, cebri icranın devletin egemenlik haklarının kullanılmasının bir sonucu olduğunu ve yabancı icra dairesini yetkili kılan yetki anlaşmalarıyla Türk icra dairelerinin yetkisinin ortadan kaldırılmasının mümkün olmadığını kabul etmektedir²⁸.

B. İtirazın İptali Davası Kapsamında Münhasır Yetki

MÖHUK’un 47. maddesi uyarınca yetki anlaşmasının geçerli olabilmesi için aranan şartlardan biri uyumsuzluğun Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine giren konulara ilişkin olmamasıdır. Yetki anlaşmasına ilişkin itirazın iptali davası özelinde Türk mahkemelerinin yetkisinin münhasır olup olmadığı ele alınmalıdır.

Münhasır yetki kavramı doktrin ve Yargıtay kararları ışığında mercek altına alınmaktadır. Doktrinde genel olarak kanun koyucunun bir uyumsuzluğun mutlak bir biçimde Türk mahkemelerinde görülmesini istemesi ve bu suretle Türkiye’de her daim yetkili bir mahkeme bulundurması durumunda Türk mahkemelerinin münhasır yetkisinin olduğu ifade edilmektedir²⁹. Yargıtay ise münhasır yetki kurallarını “devletin kendi ülke ve sınırları içerisinde haiz olduğu mutlak güç ve yetkiyi ifade eden, devletin egemenlik ve hükümlerlik haklarının kullanılmasını gösteren ve simgeleyen kurallar” şeklinde tanımlamaktadır³⁰. Hangi hallerde münhasır yetkinin söz konusu olacağı yetki kuralının varlık sebebi, lafzı ve amacı gibi unsurların yorumlanması suretiyle belirlenmektedir. Dolayısıyla yetki kuralı, yabancılık unsuru barındıran uyumsuzluğa ilişkin yargılamanın mutlak bir biçimde Türk mahkemelerinde görülmesi gerektiğini öngörüyorsa münhasır yetkiden bahsedilmektedir³¹.

Devletin kamusal nitelikli müdahale yetkisinin tezahür ettiği cebri icra alanında Türk mahkemelerinin yetkisinin münhasır olduğu kabul edilmektedir³². Keza icra organlarının sahip olduğu müdahale gücü devletin, toprakları üzerinde yaşayan insanların temel haklarıyla sıkı ilişki içerisindedir. Bunun yanı sıra birçok icra hukuku davası yargılması da usul hukukuna özgü sıkı şekil şartlarına tâbi olabilmektedir.

²⁵ KURU, İcra, s.290; ŞANLI, Cemal: Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 6. Bası, Beta Basım, İstanbul, 2016, s.314; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s.117; PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 10. Bası, On İki levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s.616; KARSLI, s.404; YEŞİLİRMAK, Ali: “Geçerli Bir Tahkim Anlaşmasının Varlığına Rağmen Genel Haciz Yoluyla Takip Yapılabilir Mi?”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 96, 2011, s.224-225; TUYSÜZ, Davalar, s.99.

²⁶ Örnek Yargıtay kararları için bkz. YEŞİLİRMAK, s.211 vd.

²⁷ Yetki anlaşması yönünden bkz. NOMER, Ergin: Milletlerarası Usul Hukuku, Yenilenmiş 2. Bası, Beta Basım, İstanbul, 2018, (Usul), s.132; NOMER, Ergin: Devletler Hususî Hukuku, Yenilenmiş 23. Bası, Beta Basım, İstanbul, 2021, (Devletler), s.492.

²⁸ “...yetki itirazı, asliye hukuk mahkemesince verilen ihtiyati haciz kararının, Serik İcra Müdürlüğü nezdinde uygulanması safhasına aittir... Cebri icra her devletin kendi ülke ve sınırları içerisinde haiz olduğu mutlak güç ve yetkilerindedir. Yine cebri icra devletin egemenlik ve hükümlerlik haklarının kullanılmasının doğrudan bir sonucudur... Türk mahkemesinde alınan ihtiyati haciz kararının cebri icra yoluyla uygulanmasına dair yetki devletin kendi ülkesi üzerinde hakimiyet tasarruflarında bulunabilme iktidarının bir görünümü olduğundan, münhasır (kesin) yetkilerindedir.” Yargıtay HGK, 06.05.1998, E.1998/12-287, K.1998/325, sinerjimevzuat.com.tr (Erişim: 10.11.2022).

²⁹ NOMER, Usul, s.129; NOMER, Devletler, s.490; ÇELİKEL, Aysel/ERDEM, B. Bahadır: Milletlerarası Özel Hukuk, Yenilenmiş 17. Bası, Beta Basım, İstanbul, 2021, s.749; ŞANLI, Cemal/ESEN, Emre/ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, 9. Bası, Beta Basım, İstanbul, 2021, s.661; SARGIN, Fügen: Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları, Yetkin Yayınları, 1996, s.152; DEMİRKOL, Berk: Milletlerarası Yetki Anlaşmaları, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, s.135-136.

³⁰ Yargıtay 18.HD, 11.03.2014, E.2013/18352, K.2014/4459; Yargıtay 18.HD, 07.04.2014, E.2013/19774, K.2014/6261, sinerjimevzuat.com.tr (Erişim: 10.11.2022).

³¹ Münhasır yetkiye ilişkin bkz. NOMER, Devletler, s.525 vd.; NOMER, Usul, s.192 vd.; ÇELİKEL/ERDEM, s.747 vd.; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s.659 vd.; GÜNGÖR, Gülin: Türk Milletlerarası Özel Hukuku, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s.253 vd.; ÖZEL, Sibel/ERKAN, Mustafa/PÜRSELİM, Hatice Selin/ KARACA, Hüseyin Akif: Milletlerarası Özel Hukuk, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s.730 vd.; SARGIN, s.152 vd.; DEMİRKOL, s.134 vd.; İRGE ERDOĞAN, Burcu: Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s.101 vd.. Taşınmazın aynına ilişkin davalarda Türk mahkemelerinin yetkisinin münhasırlığına yönelik değerlendirmeler hakkında bkz. ERKAN, Mustafa: “Bir Tabu: Taşınmazın Aynına İlişkin Davalarda Münhasır Yetki”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (20)1, 2012, ss.11-51.

³² İflas davalarında münhasır yetki konusunda bkz. NOMER, Ergin: “İflas Davalarında Milletlerarası Yetki Anlaşmaları”, İstanbul Barosu Dergisi, 85(6), 2011; ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice: “Milletlerarası Yetki Anlaşmalarının İflas Davası Üzerindeki Etkilerine İlişkin Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 16(Özel), Hakan Pekcanitez’e Armağan, 2014. İİK’da yer alan diğer örnek davalar için bkz. ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s.662. Yargıtay kararı için bkz. dph. 30.

MÖHUK'un 47/1. maddesinin ikinci cümlesi uyarınca yetki anlaşmasıyla yetkili kılınan mahkemenin yetkisi münhasır hale gelmekte; diğer bir deyişle Türk mahkemelerinin yetkisi ortadan kalkmaktadır³³. MÖHUK uyarınca geçerli bir yetki anlaşması akdedilmiş olmasına rağmen Türk mahkemelerinde dava açılması durumunda mahkemenin, davalının ilk itiraz niteliğindeki yetki itirazında bulunmasıyla birlikte yetkisizlik kararı vermesi gerekmektedir³⁴.

Doktrinde itirazın iptali davasında Türk mahkemelerinin yetkisinin münhasır olmadığı ve itirazın iptali davasının yetki anlaşmasıyla yetkili kılınan mahkemede görülmesi gerektiği ifade edilmektedir³⁵. Keza Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da, daha önce bahsettiğimiz 06.05.1998 tarihli kararında yabancı mahkemelerin yetkili kıldığı yetki anlaşmalarının münhasır yetki esasında dayanmaması durumunda geçerli kabul edileceğine; itirazın iptali yönünden genel mahkemelerde yetki itirazında bulunulduğunda mahkemece yetki itirazı nedeniyle davanın reddine karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir³⁶.

Doktrin ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında da benimsendiği gibi itirazın iptali davasında Türk mahkemelerinin yetkisi münhasır değildir. Her ne kadar İİK içerisinde yer alsın da itirazın iptali, cebri icranın kamusal gücünün ve devlet egemenliğinin tezahür ettiği bir nitelikten ziyade alacaklı ile borçlu arasındaki borç ilişkisinin temel alındığı bir alacak davası niteliğindedir. Keza yetki bakımından genel hükümler uygulanmakta, mahkemenin yetkisine ilişkin münhasır nitelikli bir yetki kuralı mevcut bulunmamaktadır.

İtirazın iptali davasının söz konusu özelliği MÖHUK'ta düzenlenen yetki anlaşmasının münhasır yetki tesis etmesi bakımından değerlendirildiğinde takibine itiraz edilen alacaklının, itirazın iptali davasını yetki anlaşmasıyla yetkilendirilen yabancı mahkemede açması gerekmektedir. Aksi takdirde Türk mahkemesi, davalının ilk itiraz niteliğindeki yetki itirazında bulunması durumunda yetkisizliğine hükmetmelidir.

C. Hakemlerin İtirazın İptaline Karar Verip Veremeyeceği

Taraflar arasında geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunması durumunda itirazın iptali hakkında hakemlerin karar verip veremeyeceği doktrinde ve Yargıtay kararlarında tahkime elverişlilik bakımından inceleme konusu yapılmıştır. Türk Hukuku'nda tahkime elverişlilik, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun³⁷ (HMK) 408. ve 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun³⁸ (MTK) 1/4. maddesinde taşınmazın ayırından doğan davalar ile iki tarafın iradelerine tâbi olmayan uyuşmazlıklar bakımından kabul edilmektedir³⁹.

Doktrinde hâkim görüş, itirazın iptali davasının konu bakımından tahkime elverişli olduğu ve hakemler tarafından karara bağlanabileceği yönündedir⁴⁰. İtirazın iptali davasının tahkime elverişliliği konusunda Yargıtay kararları arasında ise bir birlik mevcut değildir. Yargıtay bazı kararlarında itirazın iptali

³³ NOMER, Devletler, s.490; ÇELİKEL/ERDEM, s.655; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s.530; GÜNGÖR, s.253; ÖZEL/ERKAN/PÜRSELİM/KARACA, s.635; SARGIN, s.189; DEMİRKOL, s.210. Türk mahkemelerinin yetkisinin askıya alındığına dair benzer bir açıklama için bkz. DOĞAN, Vahit: Milletlerarası Özel Hukuk, 8. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2022, s.79.

³⁴ Burada milletlerarası derdestliğin de gündeme gelebileceği savunulmaktadır. Milletlerarası derdestliğe ilişkin Türk Hukuku'nda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrinde bizim de katıldığımız görüş uyarınca ve yetki anlaşmalarının münhasır yetki tesis etmesi bakımından değerlendirildiğinde taraflarca alternatif yetki tesis edilmediği müddetçe hali hazırda Türk mahkemesinin yetkisi bulunmadığından derdestlik değil yetkisizlik itirazı söz konusudur. Dolayısıyla itirazın iptali davasında aralarındaki yetki anlaşması sebebiyle Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisi bulunmamaktadır. Yetki itirazını kabul eden görüşler için bkz. SARGIN, s.189; DOĞAN, s.86; TIRYAKIOĞLU, Bilgin: "Türklerin Kişi Hallerine İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi", Yetkin Yayınları, Tuğrul Arat'a Armağan, Ankara, 2012, s.1152; BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, Gülüm: Milletlerarası Usul Hukukunda Paralel Davalar, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s.328; DEMİRKOL, s.230; SÜRAL, Ceyda: "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisine Etkisi", TBB Dergisi, (100), 2012, s.196. Derdestlik itirazını kabul eden yazarlar için bkz. NOMER, Devletler, s.497; NOMER, Usul, s.96; ÇELİKEL/ERDEM, s.665-666; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s.545-546; ÖZEL/ERKAN/PÜRSELİM/KARACA, s.674; TAN DEHMEN, Mine: "Türk Vatandaşlarının Kişi Hallerine İlişkin Davalar Bakımından 5718 Sayılı MÖHUK'ta Kabul Edilen Yetki Kuralı, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 33(1), 2013, s.183. Derdestlikte tahkim ilk itirazına yönelik açıklamalar için ayrıca bkz. ERKAN, Mustafa: Milletlerarası Ticari Tahkimde Yetki Sorunları, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s.122.

³⁵ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s.521; ÖZDEMİR KOCASAKAL, s.2312; ÖZEL/ERKAN/PÜRSELİM/KARACA, s.629.

³⁶ Kararın ilgili kısmı şöyledir: "Yabancılık unsuru ile borç ilişkisini içeren ve yabancı bir devlet mahkemesine yetki tanıyan bu anlaşma "Kamu Düzenine" veya "Münhasır" yetki esasına dayanmadığı takdirde, Türk hukuku bakımından geçerli olacağı çok açıktır. Daha somut bir ifadeyle; doğrudan genel mahkemede açılacak bir dava aşamasında; kabul edilip, itibar edileceğinden ayrı davacı alacaklının İİK.68. maddesinde belirtilen belgelerden olan davalı ile düzenledikleri kredi sözleşmesine dayanarak Serik İcra Dairesinde takibe giriştiğinde borca itiraz üzerine itirazın iptali yönünden genel hükümlere göre genel mahkemede dava hakkını kullandığında davalının yetki anlaşmasını öne sürerek yetki itirazında bulunduğu mahkemece, 2675 sayılı Yasanın 31. maddesi uyarınca yetki şartının hukuken geçerli kabul edilmesi ve yetki itirazı nedeniyle dava dilekçesinin reddine karar verilmesi gerekir." Karar künyesi için bkz. dpn. 30.

³⁷ RG: 04.02.2011, 27836.

³⁸ RG: 05.07.2001, 24453.

³⁹ Tahkime elverişlilik kavramı ve konu bakımından kapsamı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. NOMER, Ergin/EKŞİ, Nuray/ÖZTEKİN GELGEL, Günseli: Milletlerarası Tahkim Hukuku, 6. Bası, Beta Basım, İstanbul, 2021, s.23; AKINCI, Ziya: Milletlerarası Tahkim, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 6. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021, s.94 vd.; ÖZEL, Sibel: Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, Birinci Baskı, Legal Yayınevi, İstanbul, 2008, s.38 vd.; HUYSAL, Burak: Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.

⁴⁰ KURU, İcra, s.290; ŞANLI, s.313-314; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s.117; EKŞİ, Nuray: Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim, 2. Bası, Beta Basım, 2019, s.119; YEŞİLIRMAK, s.219-220; KARSLI, s.404; HUYSAL, s.289; TÜYSÜZ, Davalar, s.103.

davasının iki tarafın iradelerine tâbi uyuşmazlıklar içerisinde yer aldığı, tahkime elverişli olduğu ve hakemler nezdinde karara bağlanabileceği görüşünderken⁴¹ bir kararında ise hakemlerin itirazın iptali hakkında karar veremeyeceği, hakem önünde açılacak davanın tahsil davası olarak görülmesi gerektiğine hükmetmiştir⁴².

Doktrinde de belirtildiği üzere itirazın iptali davası genel mahkemelerde görülen, konusunu para ve teminat borçlarının oluşturduğu bir dava türüdür. Davanın tarafları kabul ya da sulh yoluyla uyuşmazlığı sonuçlandırabilmektedir. Dolayısıyla davanın iki tarafın iradelerine tâbi uyuşmazlıklar sınıfında yer alması sebebiyle tahkime elverişli olarak kabul edilmelidir. Keza tahkime elverişlilik, tahkim anlaşmasının bağlayıcılığı için de bir teminat olarak görülmekte; aksi takdirde anlaşmayla bağlı olmak istemeyen tarafın ilamsız icraya başvurarak tahkim anlaşmasından sıyrılma imkânının doğabileceği ifade edilmektedir⁴³.

D. Yabancı Mahkemeler veya Hakemler Nezdinde Görülen İtirazın İptali Davaları

Konuya başlamadan önce değinmek istediğimiz bir hususun bu başlık altında belirtilmesinin gerekli olduğunu düşünüyoruz. Başlık altında incelenecek ilk konumuz, yabancı mahkemeler ve hakemler önünde açılan itirazın iptali davalarında vasıf ihtilafı sorununu ele almaktadır. Modern milletlerarası özel hukukta vasıf ihtilafı sorununa ilişkin çözümler, normatif bir yapıdan ziyade doktrin tarafından geliştirilen ve Türk Hukuku'nun yanı sıra birçok ülke doktrini tarafından da uygulanan bir yapıya sahiptir⁴⁴. Söz konusu yapısı sebebiyle yabancı hâkimin ya da hakemlerin vasıf ihtilafı sorununu çözerken herhangi bir kurala bağlı olmaması ve doktrin görüşleri ışığında hareket etmesi muhtemeldir. Buna karşın yabancı hâkimin veya hakemlerin hangi vasıflandırma metodunu seçeceğinin önceden bilinmesi mümkün değildir. Bu bakımdan başlık altında yapacağımız açıklamalar, milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti temelinde hangi metodun taraf menfaatine en uygun çözüm getirebileceğinin tespit edilmesinden ibaret olacaktır.

1. Vasıf İhtilafı Sorunu

İtirazın iptali, İsviçre ve Türk Hukuku'nda kabul edilmekle birlikte birçok ülke hukukunda yer almayan bir kurumdur⁴⁵. Bu durumda *lex fori*'de veya taraflarca belirlenen esasa uygulanacak hukukun Türk Hukuku dışında bir hukuk sistemi olması durumunda itirazın iptaline ilişkin herhangi bir kuralın bulunmaması pek muhtemeldir. Bu sebeple alacaklının yetkili yabancı mahkemede itirazın iptali davası açması durumunda vasıf ihtilafı sorunu ortaya çıkmaktadır⁴⁶. Vasıf ihtilafı, farklı hukuk sistemlerinin uyuşmazlığa konu teşkil eden kavramların farklı şekilde düzenlenmiş olması şeklinde cereyan edebileceği gibi hâkimin hukukunda ya da esasa uygulanacak hukukta uyuşmazlık konusunun tanınmaması şeklinde de tezahür edebilir⁴⁷. İtirazın iptalinde özellikle ikinci ihtimal ön plana çıkmaktadır.

İtirazın iptali davası özelinde vasıf ihtilafı sorununun çözümü, uygulanacak hukukun belirlenmesinden ziyade davanın hukuken temellendirilmesi anlamında önem taşımaktadır. Keza dava, uygulanacak hukukun tespitine aracılık eden temel bir borç ilişkisini hali hazırda bünyesinde barındırmaktadır. Buna karşın davanın temellendirilmesi, itirazın iptaline hükmedilebilmesiyle icra-inkâr ve kötü niyet tazminat talepleri hakkında karar verilebilmesi bakımından önemlidir. Ayrıca davacının menfaati de bu sorundan doğrudan etkilenmektedir. Davacının itirazın iptali davasındaki en temel menfaati, Türkiye'de duran icra takibine devam etmektir. Bir yıllık süreyi kaçıran alacaklının -duran icra takibine devam edemeyeceğinden- itirazın iptali davası açmasında herhangi bir hukuki yararı bulunmamaktadır. Dolayısıyla davacının menfaati, bir yıllık hak düşürücü süreden doğrudan etkilenmektedir. Dava niteliği itibarıyla esasen bir alacak davası olsa da yabancı hâkimin ya da hakemlerin davayı Türk Hukuku'ndan bağımsız bir biçimde alelade bir alacak davası olarak vasıflandırması durumunda itirazın iptaline hükmedilmesi ve tazminatlar hakkında karar verilmesi -hali hazırda hâkimin hukukundaki hüküm yokluğu sebebiyle- hukuki gerekçeden yoksun kalmakta ve bir yıllık hak düşürücü süre göz önüne bulundurulmamaktadır.

Vasıf ihtilafı sorununa ilişkin doktrinde çeşitli çözümler önerilmektedir. Bu çözümler *lex fori*, *lex causae*, bağımsız ve kademeli yöntemlerdir. İtirazın iptali davası özelinde *lex fori* yöntemi, hâkimin hukukunda hali hazırda hüküm bulunmaması sebebiyle çözüm getirmemektedir. Davanın *lex fori*'ye göre alelade bir alacak davası olarak vasıflandırılması halinde ise talep sonucu bakımından "itirazın iptali" ile

⁴¹ "Dava İİK'nın 67. maddesinden kaynaklanan itirazın iptali niteliğinde olup, kamu düzeniyle alakalı değildir. Tarafların iradelerine tabi olmayan hususları da ihtiva etmediğinden ihtilafın tahkimde görülmesine yasal bir engel yoktur." Yargıtay 15.HD, 16.05.2011, E.2010/826, K.2011/2941; "Mahkemece, sözleşmenin 9. maddesinde anlaşma hükümlerinin uygulanması sırasında ortaya çıkacak anlaşmazlıkların tahkimde görülüp çözümleneceğinin yazılı olduğunu, bu sebeple tahkim sebebiyle davanın REDDİNE karar verilmiş, hüküm davacı vekilince temyiz edilmiştir... usul ve yasaya uygun bulunan hükmün ONANMASINA..." Yargıtay 19.HD, 20.01.2006, E.2005/3125, K.2006/209, sinerjimevzuat.com.tr (Erişim: 10.11.2022). Diğer örnek kararlar için bkz. EKŞİ, s.117 vd.

⁴² "Davacı haciz yoluyla ilamsız icra takibine geçmiş, davalı uyuşmazlığın hakem aracılığıyla çözümleneceğinin kararlaştırıldığını bu nedenle icra takibine girişilemeyeceğini belirterek takibe itiraz etmiştir. Bu durumda davacı, hakemde itirazın iptali davası açamaz. Ancak usul ekonomisi de dikkate alınarak hakemde açılan davanın tahsil davası olarak görülüp sonuçlandırılması mümkündür." Yargıtay 19.HD, 14.12.2000, E.2000/5610, K.2000/8669, sinerjimevzuat.com.tr (Erişim: 10.11.2022).

⁴³ HUYSAL, s.291.

⁴⁴ Türk Hukuku'nda vasıf ihtilafı sorununun çözümüne ilişkin teknikler de esasen modern kanunlar ihtilafı anlayışına geliştirilmiştir. Vasıf ihtilafının çözüm metodlarının karşılaştırmalı hukuk bakımından incelenmesine ilişkin bkz. ALLAROUSSE, Veronique: "A Comparative Approach to the Conflict of Characterization in Private International Law", Case Western Reserve Journal of International Law, (23)3, 1991.

⁴⁵ İsviçre Hukuku'nda itiraz prosedürüne ilişkin İcra ve İflas Kanunu metni için bkz. md. 74 vd. https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/11/529_488_529/fr. (Erişim: 10.11.2022)

⁴⁶ Vasıf ihtilafı hakkında genel bilgi için bkz. NOMER, Devletler, s.100 vd.; ÇELİKEL/ERDEM, s.74 vd.; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s.55 vd.; DOĞAN, s.213 vd.; ÖZEL/ERKAN/PÜRSELİM/KARACA, s.85 vd.

⁴⁷ ÇELİKEL/ERDEM, s.79.

icra-inkâr ve kötü niyet tazminatları hakkında hüküm kurulması ve bir yıllık hak düşürücü sürenin nazara alınması mümkün görünmemektedir. *Lex causae* yöntemi, esasa Türk Hukuku'nun uygulanacağı uyuşmazlıklarda çözüm getirebilse de esasa uygulanacak hukukun farklı bir hukuk sistemi olması durumunda yine kural yokluğu sebebiyle yetersiz kalmaktadır. Bağımsız yöntem hâkimin, karşılaştırmalı hukuktan yararlanmasını ve hukuk sistemlerindeki prensiplerden hareket etmesini öngörmektedir. Ancak itirazın iptali, Türk Hukuku'na özgü bir kurum olduğundan karşılaştırmalı hukukta arayışa gitmek yersiz olmakla birlikte hâkim için zaman kaybıdır⁴⁸.

Bunlar dışında son yıllarda vasıflandırmanın milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti temelinde somut olayın özelliklerine göre yapılmasına yönelik bir eğilimin olduğu; yukarıdaki yöntemlerin milletlerarası özel hukuk menfaatlerine uygun çözümler getirmemesi halinde bu tip bir yaklaşımın esas alınabileceği ifade edilmektedir. Bu yaklaşımın özellikle hukuk sistemindeki kuralın iç hukuka özgü, diğer bir ifadeyle yabancı unsurlu ilişkiler gözetilmeden konulmuş olması durumunda önem kazanabileceği vurgulanmaktadır⁴⁹. Bununla birlikte vasıflandırmanın yalnızca bağlama konusu veya bağlama noktasıyla sınırlı olmadığı, özellikle hâkimin hukukunda hüküm bulunmaması halinde olay, dava sebebi, hukuki ilişki, iç hukuk kuralı ve olayın düzenlendiği hukuk sistemlerinin de vasıflandırılmanın konusunu oluşturabileceği dile getirilmektedir⁵⁰. Dolayısıyla yabancı hâkimlerin ya da hakemlerin de itirazın iptalini Türk Hukuku'ndaki düzenleniş biçimine uygun bir biçimde vasıflandırması teknik açıdan mümkün görünmektedir⁵¹.

Vasıf ihtilafı sorununa ilişkin çözümler, normatif bir yapıdan ziyade esasen modern milletlerarası özel hukuk doktrinleri temelinde gelişmektedir. Yabancı hâkimin de vasıf ihtilafını ne şekilde çözeceği konusunda pozitif düzenlemelerle bağlı olmaması muhtemeldir. Bu ihtimalde itirazın iptali davasını gören yabancı hâkimin davayı somut olay özelinde, bir önceki paragrafta belirttiğimiz şekliyle ve Türk Hukuku'ndakine benzer biçimde kendisine has özellikler barındıran bir alacak davası olarak vasıflandırması milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti temelinde taraf menfaatini sağlayan tek çözüm olarak görünmektedir. Ancak bu yolu seçmenin *lex fori* hukuk sisteminin temel ilkeleri, kanunlar ihtilafına yaklaşım biçimi ve hâkimin hukuk anlayışına bağlı bir durum olduğu ve aksi bir uygulamayla karşılaşılabileceğinin de her zaman ihtimal dâhilinde olduğu göz ardı edilmemelidir.

Tahkim yargılaması açısından incelendiğinde özellik arz eden ilk durum hakemlerin, hâkimlerin aksine *lex fori*'sinin bulunmamasıdır⁵². Hakemler, yetkilerini taraf iradelerinden almakta olduğundan hâkimlere nazaran daha serbest bir konumda bulunmaktadır. Bu nitelikleriyle sebebiyle hakemler, milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti temelinde taraf menfaatini hakimlere nazaran daha rahat bir biçimde göz önünde bulundurma imkanına sahiptir. Buna karşın bir önceki paragrafta bahsedilen durum hakemler açısından da geçerlidir. Vasıflandırmanın ne şekilde yapılacağı noktasında hâkimler gibi hakemlerin de bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Dolayısıyla farklı uygulamalarla karşılaştırılması her zaman ihtimal dahilindedir.

Bu noktada davacının mahkemeden ya da hakemlerden talebi de önemlidir. Eğer davacı talebinde itirazın iptali yerine alacağın tahsilini istemişse dava zaten alelade bir alacak davası niteliğinde olduğundan vasıf ihtilafı sorunuyla da karşılaşılmamaktadır. Bununla birlikte mahkemenin ya da hakemlerin davayı alelade bir alacak davası olarak karara bağlamaları halinde itirazın iptali hükmü kurulmadığından alacaklının duran icra takibine devam etmesi mümkün görünmemektedir. Bu durumda alacaklı, kararın tenfiziyle birlikte borçlu aleyhine önceki takibinden bağımsız yeni bir ilamlı takip yapmak durumunda kalmaktadır.

2. Esasa Uygulanacak Hukuk

İtirazın iptali davasını esasen maddi hukuk karakterli bir alacak davası olarak kabul ettiğimizden davada ortaya çıkacak uyuşmazlıklarda uygulanacak hukukun tespiti, taraflarca belirlenmediği müddetçe hâkimler veya hakemler tarafından yerine getirilecektir.

⁴⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. NOMER, Devletler, s.100 vd.; ÇELİKEL/ERDEM, s.79 vd.; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s.58; DOĞAN, s.221 vd.; ÖZEL/ERKAN/PÜRSELİM/KARACA, s.87 vd.

⁴⁹ ÇELİKEL/ERDEM, s.86, dpn. 36'daki yazarlar.

⁵⁰ ÇELİKEL/ERDEM, s.79. Vasıflandırmanın konusunun neler olduğu noktasında milli hukuklar arasında birtakım farklılıklar olduğu; bununla birlikte mahkemelerin vasıf ihtilafı sorununun çözümünde esnek davranmasına yönelik genel bir eğilimin bulunduğu ifade edilmektedir. HEISS, Helmut/KAUFMANN-MOHI, Emese: "Classification: A Subject Matter for a Rome 0 Regulation?", General Principles of European Private International Law, Wolters Kluwer, 2016, s.93 vd. Alman Mahkemeleri'nin genellikle *lex fori* vasıflandırma metodunu kullandığı, ancak hâkimin hukukunda tanımayan bir yabancı hukuk hükmünün bulunması durumunda amaç ve fonksiyon yönünden yabancı hukukun da göz önünde bulundurulduğu ifade edilmektedir. Fransız mahkemelerinin ise uzun bir süre vasıflandırma metodlarından ziyade somut olay özelinde hareket ettikleri, ancak son yıllarda *lex fori* vasıflandırmanın tercih edildiği belirtilmektedir. ALLAROUSSE, s.489 vd.

⁵¹ Bu noktada belirtmek gerekir ki davanın vasıflandırılması noktasında yabancı hâkimin durumu usul hukuku kapsamında görev ve egemenlik yetkisinin de bir uzantısı olarak nazara alınması olasılığı her zaman bulunmaktadır. Keza milletlerarası usul hukukundaki prensip usule *lex fori* uygulanır ilkesidir. Bununla birlikte davalar kaynağını usul hukukundan alabildiği gibi maddi hukuktan da alabilmektedir. İtirazın iptali de esasen bir alacak davası niteliğinde olduğundan maddi hukuk temelli bir dava türüdür. Bu niteliği sebebiyle itirazın iptali davası özelinde vasıf ihtilafı sorunu kanımızca esasen alacak davasının vasıflandırılması sorunudur.

⁵² ÖZEL, s.96.

İtirazın iptali, hali hazırda bir paranın ödenmesine veya bir teminatın verilmesine ilişkin temel bir borç ilişkisi barındırmaktadır. Temel borç ilişkisi para borçlarında sözleşme, haksız fiil, sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanabilmekte; maddi veya manevi tazminat talebine ilişkin olabilmektedir⁵³.

Temel borç ilişkisi altında yatan uyuşmazlık konuları ehliyeteye, sözleşmeye dayalı borçlarda (satım sözleşmesi, taşıma sözleşmesi gibi) sözleşmenin şekline veya esasına, haksız fiile ya da sebepsiz zenginleşmeye ilişkin olabilir. Uygulanacak hukuk meselesi de temeldeki borç ilişkisinin türü ve davadaki karşılıklı iddialara göre şekillenmektedir. Yabancı hâkimin uygulanacak hukuku; hukuk seçimi anlaşmasının olmadığı durumlarda, kendi kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca çözüme kavuşturması beklenir.

Hakemlerin esasa uygulanacak hukuku belirlemeleri noktasında ise birden çok sistem söz konusudur. Bu yönde esasa uygulanacak hukukun belirlenmesinde hakemlerce uygun bulunan kanunlar ihtilafı kuralları (UNCITRAL Model Kanun “1976 metni” m.33/1), hakemlerce uygun bulunan maddi hukuk kuralları (UNCITRAL Model Kanun “2021 yılında revize edilmiş metin” m.35/1-MTO Tahkim Kuralları m.21/1), uyuşmazlıkla en yakın bağlantılı maddi hukuk kuralları (MTK m.12/C-2) gibi sistemler mevcuttur⁵⁴. İtirazın iptali davası özelinde hakemlerin esasa uygulanacak hukuku -tarafarla belirlenmediği takdirde- yukarıda örnekleri verilen ve tâbi oldukları kuralların öngördüğü biçimde belirlenmesi sorumluluklarının bir gereğidir⁵⁵.

3. Bir Yıllık Hak Düşürücü Süre

İİK'nın 67/1. maddesi, itirazın iptali davası özelinde bir yıllık hak düşürücü süre belirlemiştir. Türk Hukuku'na göre alacaklının bu süreyi geçirmesi halinde itirazın iptali davası açma hakkı bulunmamaktadır. Bir yıllık sürenin yabancı mahkeme ya da hakemler nezdinde göz önünde bulundurulması vasıf ihtilafı sorununun ancak Türk Hukuku'na göre özel bir alacak davası şeklinde çözülmesiyle mümkün görünmektedir⁵⁶. Aksi takdirde davanın alelade bir alacak davası olarak görülmesi durumunda söz konusu sürenin nazara alınması mümkün değildir. Davanın yabancı mahkeme ya da hakemler önünde bir yıllık süreden sonra açılması durumunda ise alacaklının davayı açmasında -Türkiye'de açmış olduğu icra takibine devam edemeyeceğinden- hali hazırda herhangi bir hukuki yararı bulunmamaktadır. Bir yıllık hak düşürücü süreyi geçiren alacaklı için en elverişli yol davasını alacağın tahsili talebini içeren alelade bir alacak davası şeklinde açmasıdır.

4. İcra-İnkâr ve Kötü Niyet Tazminatları

Türk doktrininde en çok tartışılan konulardan bir diğeri icra-inkâr ve kötü niyet tazminatlarının niteliği ve yabancı hakemler ya da mahkemeler tarafından söz konusu tazminatlara hükmedilip hükmedilemeyeceği meselesidir. Bu başlık altında da icra-inkâr ve kötü niyet tazminatlarının niteliği, tahkim anlaşması kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ve hakemler tarafından karara bağlanmasının mümkün olup olmadığı sorunları üzerinde durulacaktır. Yabancı mahkemeler bakımından yapılacak özellik arz eden durumlar ise hakemlere yönelik doktrin tartışmalarına uygun düştüğü ölçüde son kısımda ele alınacaktır.

İcra-inkâr tazminatı Türk icra hukukuna özgü, usul hukuku karakterli ve yaptırım niteliğinde bir tazminat türü olarak ifade edilmektedir. Söz konusu tazminatların borçluların haksız itirazlarla alacaklının alacağına kavuşmasını önleyici, alacaklıların ise haksız yere takip yapmasını ve icra dairelerinin haksız yere meşgul edilmesini engelleyici niteliği bulunduğu belirtilmektedir⁵⁷.

Söz konusu tazminatlar konusunda hakemlerin karar verme yetkisinin olup olmadığı doktrinde tartışma konusu olmuştur. İlk görüş tazminatların icra hukuku içerisinde yer aldığı ve usul hukuku karakterli olduğu, hakemlerin ise uyuşmazlıkları maddi hukuk uyarınca çözüme kavuşturma yetkisinin bulunduğu, dolayısıyla bu iki tazminat türünün tahkim anlaşmasının kapsamında yer almadığı belirtilmektedir⁵⁸. İkinci görüş ise tazminatların maddi hukuk münasebetlerinin bir sonucu olduğu ve tahkime konu teşkil edeceğine⁵⁹; icra hukuku yaptırım niteliğinde dahi olsa hakemler tarafından icra inkâr tazminatına hükmedilebileceğini, aksi halde tazminat hakkını saklı tutan tarafın söz konusu istemini tekrar mahkemeye başvurarak istemek durumunda kalacağını ve bu durumun da usul ekonomisine aykırılık teşkil edeceğini öne sürmektedir⁶⁰. Yargıtay da benzer biçimde hakemlerin icra-inkâr tazminatına hükmedebileceği kanısındadır⁶¹.

⁵³ Bunun yanı sıra uygulamada sık karşılaşılmamakla birlikte teminat gösterme borcunu yerine getirmeyen teminat borçlusu için de ilamsız icra takibi ve itirazın iptali davası gündeme gelebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s.95 vd.

⁵⁴ UNCITRAL Model Kanun metinleri için bkz.: <https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/contractualtexts/arbitration>. (Erişim: 07.11.2022). MTO Tahkim Kuralları 2021 metni için bkz. <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/> (Erişim: 07.11.2022). Kabul edilen sistemler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZEL, s.131 vd.

⁵⁵ Meğerki hakemlere anasyonel hukuk kurallarını uygulama ya da dostane aracı olarak veyahut hakkaniyete ve nesafete göre karar verme yetkisi tanınmamış olsun. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZEL, s.142 vd.; AKINCI, s.354 vd.; ÖZGENÇ, Zeynep: “Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemin veya Hakem Kurulunun Ex Aequo Et Bono Karar Verme Yetkisi”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 34(1), 2014, s.31-72.

⁵⁶ Bu konudaki gerekçelerimize ilişkin bkz. Vasıf İhtilafı Sorunu başlığı dördüncü paragraf.

⁵⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. YILMAZ, Ejder: İcra Tazminatı, Haluk Konuralp Anısına Armağan, Yetkin Yayınları, (2), 2009, (Tazminat), s.683 vd.

⁵⁸ NOMER, s.578; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s.109-110; TÜYSÜZ, Davalar, s.116.

⁵⁹ ŞANLI, s.314.

⁶⁰ YEŞİLİRMAK, s.221-222.

⁶¹ “...hakemlerin itirazın iptali davalarında icra inkâr tazminatına karar vermeleri mümkün ise de...” Yargıtay 11. HD, 01.04.2002, E.2001/10258, K.2002/3443, sinerjimevzuat.com.tr (Erişim: 10.11.2022); “Dairemizin yerleşmiş uygulamasına göre hakemler açılan itirazın iptali davalarında karar vermeye ve bunun sonucu olarak icra inkâr tazminatı istemi konusunda da karar oluşturmaya

İtirazın iptali davasının İİK’da yer almasına rağmen maddi hukuk (borçlar hukuku) karakterli bir dava olduğundan ve davanın doktrinde esasen bir alacak davası şeklinde nitelendirildiğinden bahsetmiştik. Hal böyle iken davaya konu tazminatların yalnızca sistematik açıdan değerlendirilerek İİK içerisinde yer alması sebebiyle usul hukuku karakterli olduğunu, davanın niteliğinden ve amacından bağımsız bir biçimde öne sürmek kanımızca yerinde bir yaklaşım değildir. Kaldı ki Türk Hukuku’nda İİK’da düzenlenen bir tazminat hakkında karar verecek mahkemenin dahi genel yetkili mahkemeler olarak belirlenmiş olması tazminatların taraflar arasındaki maddi hukuk kaynaklı borç ilişkisiyle bağlantısını ortaya koyar niteliktedir.

İcra inkâr ve kötü niyet tazminatlarının bir yaptırım niteliğinde olduğu konusunda şüphe bulunmamaktadır. Ancak bu niteliği sebebiyle hakemlerin tazminatlar hakkında karar veremeyeceklerinin öne sürülmesi usul ekonomisini ve taraf menfaatini zedeleyici sonuçlara yol açmaktadır. Hakemler önünde açılan davada, davanın sonucuna bağlı olarak icra-inkâr ya da kötü niyet tazminatını hak eden taraf özelinde alacaklının ya da borçlunun menfaati gündeme gelmektedir. Tazminatların yaptırım niteliği sebebiyle hakemlerce karara bağlanamayacağı kabul edildiğinde söz konusu tazminatlar hakkında Türk mahkemeleri önünde yeniden dava açılması gündeme gelebileceği gibi tazminatların, itirazın iptali davasından ayrı bir davaya konu yapılamayacağı kabul edildiği takdirde ise -hakemlerce sonuçlanmış dava tenfiz edilmediği müddetçe- itirazın iptali ve tazminatlara ilişkin Türk mahkemeleri önünde ikinci bir yargılama yapılmasından başka çare kalmamaktadır⁶². Bu ihtimaller, usul ekonomisine olduğu kadar taraf menfaatlerine de aykırı bir durum oluşturmaktadır. Bu sebeple tazminatların yaptırım niteliği, kanımızca tahkim anlaşmasının kapsamı dışında bırakılmasına neden olmamalıdır.

İcra inkâr ve kötü niyet tazminatlarına ilişkin hakemlerin yanı sıra yabancı mahkemelerin de karar verebileceği kanaatindeyiz. Keza tazminatın niteliği konusunda yaptığımız açıklamalar her iki yargılama bakımından da geçerlidir. Buna karşın yabancı hakimlerin hali hazırda bağlı oldukları bir *lex fori*’si bulunduğundan tazminatlar konusunda hakemlere nazaran ihtiyatlı davranma olasılığı daha kuvvetlidir.

E. Yabancı Mahkeme ya da Hakem Kararlarına Dayanan İlamsız İcra Takibi

Alacaklı, belli sebeplerle tenfiz davası açmaktan imtina ederek alacağına esas teşkil eden yabancı mahkeme ya da hakem kararını ilamsız icraya yoluyla tahsil etmek isteyebilir. Bu sebepler arasında kararı veren ülkeyle Türkiye arasında karşılıklılığın bulunmaması, tenfiz davasının aleyhine sonuçlanacağını öngörmesi gibi durumlar yer alabilir⁶³. Bu tip bir durumda yabancı mahkeme ya da hakem kararının ilamsız icraya konu edilip edilemeyeceğine ilişkin meselenin tartışılması gerekmektedir.

Konuya ilişkin hakem kararları özelinde değerlendirme, son yıllarda Tüysüz tarafından kaleme alınmıştır⁶⁴. Konu bütünlüğü açısından çalışmamız, itirazın iptaline ilişkin teoride ve uygulamada çıkabilecek sorunların birçoğuna yer vermeye çalışmaktadır. Yazarın hakem kararlarına yönelik HMK ve İİK uyarınca yaptığı nitelendirmelerin ve vardığı sonuçların birçoğunun tenfiz edilmeyen mahkeme kararları bakımından da benzer bir biçimde uygulanabileceği kanaatindeyiz. Dolayısıyla bu bölümde yabancı mahkeme kararları nezdinde MÖHUK’un 50. maddesi değerlendirme konusu yapılacak; Yargıtay’ın 2017 yılında verdiği karar incelenecek; hakem kararları noktasında ise yazarın değerlendirmelerine ve vardığı sonuçlara kısaca yer verilecektir.

Burada ilk olarak, yabancı mahkeme kararına dayanan alacağın, MÖHUK’un 50. maddesi karşısında Türk mahkemesi tarafından verilen herhangi bir tanıma ya da tenfiz hükmüne tâbi olmaksızın icra edilebilmesinin mümkün olup olmadığı sorusu çözümlenmelidir.

İkinci olarak Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu 2017 yılında verdiği kararın⁶⁵ yabancı mahkeme ve hakem kararları özelinde uygulanmasının mümkün olup olmadığı değerlendirilmelidir. Yargıtay, söz konusu kararında ilama dayanan alacakların ilamsız icra marifetiyle istenmesinin mümkün olmadığına hükmetmiş; yargılama usulü açısından ilama bağlı bir alacağın itiraz neticesinde itirazın iptaliyle yeniden ilama bağlanmasının medeni usul ilkelerine aykırı olduğunu, ilamlı icranın alacaklı için daha avantajlı bir yol olduğu gibi borçluyu da haciz baskısından koruduğundan bahsetmiştir. Buna ek olarak ilamsız icra takibi yolunun seçilmesi halinde icra-inkâr tazminatı ve ek masraflar bakımından borçlunun durumunun ağırlaştığını ve menfaat dengesinin bozulduğunu belirtmiş; alacaklının ilama rağmen bu yolu seçmesinin hakkın kötüye kullanılması kapsamına girdiğini ifade etmiştir.

1. MÖHUK’un 50. Maddesinin Değerlendirilmesi

Yabancı mahkeme kararlarına dayanan ilamsız icra takiplerine ilişkin sorun, öncelikle tenfiz edilmemiş yabancı mahkeme kararının niteliği ve MÖHUK’un 50. maddesi özelinde ele alınmalıdır.

yetkilidirler. Bu durum gözden kaçırılarak davanın alacak davası olarak kabul edilip, bu biçimde sonuçlandırılması da hatalı olmuştur.” Yargıtay 15.HD, 03.04.2008, E.2008/262, K.2008/2138, sinerjimevzuat.com.tr (Erişim: 10.11.2022).

⁶² İcra inkâr tazminatının itirazın iptali davası dışında ayrı bir dava ile istenemeyeceği ifade edilmektedir. PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s.106.

⁶³ Tanıma-tenfiz prosedürü ayrı bir çalışma konusu olacak niteliktedir. Türk Hukuku’nda tespit niteliğindeki kararlar tanımaya, eda niteliğindeki kararlar ise tenfize tabidir. Bu noktada pratik gerekçelerle şunu kısaca ifade edebiliriz. İtirazın iptali davasının eda niteliğinin tespit niteliğine ağır bastığından bahsetmiştik. Dolayısıyla itirazın iptaline ilişkin yabancı mahkeme ve hakem kararlarının tanımaya değil tenfize tâbi olması kanımızca daha isabetlidir.

⁶⁴ TÜYSÜZ, Cemre: “Tenfiz Edilmemiş Yabancı Hakem Kararları Açısından İlamsız İcra Takiplerine ve İhtiyati Hacze İlişkin Bazı Meseleler”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 41(2), 2021, (İlamsız İcra), s.701-732; TÜYSÜZ, Davalar, s.61 vd.

⁶⁵ Yargıtay İBK, 26.05.2017, E.2017/2, K.2017/3, sinerjimevzuat.com.tr (Erişim: 10.11.2022).

İlamsız icra takibinde alacak senede dayanmakta ise İİK'nın 58/4. maddesi uyarınca senedin takip talebiyle birlikte icra dairesine ibrazı gerekmektedir. Alacağın bir belgeye dayanması durumunda ise İİK'nın 58/5. maddesi uyarınca belgenin borçlu sayısından bir fazlasının icra dairesine takip talebiyle birlikte verilmesi zorunludur.

Senedin tanımına ilişkin İİK'da ya da HMK'da herhangi bir tanım bulunmamakla birlikte belge, HMK'nın 199. maddesinde “Uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcıları...” şeklinde tanımlanmaktadır. Senet ise iradeyi dış âleme yansıtan, bir kimsenin kendi aleyhine sonuç doğurmak üzere düzenlediği yazılı bir belge olarak ifade edilmektedir⁶⁶. Senedin unsurları arasında dış âlemden varlık kazanmış olması, yazılı olması, irade beyanı içermesi ve aleyhine düzenlenen kişi tarafından imzalanmış olması yer almaktadır.

Senet niteliği açısından incelendiğinde mahkeme kararları, borç ilişkisinin tarafları tarafından değil, hâkimler tarafından düzenlenmekte ve imzalanmaktadır. Dolayısıyla yabancı mahkeme kararının senet vasfını taşıdığından bahsedilememektedir. Buna karşın yabancı mahkeme kararları HMK'nın 199. maddesi anlamında –doktrinde hakem kararları açısından da değerlendirildiği üzere-⁶⁷ birer belgedir. Keza karar, alacaklı ile borçlu arasındaki temel borç ilişkisini ispata elverişli, metin formunda varlık kazanmış bir bilgi taşıyıcısıdır.

MÖHUK'un 50. maddesi, yabancı mahkeme kararının ancak tenfiz edilmek suretiyle icra edilebileceğini öngörmektedir. HMK uyarınca belge niteliğinde olan metin, esasında yabancı bir mahkeme kararıdır. Burada MÖHUK'un 50. maddesinin ilamsız icra takibine engel teşkil edeceği, yabancı mahkeme hükmünün ancak tanıma ya da tenfiz kararı sonrasında icrailik kazanacağı sorusu akla gelebilir. Ancak esasen bir mahkeme kararı olsa da, Türk usul kuralları uyarınca tenfiz edilmediği müddetçe ortada bir mahkeme ilâmı değil, yalnızca HMK nezdinde bir belge mevcuttur. Alacaklı da, ilâmı tenfiz etmeden icra etmek istediğinde bir mahkeme (hakem) ilâmına değil, bir belgeye icrailik vasfı kazandırma peşindedir⁶⁸. Dolayısıyla MÖHUK'un 50. maddesinde bahsedilen ilâmın icra kabiliyetiyle belgenin icra kabiliyeti Türk usul hukuku nezdinde birbirinden ayrı iki olgu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu sebeple MÖHUK'un 50. maddesi, yabancı mahkeme ya da hakem kararının ilamsız icra marifetiyle icrailik kazanmasına kanımızca engel teşkil edecek nitelikte bir düzenleme değildir⁶⁹.

Yabancı hakem kararlarının da tenfiz edilmediği müddetçe usul hukuku anlamında bir belge niteliğinde olduğu ve ilamsız icra takibine konu olabileceği kabul edilmektedir⁷⁰. Türk usul hukukunun nitelendirilmesi yönünden tenfiz edilmemiş mahkeme kararlarıyla hakem kararları arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır. Dolayısıyla biz de belge niteliğindeki yabancı mahkeme veya hakem kararlarına dayanılarak ilamsız icra takibi başlatılabilemesinin önünde herhangi bir engel olmadığı kanaatindeyiz.

2. Yargıtay Kararı'nın Değerlendirilmesi

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun kararının yabancı mahkeme ya da hakem kararları özelinde uygulanıp uygulanamayacağına da değerlendirilmesi gerekmektedir. Kanımızca bir önceki başlık altında yaptığımız inceleme, kararın yorumlanmasına da hizmet edecek niteliktedir. Keza Yargıtay, belli başlı gerekçelerle elinde ilâm olan alacaklının ilamsız icra yoluna gidemeyeceğine hükmetse de, yabancı mahkeme veya hakem kararları açısından değerlendirildiğinde tenfiz edilmediği müddetçe ortada usul hukuku anlamında herhangi bir ilâmın varlığından bahsedilememektedir. Dolayısıyla Yargıtay'ın vermiş olduğu kararın yabancı mahkeme ya da hakem kararları açısından uygulanamayacağı kanaatindeyiz. Söz konusu karar, ancak yabancı mahkeme ilâmının Türk mahkemelerinde tenfiz edildikten sonra ilamsız icraya konulması durumunda göz önünde bulundurulabilecek niteliktedir⁷¹.

3. İtirazın İptali Davası

Borçlunun borca itiraz etmesi ve alacaklının itirazın iptaline başvurması durumunda davanın mahkeme tarafından ne şekilde ele alınabileceği de tartışılmalıdır. Buradaki itirazın iptali davasında özellik arz eden durum, alacaklı ile borçlu arasındaki uyuşmazlığın daha önce yabancı mahkeme ya da hakemler tarafından hali hazırda çözüme kavuşturulmuş olmasıdır. Konuya ilişkin cevaplandırılması gereken iki soru bulunmaktadır. İlk olarak yetki ya da tahkim anlaşmasının itirazın iptali davasının açıldığı mahkemenin yetkisine etkisinin ne olacağı ele alınmalıdır.

Kanımızca bu tip bir durumda yetki ya da tahkim anlaşmasının itirazın iptalini gören Türk mahkemesinin yetkisi üzerinde herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Doktrinde hakem kararları açısından da olsa belirtildiği gibi itirazın iptali mahkemesinin yetkisizlik kararı vermesi durumunda davanın tekrar

⁶⁶ PEKCANİTEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.381.

⁶⁷ TÜYSÜZ, Davalar, s.62; TÜYSÜZ, İlamsız İcra, s.709.

⁶⁸ TÜYSÜZ, İlamsız İcra, s.708. Keza yazar, alacaklının tenfiz yerine ilamsız icra yolunu seçmesi durumunda ilâmların icrasının sağladığı faydadan yararlanamayacağı, takibe itiraz edilmesiyle açılan itirazın iptali davasında revizyon yasağının uygulanmama riskiyle karşı karşıya olduğunu ifade etmektedir. TÜYSÜZ, İlamsız İcra, s.710.

⁶⁹ Aksi yönde bkz. BOZANOĞLU, Sedat/GÜNAY, Mehmet Emre: “Tenfiz Edilmemiş Yahut Kesinleşmemiş Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Türk İcra İflas Hukuku Işığında İnfaz Kabiliyeti Genel Haciz Yolu ile İlamsız Takibe Konu Edilemeyeceği Uygulamada Yaşanan Sorunlar”, İstanbul Barosu Dergisi, 91(1), 2017, s.233.

⁷⁰ Hakem kararları açısından değerlendirmeler için bkz. Tüysüz, İlamsız İcra, s.709.

⁷¹ Söz konusu kararın değerlendirilmesine yönelik ayrıntılı bilgi için bkz. ASLAN, Kudret/ AKYOL ASLAN, Leyla: İläma Bağlı Para Alacağı İçin İlamsız İcra Takibi Yapılması Dürüstlük Kuralına ve Hayatın Olağan Akışına Aykırı mıdır?, Ramazan Arslan'a Armağan, Yetkin Yayınları, 1, Ankara, 2015, s.195-251.

yabancı mahkeme ya da hakemler önünde görülmesinde hukuki yarar bulunmamaktadır⁷². Dolayısıyla davanın yetkili Türk mahkemesi önünde görülmesi gerekmektedir.

İkinci olarak itirazın iptali davasını gören mahkemenin yargılama yaparken yabancı mahkeme ya da hakem hükmünü ne şekilde ele alacağı açıklanmalıdır. Tanınmamış ya da tenfiz edilmemiş mahkeme ya da hakem kararlarının, Türk mahkemeleri nezdinde takdiri delil olarak dikkate alınacağı kabul edilmektedir⁷³. Ancak bu durumda alacaklı bir risk altına girmektedir. Keza itirazın iptali mahkemesi, revizyon yasağına tâbi olmadığı gibi⁷⁴ takdiri delil hükmündeki mahkeme ya da hakem kararının tek başına borca dayanak teşkil edecek yeterlilikte olmadığına kanaat getirerek davayı reddedebilir. Alacaklının tenfiz yerine ilamsız icraya başvurmakla bu tip risklerle karşı karşıya olduğu göz ardı edilmemelidir.

IV. SONUÇ

İtirazın iptali davası, sistematik açıdan bakıldığında şekli bir hukuk dalı olan icra hukuku içerisinde yer almaktadır. Bununla birlikte genel mahkemelerde görülmesi, yargılama usulünün ve esasının bir alacak davasından farkı olmaması bakımından değerlendirildiğinde İİK’da düzenlenen birçok davanın aksine maddi hukuk karakterli bir alacak davası olarak dikkat çekmektedir.

Milletlerarası usul hukuku boyutuyla ele alındığında itirazın iptali davasında Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi ne bir münhasır yetkidir ne de tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği, diğer bir deyişle tahkime elverişli olmayan bir uyuşmazlık tipi söz konusudur. Dolayısıyla taraflar arasında yabancı mahkemeleri ya da hakemleri yetkilendiren bir yetki ya da tahkim anlaşması olması durumunda davanın yabancı mahkemede ya da hakemler önünde görülmesine kanımızca herhangi bir engel bulunmamaktadır. Keza aksinin kabulü, taraflar arasındaki yetki ya da tahkim anlaşmalarının alacaklı tarafından ilamsız icra takibi başlatılarak etkisiz kılınabilmesine sebebiyet vermektedir.

Yabancı mahkemeler veya hakemler, itirazın iptali talebiyle karşılaştıklarında karşılaşacakları ilk muhtemel sorun vasıf ihtilafıdır. Vasıf ihtilafının milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti gözetilerek somut olay özelinde Türk Hukuku’na özgü bir biçimde yapılması, taraf menfaatine hizmet eden yegâne pratik çözüm yolu olarak görünmektedir. Uygulanacak hukuk noktasında dava, alacak davası niteliği itibarıyla temel bir borç ilişkisine hali hazırda sahiptir. Yabancı hâkimler de uygulanacak hukuku, taraflarca belirlenmediği takdirde kendi kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca tespit edebilir. Hakemler ise söz konusu tespiti, tâbi oldukları kanun veya model kurallar doğrultusunda yerine getirmektedir. Bununla birlikte bir yıllık hak düşürücü sürenin yabancı hâkim ve hakemler tarafından da göz önünde bulundurulmaması da belli başlı sakıncalar içermektedir.

İcra-inkâr ve kötü niyet tazminatları bir yaptırım olarak öngörülmekle birlikte usul hukukundan ziyade taraflar arasındaki maddi hukuk kaynaklı borç ilişkisiyle bağlantılı bir tazminat türü olarak dikkat çekmektedir. Maddi hukukla bağlantısının yanında usul ekonomisi ve taraf menfaatleri de göz önünde bulundurulduğunda tazminatlar konusunda hakemlerin ve yabancı hakimlerin karar verebileceği kanaatindeyiz.

Yabancı mahkeme veya hakem kararlarına dayanarak ilamsız icra takibi başlatılmasının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Ancak bu yolu seçmekle alacaklı ilâmlı icranın kendisine sağladığı avantajlardan mahrum kalmaktadır. Borçlunun itirazı üzerine itirazın iptali davası açıldığında hali hazırda uyuşmazlık yabancı mahkeme veya hakemler önünde sonuçlandırıldığından davacının uyuşmazlığı tekrar yabancı mahkeme veya hakemler önüne taşımasında hukuki yararı bulunmamaktadır. Dolayısıyla mahkeme, itirazın iptali davasını görmeye yetkilidir. Ancak bu durumda mahkeme kararı, takdiri delil olarak nazara alınmakta ve revizyon yasağı itirazın iptali mahkemesi bakımından geçerlilik kazanmamaktadır.

Türk icra ve maddi hukukunda davanın niteliği ve sonuçları bakımından doktrinde ve Yargıtay kararlarında birçok farklı görüş öne sürülmüş; ancak buna rağmen istikrarlı bir uygulama ortaya konabilmiş değildir. Bu noktada çalışmanın özellikle ilk bölümünde belirtilen tartışmalara ilişkin olarak konunun önceki uygulamalar ve doktrin görüşleri ışığında yeni bir kanun hükmüyle ya da Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı ile düzenlenmesine ihtiyaç bulunmaktadır. Bununla birlikte geçtiğimiz günlerde kabul edilen 7343 Sayılı Kanun’un⁷⁵ itirazın iptali davasına yönelik herhangi bir düzenleme içermediği düşünüldüğünde içtihadı birleştirme kararına olan ihtiyaç daha da ön plana çıkmaktadır. Bu yönde verilecek muhtemel kararlar, konunun milletlerarası boyutuna da etki edecek ve daha sağlıklı değerlendirmeler yapılmasına zemin hazırlayacaktır.

⁷² TÜYSÜZ, İlamsız İcra, s.718.

⁷³ Bu yönde bkz. Y. HGK, 24.10.2011 T., E. 2001/4-962, K. 2001/750 sinerjimevzuat.com.tr (Erişim Tarihi: 10.11.2022). Ayrıca bkz. NOMER, Devletler, s.510; NOMER, Usul, s.174; DOĞAN, s.114; ÇELİKEL/ERDEM, s.798; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s.630.

⁷⁴ TÜYSÜZ, İlamsız İcra, s. 708.

⁷⁵ İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun RG: 30.11.2021, 31675.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Atf Şekli: Yazar Sinan Can KONYALI, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Sinan Can KONYALI who is the author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İÜHF'D'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İÜHF'D'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İÜHF'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The author declares that he complies with the scientific, ethical, and quotation rules of InULR in all processes of the paper and that he does not make any falsification of the data collected. In addition, he declares that Inonu University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than Inonu University Law Review.

KAYNAKÇA

- AKINCI, Ziya: Milletlerarası Tahkim, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 6. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021.
- ALLAROUSSE, Veronique: "A Comparative Approach to the Conflict of Characterization in Private International Law", Case Western Reserve Journal of International Law, (23)3, 1991, s.479-516.
- ASLAN, Kudret/ AKYOL ASLAN, Leyla: İlama Bağlı Para Alacağı İçin İlamsız İcra Takibi Yapılması Dürüstlük Kuralına ve Hayatın Olağan Akışına Aykırı Mıdır?, Ramazan Arslan'a Armağan, Yetkin Yayınları, 1, Ankara, 2015, s.195-251.
- ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim/ERDOĞAN, Ersin: İcra ve İflas Hukuku, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, Gülüm: Milletlerarası Usul Hukukunda Paralel Davalar, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- BERKİN, Necmeddin: Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1980.
- BOZANOĞLU, Sedat/GÜNAY, Mehmet Emre: "Tenfiz Edilmemiş Yahut Kesinleşmemiş Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Türk İcra İflas Hukuku İşığında İnfaz Kabiliyeti Genel Haciz Yolu ile İlamsız Takibe Konu Edilip Edilemeyeceği Uygulamada Yaşanan Sorunlar", İstanbul Barosu Dergisi, 91(1), 2017
- ÇAĞA, Tahir: Ödeme Emrine İtirazın İptali Davasına Dair, BATİDER, VIII(3), 1976, s.21-31.
- ÇAĞA, Tahir: "Yine Ödeme Emrine İtirazın İptali Davasına Dair", BATİDER, X(2), 1979, s.269-376.
- ÇELİKEL, Aysel/ERDEM, B. Bahadır: Milletlerarası Özel Hukuk, Yenilenmiş 17. Bası, Beta Basım, İstanbul, 2021.
- DAYINLARLI, Kemal: HUMK'da Düzenlenen İhtiyari İç Tahkim, 2. Baskı, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 2004.
- DEMİRKOL, Berk: Milletlerarası Yetki Anlaşmaları, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018.
- DEYNEKLİ, Adnan/KISA, Sedat: İtirazın İptali Davaları ve İcra İnkâr Kötü Niyet Tazminatı, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.
- DOĞAN, Vahit: Milletlerarası Özel Hukuk, 8. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2022.
- EKŞİ, Nuray: Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim, 2. Bası, Beta Basım, 2019.
- ERİŞ, Gönen: Ödeme Emrine İtirazın İptali Davası ve Bazı Sorunlar, Ankara Barosu Dergisi, (5), 1977, s.822-841.
- ERKAN, Mustafa: "Bir Tabu: Taşınmazın Aynına İlişkin Davalarda Münhasır Yetki, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (20) 1, 2012, s.11-51.
- ERKAN, Mustafa: Milletlerarası Ticari Tahkimde Yetki Sorunları, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- GÜNGÖR, Gülin: Türk Milletlerarası Özel Hukuku, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- HEISS, Helmut/KAUFMANN-MOHI, Emese: "Classification: A Subject Matter for a Rome 0 Regulation?", General Principles of European Private International Law, Wolters Kluwer, 2016, s.87-100.
- HUYSAL, Burak: Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.
- İRGE ERDOĞAN, Burcu: Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- KARSLI, Abdurrahim: İcra Hukuku Ders Kitabı, Yenilenmiş 1. Baskı, Alternatif Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- KURU, Baki: "Ödeme Emrine İtirazın İptali Davası ve İcra İnkâr Tazminatı", Adalet Dergisi, (7-8), 1961, s. 676-694.
- KURU, Baki: İcra ve İflas Hukuku, Cilt I, 3. Bası, Alfa Basım Yayım, 1988.
- KURU, Baki/AYDIN, Burak: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- NOMER, Ergin: "İflas Davalarında Milletlerarası Yetki Anlaşmaları", İstanbul Barosu Dergisi, 85(6), 2011, s.3-11.
- NOMER, Ergin: Milletlerarası Usul Hukuku, Yenilenmiş 2. Bası, Beta Basım, İstanbul, 2018.
- NOMER, Ergin: Devletler Hususî Hukuku, Yenilenmiş 23. Bası, Beta Basım, İstanbul, 2021.
- NOMER, Ergin/EKŞİ, Nuray/ÖZTEKİN GELGEL, Günseli: Milletlerarası Tahkim Hukuku, 6. Bası, Beta Basım, İstanbul, 2021.
- OKÇUOĞLU, Yavuz: Yargıtay Kararları ve Karşı Oylarım, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1991.
- ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice: "Milletlerarası Yetki Anlaşmalarının İflas Davası Üzerindeki Etkilerine İlişkin Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 16(Özel), Hakan Pekcanitez'e Armağan, 2014, s.2295-2318.
- ÖZEL, Sibel: Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, Birinci Baskı, Legal Yayınevi, İstanbul, 2008.
- ÖZEL, Sibel/ERKAN, Mustafa/PÜRSELİM, Hatice Selin/KARACA, Hüseyin Akif: Milletlerarası Özel Hukuk, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.

- ÖZGENÇ, Zeynep: “Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemin veya Hakem Kurulunun Ex Aequo Et Bono Karar Verme Yetkisi”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 34(1), 2014, s.31-72.
- ÖZKAN, Yönel: *İcra İflâs Hukukunda İtirazın İptali Davası*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004.
- PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet: *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 10. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral/ÖZEKES, Muhammet: *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 9. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- POSTACIOĞLU, İlhan: “İcrada İnkâr Tazminatı Üzerine Düşünceler ve Bazı İhtilafli Noktalar”, *BATİDER*, IX(4), 1978, s. 951-970.
- POSTACIOĞLU, İlhan: “Ödeme Emrine İtirazın İptali Mevzuunda Bazı Zarurî Açıklamalar”, *BATİDER*, X(4), 1980, s.965-980.
- SARGIN, Fügen: *Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları, Yetkin Yayınları*, 1996.
- SÜRAL, Ceyda: “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisine Etkisi”, *TBB Dergisi*, (100), 2012, s.167-216.
- ŞANLI, Cemal: *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, 6. Bası, Beta Basım, İstanbul, 2016.
- ŞANLI, Cemal/ESEN, Emre/ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci: *Milletlerarası Özel Hukuk*, 9. Bası, Beta Basım, İstanbul, 2021.
- TAN DEHMEN, Mine: “Türk Vatandaşlarının Kişi Hallerine İlişkin Davalar Bakımından 5718 Sayılı MÖHUK’ta Kabul Edilen Yetki Kuralı”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 33(1), 2013, s.169-211.
- TİRYAKIOĞLU, Bilgin: “Türklerin Kişi Hallerine İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi”, *Yetkin Yayınları, Tuğrul Arat’a Armağan*, Ankara, 2012, s.1141-1165.
- TÜYSÜZ, Cemre: *Milletlerarası Ticari Tahkim Açısından İcra ve İflâs Hukukundaki Davalar*, 1. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2017.
- TÜYSÜZ, Cemre: “Tenfiz Edilmemiş Yabancı Hakem Kararları Açısından İlamsız İcra Takiplerine ve İhtiyati Hacze İlişkin Bazı Meseleler”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 41(2), 2021.
- YEŞİLIRMAK, Ali: “Geçerli Bir Tahkim Anlaşmasının Varlığına Rağmen Genel Haciz Yoluyula Takip Yapılabilir Mi?”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 96, 2011, s.205-228.
- YILMAZ, Ejder: *İtirazın İptali Davasının Hukukî Niteliği*, Saim Üstündağ’a Armağan, Ankara, 2009, s.597-615.
- YILMAZ, Ejder: “Tahkimde İtirazın İptali Davası ve Tahkime Elverişlilik Kuralı”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (16) Özel, Hakan Pekcanitez’e Armağan, 2014, s.531-554.

ACENTENİN DENKLEŞTİRME İSTEMİ HAKKINDAKİ
YARGI KARARLARINA İLİŞKİN BAZI DEĞERLENDİRMELEREVALUATIONS ON THE JUDGMENTS REGARDING
THE INDEMNITY RIGHT OF SELF-EMPLOYED COMMERCIAL AGENTBurçak YILDIZ*  10.21492/inuhfd.1177893 

Makale Bilgi

Gönderi: 20/09/2022
Kabul : 12/12/2022

Anahtar Kelimeler

Denkleştirme İstemi,
Portföy Tazminatı,
Acente,
Yeni Müşteri,
Hakkaniyet.

Article Info

Received: 20/09/2022
Accepted: 12/12/2022

Keywords

Indemnity,
Self-employed
Commercial Agent,
New Customer,
Equity.

Özet

Denkleştirme istemine ilişkin Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 122 hükmüne, Avrupa Birliği'nin 86/653 sayılı Yönergesi mehzaz teşkil etmektedir. Bu nedenle Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın (ABAD) anılan Yönerge'ye ilişkin kararları, hukukumuz için de önem taşımaktadır. Çalışmamızda ABAD ve Türk yargı kararlarının denkleştirme istemine ilişkin bakış açısı değerlendirilmektedir. Denkleştirme istemine ilişkin Yargıtay kararlarında en sık rastlanan bozma sebebi: tarafların kendilerine düşen ispat yüklerini yerine getirmemiş olmalarına rağmen ilk derece mahkemelerinin talebi kabul etmiş olmalarıdır. TTK m.122.1'de sayılan üç unsurun ilk ikisinin varlığını davacı acente ispatlamalıdır. TTK m.122.1.c hükmünde sözü edilen üçüncü unsura göre: denkleştirme istemi ancak "hakkaniyet gerektirdiği takdirde ve oranda" talep edilebilmektedir. Ancak söz konusu unsur, kural olarak sağlanmış kabul edilmektedir. Anılan hususa aykırılık bulunduğu iddiasında olan davalı, bu iddiasını ispatlamakla yükümlüdür. Yargıtay, davalının bu iddiasını ispatlarken kullanabileceği kıstasları belirlemiştir. ABAD, denkleştirme istemi için varlığı ispatlanması gereken "yeni müşteri" kavramının içeriğini yorumlamıştır. Divan yenilikten kastın müşterinin müvekkil ile ilk kez sözleşme akdediyor olması değil, müşterinin söz konusu ürünü ilk kez satın alması olduğunu ifade etmiştir. ABAD, müvekkilin acenteye müşteri listesi vermiş olmasının bu listedekilerin yeni müşteri sayılmasını engellemeyeceğine hükmetmiştir. Denkleştirme istemine engel olan sona erme sebepleri, istisnai nitelik taşımakta olup; bunların dar yorumlanması gerekmektedir. ABAD, deneme süresi içinde sona ermiş acentelik sözleşmelerinde de denkleştirme istenebileceğini kabul etmiştir. Divan, ayrıca, müvekkil sözleşmeyi feshi ihbar süresi tanınarak sona erdirdikten sonra acentenin sözleşmeyi ihlal eden davranışlar gerçekleştirmiş olmasının, denkleştirme isteminden kaçınma yetkisi tanımadığına hükmetmiştir.

Abstract

The Council Directive 86/653/EEC forms basis for Turkish Commercial Code (TCC) art.122, regarding indemnity right of self-employed commercial agents. Therefore, the judgments of The Court of Justice of the European Union (CJEU) about this Directive are of vital importance for Turkish law. This article examines the point of view of the Turkish Court of Cassation and CJEU regarding the indemnity. The most frequent ground for reversal decisions in judgments of Turkish Court of Cassation regarding indemnity is the acceptance of claim by the court of first instance, although the burden of proof has not been met by the party which carries it. The existence of the first two elements in TCC art.122.1 must be proved by the agent. According to the third element (Art.122.1.c), the indemnity can be claimed in case and to the best of the fact that it is equitable. However, this element is accepted as provided, until the defendant proves otherwise. Turkish Court of Cassation specified the criterion that can be used to prove such claim. CJEU ruled that while evaluating the customer as new or not, the fact that the customer is buying the products in question for the first time is determinant. The Court expressed that whether the customer is concluding a contract with the principal for the first time or not, is not taken into consideration. CJEU ruled that the customers may be considered as new, even though the customer list is provided by the principal. The grounds of termination which prevent indemnity must be interpreted narrowly. CJEU ruled that the indemnity can be claimed even if the contract is terminated during the trial period. According to CJEU, where the contract is terminated by the principal, the breach of contract by the agent in the period of notice does not prevent the indemnity right.

EXTENDED SUMMARY

The indemnity right of self-employed commercial agent is arranged by the Turkish Commercial Code (TCC) Art.122. The relevant article of TCC was derived from the Council Directive 86/653/EEC of 18 December 1986 on the Coordination of the Laws of the Member States Relating to Self-Employed Commercial Agents art. 17-19. Therefore, the judgments of The Court of Justice of the European Union (CJEU) interpreting this Directive are of vital importance for Turkish law, as well. In this article the judgments of CJEU and The Turkish Court of Cassation, regarding the indemnity right of self-employed commercial agents are examined.

The most frequent grounds for reversal decisions in judgments of the Turkish Court of Cassation regarding indemnity are the uncertainty about the scope of the burden of proof and the acceptance of claim by the court of first instance, although the burden of proof has not been met by the party which carries it.

In order to claim for indemnity, three elements in TCC art.122.1 must have been fulfilled. The existence of the first two elements must have been proved by the agent. As in Directive art. 17.2, for the indemnity, the commercial agent must have brought the principal new customers and the principal must have been continuing to derive substantial benefits from the business with such customers, in Turkish law as well. Also, as the result of the termination of contract, agent must have been deprived of the remuneration right arising from the contracts concluded with the clients whom he has brought.

The Court of Justice of the European Union has interpreted the content of the “new customer” concept in C-315/14 Marchon Germany GmbH v. Yvonne Karaszkievicz decision. CJEU has ruled that while evaluating the customer as new or not, the fact that the customer is buying the products in question for the first time is determinant. The Court has expressed that whether the customer is concluding a contract with the principal for the first time or not, is not taken into consideration. In C-3/04 Poseidon Chartering BV v. Marianne Zeeschip VOF Decision, CJEU has ruled that even the fact that only one client has been brought by the agent may be enough for the indemnity claim. The Turkish Court of Cassation expressed that the agent must have proven the number of contracts which were concluded between the principal and the new customers whom he has brought and especially the amount of the income earned/which will be earned by these contracts. In Case C-348/07 Turgay Semen v. Deutsche Tamoil GmbH Decision of CJEU, it is undersized that only the benefits accruing to the principal can be taken into consideration, the benefits accruing to the other companies of the same group are not taken into account for the purposes of calculating the amount of indemnity.

According to the third element, expressed in TCC Art.122.1.c, the indemnity can be claimed in case and to the best of the fact that it is equitable having regard to all the circumstances. However, this element is accepted as provided, until proven otherwise by the defendant. The Turkish Court of Cassation has specified the criterion that can be used to prove this claim, such as the duration of contract, impact of the trade mark, the breach of the restraint of trade, fault of the parties.

The grounds of termination of contract which prevent the claim of indemnity are restricted with those expressed in TCC Art.122.3. CJEU has interpreted the Directive and concluded that such grounds (Directive Art. 18) are exceptional and must have been interpreted narrowly. CJEU has ruled in C-645/16 CMR SARL v. Demeures terre et tradition SARL decision that the indemnity can be claimed even if the agency contract is terminated during the trial period. CJEU has also ruled in C-203/09 Volvo v. AHW decision that where the agency contract is terminated by the principal, the breach of contract by the agent in the notice of termination doesn't prevent the indemnity right.

The commercial agent shall lose his entitlement to the indemnity if within one year following termination of the contract, he has not notified the principal that he intends pursuing his entitlement, in Turkish law. The Turkish Court of Cassation has emphasized that most of the other claims arising from the agency contract, such as claim of remuneration, are subject to five-year limitation period.

The Turkish Court of Cassation has ruled that when the conditions (in TCC art. 122) have been fulfilled, the indemnity decision has to be made, even though the defendant principal is a company deep in debt.

I. GİRİŞ

Denkleştirme istemi, yargı kararlarında: “acentelik sözleşmesi sona erdikten sonra, bu ilişkinin devamı boyunca acentenin kişisel gayretiyle yarattığı müşteri çevresinden âkidinin halen yararlanması, acentenin ise yararlanmaması nedeniyle uğradığı kaybın karşılığı” şeklinde tanımlanmıştır¹. “Portföy tazminatı” olarak da adlandırılan bu kurum: acentenin sözleşme ilişkisinin sona ermesi sebebiyle müvekkiline kazandırdığı müşteri çevresini kaybetmesi üzerine oluşan zararı ile, bu müşteri portföyünden müvekkilin yararlanmaya devam ederek elde ettiği kazancı denkleştirmeyi amaçlamaktadır².

Acentenin denkleştirme istemi, Türk Ticaret Kanunu m.122’de düzenlenmektedir. Ülkemizde acentelik kurumunun yaygın şekilde tercih ediliyor olması ve denkleştirme isteminin TTK m.122.5 hükmü ile tek satıcılık sözleşmeleri ile benzeri tekel hakkı veren sürekli sözleşmelerde de uygulanıyor olması, bu kuruma ilişkin bir içtihat hukukumuzun³ oluşmasını sağlamıştır.

TTK m.122’ye, temel olarak, Avrupa Birliği’nin Acentelere İlişkin Üye Devlet Düzenlemelerinin Koordinasyonu Hakkında 86/653 sayılı Yönergesi mehz teşkil etmektedir⁴. Bu itibarla anılan kuruma ilişkin olarak Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından verilmiş kararlar, hukukumuz için de yol gösterici niteliktedir.

Çalışmamızda denkleştirme istemi kurumu, sadece ABAD ve Türk yargı kararlarındaki bakış açısı temel alınarak değerlendirilecektir.

II. İLGİLİ MEVZUAT

A. Hukukumuzda

1. Genel Olarak

Denkleştirme istemi, TTK m.122’de düzenlenmektedir. Anılan hükmün birinci fıkrasına göre:

“Sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonra;

- Müvekkil, acentenin bulduğu yeni müşteriler sayesinde, sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonra da önemli menfaatler elde ediyorsa,
- Acente, sözleşme ilişkisinin sona ermesinin sonucu olarak, onun tarafından işletmeye kazandırılmış müşterilerle yapılmış veya kısa bir süre içinde yapılacak olan işler dolayısıyla sözleşme ilişkisi devam etmiş olsaydı elde edeceği ücret isteme hakkını kaybediyorsa ve
- Somut olayın özelliği ve şartları değerlendirildiğinde, ödenmesi hakkaniyete uygun düşüyorsa, acente müvekkilden uygun bir tazminat isteyebilir.”

2. Sigorta Acenteleri Açısından

Sigorta acenteleri TTK’daki acenteliğe ilişkin genel hükümlere (m.102 vd.) tâbi olmakla beraber, TTK m.102.3 hükmünde, bu alana özel düzenlemeler saklı tutulmuştur. Kanun’da saklı tutulan hususlardan biri de, sigorta acentelerinin denkleştirme istemi hakkındaki Sigortacılık Kanunu (SK) m.23.16 hükmüdür⁵. Anılan hükme göre:

“Sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonra sigorta şirketi sigorta acentesinin portföyü sayesinde önemli menfaatler elde ediyor ve hakkaniyet gerektiriyorsa, sigorta acentesi, sigorta şirketinden tazminat talep edebilir. Ancak, sigorta acentesinin haklı bir nedene dayanmaksızın sözleşmeyi feshetmesi ya da kendi kusuruyla sözleşmenin feshine neden olması halinde tazminat hakkı düşer.”

SK m.23.16’da, TTK m.122.1.b hükmündeki “acentenin sözleşme ilişkisi devam etmiş olsaydı elde edeceği ücret isteme hakkını kaybediyor olması” unsuru yer almamaktadır. Ancak aşağıda ele alınacağı üzere, söz konusu ücret kaybı unsuru, TTK m.122.1.a hükmündeki “acente tarafından kazandırılmış müşterilerin müvekkile önemli menfaat sağlıyor olması” kıstasının doğal sonucudur⁶. Bu itibarla TTK m.122 ile SK m.23.16 hükümleri arasında paralellik bulunduğu açıktır. Dolayısıyla sigorta acentelerinin denkleştirme istemine ilişkin yargı kararlarından, TTK m.122 hükmünün yorumlanmasında da yararlanılabilecektir⁷.

B. AB Hukukunda

Denkleştirme istemine ilişkin TTK m.122 hükmüne, temel olarak⁸, Avrupa Birliği’nin 86/653 sayılı Yönergesi m. 17-19 hükümleri mehz teşkil etmektedir. Bu itibarla anılan kuruma ilişkin ABAD tarafından verilmiş kararlar, hukukumuz için de emsal niteliği taşımaktadır.

¹ Yargıtay 11.HD, 30.11.2017, E.2016/2791, K.2017/6770, (Çalışmamızdaki tüm Yargıtay kararlarına, karararama.yargitay.gov.tr adresinden ulaşılmıştır, çalışmamızdaki tüm linkler, 30.08.2022 tarihi itibarıyla etkin durumdadır). Benzer bir tanım için bkz. Yargıtay 11.HD, 11.11.2014, E.2013/16672, K.2014/17367.

² Yargıtay HGK, 09.11.2021, E.2017/3138, K.2021/1366.

³ Söz konusu kurum her ne kadar pozitif hukukumuzda 6102 sayılı TTK ile girmiş ise de, aslında öncesinde de içtihat hukuku tarafından tanınmaktaydı. Bkz. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayı No:96, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss96.pdf>, m.122 Gereçesi.

⁴ Council Directive 86/653/EEC of 18 December 1986 on the Coordination of the Laws of the Member States Relating to Self-Employed Commercial Agents, OJ L.382, 31.12.1986, s.17–21. Ayrıca bkz. TTK Genel Gereçesi para.54.

⁵ 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu (SK), RG: 14.06.2007, 26552.

⁶ Bkz. aşa. “IV. B” başlığı altındaki açıklamalar.

⁷ Benzer şekilde, denkleştirmenin hesaplanması yöntemi gibi, SK’da açık düzenleme bulunmayan konularda da, TTK m.122 hükmü ve bu hükme ilişkin uygulama, sigorta acenteleri açısından yol gösterici olmaktadır. Zira SK m.23.18’de, TTK’nın acentelere ilişkin hükümlerinin sigorta acenteleri hakkında da uygulanacağı ifade edilmiştir. Bu konudaki değerlendirmeler için bkz. NARBAY, Şafak/GÜLLÜCE, Muhammet Ali: “Türk Hukukunda Sigorta Acenteleri”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 22(3), 2016, s.1991.

⁸ Yönerge’nin yanı sıra hükme; Alman Ticaret Kanunu m.89b ve İsviçre Borçlar Kanunu m.418u hükümleri de temel teşkil etmektedir (*Handelsgesetzbuch*, [https://www.gesetze-im-internet.de/hgb; Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches \(Fünfter Teil: Obligationenrecht\)](https://www.gesetze-im-internet.de/hgb; Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht)), https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/27/317_321_377/de).

III. ÖN ŞARTLAR

A. Taraflar Arasında Acentelik veya Tek Satıcılık ile Benzeri Diğer Tekel Hakkı Veren Sözleşme İlişkisi Kurulmuş Olması

Uygulamada taraflardan birinin diğerine yeni müşteriler kazandırdığı, diğerinin markasını taşıyan mal ve hizmetleri müşterilere sunduğu pek çok sözleşme tipi akdedilmektedir. Ancak “bayilik sözleşmeleri”, “dağıtım sözleşmeleri” gibi adlarla akdedilen her sözleşme, denkleştirme istemi hakkı vermemektedir. Denkleştirme istemi, sadece acentelik sözleşmelerinde, tek satıcılık sözleşmeleri ve bu sözleşme ile benzeri tekel hakkı veren diğer sürekli⁹ sözleşmelerde söz konusudur (TTK m.122.5).

Bu itibarla denkleştirme isteminde bulunan taraf ilk olarak davalı ile arasındaki sözleşme ilişkisinin varlığını ve bu sözleşmenin hukuki niteliğini ortaya koymak zorundadır¹⁰. Örneğin Yargıtay, 2019 tarihli bir kararında, davacının denkleştirme istemini “taraflar arasında acentelikten doğan veya tek satıcılık ile benzeri diğer tekel hakkı veren sözleşme ilişkisi bulunduğu”nu ispat edemediği gerekçesiyle reddeden ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır¹¹.

1. Acentelik Sözleşmesi

a. Genel Olarak

TTK m.102’ye göre acente: ticari mümessil, ticari vekil, satış memuru veya işletmenin çalışmanı gibi işletmeye bağlı bir hukuki konuma sahip olmaksızın, bir sözleşmeye dayanarak, belirli bir yer veya bölge içinde sürekli olarak ticari bir işletmeyi ilgilendiren sözleşmelerde aracılık etmeyi veya bunları o tacir adına yapmayı meslek edinen kimseyi ifade etmektedir.

Uygulamada acentelik sözleşmesinden doğan denkleştirme talebiyle açılan davalarda sıklıkla, davalı, davacı ile aralarındaki sözleşmenin acentelik sözleşmesi niteliği taşımadığı şeklindeki savunma sunmaktadır¹². Bu itibarla denkleştirme isteminin konu edildiği kararlarda da, somut olaydaki sözleşme, acentelik sözleşmesinin unsurları açısından değerlendirilmektedir.

Örneğin ABAD’ın C-452/17 sayılı *Zako SPRL v Sanidel SA Kararı*’nda, müvekkil ile acente arasında fiziki yer ayrılığı bulunmasının zorunlu bir unsur olup olmadığı tartışılmıştır¹³. Denkleştirme istemi ile açılan davada davalı, aralarındaki sözlü sözleşmenin acentelik değil, istisna sözleşmesi niteliği taşıdığını ileri sürmüştür¹⁴. Davaya konu olayda, davalı, banyo ve mutfak mobilyalarının satışını yapan bir şirkettir. Davacı şirket ise davalı adına davalının müşterileri ile görüşmekte, onların ölçülerine göre mutfak mobilyası satışını ve inşasını yine davalı adına gerçekleştirmektedir¹⁵. Davacının özel bir ofisi, müşteriler tarafından doğrudan ulaşılabilen bir telefon hattı bulunmaktadır¹⁶. Ancak davacının ofisi, davalının binası içinde yer almaktadır. Söz konusu fiziki yakınlığa rağmen davacı ile davalı arasında mutlak bir bağımsızlık ilişkisi bulunduğu hususunda taraflar hemfikirdir. Yüksek Mahkeme, acentelik sözleşmesinde müvekkil ile acente arasında fiziki yer ayrılığının zorunlu bir unsur olmadığını vurgulamıştır¹⁷. Kararda, ofisi davalının işyeri içinde bulunan davacının, söz konusu fiziki yakınlığın faaliyetini bağımsız olarak yürütmesini engellemiyor olması şartıyla, acente sayılabileceğine hükmedilmiştir¹⁸.

Benzer şekilde ABAD’ın C-828/18 sayılı *Trendsetteuse SARL v. DCA SARL Kararı*’nda¹⁹ da: sözleşme şartlarını ve ürünlerin fiyatını değiştirme yetkisini haiz olmanın acentenin unsurlarından biri olup olmadığı değerlendirilmiştir. Denkleştirme istemi ile açılan davada davalı, davacı ile aralarında sözlü olarak akdedilmiş sözleşmenin acentelik sözleşmesi niteliği taşımadığını ileri sürmüştü; buna gerekçe olarak da ürünlerinin satışı konusunda kendisini temsil eden davacının anılan ürünlerin fiyatlarını ve müşterilerle akdedilecek sözleşmenin şartlarını değiştirme yetkisinin bulunmamasını göstermiştir²⁰. Yüksek mahkeme, acenteliğin unsurları arasında müşterilerle akdedilecek sözleşmenin şartlarını ve ürün fiyatını değiştirme yetkisinin bulunmadığına hükmetmiştir²¹.

b. Tekel Hakkının Kaldırılmış Olduğu Acentelik Sözleşmelerinde Durum

Acentelik sözleşmesinin temel özelliklerinden biri de, -aksi sözleşmede kararlaştırılmadıkça- acenteye tekel hakkı tanınmış olmasıdır. TTK m.104’ e göre: müvekkil, kural olarak, aynı zamanda ve aynı

Bkz. TTK m.122’nin gerekçesi.

⁹ Bkz. TTK m.122.5’in gerekçesi: “‘Devamlı’ sayılamayan hizmetler de ‘yeni’ müşteri sağlayabilir.”.

¹⁰ Özellikle anılan tür sözleşmelerde yazılı şeklin geçerlik şartı olmaması nedeniyle, uygulamada, bu hususların ispatına ilişkin uyumsuzluklar yaşanabilmektedir.

¹¹ Yargıtay 19.HD, 18.09.2019, E.2019/2802, K.2019/4398.

¹² Örneğin bkz. Yargıtay 11.HD, 23.06.2021, E.2019/4747, K.2021/5341: “Davalı..., dayanak sözleşmenin bir acentelik değil danışmanlık/müşavirlik sözleşmesi olduğunu, ...taraflar arasında hiç bir zaman acentelik ilişkisinin kurulmadığını, ...portföy tazminatı şartlarının oluşmadığını savunarak davanın reddini istemiştir.”.

¹³ *Zako SPRL v. Sanidel SA*, C-452/17, Judgment of the Court (Fourth Chamber), 21.11.2018, curia.europa.eu.

¹⁴ C-452/17, para.11.

¹⁵ Opinion of Advocate General Szpunar, C-452/17, 25.06.2018, curia.europa.eu, para.9.

¹⁶ C-452/17, para.14.

¹⁷ C-452/17, para.22. Divan; acentelik sözleşmesinin zorunlu unsurlarının: bağımsızlık, süreklilik ve müvekkil adına aracılık ya da işlem yapılmasından ibaret olduğunu belirtmiştir. Bkz. para.23.

¹⁸ C-452/17, para.36.

¹⁹ *Trendsetteuse SARL v. DCA SARL*, C-828/18, Judgment of the Court (Ninth Chamber), 04.06.2020, curia.europa.eu.

²⁰ C-828/18, para.15.

²¹ C-828/18, para.32. Kararda: acentenin denkleştirme istemine ilişkin hükümlerin emredici nitelik taşıdığına dikkat çekilmiş; acente tanımının dar şekilde yorumlanmasının acenteyi korumayı amaçlayan bu emredici hükümlerin dolanılması sonucunu doğuracağı ifade edilmiştir (para.38).

yer veya bölge içinde aynı ticaret dalı ile ilgili olarak birden fazla acente atayamamaktadır. Ancak yazılı olmak şartıyla, bunun aksinin kararlaştırılabilmesi mümkündür.

Denkleştirme istemine ilişkin TTK m. 122’de ise, tekel unsuru sadece beşinci fıkrada ve “diğer sözleşmeler” için aranmıştır. Bu itibarla, acentelik sözleşmesinde tekel unsurunun TTK m. 104 uyarınca yazılı sözleşme ile kaldırılmış olduğu durumlarda dahi, şartları varsa, denkleştirme istemi ileri sürülebilmektedir²².

Ancak Yargıtay, denkleştirme istemine hükmedilebilmesi için tekel unsurunun acentelik sözleşmesi için de aranması gerektiğini kabul etmektedir. Yüksek Mahkeme 2021 tarihli bir kararında: “... taraflar arasındaki ilişki ister acentelik isterse bayilik olarak kabul edilsin, TTK’nın 122. maddesi uyarınca denkleştirme (portföy) tazminatı talep edebilmek için davacıya sözleşmede tekel hakkı verilmiş olması gerektiği” şeklinde hüküm vermiştir²³.

Yargıtay’ın bu yaklaşımı öğretide eleştirilmiştir²⁴. Yukarıda da belirtildiği gibi, tekel hakkı, tek satıcılık sözleşmesinden farklı olarak acentelik sözleşmesinin kurucu unsurlarından biri olmayıp, sözleşme ile kaldırılabilir. Denkleştirme istemine ilişkin TTK m.122’nin acentelik sözleşmesine ilişkin ilk dört fıkrasında da tekel unsuruna yer verilmemiştir. TTK m.122.5’teki “benzeri diğer tekel hakkı veren sürekli sözleşme ilişkileri” ifadesi ise, acente sözleşmesi ile değil, tek satıcılık sözleşmesi ile benzerlik kurmaktadır. Bu itibarla Yüksek Mahkeme’nin acentelik sözleşmesinin sona ermesi halinde denkleştirme isteminde bulunulabilmesi için Kanun’da açıkça sayılmamış tekel unsurunu arayan yaklaşımına katılabilmeye olanak bulunmamaktadır.

2. Tek Satıcılık İle Benzeri Diğer Tekel Hakkı Veren Sürekli Sözleşme

Denkleştirme istemi kurumu, acentelik dışındaki bazı sözleşme tiplerinde de uygulama alanı bulmaktadır. TTK m.122.5 hükmüne göre: denkleştirme istemine ilişkin hüküm, hakkaniyete aykırı düşmedikçe²⁵, tek satıcılık ile benzeri diğer tekel hakkı veren sürekli sözleşme ilişkilerinin sona ermesi halinde de uygulanmaktadır.

Bu taleple açılan davalarda, sözleşmenin tek satıcılık ya da benzeri diğer tekel hakkı veren sürekli sözleşme niteliğini taşıdığını ispat yükü, davacıdadır.

Acentelik sözleşmesi dışındaki sözleşmelere TTK m.122.5 hükmünün uygulanabilmesi için öncelikle her somut olayda sözleşmedeki “tekel hakkı” kaydının varlığı incelenmelidir²⁶. Tek satıcılık sözleşmesinde tekel hakkı, sözleşmenin temel unsuru niteliği taşıdığından, bu hakkın kaldırılması söz konusu olmamaktadır. Bununla birlikte özellikle “bayilik sözleşmesi” adı altında akdedilen dağıtım sözleşmelerinde anılan husus önem kazanmaktadır²⁷. Sözleşmede tekel hakkını kaldıran bir kayıt bulunduğu (sözleşmenin “bayiye/servise belirli bir bölge, müşteri ya da faaliyet bakımından inhisari bir hak vermediği” gibi bir kayıt içerdiği) durumlarda TTK m.122.5 hükmü uygulama alanı bulamaz. Örneğin Yargıtay’ın 2021 tarihli bir kararına konu olayda: davacı, otuz iki yıldır davalının yedek parça bayii ve yetkili servisi olup; taraflar arasında yedek parça bayilik ve servis sözleşmeleri bulunmaktadır. Ancak her iki sözleşmede de: “Bu sözleşmedeki hiçbir hüküm bayiye/servise belirli bir bölge, müşteri ya da faaliyet bakımından inhisari bir hak verildiği şeklinde yorumlanamaz” şeklinde kayıtlar bulunmaktadır. Yüksek mahkeme, anılan kayıtlar nedeniyle tekel hakkından söz edilemeyeceğine ve denkleştirme isteminin şartlarının oluşmadığına hükmetmiştir²⁸.

²² BOZER, Ali/GÖLE, Celal: Ticari İşletme Hukuku, 7.Baskı, BTHAE, Ankara 2021, s.174; ÜLGEN, Hüseyin/HELVACI, Mehmet/KAYA, Arslan/NOMER ERTAN, N. Fusun: Ticari İşletme Hukuku, 6.Baskı, Vedat, İstanbul 2019, s.324.

²³ Yargıtay 11.HD, 10.06.2021, E.2020/2991, K.2021/4968.

²⁴ KAYA, Arslan: Acentelik ve Tek Satıcılık ile Benzeri Diğer Tekel Hakkı Veren Sürekli Sözleşme İlişkilerinin Sona Ermesi Halinde Denkleştirme İstemi, Yürürlüğünün 6. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, On İki Levha, İstanbul 2018, s.42.

²⁵ Hükümde sözü edilen “hakkaniyet” unsuru, TTK m. 122.1.c hükmündeki “hakkaniyet” unsurundan farklıdır. Öğretide TTK m. 122.5 anlamında hakkaniyete uygunluktan söz edilebilmesi için: “tek satıcının sağlayıcının satış-dağıtım ağına entegre edilmiş olması, sözleşme ile müşteri çevresini devretme borcunun bulunması ve/veya bu çevreyi fiilen devretmiş bulunması veya sağlayıcı karşısında korunmaya muhtaç durumda bulunması” gerektiği kabul edilmektedir. Bkz. DEMİR, Koray: “Tek Satıcının Denkleştirme Talebi”, Prof. Dr. Sabih Arkan'a Armağan, On İki Levha, İstanbul 2019, s.406; ayrıca bkz. SAK, Burak: Dağıtım Sözleşmelerinde Denkleştirme İstemi (TTK m. 122), On İki Levha, İstanbul 2020, s.266 vd. Denkleştirme talebinin marka lisans sözleşmelerine uygulanmasında TTK m. 122.5 anlamında hakkaniyet unsurunun nasıl değerlendirileceği hususunda bkz. KALENDER, Emre: “Acentenin Denkleştirme Talep Hakkına İlişkin TTK m.122’nin, Marka Lisansı Alana Uygulanabilirliği”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 8(1), 2017, s.102.

²⁶ TTK m. 122.5 hükmündeki “tekel hakkı verme” şartının eleştirisi için bkz. YUSUFOĞLU, Fülürya: “Denkleştirme Talebinin Kıyasen Uygulanması İçin Gereken Kıyas Şartları Işığında Tekel Hakkı Vermeyen Sürekli Sözleşme İlişkilerine Uygulanması Sorunu”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 11(137), 2016, s.177 vd.; karş. bu şartın “hükümün uygulama alanını amaca uygun bir şekilde sınırlandırdığı”ndan yerinde olduğu görüşü için bkz. KENDİGELEN, Abuzer: Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 3.Baskı, On İki Levha, İstanbul 2016, s.115, dn.99.

²⁷ Örneğin bkz. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi (BAM), 12.HD, 21.10.2021, E.2019/1158, K.2021/1548 Lexpera: “...[T]araflar arasındaki sözleşmenin 3.maddesi, davalıya bizzat satış yapma veya yeni bir satış organizasyonu kurma hakkı tanıdığı gibi, davalı tarafından davacı ile aynı nitelikte olmak üzere dava dışı... ve... firmalarıyla da aynı nitelikte ana dağıtım sözleşmeleri imzalanmıştır... Bu durumda ise davacının... denkleştirme tazminatı isteme koşulları bulunmamaktadır.”

²⁸ Yargıtay 11.HD, 10.06.2021, E.2020/5133, K.2021/4971. Aynı yönde bkz. İstanbul BAM, 16.HD, 20.10.2021, E.2021/1475, K.2021/1780. Lexpera; İstanbul BAM, 14.HD, 04.11.2021, E.2019/1238, K.2021/1327. Lexpera.

B. Sözleşmenin TTK 122.3 Dışı Yollarla Sona Ermiş Olması

1. Genel Olarak

Denkleştirme isteminde bulunulabilmesi için acentelik sözleşmesinin TTK m.122.3 dışı yollarla sona ermiş olması gerekmektedir.

TTK m.122.3 hükmüne göre, iki özel sona erme durumunda:

- i) sözleşmeyi acentenin, müvekkilin, feshi haklı gösterecek bir eylemi olmadan sona erdirdiği durumlarda,
- ii) sözleşmeyi, müvekkilin, acentenin kusuru sebebiyle ve haklı sebeplerle sona erdirdiği durumlarda, söz konusu talep ileri sürülemezdir²⁹.

Buna göre: sözleşmenin kendiliğinden sona erdiği durumlarda denkleştirme talep edilebilmektedir. Sözleşmenin müvekkil tarafından sona erdirildiği durumlarda da, kural, denkleştirmenin talep edilebilecek olmasıdır. Ancak sözleşme, müvekkil tarafından acentenin kusuruyla yol açtığı³⁰ haklı sebepler nedeniyle feshedilmişse, acente denkleştirme talep edememektedir³¹. Sözleşmenin acente tarafından feshedildiği durumlarda ise kural olarak denkleştirme isteminde bulunulamaz; ancak acente, sözleşmeyi müvekkilin, feshi haklı gösterecek bir eylemi nedeniyle feshetmişse, denkleştirme talep edebilmektedir³².

Denkleştirmenin talep edilemeyeceği bu halleri düzenleyen TTK m.122.3 hükmü, -TTK m. 122.1 hükmünün aksine- emredici nitelikte değildir. Buna göre taraflar acentelik sözleşmesinin TTK m.122.3'teki yollarla sona ermesi durumunda dahi, denkleştirmenin talep edilebileceğini kararlaştırabilmektedirler³³.

Denkleştirme talep edilebilmesi için sözleşmenin sona erdiğini ispat yükü, davacı acentededir. Ancak davalı, sözleşmenin TTK m.122.3 hükmündeki yollarla sona ermiş olduğunu iddia ediyorsa, anılan sona erme sebeplerinin gerçekleştiğini ispat etmelidir. Eğer somut uyumsuzlukta davalı müvekkil bu yönde bir iddia ileri sürmüştü, örneğin sözleşmeyi acentenin kusuru sebebiyle ve haklı sebebe dayanarak feshettiğini iddia etmişse, denkleştirme istemine hükmedilmesinden ve hesaplama geçilmesinden önce söz konusu husus açıklığa kavuşturulmalıdır³⁴.

2. TTK 122.3'teki İstisnai Durumların Dar Yorumlanması Zorunluluğuna İlişkin Olarak

Denkleştirme istemine engel teşkil eden sona erme sebepleri, TTK m.122.3'te sayılanlarla sınırlıdır. Söz konusu sebepler istisnai nitelik taşımakta olup, bunların dar yorumlanması zorunludur. Denkleştirme istemine ilişkin hükümde açıkça sayılanlar dışında kalan sona erme sebeplerinin, yorum yolu ile bu kapsama dahil edilemeyeceği hususu, (TTK m. 122.3 hükmüne mehzaz teşkil eden Yönerge m. 18 hükmünün yorumlayan) ABAD kararlarına konu olmuştur.

ABAD'ın 2018 tarihli ve C-645/16 sayılı *Conseils et mise en relations (CMR) SARL v. Demeures terre et tradition SARL Kararı*'na³⁵ konu olayda, taraflar acentelik sözleşmesi akdederken, on iki aylık bir deneme süresi öngörmüşlerdir. Sözleşmenin akdedilmesinden yaklaşık yedi ay sonra, henüz deneme süresi içinde iken, müvekkil sözleşmeyi feshetmiştir. Sözleşmenin deneme süresi içinde sona erdirilmiş olmasının denkleştirme istemini engelleyip engellemeyeceği hususunda belirsizlik yaşanması üzerine Divan'a soru yöneltilmiştir. Yüksek Mahkeme, acentelik sözleşmesinin akdedildiği andan itibaren Yönerge'deki sonuçları doğurmaya başladığını, deneme süresi kararlaştırılmış olmasının bu açıdan bir farklılığa yol açmayacağını vurgulamıştır. Kararda, denkleştirme isteminin temelinde acentenin kazandırdığı müşteriler sayesinde müvekkilin sözleşme sona erdikten sonra dahi menfaat elde etmeye devam edecek olması düşüncesinin yattığı, bu durumun deneme süresi içinde olan sözleşmelerde de söz konusu olması gerektiği ifade edilmiştir. Yüksek Mahkeme, denkleştirme istemine engel olan sona erme sebeplerine ilişkin

²⁹ TTK m.122.3 hükmü ile ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. KAYA, Arslan: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Birinci Kitap Ticari İşletme, Yedinci Kısım Acentelik (TTK m.102-123), Beta, İstanbul 2013, s.232 vd.

³⁰ Bkz. Yargıtay 11.HD, 24.02.2020, E.2019/1475, K.2020/1949: "Yaşlanma yada sağlık sorunları dolayısıyla acentenin çalışmaması sigortacı açısından haklı sebep teşkil etse de, bu haller acentenin kusurundan kaynaklanmadığından denkleştirme talep edilebilir."

Öğretide acentenin kusurlu fiiline: rekabet yasağını ihlâl etmiş olması, müvekkile hakaret etmiş olması gibi fiiller örnek gösterilmektedir. Bkz. ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s.880.

³¹ Bkz.: "[davacı acente tarafından] davalı sigorta şirketinin üretim arttırılması yönündeki beklentisinin karşılanmadığı, bu nedenle davalı sigorta şirketinin sözleşmeyi feshinde haklı olduğu, denkleştirme tazminatı ödenmesinin şartlarının oluşmadığı..."na hükmeden ilk derece mahkemesi kararının onanmasına ilişkin Yargıtay 11.HD, 24.02.2020, E.2019/3459, K.2020/1928.

³² "Müvekkilin feshi haklı gösterecek eylemi" ifadesinin geniş olarak yorumlanması gerektiği hususunda bkz. UZUNALLI, Sevilay: "Sözleşmeyi Fesheden Acentenin Denkleştirme İstemine Hak Kazanması", Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, 5(1), 2019, s.120 vd. Müvekkilin feshi haklı gösterecek eyleminden söz edilebilmesi için kusurunun bulunması şart değildir. Bu tür sebeplerle öğretide: müvekkilin acentenin ücretini ödememesi ya da ödemesi geciktirmesi, ücret belirleme kistalarında acentenin menfaatine aykırı olacak şekilde değişiklik yapması, işletmesini kapatması, üretimini azaltması gibi örnekler verilmektedir. Bu konuda bkz. ARKAN, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, 28.Baskı, BTHAE, Ankara 2022, s.245; ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s.879; UZUNALLI, s. 124 vd. Müvekkilin mali durumunun bozulması ve acentenin ücretini tahsil edemeyeceğinin anlaşılması, sözleşmenin feshi için haklı sebeptir (ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s.879); ancak aşağıda ele alınacağı üzere müvekkilin ödeme yetersizliği içinde bulunması, denkleştirme isteminin kabul edilmesine engel teşkil etmemektedir. Bkz. aşa. "V" başlığı altındaki açıklamalar. Uygulamada kullanılan matbu acentelik sözleşme metinlerinde haklı sebeplerin neler olduğunun sıralandığı, ancak bu türden bir sözleşme hükmüne yer verilerek acentenin denkleştirme talebini ortadan kaldırmak amaçlanmaktaysa, anılan düzenlemenin hakkın kötüye kullanıldığı gerekçesiyle geçersiz sayılması gerektiği yönünde bkz. AKSU ÖZKAN, Raziye: "Acentelik Sözleşmesinin Sona Ermesinde Haklı Sebebin İncelenmesi", Ankara Barosu Dergisi, 80(1), 2021, s.18.

³³ Bkz. TTK m.122.3'ün gerekçesi.

³⁴ Yargıtay 11.HD, 21.02.2018, E.2016/7089, K.2018/1278.

³⁵ *Conseils et mise en relations (CMR) SARL v. Demeures terre et tradition SARL*, C-645/16, Judgment of the Court (Fourth Chamber), 19.04.2018, curia.europa.eu.

Yönerge hükmünde deneme süresinin sayılmamış olduğunu, anılan sınırlamaların dar yorumlanması gerektiğini belirtmiştir³⁶. Kararda, denkleştirme talep hakkı veren Yönerge hükmünün emredici nitelikte olduğu, bu nedenle deneme süresini kapsam dışı bırakmanın hükmün emredici niteliği ile bağdaşmayacağı da gerekçe olarak sunulmuştur³⁷.

ABAD'ın bu konudaki diğer kararı ise C-203/09 sayılı *Volvo v. AHW (Volvo Car Germany GmbH v. Autohof Weidendorf GmbH) Kararı*'dır³⁸. Dava konusu olayda sağlayıcı Volvo ile bayi AHW arasında bayilik sözleşmesi bulunmakta olup, sağlayıcı Volvo iki yıl sonraya etkili olacak şekilde ihbarda bulunarak sözleşmeyi feshetmiştir. Sözleşme, belirlenen feshi ihbar süresinin dolmasıyla sona ermiştir. Ancak bayi konumundaki AHW, söz konusu iki yıllık feshi ihbar süresinde, bayilik sözleşmesini ihlal etmiş; sözleşmede öngörülen indirim şartları gerçekleşmediği halde, kendisine bağlı (dava dışı) üçüncü kişi lehine indirim sağlayan satışlar gerçekleştirmiştir. Sağlayıcı Volvo, sözleşmenin bu yolla ihlal edildiğini ve aslında kendisine haklı sebeple sözleşmeyi feshetme (ve dolayısıyla denkleştirme isteminden kaçınma) imkanı veren usulsüz satışların varlığını, sözleşme sona erdikten sonra öğrenmiştir. Volvo, sözleşmeyi kendisi feshi ihbar süresi tanınarak sona erdirmiş olmasına rağmen, anılan usulsüz satışların kendisine sözleşmeyi "haklı sebeple feshetme yetkisi tanıdığı" gerekçesiyle, denkleştirme ödemesini reddetmiştir. "Acentenin kusuru sebebiyle sözleşme müvekkil tarafından haklı sebeplerle feshedilmişse, acentenin denkleştirme isteminde bulunamayacağına" ilişkin düzenlemenin (TTK m.122.3 hükmüne karşılık gelen Yönerge m.18.1.a hükmünün), sözleşmenin başka sebeplerle sona erdiği durumlarda da uygulanıp uygulanamayacağı hususu Divan'a soru olarak yöneltilmiştir. Divan, somut olayda sağlayıcının sözleşmeyi haklı sebep gerekçesiyle feshetmemiş olduğunu, bu nedenle (acentenin kusuru sebebiyle sözleşme müvekkil tarafından haklı sebeplerle feshedilmişse denkleştirme istenemeyeceğine ilişkin) hükmün uyumsuzluğa uygulanamayacağına hükmetmiştir³⁹. Kararda söz konusu hükme dayanarak denkleştirme ödemekten kaçınılabilmesi için, haklı sebeple sözleşmenin feshi arasında nedensellik bağı bulunması gerektiğine vurgu yapılmıştır. Yüksek Mahkeme, haklı sebep gerekçesiyle denkleştirme ödemesinden kaçınılabilmesinin istisna olduğu, bu nedenle de söz konusu istisnanın dar yorumlanması gerektiğini ifade etmiştir⁴⁰.

C. Acentenin Denkleştirme İsteminden Önceden Vazgeçmemiş Olması

Acentenin denkleştirme isteminde bulunabilmesi için ayrıca söz konusu hakkından önceden vazgeçmemiş olması da bir diğer ön şarttır.

TTK m.122.4 hükmüne göre: "denkleştirme isteminden önceden vazgeçilemez". Hükmün lafzından sözleşmeye bu yönde kayıtlar konamayacağı, bunların geçersiz olacağı anlaşılmaktadır. Acentelik sözleşmesi akdedilmeden önce tarafların "gizli bir sözleşme" yaparak, "acentelik sözleşmesi akdedilmesini acentenin daha sonra denkleştirme isteminden feragat edeceği şartına bağlamaları" da, TTK m.122.4, c. 1 hükmünün dolanılması niteliği taşımaktadır⁴¹.

Acentenin, sözleşme süresince denkleştirme isteme hakkından vazgeçebileceği hususu ise Gerekçe'de açıkça ifade edilmiştir⁴². Ancak bu yöndeki bir kararın acentenin serbest iradesi ile mi alındığı, acentenin söz konusu hakkından "tehdit, dayatma veya benzeri zorlamalar" nedeniyle mi vazgeçtiği özenle araştırılmalıdır⁴³.

Benzer şekilde sözleşme sona erdikten ve denkleştirme istemi hakkı doğduktan sonra, ancak söz konusu hak talep edilmeden önce acentenin vazgeçebileceği hususu da açıktır.

IV. UNSURLAR

Denkleştirme talep edilebilmesi için ön şartların sağlanmış olması yeterli değildir; ayrıca TTK m.122.1'de sayılan unsurların da gerçekleşmiş olması zorunludur.

Denkleştirme isteminin üç tane unsuru bulunmaktadır; bu üç unsur kümülatif nitelik taşımaktadır⁴⁴. Sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonra;

³⁶ C-645/16, para.31.

³⁷ C-645/16, para.26-36.

³⁸ Volvo Car Germany GmbH v. Autohof Weidendorf GmbH, C-203/09, Judgment of the Court (First Chamber), 28.10.2010, curia.europa.eu. Karar hakkındaki değerlendirmeler için bkz. EFTESTOL-WILHELMSSON, Ellen: "The EU Directive on Self-employed Commercial Agents Applicability and Mandatory Scope", Tulane Maritime Law Journal, 39(2), 2015, s.680.

³⁹ C-203/09, para.43.

⁴⁰ C-203/09, para.42.

Bu yaklaşımın doğal sonucu, acenteleri, feshi ihbar süresi içinde sözleşmeye aykırılığa teşvik edebilecek olmasıdır. Kararda anılan tehlikeye dikkat çekilmiş ve söz konusu türden ihlaller her ne kadar (TTK m.122.3 hükmüne karşılık gelen Yönerge m.18.1.a hükmü kapsamında) denkleştirme istemini engellemekte ise de; bunların, denkleştirme isteminin temel unsurlarından biri olan "hakkaniyete uygun olma" (TTK m.122.1.c hükmüne karşılık gelen Yönerge m.17.2.a hükmü) unsuru açısından sonuç doğurabileceği ifade edilmiştir (para.44).

⁴¹ Bkz. TTK m.122.4'ün gerekçesi.

⁴² Bkz. TTK m.122.4'ün gerekçesi; ayrıca bkz. SARIOZ BÜYÜKALP, A. İPEK: "Denkleştirme Talebinin Hukuki Niteliği ve Kanunlar İhtilafı Hukuku Bağlamında Değerlendirilmesi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 21(2), 2019, s.567. Bununla beraber hükmün mehzında, acentenin söz konusu talep hakkından ancak sözleşme sona erdikten sonra vazgeçebileceği düzenlenmiştir. Bkz. Yönerge m.19. Öğretide de acentenin denkleştirme isteminden sözleşme sırasında ve süresinde vazgeçemeyeceğini savunan yazarlar bulunmaktadır. Bkz. ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s.887; KAYA, Şerh, s.249-250.

⁴³ TTK m.122.4'ün gerekçesi: "Talepten acente sözleşmesinin yapılmasından sonra feragat edilmesi, hile düzeyinde olmamak veya kanunu dolanmak anlamı taşımamak şartıyla geçerlidir."

⁴⁴ Bkz. TTK m.122.1'in gerekçesi.

A. Müvekkil, acentenin bulduğu yeni müşteriler sayesinde, sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonra da önemli menfaatler elde ediyor olmalı ve

B. Acente, sözleşme ilişkisinin sona ermesinin sonucu olarak, onun tarafından işletmeye kazandırılmış müşterilerle yapılmış veya kısa bir süre içinde yapılacak olan işler dolayısıyla sözleşme ilişkisi devam etmiş olsaydı elde edeceği ücret isteme hakkını kaybediyor olmalı ve

C. Somut olayın özellik ve şartları değerlendirildiğinde, denkleştirmenin ödenmesi hakkaniyete uygun düşüyor olmalıdır (TTK m.122.1).

Uygulamada denkleştirme talebi ile açılmış davalarda en sık rastlanan bozma sebepleri arasında, bu unsurların varlığına ilişkin ispat yükünün yerine getirilmemiş olması yer almaktadır⁴⁵. İlk derece mahkemeleri tarafından verilen pek çok kararda titiz bir inceleme yapılmadan denkleştirme isteminin kabul edildiği ve özellikle de hakkaniyet unsuru göz ardı edilerek TTK m. 122.2'deki üst sınırdan denkleştirmeye hükmedildiği görülmektedir.

Aşağıda ele alınacağı üzere, bu üç unsurdan ilk ikisinin varlığını ispat yükü acentededir. Üçüncü unsur (hakkaniyete uygunluk unsuru) ise kural olarak sağlanmış sayılmaktadır; somut olayda söz konusu unsurun bulunmadığını ispat yükü davalı müvekkildedir.

A. Müvekkilin, Acentenin Bulduğu Yeni Müşteriler Sayesinde, Sözleşme İlişkisinin Sona Ermesinden Sonra da Önemli Menfaatler Elde Ediyor Olması

TTK m.122.1.a hükmünde: “Müvekkilin acentenin bulduğu yeni müşteriler sayesinde, sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonra da önemli menfaatler elde ediyor” olması şartı aranmaktadır.

1. Acentenin Müvekkile Yeni Müşteriler Kazandırmış Olması

Acente, müvekkile yeni müşteriler kazandırmış olduğunu ispat yükü altındadır⁴⁶. Söz konusu hususun ispatı, her iki tarafın ticari defterlerinin uzman bilirkişilere incelenmesi yolu ile sağlanmaktadır. Yargıtay, 2017 tarihli bir kararında, müvekkile yeni müşteriler kazandırıldığı ispat edilmemesine rağmen denkleştirme istemini kabul eden ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur⁴⁷.

a. “Yeni Müşteri” Kavramı

Hukumumuza göre denkleştirme isteminden söz edilebilmesi için acentenin mutlaka “yeni” müşteriler bulmuş, bunları “işletmeye bağlamış” olması gerekmektedir⁴⁸.

“Yeni” müşteri kavramı ile ne kastedildiği hususu, ABAD tarafından değerlendirilmiştir. Şöyle ki: müvekkil ile daha önce herhangi bir sözleşme ilişkisine girmemiş kişilerle acente aracılığıyla sözleşme yapılması durumunda yeni müşteri şartının sağlandığı hususu açıktır. Bununla beraber müvekkille daha önce “başka konuda” sözleşme akdetmiş olan müşterilerin acente aracılığıyla farklı konudaki bir sözleşmeyi ilk kez yaptıkları ve daha önce satın almamış oldukları malları ilk kez satın aldıkları durumların anılan kapsama girip girmediği hususunda belirsizlik yaşanmıştır.

ABAD'ın C-315/14 sayılı *Marchon Germany GmbH v. Yvonne Karaszkiwicz Kararı*'nda⁴⁹ müşterinin “yeni” olmasından kastedilenin, müşterinin “müvekkil ya da müvekkilin bir tacir yardımcısı ile ilk kez ticari ilişki kuruyor olması mı yoksa ondan satın aldığı ürünleri ilk kez satın alıyor olması mı” olduğu sorusu tartışılmıştır⁵⁰. Dava konusu olayda müvekkil tacir, gözlükçülere gözlük çerçevesi tedarik eden bir toptancı olup, pek çok farklı markanın tedarikini sağlamaktadır. Müvekkilin içlerinde davacı da dahil olmak

⁴⁵ Örneğin bkz. Yargıtay 19.HD, 07.02.2019, E.2018/2340, K.2019/763.

“TTK 122/1-a,b,c maddelerinde denkleştirme tazminatının talep edilme koşulları yer almaktadır. Somut olayda bu koşulların oluştuğu ve öncelikle davacının yeni müşteri çevresi yaratıldığını, var olan müşterilerle ilişkisinin geliştirilip genişletildiğini ve bu müşteriler sebebiyle davalının önemli menfaatler elde ettiği davacı tarafından ispatlanamamıştır. Bu nedenle davacının denkleştirme tazminatı (portföy tazminatı) talep koşulları oluşmadığından davacının bu yönden talebinin reddi gerekirken yazılı şekilde kısmen kabulü doğru görülmemiş ve bozmayı gerektirmiştir.”

⁴⁶ Yargıtay 11.HD, 10.05.2017, E.2016/2170, K.2017/2780: “[Y]eni müşteri çevresinin yaratıldığını... ispat yükü acente üzerindedir”.

Yeni müşteri kazandırılmasında acentenin faaliyetlerinin “kısmen etkili” olduğunun ispatının dahi yeterli olduğu hususunda bkz. ARKAN, s.242.

⁴⁷ Yargıtay 11.HD, 19.04.2017, E.2016/3679, K.2017/2275.

“[T]araflar arasındaki ilişkinin sona ermesinden sonra davacı tarafından kazandırıldığı bildirilen... ile hiç bir sözleşme yapılmadığı savunulmuştur. Dolayısıyla denkleştirme tazminatı talep edilebilme şartlarının değerlendirilmesi açısından taraflar arasındaki ilişkinin sona ermesinden sonra davalı ile dava dışı müşterisi arasındaki sözleşme ilişkisinin fesihle sona erip ermediği, davalının adı geçen müşterisiyle devam eden ticari ilişkisi varsa elde ettiği menfaatin tespiti açısından mahkemece dosyadaki mailler nazara alınmak suretiyle davalı ticari defterleri üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken bu husus incelenmeksizin karar verilmesi doğru görülmemiştir.”

⁴⁸ Bkz. TTK m.122.1'in gerekçesi.

Mehaz hukuk sisteminde ayrıca, müvekkil ile zaten iş ilişkisi bulunan mevcut müşteriler (“eski müşteriler”) de, belli durumlarda, denkleştirme istemi açısından “yeni müşteri” şeklinde değerlendirilmektedir. Müvekkil ile iş ilişkisi bulunan “eski müşteri”lerle “aynı konudaki yeni sözleşmelerin yapılması hususunda” acentenin çaba göstermiş olması ve bu sayede müvekkilin söz konusu müşterilerle olan iş hacminin kaydağar şekilde artmış olması hali, 86/653 sayılı Yönerge m.17.2.a hükmünde (ve Alman Ticaret Kanunu m.89b.1'de), “yeni müşteri” kazandırmakla eş tutulmuştur. Mehaz hukuk sisteminden farklı olarak “eski müşterilerle işlem hacminin artırılması hususu”, TTK m.122'ye alınmamıştır. Öğretide bir görüş, mehazda olduğu gibi hukukumuzda da bu durumun değerlendirme kapsamına alınmasının yerinde olacağını savunmaktadır. Bkz. POROY, Reha/YASAMAN, Hamdi: Ticari İşletme Hukuku, 18.Baskı, İstanbul 2019, Vedat, s.319; ŞENER, Oruç Hami: Ticari İşletme Hukuku, 2.Baskı, Seçkin, Ankara 2020, s.386, dn.254. Bu konuda ayrıca bkz. KAYA, Şerh, s.238'deki değerlendirmeler.

⁴⁹ *Marchon Germany GmbH v. Yvonne Karaszkiwicz*, C-315/14, Judgment of the Court (Fourth Chamber), 07.04.2016, curia.europa.eu.

⁵⁰ Opinion of Advocate General Szpunar, 10.09.2015, C-315/14, curia.europa.eu, para.3.

üzere, çok sayıda acentesi bulunmaktadır. Ancak müvekkil her bir acentesine sadece belirli bir ya da birkaç markaya ilişkin gözlüklerin satışı için temsil yetkisi vermiştir. Diğer bir deyişle her bir acente, sadece belirli birkaç markayı taşıyan gözlüklerin satışı konusunda tek yetkili olmakta; müvekkilin (diğer acenteleri aracılığıyla) tedarik ettiği farklı markalı gözlüklerin satışını ise gerçekleştirememektedir⁵¹. Dava konusu olayda da, davalı müvekkil, davacı acenteye sadece belirlenmiş iki markayı taşıyan ürünlerin satışı için yetki vermiştir. Müvekkil ayrıca, kendisinden (ya da diğer acentelerinden) daha önce diğer markalı gözlükleri satın almış müşterilerinin listesini de davacı acenteye sunmuştur. Davacı acente, müvekkil tacirden (ya da diğer acentelerinden) daha önce diğer marka gözlükleri satın almış olan bu “eski” müşterilere ulaşmış; onların daha önce satın almadıkları, kendisinin tek yetkili olarak satışına aracılık ettiği markalı gözlük çerçevelerinden satın almalarını sağlamıştır. Acentelik sözleşmesinin sona ermesinin ardından ise, denkleştirme hesaplaması yapılırken, söz konusu müşterilerin “yeni müşteri” olarak nitelenip nitelenemeyeceği hususunda tereddütler oluşmuştur⁵². Müvekkilden daha önce başka markalı ürünler satın aldıkları için müvekkilin müşterisi olmuş, ancak dava konusu markalı ürünleri ilk kez davacı acente aracılığı ile satın almış olan müşterilerin niteliği tartışılmıştır⁵³. Divan, denkleştirme istemine ilişkin düzenlemenin temel amaçlarından birisinin acentenin müvekkile karşı korunması olduğunu, bu nedenle acentenin yararına olacak şekilde yorum yapılması gerektiğini belirtmiştir⁵⁴. Kararda, yenilikten kastın sözleşmenin karşı tarafı ile ilk kez sözleşme akdedilmesi olmadığı, yenilik için belirleyici olanın müşterinin söz konusu ürünleri ilk kez satın alması olduğu ifade edilmiştir. Buna göre acentenin belirli markalı malların satışı konusunda tek yetkili olduğu durumlarda, söz konusu markalı malları ilk kez acente aracılığıyla satın almış olan kişiler de, müvekkilden daha önce başka markalı mallar satın almış olsalar bile, yeni müşteri olarak kabul edilmektedir⁵⁵. Yüksek mahkeme, acenteye müvekkil tarafından müşteri listesi sağlanmış olmasının ise bu kişilerin yeni müşteri sayılmasını engellemeyeceğine; ancak liste sayesinde acentenin söz konusu müşterilere daha az çaba ile ulaşmış olması halinin hakkaniyet indiriminde dikkate alınabileceğine hükmetmiştir⁵⁶.

b. Müşteri Sayısının Önem Taşımadığı Hususunda

TTK m.122.2.a hükmünde: müvekkilin acentenin bulduğu “yeni müşteriler” sayesinde, sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonra da önemli menfaatler elde ediyor olması unsuru düzenlenmiştir. Anılan hükmün mehzazı olan Yönerge (m.17.2.a) hükmünde de “yeni müşteriler” kavramına yer verilmiştir. Söz konusu düzenleme, acentenin müvekkile sadece bir müşteri kazandırmış olduğu durumda denkleştirme isteminde bulunup bulunamayacağı hususunun tartışılmasına yol açmıştır. ABAD ise önemli olanın müşteri sayısı değil, acentenin faaliyetinin sürekliliği olduğunu vurgulamış ve -müvekkile önemli menfaatler sağlıyor olması şartıyla- tek müşterinin dahi denkleştirme istemi için yeterli olduğuna hükmetmiştir. ABAD’ın C-3/04 sayılı *Poseidon Chartering BV v. Marianne Zeeschip VOF Kararı*’na konu olan olayda, acente, müvekkil tacir adına bir charter sözleşmesi akdedilmesine aracılık etmiş ve söz konusu charter sözleşmesi 1994’ten 2000 yılına kadar (1999 yılı hariç olmak üzere), her yıl yenilenmiştir⁵⁷. Yüksek Mahkeme, hükümde geçen “müşteriler” şeklindeki çoğul ifadenin acentenin faaliyetinin sürekliliğine dikkat çekmek için kullanıldığını, ancak faaliyetin sürekliliğini belirlemede müşteri sayısının tek kıstas olmadığını ifade etmiştir⁵⁸. Buna göre yenilenerek birden çok yıla yayılmış olan bir sözleşmenin de acentenin aracılık yetkisinin sürekliliğine işaret edebileceğine dikkat çekilmiştir. Kararda tek bir müşteri söz konusu olsa da, onunla akdedilmiş sözleşmenin birden çok defa yenilenerek birkaç yıla yayılmasıyla süreklilik unsuru sağlanacağından, denkleştirme isteminin söz konusu olabileceği ifade edilmiştir⁵⁹.

2. Yeni Müşterilerin Acentelik Sözleşmesinin Sona Ermesinden Sonra da Müvekkile Önemli Menfaatler Sağlıyor Olması

Davacı acente, müvekkile yeni müşteriler kazandırmış olduğundan başka, “bu müşteriler sebebiyle müvekkilin acentelik sözleşmesinin sona ermesinden sonra da önemli menfaatler elde ettiğini” ispatlamak zorundadır⁶⁰.

a. Müşterilerin Acentelik Sözleşmesinin Sona Ermesinden Sonra da Müvekkil ile Çalışmaya Devam Ediyor Olması Gerektiği Hususunda

Denkleştirmeye hükmedilebilmesi için acentenin kazandırdığı müşterilerin, acentelik sözleşmesi sona erdikten sonra da müvekkil ile çalışmaya devam ediyor olduğu ortaya konmalıdır⁶¹. Bu doğrultuda tarafların ticari defterleri incelenerek müşterilerin müvekkil ile çalışmaya devam edip etmediği hususu

⁵¹ C-315/14, para.8-9.

⁵² C-315/14, para.11.

⁵³ C-315/14, para.16.

⁵⁴ C-315/14, para.33; Opinion of Advocate General Szpunar, para.25, 27, 52-57.

⁵⁵ C-315/14, para.35-43.

⁵⁶ C-315/14, para.42.

⁵⁷ *Poseidon Chartering BV v. Marianne Zeeschip VOF*, Albert Mooij, Sjoerdte Sijwerda, Gerrit Schram, C-3/04, Judgment of the Court (First Chamber), 16.03.2006, curia.europa.eu.

⁵⁸ C-3/04, para.25.

⁵⁹ C-3/04, para.26-27. Karar hakkındaki değerlendirmeler için bkz. EFTESTOL-WILHELMSSON, s.687.

⁶⁰ Yargıtay 11.HD, 10.05.2017, E.2016/2170, K.2017/2780. Ayrıca bkz. Yargıtay 11.HD, 24.02.2020, E.2019/1475, K.2020/1949: “Müşterileri sebebiyle sigortacının önemli menfaatler elde ettiğini ispat yükü acente üzerindedir.”

⁶¹ Buna göre acente müvekkile müşteri kazandırmış olmasına rağmen, müvekkil, örneğin söz konusu alanda çalışmaya son verdiği, işletmesini kapattığı için anılan müşterilerle çalışmamışsa, denkleştirme talep edilemeyecektir. Bkz. ARKAN, s.245. Müvekkilin çalışmaya son verme, işletmesini kapatma kararının “gereksiz ve keyfi” olduğu durumlarda acenteye denkleştirme hakkı tanınması gerektiği görüşü için bkz. AYAN, Özge: Acentenin Denkleştirme Talep Hakkı, Seçkin, Ankara 2008, s.175.

değerlendirilmelidir. Yargıtay, 2020 tarihli bir kararında: “acentenin kazan[dır]mış olduğu müşteri portföyünün, davalı tarafından sözleşmenin sona ermesinden sonra da kullanılıp kullanılmadığının” incelenmesi gerektiğini ifade etmiştir⁶².

b. Önemli Menfaat Kavramı

Müşterilerin acentelik sözleşmesinin sona ermesinden sonra da müvekkil ile çalışmaya devam ediyor olması, denkleştirme istemi için tek başına yeterli değildir; bunun yanı sıra söz konusu çalışma sayesinde müşterilerin müvekkile önemli⁶³ menfaatler sağlıyor olması da şarttır⁶⁴.

Kendisinin kazandırdığı müşteriler sayesinde müvekkilin önemli menfaatler elde ettiği hususunu ispat yükü de, acentededir⁶⁵.

Önemli menfaat elde edilip edilmediği hususu, acentenin kazandırmış olduğu yeni müşteriler ile akdedilen sözleşmeler sayesinde tahsil edilen ya da edilecek gelir miktarına göre değerlendirilmelidir⁶⁶. Örneğin Yargıtay’ın 2020 tarihli kararına konu olayda, Bölge Adliye Mahkemesi: “...sözleşmenin feshinden sonra davacı acentenin 69 müşterisine ait 148 adet poliçenin davalının acenteleri tarafından yenilenmesi üzerine davalının, 108.893,90 TL net prim geliri elde ettiği”ni tespit etmiş; söz konusu gelir miktarını da önemli menfaat olarak değerlendirilmiştir. Yüksek Mahkeme, Bölge Adliye Mahkemesi’nin kararında davalının “önemli menfaat elde edip etmediği hususundaki hesaplama tekniklerine riayet edilmiş” olduğunu kabul etmiştir⁶⁷.

c. Menfaatin “Müvekkile” Sağlanmış Olması

Bazı durumlarda acentenin bulduğu yeni müşteriler sayesinde, sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonra müvekkilin yanı sıra, müvekkil ile aynı ekonomik gruptaki diğer şirketler de menfaat elde ediyor olabilir. Böyle durumlarda söz konusu bağlı/kardeş şirketlerin elde ettikleri menfaatler hesaplamada dikkate alınmaz. Denkleştirme istemi kapsamında sadece müvekkile sağlanan menfaatler önem taşımaktadır.

Anılan husus, ABAD’ın C-348/07 sayılı *Turgay Semen v. Deutsche Tamoil GmbH Kararı*’nda ele alınmıştır⁶⁸. Yüksek Mahkeme ilgili düzenlemede (TTK m.122.1.a hükmüne mehz teşkil etmekte olan Yönerge m.17.2.a hükmünde) “müvekkilin” menfaat elde etmiş olmasından söz edildiğine dikkat çekmiştir. Kararda, denkleştirme isteminde sadece müvekkil ile acente arasındaki sözleşme ilişkisinin değerlendirilebileceği ifade edilmiş; bu nedenle de müvekkilin bağlı/kardeş şirketlerinin elde ettikleri menfaatlerin hesaplamada dikkate alınmayacağı belirtilmiştir⁶⁹.

B. Acentenin, Sözleşme İlişkisinin Sona Ermesinin Sonucu Olarak, Onun Tarafından İşletmeye Kazandırılmış Müşterilerle Yapılmış veya Kısa Bir Süre İçinde Yapılacak Olan İşler Dolayısıyla Sözleşme İlişkisi Devam Etmiş Olsaydı Elde Edeceği Ücret İsteme Hakkını Kaybediyor Olması

Kanun’da sayılan ikinci unsur: sözleşme devam etseydi acentenin, onun tarafından işletmeye kazandırılmış müşterilerle yapılmış veya kısa bir süre içinde yapılacak olan işler dolayısıyla ücret almaya hak kazanacak olması, ancak sözleşme sona erdiği için bu ücret isteme hakkından mahrum kalmış olmasıdır⁷⁰.

Anılan hususta da ispat yükü acentededir. Ancak ilk (TTK m. 122.1.a’daki) unsurun ispatı, bu unsurun varlığını da kendiliğinden ispatlamış olmaktadır. Zira söz konusu ücret kaybı unsuru, acente tarafından kazandırılmış müşterilerin sağladığı önemli menfaat unsurunun doğal sonucudur⁷¹.

Acenteye, yeni müşteriler sebebiyle elde edeceği ücret hakkı, sözleşme sona ermiş olmasına rağmen ödenmişse, bu müşterilere ilişkin kısım için denkleştirme isteminde bulunulamaz⁷².

⁶² Yargıtay 11.HD, 24.02.2020, E.2019/3459, K.2020/1928.

⁶³ “Önemli” olma kıstasının eleştirisi için bkz. ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s.881.

⁶⁴ “Somut olayda hesaplama yapılırken, davacı acentenin, davalı adına ne tür poliçeler düzenlediği, bu poliçelerin süreleri, davalının acentenin portföyünden ne gibi önemli menfaatler elde edeceği”nin değerlendirilmemiş olmasının bozma sebebi olduğu hususunda bkz. Yargıtay 11.HD, 03.10.2017, E.2016/12745, K.2017/4954.

⁶⁵ Yargıtay 11.HD, 24.02.2020, E.2019/1475, K.2020/1949.

⁶⁶ Yargıtay, acentelik sözleşmesinin sona ermesinden sonra davalı sigortacı tarafından davacı acentenin kazandırdığı müşterilerle sadece 32 adet poliçe düzenlenmiş olduğunu belirten ve “önemli menfaatler elde etmesi kriterinin az sayıda poliçe kapsamında değerlendirilemeyeceği”ne hükmeden ilk derece mahkemesi kararını onamıştır. Yargıtay 11.HD, 27.06.2019, E.2018/3414, K.2019/4977. Ancak poliçe sayısından çok, bu poliçelerle tahsil edilen ya da edilecek gelir miktarı belirleyici olmalıdır.

⁶⁷ Yargıtay 11.HD, 30.06.2020, E.2019/2876, K.2020/3326 Karar, Yargıtay tarafından başka bir gerekçeyle bozulmuş olmasına rağmen, hesaplama tekniğine ilişkin olarak Yüksek Mahkeme’nin bakiş açısını ortaya koymaktadır. Aynı yönde bkz. Yargıtay 11.HD, 24.02.2020, E.2019/1475, K.2020/1949.

⁶⁸ *Turgay Semen v Deutsche Tamoil GmbH*, C-348/07, Judgment of the Court (First Chamber), 26.03.2009, curia.europa.eu.

⁶⁹ C-348/07, para.27-31. Karar hakkındaki değerlendirmeler için bkz. MORGAN, Christopher: “Has the Court of Justice of the European Union Marked the End of Indemnity Payments to Commercial Agents?”, *Business Law Review*, 33(12), 2012, s.289.

Müvekkilin kardeş/yavru şirketlerinin elde ettikleri menfaatlerin (TTK m. 122.1.c hükmüne karşılık gelen Yönerge m. 17.2.a hükmü uyarınca) hakkaniyet değerlendirilmesinde dikkate alınmayacağı, zira hakkaniyet değerlendirmesinin de sadece sözleşmenin tarafları ile sınırlı olarak yapılması gerektiği yönünde bkz. Opinion of Advocate General Poiares Maduro, C-348/07, 19.11.2008, curia.europa.eu, para.36.

⁷⁰ Söz konusu unsur, mehz Yönerge’de ve sigorta acentelerine ilişkin olarak Sigortacılık Kanunu m.23.16’da (bkz. yuk. “II. A. 2” başlığı altındaki açıklamalar) yer almamaktadır.

⁷¹ AYAN, Denkleştirme Talep Hakkı, s.190. “Müvekkilin kazancı ile acentenin kaybının birbirinin karşılığı olduğu” hususunda bkz. AYAN, Denkleştirme Talep Hakkı, s.183; bu iki kavramın “aralarında doğru orantı bulunduğu” hususunda bkz. AKIN, İrfan: Acentenin Denkleştirme Hakkı ve Alman Hukukundaki Yeni Gelişmeler, AÜHFD, 62(3), 2013, s.624.

⁷² Bu konuda ve ayrıca hükümde kök ücretin kastedildiği, bedelin tahsiline ve garanti edilmesine ilişkin komisyonların dikkate alınmayacağına ilişkin bkz. TTK m.122.1’in gerekçesi.

C. Somut Olayın Özellik ve Şartları Değerlendirildiğinde, Denkleştirme Ödemesinin Hakkaniyete Uygun Düşüyor Olması

1. Denkleştirme Açısından Hakkaniyet Kavramı

TTK m.122.1.c hükmüne göre: denkleştirme istemi ancak “hakkaniyet gerektirdiği takdirde ve oranda” talep edilebilmektedir. Buna göre: “somut durumun tüm özellikleri dikkate alınarak denkleştirme ödemesinin adil bir sonuç olup olmayacağına belirlenmesi” gerekmektedir⁷³.

Hakkaniyet unsuru ile acentenin “imaj yaratma, müvekkili ve ürününü tanıtmaya ve rekabet piyasasında pay alma çalışmaları” için “gayret göstermiş olması” kastedilmekte ve bu gayret ödüllendirilmektedir⁷⁴. Zira aşağıda ele alınacağı üzere, acentenin satışına aracılık ettiği ürünün bilinen, tanınmış bir markaya sahip olması dahi, yeni müşterilerin işletmeye yönelmeleri ve bu yönelmenin korunabilmesi için tek başına yeterli değildir; anılan durumlarda da acentenin gayreti belirleyici olmaktadır⁷⁵.

Bazı durumlarda (müvekkil, acentenin bulduğu yeni müşteriler sayesinde, sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonra da önemli menfaatler elde ediyor ve acente bu müşterilerle yapılmış veya kısa bir süre içinde yapılacak olan işler dolayısıyla sözleşme ilişkisi devam etmiş olsaydı elde edeceği ücret isteme hakkını kaybediyor olsa bile), denkleştirme ödemesi yapılması hakkaniyete uygun olmadığından talep tamamen reddedilmektedir. Bazı durumlarda ise hakkaniyete aykırılık bu denli ağır olmamakta ve TTK m.122.2’deki üst sınırdan belli oranlarda indirim yapılması (“hakkaniyet indirimi”) yeterli görülmektedir⁷⁶.

2. İspat Yükü Hakkında

Davacının TTK m.122.1.c’de sayılan üçüncü unsuru ispatlama yükümlülüğü yoktur; zira bu unsur kural olarak sağlanmış kabul edilmektedir.

Davali tarafından acentenin olumsuz bir tutumu bulunduğu ispatlanmadığı sürece, hakkaniyet indirimi uygulanamaz; zira Gerekçe’nin de ifade ettiği gibi: “Üçüncü şart [“ödemelerin hakkaniyete uygun düşüyor” olması], gayretin olduğu her halde (kural olarak) gerçekleşir; olumsuz tutum hakkaniyet şartının gerçekleşmesine engel kabul edilebilir.”⁷⁷. Buna göre davalı müvekkil, somut olayda hakkaniyete aykırılık bulunduğu ya da hakkaniyet indirimi gerektiği iddiasında ise, bunu ispatlamakla yükümlüdür⁷⁸. Eğer bu yönde bir ispat gerçekleşmemişse, denkleştirmenin hakkaniyete uygun olduğu kabul edilmektedir.

3. Yargı Kararlarında Hakkaniyet İndirimi Kıstasları

Hakkaniyete uygun olma unsuru, diğer iki unsurun (TTK m.122.1.a-b’nin) aksine soyut nitelik taşımaktadır⁷⁹. Söz konusu unsurun somut olaya nasıl uyarlanacağını göstermek amacıyla, Yargıtay, 2020 ve sonrasında verdiği kararlarda hakkaniyet indirimi kıstaslarını belirlemiştir.

Dikkat edilmesi gereken husus: söz konusu kıstasların davalının hakkaniyet unsurunun eksik olduğu şeklinde bir savunması bulunduğu durumlarda, anılan iddianın nasıl somutlaştıracağına ilişkin olarak yol gösterici olduğudur. Eğer davalının bu yönde bir savunması yoksa, somut olayda söz konusu hususların incelenmesine gerek kalmayacaktır. Zira yukarıda da belirtildiği gibi, aslolan denkleştirmenin hakkaniyete uygun olduğudur.

Yargıtay’a göre hakkaniyete uygunluk;

“sözleşmeden kaynaklanan menfaatler, sözleşmenin tarafları arasındaki risk paylaşımı, acentelik sözleşmesinin süresi, acentenin gelir miktarı, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülükleri yerine getirmek için harcanan emek ve zaman, sözleşme dışı kazanç ve kayıplar, tarafların mal varlığı ve gelir ilişkileri, kişisel durum (Yaşlılık, sağlık durumu, çalışma yeteneği), işin önemi, acentenin tek firma-çok firma acentesi olması, markanın etkisi (unvanın), rekabet yasağının ihlal edilmesi, sözleşmenin sona erme nedeni ve varsa kusur oranları gibi hususlar”

göz önüne alınıp değerlendirilmelidir⁸⁰. Bu kapsamda özellikle “markanın önemi” kıstasının değerlendirilmesi yerinde olacaktır. Öğretide acentenin aracılık ettiği ya da temsilen akdettiği sözleşmelerin konusunu oluşturan ürünün markasının ülke çapında tanınıyor olmasının acentenin işletmeye müşteri kazandırmasını kolaylaştırdığı, bu nedenle acenteye ödenecek denkleştirme miktarında indirim yapılmasının gerektiği belirtilmektedir⁸¹. Gerçekten de anılan durumlarda markanın “çekim gücü”ne⁸² sahip olduğu açıktır. Ancak Gerekçe’nin ifadesiyle: “güçlü, hatta tanınmış bir markanın da yeni müşterilerle buluşması için gayrete ihtiyaç vardır”. Marka ne ölçüde tanınmış olursa olsun, müşterilerin acenteye yönelmesinin sağlanması ve bu yönelmenin korunması da acentenin gayretiyle gerçekleşmektedir⁸³. Kanun’un gerekçesi:

⁷³ Yargıtay 11.HD, 30.06.2020, E.2019/2876, K.2020/3326.

⁷⁴ TTK m.122.1’in gerekçesi.

⁷⁵ Bkz. aşa. “IV. C. 3” başlığı altındaki açıklamalar.

⁷⁶ Karş. Yargıtay 19.HD, 23.01.2020, E.2018/2901, K.2020/38. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi bu kararında, -11. Hukuk Dairesi’nin yaklaşımının aksine- hakkaniyet indirimi yapmış olan ilk derece mahkemesi kararını “mahkemece takdiri indirim yapılmasının kanuni temeli bulunmadığı” gerekçesiyle bozmuştur. TTK m.122.1.c hükmünün hakkaniyete ilişkin açık düzenlemesi karşısında bu yaklaşıma katılmaya imkan bulunmamaktadır.

⁷⁷ Bkz. TTK m.122.1’in gerekçesi.

⁷⁸ Yargıtay 11.HD, 10.05.2017, E.2016/2170, K.2017/2780. Ayrıca bkz. Yargıtay 11.HD, 24.2.2020, E.2019/1475, K.2020/1949: “[S]ığortacı, denkleştirme talebinin hakkaniyete uygun olmadığını veya bedelin indirilmesi gerektiğini ispat yükü altındadır.”

⁷⁹ İlk iki şartın somut, üçüncü şartın ise soyut nitelik taşıdığı hususunda bkz. AYHAN, Rıza/ÇAĞLAR, Hayrettin/ÖZDAMAR, Mehmet: Ticari İşletme Hukuku, Genel Esaslar, 14.Baskı, Yetkin, Ankara 2021, s.550.

⁸⁰ Yargıtay 11.HD, 30.06.2020, E.2019/2876, K.2020/3326; Yargıtay 11.HD, 24.02.2020, E.2019/1475, K.2020/1949.

⁸¹ KARASU, Rauf: “Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Acentanın Denkleştirme Talebi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 57(4), 2008, s.302; AYAN, Denkleştirme Talep Hakkı, s.200.

⁸² Terim için bkz. ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s.884.

⁸³ Bkz. TTK m.122.1’in gerekçesi.

markanın tanınmış bir marka olmasının acentenin gayretlerinin göz ardı edilmesini ve yeni müşterilerin işletmeye yönelmelerinin sadece markaya bağlanmasını haklı gösteremeyeceğini ifade etmektedir: “Buluşma sağlanmışsa bunu sadece markaya bağlamak rekabet piyasası kurallarını önemsemek anlamına gelir”⁸⁴. Bu itibarla anılan indirim kıstasını somut olayın durumuna özel olarak değerlendirmek gereklidir; diğer bir deyişle markanın tanınmış olduğu her durum hakkaniyet indirimi sonucunu doğurmamalıdır.

Yargıtay’ın 2017 tarihli bir kararında ise: rekabet yasağına aykırılık şeklindeki hakkaniyet indirimi kıstası ele alınmıştır⁸⁵. Yüksek Mahkeme, “davacı acentenin portföyündeki poliçelerini acentelik sözleşmesinin son bulmasından önce başka sigorta şirketlerine kaydirdiği”ni dikkate almayan ve buna ilişkin hakkaniyet değerlendirmesini yapmamış olan ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur⁸⁶.

Acentenin müvekkil tarafından sözleşme feshedildikten sonra, feshi ihbar süresi içinde sözleşmeye aykırı satışlar gerçekleştirmiş olmasının hakkaniyete uygun olma unsuru açısından sonuç doğurabileceği ise, -yukarıda da belirtildiği gibi- ABAD’ın C-203/09 sayılı Volvo v. AHW Kararı’nda hükme bağlanmıştır⁸⁷.

Yargı kararlarına konu olan bir diğer hakkaniyet indirimi konusu, müşteri listesinin davalı müvekkil tarafından davacı acenteye sağlanmış olması durumudur. Acentenin bu sayede müşterilere daha az çaba göstererek ulaşılmış olmasının hakkaniyet indirimi kapsamında dikkate alınabileceği, -yukarıda da ele alındığı gibi- ABAD’ın C-315/14 sayılı Marchon Germany GmbH v. Yvonne Karaszkiwicz Kararı’nda belirtilmiştir⁸⁸.

V. HESAPLAMA YÖNTEMİNE İLİŞKİN OLARAK

TTK m.122.2’ye göre: “Tazminat, acentenin son beş yıllık faaliyeti sonucu aldığı yıllık komisyon veya diğer ödemelerin ortalamasını aşamaz. Sözleşme ilişkisi daha kısa bir süre devam etmişse, faaliyetin devamı sırasındaki ortalama esas alınır.”⁸⁹. Hesaplamanın “uzman kişilerden oluşacak bir bilirkişi kurulu” tarafından yapılması gerekmektedir⁹⁰. Dikkat edilmesi gereken husus, hükümde gösterilen “yıllık komisyon veya diğer ödemelerin ortalaması” şeklindeki miktarın, denkleştirme isteminin üst sınırı olduğudur. Yukarıda da belirtildiği gibi, TTK m.122.2 hükmünün, TTK m.122.1.c hükmü ile birlikte ele alınması zorunludur. Eğer davalı TTK m.122.1.c hükmüne göre hakkaniyete aykırı bir durumun varlığını ispat edememişse, bu durumda TTK m.122.2 hükmündeki üst sınıra hükmedilebilecektir. Hakkaniyete aykırı durumun davalı tarafından ortaya konması halinde ise, bu durum ödemenin yapılmasını tamamen engelleyebileceği gibi, TTK m.122.2 hükmünde sözü edilen üst sınırdan belli oranlarda indirim yapılmasını da gerektirebilecektir.

Öğretide denkleştirme istemi hesabına ilişkin çeşitli ölçütler ve farazi hesaplama yöntemleri önerilmektedir⁹¹. Ancak yargı kararlarında genellikle daha basit bir yol izlenmektedir. Şöyle ki: somut olayda denkleştirme istemi için aranan ön şartların ve unsurların bulunduğu tespitinin ardından, “acentenin son beş yıllık faaliyeti sonucu aldığı yıllık komisyon veya diğer ödemelerin” ortalaması (üst miktar) hesaplanmakta; bulunan bu üst miktardan somut olayda şartları varsa hakkaniyet indirimi yapılması yoluyla sonuca ulaşılmaktadır⁹².

Tarafların sözleşmede hesaplama yöntemi olarak, TTK m.122.2’de belirtilenden başka bir yöntem kararlaştırıp kararlaştırmayacakları konusunda Kanun’da bir açıklık bulunmamaktadır. Ancak Gerekeç, acente için daha yüksek bir miktarın talep edilmesine olanak veren hesaplama yöntemlerinin kabul edilebileceğini ifade etmektedir⁹³. Nitekim ABAD da, acentenin lehine olması ve “en az mevzuattaki miktarı sağlıyor olması” şartıyla, sözleşme ile farklı bir hesaplama yönteminin kabul edilebileceğine hükmetmiştir⁹⁴.

⁸⁴ Bkz. TTK m.122.1’in gerekçesi.

⁸⁵ Sözleşme müvekkil tarafından söz konusu rekabet nedeniyle feshedilmişse, bu durumda zaten “acentenin kusuru sebebiyle sözleşme(nin) müvekkil tarafından haklı sebeplerle feshedilmesi” söz konusu olacağından, denkleştirme talep edilemeyecektir (TTK m.122.3).

⁸⁶ Yargıtay 11.HD, 07.03.2017, E.2015/13042, K.2017/1342.

⁸⁷ C-203/09, para.44. Bkz. yuk. dn.38.

Hakkaniyet değerlendirmesinde müvekkilin kardeş/yavru şirketlerinin elde ettikleri menfaatlerin dikkate alınmayacağı hususunda bkz. Opinion of Advocate General Poiares Maduro, C-348/07, 19.11.2008, curia.europa.eu, para.36, yuk. dn.69.

⁸⁸ C-315/14, para.42. Bkz. yuk. dn.49.

⁸⁹ Denkleştirme istemi için acentelik sözleşmesinin devam etmiş olması gereken asgari bir süre belirlenmemiştir. Bununla beraber sözleşmenin çok kısa bir süre sürmüş olması, acentenin davalıya yeni müşteriler sağlaması için yeterli olmayacaktır. Örneğin İstanbul BAM, 74 gün sürmüş olan bir sözleşmenin TTK m.122.1’deki unsurları gerçekleştirmek için yeterli olmadığı kanaatine varmıştır. İstanbul BAM, 14.HD, 06.02.2020, E.2018/1827, K.2020/107.

⁹⁰ Örneğin bkz. Yargıtay 19. HD, 18.01.2018, E.2016/1758, K.2018/127.

⁹¹ Örneğin bkz. AYAN, Denkleştirme Talep Hakkı, s.210 vd.; KAYA, Sempozyum, s.21 vd.; DOĞANAY, M. Zahid; “Acentelik ve Dağıtım Sözleşmelerinde Denkleştirme Alacağının Hesaplanması”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 29(3), 2021, s.2298. Yönerge’nin (TTK m. 122.2 hükmüne mehz teşkil eden) 17.2.b maddesine dayalı olarak hesaplamanın nasıl yapılabileceği konusunda yöntem önerisi için bkz. Commission of the European Communities: “Report on the Application of Article 17 of Council Directive on the Co-ordination of the Laws of the Member States Relating to Self-employed Commercial Agents (86/653/EEC)”, Brussels, 23.07.1996 COM(96) 364 Final, https://op.europa.eu (Erişim: 30.08.2022), s.4 vd.

⁹² Yargıtay’ın kararlarının “hesaplamanın esasına yönelik ilkesel hiçbir tespit ve değerlendirme içermediği” şeklindeki eleştiri için bkz. KAYA, Sempozyum, s.20; “doğru hesaplama yönteminin nasıl olması gerektiği(nin) kararlara yansımamış” olduğu yönündeki değerlendirme için bkz. AYAN, Özge; Yargıtay’ın Acentenin Denkleştirme Talebine İlişkin Kararlarının İncelenmesi, Türk Ticaret Kanunu’nun 5. Yıl Sempozyumu, Türkiye Adalet Akademisi, Ankara 2018, s.213.

⁹³ Bkz. TTK m.122.2’nin gerekçesi.

⁹⁴ Honyvem Informazioni Commerciali v. Mariella De Zotti, C-465/04, Judgment of the Court (First Chamber), 23.03.2006, curia.europa.eu, para.27.

Denkleştirme hesaplaması yapılırken: acentenin tüm geliri değil, “sadece *müvekkilden* ve acentelik faaliyet sonucu aldığı” yıllık komisyon veya diğer ödemeler dikkate alınmalıdır⁹⁵. Acentenin dava konusu acentelik sözleşmesi dışında dava dışı üçüncü kişilerle de acentelik/tek satıcılık sözleşmesi gibi hukuki ilişkileri bulunuyor olabilir. Yargıtay, davacının (içinde dava dışı üçüncü kişinin bayiliğinden elde ettiği meblağ da bulunan) toplam gelir ve kârı üzerinden hesaplama yapılmasını bozma sebebi olarak kabul etmiş; acentenin davalı müvekkil dışı kişilerden aldığı ödemelerin dikkate alınamayacağını vurgulamıştır⁹⁶.

Bu kapsamda belirtilmesi gereken bir diğer husus da: denkleştirme istemi için davalının malvarlığının yeterli olup olmadığı hususunun, denkleştirme istemine ilişkin talepten bağımsız olduğudur. Yargıtay; müvekkilin mali durumunun denkleştirme bedelini ödemek için yetersiz olmasının, denkleştirme istemine hükmedilebilmesine engel teşkil etmediği yönünde karar vermiştir. Yüksek Mahkeme, müvekkil şirketin “kârlılık durumunun olmaması, diğer bir anlatımla son beş yılda zarar ettiği gerekçesiyle” denkleştirme talebine hükmedilemeyeceğine ilişkin ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur⁹⁷.

VI. BİR YILLIK HAK DÜŞÜRÜCÜ SÜRE İÇİNDE TALEP EDİLMESİ GEREKTİĞİ HUSUSUNDA

Denkleştirme isteminin talep edilebileceği süre, sözleşme ilişkisinin sona ermesinden itibaren bir yıldır (TTK m 122.4, c. 2). Anılan sürenin zamanaşımı süresi mi yoksa hak düşürücü süre mi olduğu hususu hükümde düzenlenmemiş; çözüm kanun koyucu tarafından öğretici ve yargıya bırakılmıştır⁹⁸. Yargıtay ise bu sürenin hak düşürücü nitelik taşıdığını açıkça ifade ederek anılan belirsizliği ortadan kaldırmıştır⁹⁹. Bu itibarla davanın da söz konusu bir yıllık süre içinde açılmış olması zorunludur¹⁰⁰.

Bir yıllık süre, “*müvekkil ile akdedilmiş olan sözleşmenin*” sona ermesinden itibaren hesaplanmaktadır. Acentenin müvekkil ile olan acentelik sözleşmesi sona erdikten sonra, müvekkilin kardeş/bağlı şirketleri ile çalışmaya devam ettiği durumlarda, artık yeni bir sözleşme ilişkisi söz konusudur. Müvekkile karşı ileri sürülecek taleplerde ise bir yıllık süre, kardeş/bağlı şirketlerle olan sözleşmelerin sona ermesinden değil, müvekkil ile akdedilmiş sözleşmenin sona ermesinden itibaren hesaplanmalıdır¹⁰¹.

Bu kapsamda önem taşıyan bir diğer husus da; acentelik sözleşmesinden doğan tüm taleplerin (TTK m 122.4,c.2 hükmündeki) bir yıllık hak düşürücü süreye tâbi olmadığıdır. Şöyle ki: uygulamada denkleştirme istemi genellikle tek başına dava edilmemekte, sözleşmenin davalı tarafından haksız feshi nedeniyle komisyon, yoksun kalınan kâr, gelir kaybı ve komisyon alacağı gibi taleplerle beraber ileri sürülmektedir¹⁰². Söz konusu talepler arasından ise sadece denkleştirme istemi bir yıllık hak düşürücü süreye tâbidir. Acentelik sözleşmesinden doğan gelir kaybı ve komisyon alacağı talepleri ise TBK m.147.5 hükmü uyarınca beş yıllık zamanaşımı süresine tâbidir. Bu itibarla somut olayda dava bir yıllık hak düşürücü süre geçirildikten sonra açılmış olsa bile, davanın tamamının reddedilmemesi, denkleştirme istemi dışındaki taleplerin kendi zamanaşımı sürelerine göre değerlendirilmesi gerekmektedir. Örneğin Yargıtay, 2015 tarihli bir kararında, “davacının portföy tazminatı dışındaki gelir kaybı ve komisyon alacağı hakkında da bir yıllık hak düşürücü sürenin uygulanmasını” bozma gerekçesi olarak kabul etmiştir¹⁰³.

VII. SONUÇ

Denkleştirme istemine ilişkin Yargıtay kararlarında en sık rastlanan bozma sebebi, ispat yükünün kapsamına ilişkin belirsizlik ve tarafların kendilerine düşen ispat yüklerini yerine getirmemiş olmalarıdır. Gerçekten de acentelik sözleşmesinin sona erdiği hemen her durumda bu istemli dava açılmakta, ilk derece mahkemeleri de ispat yüküne ilişkin gerekli incelemeyi yapmadan talepleri genellikle kabul etmektedirler.

⁹⁵ “Acentenin ücret kaybının hesaplanmasında net kazançta başvurulması” gerektiği hususunda bkz. AYAN, Denkleştirme Talep Hakkı, s.196; “...brüt kâra göre hesap yapan bilirkişi raporuna dayalı hüküm kurulması” nedeniyle verilen bozma kararı için bkz. Yargıtay 11.HD, 30.11.2017, E.2016/2791, K.2017/6770; bu konudaki değerlendirmeler için bkz. KAYA, Sempozyum, s.17.

⁹⁶ Yargıtay 11.HD, 28.04.2016, E.2015/10468, K.2016/4852.

⁹⁷ Yargıtay 11.HD, 01.03.2017, E.2015/13003, K.2017/1215.

Sözleşmede tahkim şartının kararlaştırıldığı durumlarda denkleştirme istemi konulu davanın görevsizlik sebebiyle reddi gerektiği hususunda bkz. Yargıtay 11.HD, 20.12.2016, E.2016/13096, K.2016/9715.

⁹⁸ Bkz. TTK m.122.4’ün gerekçesi.

⁹⁹ Yargıtay 11.HD, 10.06.2021, E.2020/4812, K.2021/4970; Yargıtay 11.HD, .04.03.2021, E.2020/2621, K.2021/2021; Yargıtay 19. HD, 30.03.2017, E.2016/14866, K.2017/2604.

¹⁰⁰ Karş. KAYA, denkleştirme talebinin bir yıl içinde ileri sürülmesi şartıyla, davanın beş yıllık zamanaşımı içinde açılabilmesi gerektiği görüşündedir. KAYA, Sempozyum, s.31.

¹⁰¹ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin E. 2020/4812, K. 2021/4970 sayılı ve 10.06.2021 tarihli kararına konu olayda, davacı ile davalı arasında tek satıcılık sözleşmesi bulunmakta ve bu kapsamda davacı “Parex” markalı ürünlerin dağıtımını gerçekleştirmektedir. Taraflar arasındaki sözleşme 2013’te sona ermiş; daha sonra ise davacı, 2014 ve 2015 yıllarında davalının kardeş şirketi ile aynı içerikli tek satıcılık sözleşmesi akdetmiş ve bu sözleşme kapsamında yine “Parex” markalı ürünlerin dağıtımını yapmaya devam etmiştir. Davacı; dava dışı kardeş şirket ile davalı şirketin “faaliyet adresi ve yetkililerinin” aynı olması, kendisine 2014 ve 2015 yıllarında da aynı konulu (“parex” markalı) ürünün dağıtımını yetkisi tanınmış olması nedeniyle, davalıdan denkleştirme isteminde bulunmuştur. Yüksek Mahkeme, davacı ile davalı arasındaki sözleşme ilişkisinin sona ermesinin ardından bir yıllık hak düşürücü sürenin geçmiş olduğunu, davalı ile kardeş şirketinin farklı tüzel kişiler olduğunu, “şirketlerin faaliyet adresi ve yetkililerinin aynı kişiler olmasının bu şirketlerin farklı tüzel kişi ve şirket olduğu hususunu ortadan kaldırmadığı(nı)” belirtmiş; 2014-2015 döneminde kardeş şirket ile yürütülmüş sözleşmenin davalıya karşı ileri sürülmeyeceğine hükmetmiştir.

¹⁰² Örneğin bkz. Yargıtay 11.HD, 10.06.2021, E.2020/5133, K.2021/4971: “...davanın, davalının yedek parça bayilik sözleşmesiyle servis sözleşmelerini haksız olarak feshettiği iddiasıyla açılan maddi tazminat, karşılanmayan maliyet yatırımları, maliyetlerin tazmini, denkleştirme tazminatı ve manevi tazminat taleplerine ilişkin olduğu...”.

¹⁰³ Yargıtay 11.HD, 04.02.2015, E.2014/14742, K.2015/1224; aynı yönde bkz. Yargıtay 11.HD, 23.12.2014, E.2014/11631, K.2014/20304.

Üstelik hakkaniyet değerlendirilmesi yapılmadan verilen bu kararlarda, hemen her zaman TTK m. 122.2'deki üst sınıra hükmedilmektedir.

Denkleştirme isteminde bulunan taraf ilk olarak davalı ile arasındaki sözleşme ilişkisinin varlığını ve bu sözleşmenin hukuki niteliğini ispatlamak zorundadır. Zira “bayilik sözleşmeleri”, “dağıtım sözleşmeleri” gibi adlarla akdedilen her sözleşme, denkleştirme istemi hakkı vermemektedir.

Yargıtay, denkleştirme istemine hükmedilebilmesi için tekel unsurunun acentelik için de zorunlu bir unsur olarak aranması gerektiğini kabul etmektedir. Ancak tekel hakkı, tek satıcılık sözleşmesinden farklı olarak acentelik sözleşmesinin kurucu unsurlarından biri olmadığından, Yargıtay'ın bu yaklaşımı öğretilde eleştirilmektedir. Biz de tekel hakkı sözleşme ile kaldırılmış acentelerin dahi denkleştirme talep edebileceğini savunan görüşe katılmaktayız.

Acentelik sözleşmesi dışındaki sözleşmelerde ise öncelikle sözleşmedeki “tekel hakkı” kaydının varlığı incelenmelidir. Sözleşmenin “bayiye/servise belirli bir bölge, müşteri ya da faaliyet bakımından inhisari bir hak vermediği” şeklinde bir kayıt içerdiği durumlarda TTK m.122.5 hükmünün uygulama alanı bulamayacağı, pek çok bozma kararında ifade edilmiştir.

Denkleştirme istemiyle açılan davalarda davalıların sözleşmenin TTK m.122.3 hükmündeki sebeplerle sona erdiği şeklinde savunma yapmasına sıklıkla rastlanmaktadır. Böyle durumlarda Yargıtay, denkleştirme istemine hükmedilmesinden ve hesaplama geçilmesinden önce bu hususun açıklığı kavuşturulması gerektiğini vurgulamaktadır.

Denkleştirme istemini ortadan kaldıran sona erme sebepleri, TTK m.122.3'te sayılanlarla sınırlıdır. Hükme mehzaz teşkil eden Yönerge hükmünü yorumlayan ABAD, söz konusu durumların istisnai nitelik taşımakta olduğunu, bunların dar yorumlanmasının zorunlu olduğunu belirtmiştir. ABAD'ın C-645/16 sayılı *Conseils et mise en relations (CMR) SARL v. Demeures terre et tradition SARL Kararı*'nda denkleştirme istemi hakkını düşüren durumlar arasında deneme süresinin sayılmamış olduğu, bu nedenle deneme süresi içinde sona eren acentelik sözleşmelerine ilişkin olarak da denkleştirmeye hükmedilebileceği belirtilmiştir. C-203/09 sayılı *Volvo Car Germany GmbH v. Autohof Weidensdorf GmbH Kararı*'na konu olayda ise: müvekkil sözleşmeyi feshi ihbar süresi tanınarak sona erdirdikten sonra, acente, feshi ihbar süresinde sözleşmeyi ihlal eden davranışlarda bulunmuştur. Müvekkil bu durumun kendisine sözleşmeyi haklı sebeple feshetme yetkisi tanıdığını ve dolayısıyla da denkleştirme isteminden kaçınabileceğini ileri sürmüştür. Yüksek Mahkeme, haklı sebep gerekçesiyle denkleştirme ödemesinden kaçınma şeklindeki istisnai durumun dar yorumlanması gerektiğine, somut olayda haklı sebeple sözleşmenin feshi arasında nedensellik bağı bulunmadığından bu gerekçeye dayanılamayacağına hükmetmiştir.

Denkleştirme isteminde bulunulabilmesi için TTK m.122.1'de sayılan üç unsurun gerçekleşmiş olması gereklidir. Bunlardan ilk ikisinin varlığını davacı acente ispatlamalıdır.

Anılan unsurlar kapsamında yer alan “yeni müşteri” kavramının kapsamı, ABAD tarafından değerlendirilmiştir. C-315/14 sayılı *Marchon Germany GmbH v. Yvonne Karaszkiwicz Kararı*'nda yenilikten kastın sözleşmenin karşı tarafı ile ilk kez sözleşme akdedilmesi olmadığı, yenilik için belirleyici olanın müşterinin söz konusu ürünleri ilk kez satın alması olduğu ifade edilmiştir. Yüksek mahkeme, kendisine müvekkil tarafından müşteri listesi sağlanmış olmasının bunların yeni müşteri sayılmasını engellemeyeceğini de ifade etmiştir. ABAD'ın C-3/04 sayılı *Poseidon Chartering BV v. Marianne Zeeschip VOF Kararı*'nda ise, müşteri sayısının önemli olmadığı, -müvekkile önemli menfaatler sağlıyor olması şartıyla- tek müşterinin dahi denkleştirme istemi için yeterli olduğu belirtilmiştir.

Yargıtay'a göre: acente, müvekkilin önemli menfaat elde ettiğini ispatlarken, kendisinin kazandırmış olduğu yeni müşteriler ile akdedilen sözleşmeler sayesinde tahsil edilen ya da edilecek gelir miktarını ortaya koymalıdır. Menfaatin “müvekkile” sağlanmış olması gerektiği, müvekkilin bağlı/kardeş şirketlerine sağlanan menfaatin ise değerlendirilemeyeceği hususu, ABAD'ın C-348/07 sayılı *Turgay Semen v. Deutsche Tamoil GmbH Kararı*'nda hükme bağlanmıştır.

TTK m.122.1.c hükmünde sözü edilen üçüncü unsura göre: denkleştirme istemi ancak “hakkaniyet gerektirdiği takdirde ve oranda” talep edilebilmektedir. Sıklıkla bozma kararlarına gerekçe olarak gösterilen husus: ilk derece mahkemesi kararlarında davalının hakkaniyete aykırılık savunması dinlenmeden TTK m.122.2'de gösterilen “yıllık komisyon veya diğer ödemelerin ortalaması” şeklindeki üst miktara hükmedilmiş olmasıdır. Hakkaniyete aykırı durumun ortaya konması halinde, bu durum ödemenin yapılmasını tamamen engelleyebileceği gibi, TTK m.122.2 hükmünde sözü edilen üst sınırdan belli oranlarda indirim yapılmasını da gerektirebilecektir. Ancak davacının bu unsuru (“denkleştirmenin hakkaniyete uygun olduğunu”) ispatlama yükümlülüğü yoktur; zira Kanun'un Gerekçesi'nde de belirtildiği üzere, bu unsur kural olarak sağlanmış kabul edilmektedir. Söz konusu hususa aykırılık bulunduğu iddiasında olan davalı, bu iddiasını ispatlamakla yükümlüdür. Yargıtay, 2020 ve sonrasında verdiği kararlarda davalının bu iddiasını somut olaya nasıl uyarlayabileceğine ilişkin kıstasları belirlemiştir. Bu kıstaslara: “sözleşmeden kaynaklanan menfaatler, sözleşmenin tarafları arasındaki risk paylaşımı, acentelik sözleşmesinin süresi, acentenin gelir miktarı, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülükleri yerine getirmek için harcanan emek ve zaman, sözleşme dışı kazanç ve kayıplar, tarafların mal varlığı ve gelir ilişkileri, kişisel durum (Yaşlılık, sağlık durumu, çalışma yeteneği), işin önemi, acentenin tek firma-çok firma acentesi olması, markanın etkisi (unvanın), rekabet yasağının ihlal edilmesi, sözleşmenin sona erme sebebi ve varsa kusur oranları gibi hususlar” örnek gösterilmiştir. ABAD kararlarında da hakkaniyet indirimi sebepleri olarak: davalı müvekkil tarafından davacı acenteye müşteri listesinin sağlanması, acentenin feshi ihbar süresi içinde sözleşmeye aykırı satışlar gerçekleştirmiş olması gibi fiiller gösterilmiştir.

Bu kapsamda belirtilmesi gereken bir diğer husus da: müvekkilin malvarlığının denkleştirme ödemesi için yeterli olup olmadığına, denkleştirme istemine ilişkin talepten bağımsız olduğudur. Yargıtay, müvekkilin mali durumunun denkleştirme bedelini ödemek için yetersiz olmasının, denkleştirme istemine hükmedilebilmesine engel teşkil etmediğini belirtmiştir.

Denkleştirme isteminin talep edilebileceği sürenin hak düşürücü nitelik taşıdığı Yargıtay kararları ile kabul edilmiştir. Ancak acentelik sözleşmesinden doğan tüm talepler (TTK m.122.4, c.2 hükmündeki) bir yıllık hak düşürücü süreye tâbi değildir. Denkleştirme istemi genellikle tek başına dava edilmemekte, sözleşmenin davalı tarafından haksız feshi nedeniyle komisyon, yoksun kalınan kâr, gelir kaybı ve komisyon alacağı gibi taleplerle beraber ileri sürülmektedir. Böyle durumlarda denkleştirme istemi dışındaki taleplerin kendi zamanasını sürelerine (TBK m.147.5) göre değerlendirilmesi gerekmektedir.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Atf Şekli: Yazar Burçak YILDIZ, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Burçak YILDIZ who is the author, has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde inÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihallerde inÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın inÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The author declares that she complies with the scientific, ethical, and quotation rules of InULR in all processes of the paper and that she does not make any falsification of the data collected. In addition, she declares that Inonu University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than Inonu University Law Review.

KAYNAKÇA

- AKIN, İrfan: Acentenin Denkleştirme Hakkı ve Alman Hukukundaki Yeni Gelişmeler, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 62(3), 2013, s.613-641.
- AKSU ÖZKAN, Raziye: "Acentelik Sözleşmesinin Sona Ermesinde Haklı Sebebin İncelenmesi", Ankara Barosu Dergisi, 80(1), 2021, s.1-46.
- ARKAN, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, 28. Baskı, BTHAE, Ankara 2022.
- AYAN, Özge: Acentenin Denkleştirme Talep Hakkı, Seçkin, Ankara 2008 ("Denkleştirme Talep Hakkı").
- AYAN, Özge: Yargıtay'ın Acentenin Denkleştirme Talebine İlişkin Kararlarının İncelenmesi, Türk Ticaret Kanunu'nun 5. Yıl Sempozyumu, Türkiye Adalet Akademisi, Ankara 2018, s.211-226.
- AYHAN, Rıza/ÇAĞLAR, Hayrettin/ÖZDAMAR, Mehmet: Ticari İşletme Hukuku, Genel Esaslar, Yetkin, Ankara 2021.
- BOZER, Ali/GÖLE, Celal: Ticari İşletme Hukuku, 7. Baskı, BTHAE, Ankara 2021.
- Commission of the European Communities: "Report on the Application of Article 17 of Council Directive on the Co-ordination of the Laws of the Member States Relating to Self-Employed Commercial Agents (86/653/EEC)", Brussels, 23.07.1996 COM(96) 364 Final, <https://op.europa.eu> (Erişim: 30.08.2022).
- DEMİR, Koray: "Tek Satıcının Denkleştirme Talebi", Prof. Dr. Sabih Arkan'a Armağan, On İki Levha, İstanbul 2019, s.399-419.
- DOĞANAY, M. Zahid: "Acentelik ve Dağıtım Sözleşmelerinde Denkleştirme Alacağının Hesaplanması", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 29(3), 2021, s.2267-2308.
- EFTESTOL-WILHELMSSON, Ellen: "The EU Directive on Self-employed Commercial Agents Applicability and Mandatory Scope", Tulane Maritime Law Journal, 39(2), 2015, s.675-698.
- KALENDER, Emre: "Acentenin Denkleştirme Talep Hakkına İlişkin TTK m.122'nin, Marka Lisansı Alana Uygulanabilirliği", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 8(1), 2017, s.91-112.
- KARASU, Rauf: "Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Acentenin Denkleştirme Talebi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 57(4), 2008, s.283-318.
- KAYA, Arslan: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Birinci Kitap Ticari İşletme, Yedinci Kısım Acentelik (TTK m. 102-123), Beta, İstanbul 2013 ("Şerh").
- KAYA, Arslan: Acentelik ve Tek Satıcılık ile Benzeri Diğer Tekel Hakkı Veren Sürekli Sözleşme İlişkilerinin Sona Ermesi Halinde Denkleştirme İstemi, Yürürlüğünün 6. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, On İki Levha, İstanbul 2018, s.9-43 ("Sempozyum").
- KENDİGELEN, Abuzer: Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 3. Baskı, On İki Levha, İstanbul 2016.
- MORGAN, Christopher: "Has the Court of Justice of the European Union Marked the End of Indemnity Payments to Commercial Agents?", Business Law Review, 33(12), 2012, s.288-289.
- NARBAY, Şafak/GÜLLÜCE, Muhammet Ali: "Türk Hukukunda Sigorta Acenteleri", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 22(3), 2016, s.1963-2005.
- POROY, Reha/YASAMAN, Hamdi: Ticari İşletme Hukuku, 18. Baskı, Vedat, İstanbul 2019.
- SAK, Burak: Dağıtım Sözleşmelerinde Denkleştirme İstemi (TTK m. 122), On İki Levha, İstanbul 2020.
- SARIOZ BÜYÜKALP, A. İpek: "Denkleştirme Talebinin Hukuki Niteliği ve Kanunlar İhtilafı Hukuku Bağlamında Değerlendirilmesi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 21(2), 2019, s.523-581.
- ŞENER, Oruç Hami: Ticari İşletme Hukuku, 2. Baskı, Seçkin, Ankara 2020.
- UZUNALLI, Sevilay: "Sözleşmeyi Fesheden Acentenin Denkleştirme İstemine Hak Kazanması", Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, 5(1), 2019, s.115-130.
- ÜLGEN, Hüseyin/HELVACI, Mehmet/KAYA, Arslan/NOMER ERTAN, N. Fusun: Ticari İşletme Hukuku, 6. Baskı, Vedat, İstanbul 2019.
- YUSUFOĞLU, Fülriya: "Denkleştirme Talebinin Kıyasen Uygulanması İçin Gereken Kıyas Şartları Işığında Tekel Hakkı Vermeyen Sürekli Sözleşme İlişkilerine Uygulanması Sorunu", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 11(137), 2016, s.159-188.

JOHN LOCKE'UN SİYASET FELSEFESİ ANLAYIŞINDA DİRENME HAKKI

THE RIGHT TO RESIST IN JOHN LOCKE'S UNDERSTANDING OF POLITICAL PHILOSOPHY

Hatice Derya ORMANOĞLU*  & Furkan ÇİRKİN** 

Makale Bilgi

Gönderi: 05/10/2022
Kabul : 20/12/2022

Anahtar Kelimeler

*John Locke,
Direnme Hakkı,
Doğal Haklar,
Mülkiyet Hakkı,
Sivil İtaatsizlik.*

Özet

10.21492/inuhfd.1184818 

Liberalizmin kurucularından biri olarak görülen John Locke, günümüz anayasal demokrasilerini anlamak açısından hala en önemli düşünürlerden biridir. Locke'un genel felsefesi, doğuştan ya da rasyonel bir a priori bilgidен ziyade deneyimlere ve insanın sonradan yaratmasına dayanmaktadır. Locke'a göre nasıl ki boş bir levha olarak dünyaya gelip daha sonra o levhayı dolduruyorsak siyaset felsefesi alanındaki kavramlar da bu şekilde görülmektedir. Orta Çağ sonrası sekülerizm düşüncesi altında, iktidara mutlak itaat fikrinin ortadan kalkması nedeniyle, Locke'un aydınlanmış insan aklına yönelik mantıklı açıklamalar getirmesi büyük önem taşımaktadır. Locke'a göre devlet doğal bir olgu değildir, devleti daha sonradan bireyler toplanıp kendi iradeleriyle bir toplum sözleşmesi yapmak suretiyle kurmuşlardır. Hatta Locke'un en ayırt edici ve önemli düşüncesi olan mülkiyet hakkı bile aslında insanların bir boş toprak parçasını emekle ihya etmesi sonucunda oluşmaktadır. Yani Locke, mülkiyet hakkının meşruiyet temelini bile a priori bir bilgiye ya da tanrısal herhangi bir kaynağa dayandırmak istememektedir. Aksine Locke, bunu emek-mülkiyet ilişkisi ile açıklamaktadır. Tüm siyaset felsefesinde bireyi merkeze alan Locke'a göre toplum sözleşmesiyle kurulan devletin temel amacı da bireylerin doğal haklarını korumaktan ibarettir. Bu felsefeden hareketle direnme hakkı, en temel ve doğal insan haklarından biridir. Her konuda, empirist mantıkla açıklamalar getiren Locke'un direnme hakkını, en temelde, insanın doğasından kaynaklanan haklarına dayandırması ve burada yer yer boşluklar bırakması ise önemli bir çelişki barındırmaktadır. Aslında kendisi de zengin bir burjuva aileden gelen Locke'un tüm felsefesi, en başta mülkiyet hakkı olmak üzere burjuvazinin tüm zenginliklerini korumak ve güvence altına almak için kurulduğunu iddia ettiği devletin bu amacından olası bir sapma yaşamaması durumunda direnme hakkının kullanılmasını ile yeniden hizaya getirilmesi gerektiği fikrinden ibarettir.

Article Info

Received: 05/10/2022
Accepted: 20/12/2022

Keywords

*John Locke,
Right to Resist,
Natural Rights,
Right to Property,
Civil Disobedience.*

Abstract

John Locke, one of the founders of liberalism, is among the most important thinkers in understanding today's constitutional democracies. Locke's general philosophy is based on experience and human creation, rather than innate or rational a priori knowledge. Locke thinks the concepts in the field of political philosophy are seen just in the way we are born as a blank paper and then we fill that paper. Under the post-medieval idea of secularism, logical explanations made by Locke for the enlightened human mind are important. Locke thinks the state is not a natural phenomenon. It was established later by individuals by gathering and making a social contract with their own will. Even the right to property, the most distinctive and important thought of Locke, is actually the result of people renovating an empty piece of land with their labor. That is, Locke does not want to base even the legitimacy basis of property right on a priori knowledge or any divine source. In contrast, Locke explains this with the labor-property relation. Locke, putting the individual in the center in all his political philosophy, believes the state aims to protect individuals' natural rights. Based on this philosophy, the right to resist is one of the most fundamental and natural human rights. It is an important contradiction that Locke, making explanations with empiricist logic in every subject, bases the right to resist on the rights arising from the nature of human beings and sometimes leaves gaps. The whole philosophy of Locke, coming from a bourgeois family, includes the idea that the state, which he claims was established to protect and secure all the riches of the bourgeoisie, especially the right of property, should be realigned with the use of the right to resist in case of a possible deviation from this purpose.

 Bu eser Creative Commons Atf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

* Dr. Öğr. Gör., Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı.

** Arş. Gör., Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı.

Atf Şekli | Cite As: ORMANOĞLU Hatice Derya/ÇİRKİN Furkan, "John Locke'un Siyaset Felsefesi Anlayışında Direnme Hakkı", İnÜHFD, 13(2), 2022, s.549-562. İntihal | Plagiarism: Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir.

| This article has been controlled via a plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

The political philosophy of John Locke has lots of paradox. That's why it is quite important to focus on these paradoxes. In our opinion, the most important reason for these paradoxes in Locke's political philosophy is that he was bourgeois too. That is, although Locke was originally an empiricist philosopher, the law of nature, which is used to legitimize the bourgeoisie, is the one of the most important elements of his political philosophy. In Locke's philosophy, the law of nature has four fundamental natural rights. These rights are life, liberty, and property. However, an additional right is necessary to protect or guarantee these fundamental natural rights. According to Locke, if the government starts to violate the rights of life, liberty, and property, people have the right to resist that government in order to alter the government or create a new system. The right to resist is a natural right as well. Indeed, we can say that although Locke is an empiricist philosopher, he behaves like an anti-empiricist to legitimize the rights of bourgeoisie, to guarantee the rights of bourgeoisie, and ultimately to resist the government for bourgeoisie. Because Locke, who is an empiricist, was expected to oppose divine or natural rights. In brief, this study focuses on the right to resist from the perspective of Locke's paradoxes.

For this study, it is necessary to understand "An Essay Concerning Human Understanding", which is one of the most important books of John Locke. Locke focuses on innate ideas in this book. This topic is very important for him because Locke was an empiricist philosopher, and belief in innate ideas was very common in the 17th century, when Locke lived. Before Descartes, belief in innate ideas was common as well. For instance, in the ancient times, Plato was the most important representative of the innate ideas. However, the main enemy philosopher of Locke in this book was Descartes. In short, Locke created an empiricist philosophy in this book by opposing Descartes. Of course, most of the articles and books which were written on Locke's philosophy are important. However, understanding of the main paradox of Locke about the right to resist is directly relevant to understanding this book.

For this study, it is necessary to read and understand Locke's books, but this is not enough. By the way, most studies on Locke focuses on the rights of life, liberty, and property. Therefore, in only a few studies, we can see the right to resist. In addition, although these few studies on Locke's concept of the right to resist, the relation of this right to resist and empiricism which is the fundamental topic of Locke has been ignored. In our opinion, although Locke is an empiricist philosopher, he behaves like an anti-empiricist on natural rights or the law of nature. In conclusion, this study aims to approach a new perspective of the right to resist of Locke.

The metasynthesis method was used in this study. Lots of articles and books which were written about John Locke were scanned, and some of them, especially the ones related to Locke's the right to resist were read in depth. Then, the paradoxes of Locke's political philosophy were found because most of the studies on Locke's political philosophy are the same, and the paradoxes of Locke were ignored in these studies. In this respect, a synthesis was made. We can say that mostly the theoretical sources, articles and books were used in this study. Consequently, we don't have any findings like survey results.

John Locke was one of the most significant philosophers in the 17th century. He is one of the founders of liberalism and one of the most important philosophers in order to understand contemporary constitutional democracies as well. The philosophy of Locke depends on empiricism. That is, according to Locke, creation of human is more important than a priori knowledge, which is rational, divine or natural. Locke claims that initially our brains were white paper or tabula rasa. Then we wrote something on this paper. Likewise, political philosophy of Locke should be seen like this. The idea of absolute obedience to political power disappeared after the Middle Ages. In the atmosphere dominated by laicity or secularism, the explanations of Locke is important because his explanations are based on reason and logic. Locke said that the state is not natural phenomenon and it was established with a social contract based on the consent of people. Even the right of property, which is the most important thought of Locke, emerged as a result of labor or tilling the land. That is, Locke does not want to say that the source of the right of property is divine or a priori knowledge. On the contrary, Locke wants to explain as the labor theory of property. According to Locke, the essential aim of the state established with a social contract is to protect the natural rights of people. In addition, the right to resist is an essential and natural right. Although Locke is an empiricist philosopher, his theory of natural rights is largely against empiricism. Locke, who is actually a bourgeois too, aims to guarantee the rights of bourgeoisie against the state. His concept of the right to resist is actually that if the state gets away from its purposes, then people should bring it into the line.

I. GİRİŞ

Siyasi iktidarların baskıcı bir niteliğe bürünmesi ve siyasi sistemin otoriter sisteme doğru yönelimi sonucunda direnme hakkı ayrı bir öneme sahip olmaktadır. Siyasi iktidarın, insan haklarını ve hukukun temel ilkelerini yok sayarak hareket etmesi halinde direnme hakkı temel bir insan hakkı olarak karşımıza çıkmaktadır. Direnme hakkı iktidarın sekülerleşmesi döneminde ayrı bir önem kazanmıştır. Zira iktidarın Tanrı'dan değil de halktan kaynaklandığı düşüncesinin oluşumu, iktidara mutlak itaat düşüncesini de yok etmiştir. Böylece iktidarlara sorgulanmaya başlanmıştır.

Kökene ilk çağlara kadar götürülebilecek olan direnme hakkı, Orta Çağ filozoflarından Aquinnalı Thomas'ta ve doğal hukuk anlayışında görülebilirken sosyal sözleşmecilerden John Locke'ta ise bu hak, açık ve sistematik bir biçimde ifade edilmektedir. Locke, otoriteyi elinde bulunduran kimsenin kendisine yasalar tarafından tanınan iktidarın sınırlarını aşması halinde ya da elinde bulundurduğu gücü yasaların izin vermediği bir biçimde kullanması durumunda hükümler olma durumunun sona ereceğini ifade etmekle direnme hakkına yer vermektedir.

Locke, genel felsefesinde empirist bir düşünceyle bilgilerin sonradan edinildiğini ifade eden bir düşünürdür. Bu düşüncesi, tarih felsefesine, tarihin belirlenimci bir şekilde ilerlemediği ve deneyimlerle, tecrübelerle oluştuğu şeklinde geçmiştir. Yine siyaset felsefesinde de benzer düşüncenin etkileriyle, devletin *a priori* olmadığı, sonradan toplum sözleşmesiyle yaratıldığı şeklinde iddialar görülmektedir. Boş levha ya da *tabula rasa* doğuştan hiçbir içerik barındırmayıp yaşam boyu deneyimlerle doldurulduğu gibi tarih de toplulukların deneyimleri süreci içinde oluşmaktadır. Aynı şekilde önceden hep var olmayan devlet de boş tarih sayfasına deneyimler sonucunda bir toplum sözleşmesiyle eklenmiştir. Burjuvazi düşünürü olan Locke, birçok yerde tutarlı fikirler ileri sürmekle birlikte en temelde mülkiyet hakkını ve genel olarak hak ve özgürlükleri savunmak için direnme hakkının varlığını çelişkili bir şekilde savunmaktadır.

Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi'nde ve Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nde de yer alan direnme hakkı resmi metinlerde ve anayasalarda da yerini bulmuş bir haktır. Çalışmada öncelikle direnme hakkının kavramsal çerçevesi ve tarihsel gelişimi ele alındıktan sonra Locke'un siyaset felsefesi anlayışında direnme hakkının ayrıntıları ve sınırları incelenmeye çalışılacaktır. Çalışma, Locke'un genel felsefesinden hareketle siyaset felsefesinin barındırdığı çelişiklere dikkat çekmeye çalışmaktadır. Çalışmanın merkezini oluşturan direnme hakkı da bu çerçevede ele alınacaktır.

II. DİRENME HAKKININ KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ

Direnme hakkı bugün çevresel protestolarda, gecekonduların yıkılmasında ve benzeri başka durumlarda, hükümet uygulamalarıyla karşı karşıya gelindiğinde ve bir ihlal söz konusu olduğunda sıkça atıfta bulunulan bir kavramdır¹. Baskıya karşı direnme², zulme karşı direnme³, devrim hakkı⁴ gibi farklı biçimlerde ifade edilen direnme hakkı iktidarın sınırlandırılması meselesiyle yakından ilgili bir kavramdır. Direnme hakkı Latince "*de jus resistendi*"⁵ şeklinde ifade edilirken, İngilizce'de "*right to resist*", "*right of resistance*" olarak ifade edilmektedir. İktidarın sınırlandırılması bağlamında, iktidarın eylem ve işlemleri sık sık birey hak ve özgürlükleriyle karşı karşıya gelmekte ve bu noktada da birey hak ve özgürlüklerinin iktidar karşısında korunması sorunu gündeme gelmektedir.

İktidarı sınırlandıran hukuki ve hukuk dışı yöntemlerin⁶ yetersiz kalmasıyla birey hak ve özgürlükleri ağır müdahalelerle karşılaşmakta ve böylece siyasi sistem baskıcı bir yapıya bürünebilmektedir. İşte bu aşamada *son çare* olarak özgürlüklerin korunması amacıyla direnme hakkı ortaya çıkmaktadır⁷. Direnme hakkı hukukun dışına çıkan ya da hukuk dışı bir şekilde iktidarı ele geçirecek hukuksuzluğu devam ettiren ve böylece de meşruyetini kaybeden, gücünü baskı ve zulmün aracı haline getiren bir iktidarın baskı ve zulmüne son vermek amacıyla başvurulmuş bir yoldur⁸. Bir başka tanımlamaya göre de direnme hakkı yönetimi elinde bulunduran sınıfın, hukuki veya ahlaki nitelikte olan temel kuralları ihlal etmesi halinde yönetilen sınıfa hak olarak tanınan bir kavramdır⁹. Althusius'a göre doğal hukuk anlayışından kaynaklanan bireylerin direnme hakkı, gayretlerinin yetersiz kaldığı noktada devreye giren ve daha çok pasif nitelikli kaçma ve göç etme hakkından meydana gelmektedir. Silahlı direnme hakkı da silahlı kuvvet kullanımı halinde ve yaşamı koruma amaçlı olarak kullanılmaktadır¹⁰. Direnme hakkı bağlamında ifade edilmesi

¹ KAUFMANN, Arthur: "Small Scale Right to Resist", New England Law Review, 21(3), 1985-1986, s.572.

² GÖZE, Ayferi: "Onyedinci ve Onsekizinci Yüzyıl Düşünürlerinde Baskıya Karşı Direnme" (Onyedinci ve Onsekizinci Yüzyıl), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 35(1-4), 1969, s.49 vd.

³ KAPANI, Münci: Kamu Hürriyetleri (Kamu Hürriyetleri), 7.B, Yetkin Yayınları, 1993, s.302.

⁴ AĞAĞULLARI, Mehmet Ali/ÇULHA ZABCI, Filiz/ERGÜN, Reyda: Kral Devletten Ulus Devlete (Kral Devlet), İmge Kitabevi, 2009, s.212.

⁵ YETKİN, Çetin: Siyasal İktidara Karşı Direnme ve Devrim (Direnme ve Devrim), Toplum Yayınevi, 1970, s.16.

⁶ Kapani iktidarın sınırlandırılmasında kullanılan yöntemleri hukuki ve hukuk dışı yöntemler olmak üzere iki başlık altında toplamıştır. Hukuki yöntemleri, seçimler, kuvvetler ayrılığı, katı (sert) anayasa, çift meclis sistemi, devlet başkanının vetosu ve yargı denetimi olarak sınıflandırırken, hukuk dışı yöntemleri de ahlaki (moral) yöntemler, kamu oyu ve toplumun çoğulcu yapısının getirdiği sınırlamalar olarak ifade etmiştir. KAPANI, Kamu Hürriyetleri, s.263 vd.

⁷ KAPANI, Kamu Hürriyetleri, s.301.

⁸ TAŞKIN, Ahmet: "Baskıya Karşı Direnme Hakkı", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (52), 2004, s.38-39. Bu noktada iktidar konusunda farklı bir bakış açısına sahip olan Foucault'a göre ise iktidar baskı aracından çok biçim verme aracıdır. İktidarın asıl amacı baskı altına almaktansa insanların konuşmalarını sağlamak ve direnme hareketini ortaya çıkararak kendi iktidarını yeniden üretmektir. AKAY, Ali: Michel Foucault'da İktidar ve Direnme Odakları, 2.B, Bağlam Yayıncılık, 2000, s.30.

⁹ NİŞANCI, Şükrü: Sivil İtaatsizlik-İyi Vatandaş Olmak mı, İyi İnsan Olmak mı?, Etkileşim Yayınları, 2013, s.26.

¹⁰ GEMALMAZ, Haydar Burak: "Johannes Althusius'ta Simbiyosis, Halk Egemenliği, Devlet ve Direnme Hakkı", Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 68(1-2), 2010, s.59.

gereken önemli bir husus direnme hakkı ve devrim hakkı arasındaki farktır. Zira şiddet ile birlikte gerçekleştirilen direnme devrime doğru ilerleme yolundadır. Devlet iktidarını ele geçirmek ve mevcut düzeni değiştirmek amacıyla bir toplumsal sınıf ya da bu sınıfın bir kısmı tarafından eylemde bulunulması devrimi meydana getirmektedir. Bu nedenle de direnme ve devrim arasındaki bağlantıyı ifade etmemiz gerekirse, her devrim bir direnme olmasına rağmen her direnme bir devrim niteliği taşımamaktadır. Çünkü devrim aşamasına geçemeyen direnmeler vardır¹¹.

Direnme hakkının, aktif direnme ve pasif direnme hakkı şeklinde ifade edilmesi mümkündür¹². Aktif direnme halinde, kuvvet kullanarak ve gerektiğinde de şiddet kullanma yoluyla baskıcı idareyi devirme amacı taşıyan direnme söz konusudur. Bu direnme türünde kuvvet çatışması göze çarpan özellik olarak karşımıza çıkmaktadır¹³. Pasif direnme hali ise kuvvet ya da şiddete başvurma yoluna gitmeksizin gerçekleştirilen direnme türüdür. Pasif direnme konusunda Gandhi¹⁴ ve Thoreau¹⁵ gibi düşünürler verdikleri barışçıl mücadeleyle dikkat çekmişlerdir¹⁶. Özellikle Gandhi'nin şiddetsiz ve saldırsız direnmenin tekniğini ortaya koyduğu düşünülmektedir. Bu tekniklere örnek olarak da yöneticilerin kararlarını ve emirlerini bilinçli olarak yerine getirmemek, açlık grevi, protesto yürüyüşü, boykot, meydanlara ve yollara insanlardan engeller koymak gösterilebilir¹⁷. Baskıya karşı pasif direnme, çoğunlukla sivil itaatsizlik¹⁸ biçiminde karşımıza çıkmaktadır. Direnme hakkı ile, özellikle de pasif direnme ve sivil itaatsizlik ile liberalizm arasındaki ilişki açısından (bu çalışmanın konusu Locke olduğu için onun genel siyaset felsefesi ve liberalizm düşüncesi de dikkatle incelenmektedir) Thoreau'nun "Sivil İtaatsizlik" kitabının girişinde kullandığı meşhur söz tekrar hatırlanmalıdır: "En iyi hükümet, en az hükmedendir"¹⁹. Bu sözü içtenlikle kabul eden Thoreau, sivil itaatsizlik fikrini savunmadan önce de devletin bireyler üzerinde Locke'ta olduğu gibi olabildiğince az yetkisinin olmasını istemektedir²⁰. Pasif direnmeyi ve sivil itaatsizliği merkeze alan tanımlarda şiddetsizlik özellikle vurgulanmaktadır. Bunlardan Rawls'ın tanımına göre sivil itaatsizlik "genellikle yasalarda ya da hükümetin politikalarında bir değişiklik meydana getirmek amacıyla kamusal, vicdani, şiddet içermeyen ve fakat mevcut yasalara aykırı olan siyasal eylem"²¹dir. Pasif direnmenin sonuca ulaşması için de sabır ve kararlılık en çok önem arz eden konulardandır. Ancak Locke'un direnme hakkında

¹¹ NİŞANCI, s.26, ÇETİN, *Direnme ve Devrim*, s.15.

¹² ESER, Eyüp: *Sivil İtaatsizlik*. Çankaya Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış YL Tezi, 2008, s.112.

¹³ KAPANİ, *Kamu Hürriyetleri*, s.315.

¹⁴ "Gandhi, yasaya saygılıdır. Yasanın belirli davranış kalıplarına karşı gelirken, öngörülen cezaya hep uymuştur. Ona göre bireyin kendi yargısı en önde gelir. Sokrates tutumunu, Gandhi'de de bulmak elbette doğaldır." ÖKÇESİZ, Hayrettin: *Sivil İtaatsizlik (Sivil İtaatsizlik)*, Afa Yayınları, 1994, s.41.

¹⁵ Thoreau, ilkesel bir duruş sergileyerek uymadığı bir kanunun sonucu olarak hapse düşmüştür. Hapishaneye ziyaretine gelen arkadaşı Waldo'ya karşı söylemiş olduğu söz, direnme hakkı bakımından önemlidir. Waldo'nun "Henry neden buradasın?" sorusuna cevaben Thoreau şöyle demiştir: "Waldo, sen neden burada değilsin?" Bu olay Thoreau'nun sivil itaatsizlik üzerine tek eylemsel deneyimi olsa da onun ilkesel duruşunu göstermesi açısından oldukça önemlidir. ÖKÇESİZ, *Sivil İtaatsizlik*, s.26.

¹⁶ Gandhi'nin pasif direniş düşüncesinin ve Thoreau'nun sivil itaatsizlik düşüncesinin şekillenmesinde en önemli etkiye sahip olan eserlerden biri, Percy Bysshe Shelley'nin *Anarşinin Maskesi* şiiridir. Bu şiir, temel hakları ayaklar altına alan iktidara karşı halkı direnmeye çağırılmaktadır. "Baş edilemez bir sayıyla ve aslanlar gibi kalk/ Kır zincirlerini ve parçalarını toprağa fırlat/ Her parça yüzüne serpilen bir su damlası olsun/ Uyan ve bitsin uykun/ Onlar az – sen çoksun" SHELLEY, Percy Bysshe: *Anarşinin Maskesi*, Furkan Çirkin (Çev.), Fihrist Kitap, 2022, s.77; Ancak Shelley şiirinde, direnme hakkının kullanımı esnasında ve yönetimin değiştirilmesi sonrasında şiddetsizliğe vurgu yapılmaktadır. "Kanın hesabını kanla sormak/ Yanlışıyla düzeltmeye kalkmak/ İşte içimi bu his kaplayacak: intikam/ Sakın bunu yapma güçlü olduğun zaman" SHELLEY, s.47.

¹⁷ KAPANİ, *Kamu Hürriyetleri*, s.314.

¹⁸ Ökçesiz, sivil itaatsizliği "küçük direnme hakkı" olarak ifade etmektedir. ÖKÇESİZ, Hayrettin: "Sivil İtaatsizlik Hakkı", in Ökçesiz, Hayrettin (ed.), *Sivil İtaatsizlik, Demokrasi Kitaplığı*, 1999, s.45.

¹⁹ THOREAU, Henry David: *Sivil İtaatsizlik, Melis Ölçüm (Çev.)*, Kafekültür Yayıncılık, 2013, s.7.

²⁰ Liberalizm, bilindiği üzere toplumdan ziyade bireyi ön plana alan bir düşüncedir. Bu açıdan Thoreau'nun genel felsefesinde de Locke'un doğal haklara dayanan birey haklarını önceleyen düşüncesine benzer düşüncelerin hâkim olması önem arz etmektedir. Thoreau'nun direnme ve sivil itaatsizlik düşünceleri, toplumsal olmaktan ziyade bireyseldir. Thoreau da Locke gibi insanı sosyal ya da siyasal olmaktan ziyade bireysel bir varlık olarak okumaktadır. Örneğin *Yürümek* adlı kitabında Thoreau şöyle demektedir: "İnsanın bir toplumun üyesinden çok Doğa'nın bir sakini ya da ayrılmaz bir parçası görmeye meraklı söyleyeceklerim." THOREAU, Henry David: *Yürümek, Selçuk Işık (Çev.)*, Can Yayınları, 2019, s.11; Bireyi ön plana alan Locke başta olmak üzere bu tarz liberal düşüncelerin tam karşısında ise Aristoteles başta olmak üzere toplumu ön plana alan düşünceler bulunmaktadır. Aristoteles'e göre insan doğası gereği siyasal bir hayvandır (*zoon politikon*). ARİSTOTELES: *Politika, Mete Tunçay (Çev.)*, Remzi Kitabevi, 1975, s.9; Yine liberal düşünce sahiplerinin yer yer sahiplenmeye çalıştıkları Rousseau da aslında Locke başta olmak üzere bireyi merkeze alan liberal düşüncelerin tam karşısına oturmaktadır. Aynı isimle (*Toplum Sözleşmesi*) kaleme almış olduğu kitabında Rousseau, genel iradeyi yanılmaz olarak görmekte ve genel irade olarak adlandırdığı toplumun iradesini bireyin üstünde konumlandırmaktadır. Rousseau'ya göre toplum, bireyden önce gelir ve muhalif görüşte kalan bireylerin bile iyiliğini (onların kendilerini düşünebildiklerinden daha fazla) düşünür. ROUSSEAU, Jean-Jacques: *Toplum Sözleşmesi, Vedat Günyol (Çev.)*, İş Bankası Kültür Yayınları, 2012, s.26 vd.

²¹ RAWLS, John: *A Theory of Justice*, The Belknap Press of Harvard University Press, Massachusetts, 2005, s.364; Rawls, bu tanımlı yaparken H. A. Bedau'nun sivil itaatsizlik tanımını takip etmiştir. O makalesinde Bedau şöyle demektedir: "Sivil itaatsizlik; yasadışı olan (ya da bu eylemlerde bulunulanlar ve o sırada eylemleri bastırılanlarca yasa dışı olduğu varsayılan), açıkça sergilenen (kaçamakça ya da gizlice değil), şiddet içermeyen (kasten ya da taksirle kişilere ve mülkiyetlere zarar verme amacı olmadan), vicdani olarak (dürtüsel, düşüncesiz vb. şekillerde değil), hukukun üstünlüğünü çerçevesinde (hükümeti düşürmeyi amaçlayan özel durumu istisna olarak sayarsak, itaatsizliğin parçası olunan davranışlara karşılık gelen yasal yaptırımları kabul ederek) yapılan ve bazı yasaları ya da hükümetin (veya bazı devlet görevlilerinin) politikalarını engellemek ya da protesto etmek (ya da mevcut olmayan bir yasal düzenleniminin yapılmasını sağlamak) amacıyla yapılan eylemlerdir." BEDAU, Hugo Adam: "On Civil Disobedience", *Journal of Philosophy*, 58, 1961, s.661; Ancak Joseph Raz'a göre, bu tanımlardaki muğlak yapı, özellikle "yalnızca diğer her şey başarısız olduğunda, son çare olarak" yapılması gerektiği ve "açık bir şekilde, şiddet içermeyen" yapılması gerektiği iddiaları; sivil itaatsizliğin gerçek doğasının anlaşılmadığını göstermektedir. RAZ, Joseph: "Civil Disobedience", *Civil Disobedience in Focus*, Hugo Adam Bedau (Ed.), Routledge, Londra 2002, s.169.

gerekirse şiddetin de bulunabileceği ve Locke'un direnme hakkının sadece pasif direnmeye ya da sivil itaatsizliğe indirgenemeyeceği unutulmamalıdır.

III. DİRENME HAKKININ TARİHİ GELİŞİMİ

Direnme hakkı, tarih boyunca doğa yasası ya da doğal hak kavramlarıyla sıkı ilişki içerisinde olmuştur. Locke'un siyaset felsefesinin temel taşlarından biri olan ve direnme hakkına da meşruiyet zemini oluşturan doğa yasası, aslında siyasal düşünce tarihinin en eski kavramlarından biridir²². Bu nedenle direnme hakkının tarihsel gelişimi, doğa yasası ya da doğal hak kavramlarıyla birlikte ilerlemektedir. Direnme hakkının tartışılması oldukça eski bir konu olmasına rağmen Eski Yunan ve Roma'da ele alınmadığı görülmektedir. Eski Yunan ve Roma'da doğal hukuk ve pozitif hukuk ayrımı yoluna gidilmiş olsa da, direnme hakkı tartışılmamıştır. Ancak Sophokles'in Antigone ve Platon'un Kriton eserleri direnme hakkı bakımından önem arz etmektedir. Özellikle Antigone, kitap boyunca bireysel özgürlükleri savunmaktadır. Burada karşımıza çıkan en önemli nokta, pozitif yasalara başkaldırı esnasında tanrının yani doğal hakların meşruiyet zeminini oluşturmasıdır²³. Yine Sokrates'in tavrının da pasif direnme olarak nitelendirilmesi mümkündür²⁴. Sokrates de Antigone gibi pozitif yasaların üstünde bir hukuka inanmaktadır²⁵. Platon'un Kriton adlı eserinde konuştuğu Sokrates, birçok yerde açık bir şekilde çoğunluğun iradesini eleştirmektedir²⁶. Burada Sokrates'in asıl söylemek istediği, gerçek doğrunun birçok kişinin söylediğiyle ve o anki insanların iradesiyle ilgili olmadığıdır. Yani yine doğal yasalar ve doğal haklar devreye girmektedir. Bu açıdan, özellikle pasif de olsa bir direnme olarak yorumlanabilecek bu davranışın doğal haklara dayanması açısından, Sokrates'in tavrı önemlidir. Ancak kanaatimizce Sokrates'in tavrı küçük bir sapmadan ibaret olup *Polis*'in ön plana alındığı Antik Yunan'da direnme hakkına karşı çıkmaktadır²⁷. Antigone'nin ve Sokrates'in direnmeleri, aktif direnme ve pasif direnme açısından da ilk örnekleri oluşturabilir. Bu iki farklı örneğin direndikleri yasalar karşısındaki tavırları önemlidir. Her ikisi de direnmelerini tanrısal kurallara yani doğal haklara dayandırmaktadır. Ancak Antigone yasalara direnirken şartsız bir şekilde tanrısal kuralları peşinden giderken Sokrates doğru olsun ya da olmasın yasaların sonuçlarına itaat etmektedir²⁸. Zira pasif direnişini gerçekleştirdiği sırada kendisine verilen idam cezasını kabul eden Sokrates'in erdemli bir şekilde ölüme yürümesi söz konusudur²⁹. Burada Sokrates, yasaların sonuçlarına boyun eğmekte ve kendisini cezadan kurtarmaya çalışmamaktadır. Asıl amaç ise barışçıl bir direnişle bir gerilim yaratarak insanları uyandırmak, onları bilinçlendirmek ve en nihayetinde toplumda büyük bir değişim sağlamaktır³⁰. Antik dönemde direnme hakkının bir sapma olarak görüldüğü durumlarla ilgili en önemli nokta ise bu durumlarda dayanağın doğal yasa, tanrının kuralları ve doğal haklar olmasıdır. Nişancı, direnme hakkı konusunda çeşitli tartışmalara ilköğretimden itibaren rastlansa da, direnme hakkı üzerine kapsamlı ve tutarlı tartışmaların yapıldığı dönemin aydınlanma dönemine denk geldiğini ifade etmektedir³¹.

Kapanı, direnme hakkının ilk kez Orta Çağ Hristiyan felsefesinde tartışıldığını ifade etmiştir. Hristiyanlığın ilk zamanlarında, her türlü direnme fikri reddedilmiş olsa da Kilise ve Krallar arasında yaşanan iktidar mücadelesiyle direnme hakkı kullanılmıştır³². Orta Çağın siyasal düşüncesi kilise-iktidar mücadelesine şahit olurken, çeşitli ayrımlar da yaşanmıştır. Kimileri siyasal güç olan kralın üstünlüğünün yanında olurken, kimileri de Kilise'nin üstünlüğünden yana olmuştur. Ancak her iki iktidarın birbirinden bağımsız olduğunu savunanlar da olmuştur³³. On ikinci yüzyılda İngiltere'de Salisbury John tarafından, zulümde bulunanların katli ve bu konunun meşruluğu tartışılmış ve desteklenmiştir. Bu konu başka yazarlar tarafından da tartışılmıştır. Salisbury John ve bu konuyu tartışan başka yazarların direnme hakkını bir halk hareketi olarak görmediği yalnızca zulümde bulunanların öldürülmesi bağlamında ele aldıkları görülmektedir³⁴. Aslında en özet şekliyle Orta Çağda da direnme hakkının doğal haklara ya da tanrısal kurallara dayandırıldığı söylenebilir. Hatta direnme hakkının çok kısıtlı görülmesinin arkasında da yine aynı sebepler yatmaktadır. Zira tüm iktidarların tanrıdan gelmesi fikri, aslında teolojik temelli bir doğal hak olan iktidar hakkına karşı direnilemeyeceğiyle ilgilidir.

²² GOUGH, J. W.: John Locke's Political Philosophy: Eight Studies, Oxford University Press, Oxford 1950, s.1.

²³ SOPHOKLES: Antigone, Ari Çokona (Çev.), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2014, s.1 vd.

²⁴ KAPANI, Kamu Hürriyetleri, s.302.

²⁵ ÖKÇESİZ, Sivil İtaatsizlik, s.16.

²⁶ PLATON: Kriton, Furkan Akderin (Çev.), Say Yayınları, 2017, s.47 vd.

²⁷ Sokrates'ten çok etkilenmesine rağmen öğrencisi Platon'da direnme hakkı görülmemektedir. Yine Platon'un öğrencisi Aristoteles de direnme hakkına karşı çıkmaktadır. Hatta Aristoteles'e göre insan siyasal bir hayvandır ve insanın ulaşabileceği son nokta *Polis*'tir. ARİSTOTELES, Politika, s.9.

²⁸ ÇANKAYA, Aylin: "Yasa Üzerine İki Farklı Perspektif: Antigone ve Sokrates", Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi, (19), 2015, s.247.

²⁹ Aslında burada yasanın içeriğiyle yasanın sonucu olan ceza arasında bir ayrıma gidilebilir. "Sokrates haksız yasaya itaat etmemiş (iç tutum) ve onu çiğnemiştir (dış tutum, sonuç). Cezaya itaat etmiş (iç tutum), ceza normunun öngördüğü davranışı izlemiştir (dış tutum, sonuç). Görüldüğü gibi Sokrates haksız yasa karşısında bu yasayı, iki aşamalı: davranış normu ve ceza olarak aldığımızda, itaatsiz bir itaatkardır." ÖKÇESİZ, Sivil İtaatsizlik, s.21.

³⁰ "Sokrates nasıl bireylerin mitler ve yarı-doğruların boyunduruğundan kurtulup özgür bir yaratıcı analiz ve nesnel değerlendirme düzeyine çıkabilmesi için gerilim yaratmanın gerekliliğini hissettiyse, biz de toplumda, insanların önyargıların ve ırkçılığın derin karanlığından çıkıp anlayış ve kardeşliğin engin seviyesine yükselmesi için şiddete başvurmamanın ısrarcı insanlara olan ihtiyacı anlamalıyız." KING, Martin Luther, "Birmingham Hapishanesi'nden Mektup", Ezgi Göç (Çev). Cogito, (67), 2011, s.19.

³¹ NİŞANCI, s.30-31.

³² KAPANI, Kamu Hürriyetleri, s.302.

³³ GÖZE, Ayferi: Siyasal Düşünceler ve Yönetimler (Siyasal Düşünceler), 6.B, Beta Yayınevi, 1993, s.76-77.

³⁴ KAPANI, Kamu Hürriyetleri, s.303.

Orta Çağın siyasal düşüncesinde insana değer atfedilmesinin yanında feodal yapının meydana gelmesiyle, iktidarın mutlaklığında yaşanan parçalanma ve sınırsız iktidar düşüncesinin yok olması oldukça dikkat çeken gelişmelerdir³⁵. Orta Çağın siyasal düşüncesinde Aquinolu Thomas Hristiyanlığın ilkeleriyle Aristoteles'in düşüncelerini bağdaştırmaya çalışmış³⁶, iktidarın sınırlandırılması yolunda önemli gelişmeler kaydetmiştir. Aquinolu Thomas'ın nihai hedefi zalim ve keyfi iktidarlara engellemek olmuştur. Bu yolda da öncelikle iktidarı ilahi kanunlarla sınırlamaya çalışmış, iktidarın kaynağının Tanrı'dan geldiğini ancak ne şekilde kullanılacağına Tanrı tarafından belirtilmediğini ileri sürmüştür³⁷.

Aquinolu Thomas'ın siyaset felsefesinde baskıcı iktidar uygulayıcılarının öldürülmesi düşüncesi yer almaz ancak iktidarı zorla ele geçiren ya da baştan meşru yollarla iktidarı ele geçiren ve sonradan baskıcı bir anlayışa bürünen iktidara karşı halkın direnme hakkı bulunmaktadır³⁸. Aquinolu Thomas iktidarın meşruiyeti konusunu iktidarın ele geçirilişi ve kullanılışı biçimine göre değerlendirdiği görülmektedir. Bu değerlendirmede, gerek iktidarın ele geçirilişi sırasında gerekse de kullanılışı sırasında toplumun ortak iyiliği ve adaleti düşüncesinden uzaklaşarak meşruiyetini yitiren iktidara karşı koyan yönetilenler değil, bu duruma neden olan yöneticiler suçludur³⁹. İktidarın kökeninde meşruluk arayışında olan Aquinolu Thomas'a göre gasp yoluyla iktidarı ele geçirenlere itaat edilmemelidir, ancak bu yolla iktidara gelenler yönetilen sınıftan onayını alırlarsa meşruiyet kazanmış olacaktır⁴⁰.

Reform hareketinin yaşandığı dönemde de direnme hakkının gündeme geldiği görülmektedir. Ancak reform hareketinin öncülerinden olan Martin Luther krallara karşı direnme hakkını meşru görmediğini, ayaklanma çıkaran kimselere haklı olmaları halinde dahi karşı olacağını ve ayaklanmalar karşısında haklı olmasalar bile seküler iktidar sahiplerinden yana olacağını ifade etmiştir⁴¹. Reformun diğer öncüsü Jean Calvin de Luther gibi direnme hakkına karşı bir tavır sergileyerek yöneticilere boyun eğilmesi gerektiği fikrini savunmuştur. Calvin'e göre yöneticilerin iktidarına boyun eğmek, Tanrı'ya da itaatin bir gereğidir⁴². Reform hareketinin öncülerinin direnme hakkını desteklemektense iktidara boyun eğmekten yana olma tavırlarının aksine, daha sonraki Protestan yazarlar direnme hareketinden yana olmuşlardır. Çünkü Protestanlar, Katolik iktidar sahipleri tarafından baskıya maruz kalmışlardır. Bu baskı konusunda Saint Barthelemy katliamı önem arz etmektedir. bu katliamdan sonra direnme hareketi baş göstermiş ve baskı ve zulme karşı her türlü direnmenin meşruiyeti savunulmuştur⁴³. Barthelemy katliamından sonra, Protestanların aktif direnmeyi tercih ederek direnme hakkının hukuki dayanaklarını oluşturmaya çalıştıkları görülmektedir⁴⁴.

Bir Rönesans düşünürü olan Etienne La Boetie de insanların neredeyse kulluk şeklinde nitelendirilebilecek olan iktidara itaatlerinin sebebini araştırmıştır. İnsanın doğal yapısının özgürlükten yana olduğunu ifade eden La Boetie, köleliği tembellik ve alışkanlık kavramlarıyla açıklamaya çalışmıştır. İnsanların iktidara itaat etmelerinin sebebini korku da olamayacağını ifade etmiştir⁴⁵. La Boetie keyfi yönetim uygulayanların iktidarı seçimle, zor kullanarak ya da veraset yoluyla elde ettiklerini ifade ettikten sonra, bu üç halde de iktidarın kötüye kullanıldığına vurgu yapmış ve baskıcı yönetimi elinde bulunduran kişinin konumunu sağlamlaştırmak için, her türlü olanaktan faydalanacağını belirtmiştir⁴⁶. İktidarı tek başına elde tutan kişinin baskıcılığından söz eden La Boetie, yazılarında halkı açıkça isyana davet etmektedir. Direnme hakkı konusunda on altıncı yüzyıldaki yazarların direnme hakkının meşru olduğu yönündeki görüşleri ve direnme hakkını savundukları, ele aldığımız yazarlar tarafından ortaya konulmaktadır⁴⁷.

Kilise ile krallar arasında gerçekleşen iktidar mücadeleleri ve din savaşları sonrasında direnme hakkı uzun süre pek tartışılmamıştır. Ancak on yedinci yüzyılın sonlarına gelindiğinde direnme hakkı yeniden güncellik kazanmıştır. Direnme hakkı artık seküler iktidar yapısında da kendini göstermiştir. Bu kez de mutlak iktidar sahipleri ve halk arasında direnme hakkı gündeme gelmiştir⁴⁸. On yedinci yüzyılda monarşinin keyfi uygulamalarına karşı geliştirilen çabalar doğal hukuk kuramıyla açıklanmaya çalışılmıştır. Doğa olaylarının açıklanması sırasında nasıl akıl yoluyla hareket ediliyorsa, siyasal olayların açıklanmasında da insan aklından yararlanılabileceği kabul edilmiştir⁴⁹. On yedinci yüzyılda doğal hukuk anlayışı Tanrı ile olan bağlantıyı koparmış ve doğrudan insanın aklından kaynaklanmıştır. Sosyal sözleşme görüşü doğal hukuk anlayışının temelini oluştururken, bireyin doğuştan sahip olduğu vazgeçilmez, zamanaşımı ile de kaybedilemeyen haklar baskıcı yönetimlere karşı geliştirilen direnme hakkının da temelini oluşturmaktadır⁵⁰.

³⁵ KAPANİ, Kamu Hürriyetleri, s.22-23

³⁶ GÖZE, Siyasal Düşünceler, s.79.

³⁷ KAPANİ, Kamu Hürriyetleri, s.24.

³⁸ KAPANİ, Kamu Hürriyetleri, s.303.

³⁹ GÖZE, Siyasal Düşünceler, s.84.

⁴⁰ ZABUNOĞLU, Yahya Kazım: (Bir Hukuk ve Siyasal Bilim Problemi Olarak) Devlet Kudretinin Sınırlandırılması, AÜHF Yayınları, 1963, s.39.

⁴¹ NİŞANCI, s.47.

⁴² NİŞANCI, s.47.

⁴³ KAPANİ, Kamu Hürriyetleri, s.303.

⁴⁴ GÖZE, Ayferi: "Onaltıncı Yüzyıl Düşünürlerinde Baskıya Karşı Direnme" (Onaltıncı Yüzyıl), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 34(1-4), 1968, s.244.

⁴⁵ La Boetie'den aktaran NİŞANCI, s.49.

⁴⁶ GÖZE, On Altıncı Yüzyıl, s.251.

⁴⁷ GÖZE, On Altıncı Yüzyıl, s.253-277.

⁴⁸ KAPANİ, Kamu Hürriyetleri, s.303-304

⁴⁹ GÖZE, On Yedinci ve On Sekizinci Yüzyıl, s.49.

⁵⁰ GÖZE, On Yedinci ve On Sekizinci Yüzyıl, s.50.

Bu dönemde öne çıkan yazarlardan Grotius, iktidar konusunda yaptığı tartışmalarda bireylerin egemenlik haklarını bir kimseye süresiz olarak devretmesinin mümkün olduğunu ileri sürse de yönetici konumunda bulunan kişinin iktidarının sınırsız olmadığını ve doğal hukuka bağlı olması gerektiğini ifade etmiştir. Grotius bireylerin direnme hakkına yönelik olarak ikili bir ayırım yapmıştır. Yaptığı ikili ayırım iktidarın meşru bir yoldan elde edilmesi ile meşru olmayan yoldan elde edilmesi hali arasındadır. İktidarı meşru bir biçimde ele geçiren yöneticinin doğal hukuka aykırı buyruklarının olması halinde bunlara itaat edilmemesi gerekir, ancak bu durum aktif bir direnme değil pasif bir direnme şeklinde gerçekleşmelidir. Yine de yönetici doğal hukuk kurallarına uygun hareket etmekle birlikte bireylere kötü muamelede bulunuyorsa, bireylerin kötü muamelede bulunan yöneticiye katlanmaları gerekmektedir. Grotius'a göre gücü sözleşmeden kaynaklanan, meşru iktidara karşı bireylerin direnme hakkı bulunmamaktadır⁵¹. Fakat Grotius'un bu görüşüne rağmen son çare olarak bireylerin direnme hakkının bulunduğu kabul edilmektedir. Bu kabul de sözleşmede iktidarın sahibi olan yöneticinin bireylere tâbi olacağı koşulu yer alıyorsa mümkündür⁵². On yedinci yüzyılda çağdaş direnme hakkı savunucuları arasında Locke'ta bulunmaktadır, ancak Locke'un görüşlerine alt başlıklarda yer verileceğinden sadece adından söz etmekle yetiniyoruz.

On sekizinci yüzyıla gelindiğinde ise siyasi doktrinin direnme hakkı konusunda çok fazla tartışma yapıldığı görülmektedir⁵³. On sekizinci yüzyıl düşünürlerinden Rousseau'nun toplum sözleşmesi anlayışında direnme hakkına yer vermemesi oluşturduğu kurgunun doğal bir sonucudur. Çünkü Rousseau'ya göre bütün iktidar genel iradede bulunmaktadır⁵⁴. Toplum sözleşmesinin oy birliğiyle gerçekleştiğini ifade eden Rousseau, genel iradenin tanımlanmasını toplum sözleşmesi içinde yapmıştır. Bu tanıma göre genel irade aşağıdaki gibi ifade edilmektedir⁵⁵:

“Biaraya gelen bir çok insan kendilerini tek bir beden (bir bütün) olarak algıladıkları sürece, tek bir iradeleri vardır ve bu irade bütünü korumasına ve genel gönencin sağlanmasına yöneliktir. Devletin bütün üyelerinin değişmez iradeleri geneldir.”

Genel irade sadece toplumun üyelerinin iradelerinin toplamı değil aynı zamanda onların üstünde olan kolektif bir iradedir⁵⁶. Kanunlar genel iradenin işlemleridir, yani yasama gücü halkın elinde bulunur. Yasaların içeriği de ortak iyilik ve genel çıkardan meydana gelmektedir. Genel irade yanılmadığı gibi, aynı zamanda kamu çıkarı açısından doğru ve iyi niteliktedir⁵⁷. Tüm bu nedenlerle de toplumun hukuka aykırı yasama işlemleri yaparak kendi kendine baskı yapması mümkün değildir ve genel iradeyi yansıtan toplumun kendisine karşı ayaklanması da mümkün değildir. Yani Rousseau'nun toplum anlayışında azınlıklara yer olmadığı gibi direnme hakkına da yer yoktur⁵⁸.

Montesquieu'nün de direnme hakkı konusunda bir tartışma yapıldığı görülmektedir. Montesquieu despotik yönetimlerin ve iktidarın kötüye kullanımının önlenmesini sağlayacak bir sistem oluşturmaya çalışır ve baskıyı ortadan kaldıran bu sistemin kuvvetler ayrılığı prensibine dayanması gerektiğini ileri sürer. Yasama, yürütme ve yargı erklerinin farklı ellerde bulunması ve üçü arasında görev ayrılığının bulunması baskı ve zulümü engellediği gibi siyasi özgürlüklerin de güvencesini sağlar. Böylece iktidarın iktidarı durdurması yoluyla iktidarın kötüye kullanımı önlenmiş olur⁵⁹.

Çağdaş doktrine bakıldığında ise devletin üstünde ve devletin dışında bir hukuk varsayımını kabul edenlere göre direnme konusu hukukun sınırları içinde bulunan bir sorundur ve özgürlüklerin korunması amacıyla direnme yoluna başvurulur. Bu görüşü destekeyenlerden biri olarak da Duguit karşımıza çıkmaktadır. Duguit, hukukun dışına çıkan hareketlere maruz kalan bireyin bu duruma karşı koyma hakkının bulunduğunu ifade etmektedir⁶⁰. Duguit'ye göre yöneticilerin hukuka uygun olmayan kararlarına ve buyruklarına itaat etmeme ve baskıcı iktidarı ortadan kaldırmak amacıyla ayaklanma gerçekleştirme bireylerin hukuka uygun davranışları arasında yer almaktadır. Çünkü bu tür bir hareket baskıcı ve meşruiyetini kaybetmiş bir iktidara karşı gerçekleştirilmektedir ve amacı hukukun yeniden tesis edilmesi ve hukukun üstünlüğünün sağlanmasıdır⁶¹. Duguit ile benzer bir biçimde Burdeau da direnme hakkını, yöneticilerin gücünü sınırlayan ve bireylerin hak ve özgürlüklerini güvence altına alan bir araç olarak ifade etmiştir. Burdeau'ya göre direnme hakkı, kurumsallaşmış hukukun işlememesi halinde başvuru kurumsallaşmamış bir yoldur⁶². Martin Luther King'e göre; kurumsallaşmış hukuk içindeki yetki sahipleri hiçbir şekilde müzakereye açık değilse ve fakat birileri bu düzenin yarattığı önyargılardan büyük zarar görüyorsa; doğrudan eyleme geçip barışçıl bir direnme gösterme, bir gerilim yaratarak müzakereyi mümkün kılacak yegâne yoldur⁶³.

Direnme hakkını hukuk çerçevesinde değerlendirenler olduğu gibi, direnme hakkının hukuk çerçevesinde değerlendirilemeyeceği düşüncesinde olan yazarlar da bulunmaktadır. Bu yaklaşıma göre

⁵¹ GÖZE, On Altıncı Yüzyıl, s.51 vd.

⁵² GÖZE, On Altıncı Yüzyıl, s.52.

⁵³ KAPANİ, Kamu Hürriyetleri, s.304.

⁵⁴ KAPANİ, Kamu Hürriyetleri, s.304.

⁵⁵ AĞAOĞULLARI, Mehmet Ali: Sokrates'ten Jakobenlere Batı'da Siyasal Düşünceler (Sokrates'ten Jakobenlere), İletişim Yayınları, 2011, s.583-584.

⁵⁶ KAPANİ, Münci: Politika Bilimine Giriş (Politika), 17.B, Bilgi Yayınevi, 2005, s.71.

⁵⁷ AĞAOĞULLARI, Sokrates'ten Jakobenlere, s.587-588.

⁵⁸ KAPANİ, Kamu Hürriyetleri, s.305.

⁵⁹ AĞAOĞULLARI, Sokrates'ten Jakobenlere, s.559-561.

⁶⁰ DUGUIT, Leon: Kamu Hukuku Dersleri. Süheyb Derbil (Çev.), AÜHF Yayınları, 1954, s.138.

⁶¹ KAPANİ, Kamu Hürriyetleri, s.305-306.

⁶² KAPANİ, Kamu Hürriyetleri, s.306.

⁶³ KING, s.18.

direnme hakkı siyasi bir sorun olduğu için⁶⁴ hukukun sınırları içinde değerlendirilmesi mümkün değildir. Ancak yapılan bu değerlendirme bireylerin maruz kaldığı baskı karşısında sessiz kalmaları gerektiği anlamına gelmemektedir. Her ne kadar hukuk direnme hakkını düzenlemese de siyasi ve hukuki argümanlarla aktif ve pasif direnmenin olması mümkün olduğu gibi bu açıdan meşrudur da. Ancak pozitif hukukun bu konuyu düzenlemesi mümkün değildir⁶⁵.

Sonuç olarak direnme hakkının tarihsel gelişimin arkasında hem Antik Dönem’de hem Orta Çağ’da hem de Aydınlanma sonrası süreçte hep doğal hak kavramının şu ya da bu şekilde bulunduğu görülmektedir. Tabii ki Orta Çağda teolojik temelli olan bu doğal hak görüşü Aydınlanma dönemiyle birlikte akıl temelli bir doğal hak görüşüne dönüşmüştür. Fakat Locke’ta görüldüğü üzere direnme hakkının meşrulaştırılması, her zaman doğal hak kavramı ile yapılmaya çalışılmıştır.

IV. DİRENME HAKKININ YER ALDIĞI POZİTİF HUKUK METİNLERİ

Direnme hakkının kökenini her ne kadar eskiye götürebilsek de, bireylere pozitif hukuk metinlerinde direnme hakkının tanınmasına ilk kez 4 Temmuz 1776 tarihli Amerikan Bağımsızlık Bildirgesinde rastlanmaktadır⁶⁶. İnsanların devredemeyeceği doğal haklarının bulunduğu ifade edilen bildirmede “Hükümetler, fertlerin hayat, hürriyet ve mutluluğa erişmek gibi tabii ve devredilemez haklarını sağlamak için kurulmuştur; eğer bir hükümet, bu kuruluş amacını yıkıcı bir yön tutacak olursa, halk onu değiştirmek veya devirmek hakkına sahiptir” ilkesi bulunmaktadır ve bu ilke daha sonra Amerikan anayasalarına da yansıtılmıştır⁶⁷.

Amerikan Bağımsızlık Bildirgesinden sonra direnme hakkının daha kapsamlı bir biçimde ifade edildiği pozitif hukuk metni 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisidir. Bu bildiri, halk hareketi tarafından gücünü kaybetmiş bir iktidara dayatılan ve gerek Avrupa gerekse dünyaya örnek niteliği taşıyan ilk metindir⁶⁸. Bildirinin başlangıcında insanlığın başına gelen olumsuz olayların sebebi insan hakları konusuna yeterince eğilinmemesi olarak gösterilmiştir. Buna ek olarak insanların zamanaşımı ile yitirilmeyen ve başkasına devredilemeyen haklarının olduğunun herkes tarafından bilinmesi halinde baskıcı yönetimlerin engellenebileceği ifade edilmiştir. Bu nedenle de bildiride insanların sahip oldukları hak ve özgürlüklerin neler olduğuna yer verilmiş ve bunların ihlali halinde uygulanacak olan yaptırımlar da belirtilmiştir⁶⁹. Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisinde direnme hakkı öteki insan haklarının bir sonucu olarak ifade edilmiş ve bu ifadeden sonra hükümetin halkın haklarını çiğnediği zaman direnme hakkının hakların en kutsalı ve ödevlerin en gerekli olduğu hüküm altına alınmıştır. Bu belgeden sonra hiçbir resmi belgede direnme hakkı bu kadar açık ifade edilmemiştir⁷⁰.

İkinci Dünya Savaşı sonrasında direnme hakkı önemli bir hal almıştır. Ancak bu dönemde direnme hakkı açık bir biçimde değil dolaylı olarak ifade edilmiştir. İnsan Hakları Evrensel Bildirisinde direnme hakkına açık ve kesin bir şekilde yer verilmesi fikri reddedilmiş başlangıç kısmında ise insanların zulüm ve baskıya karşı son çare olarak ayaklanmaya mecbur kalmaması için insan haklarının korunması zorunluluğundan bahsedilmek suretiyle dolaylı bir şekilde direnme hakkına yer verilmiştir⁷¹.

1961 Anayasası’nın başlangıç kısmında direnme hakkının açıkça ifade edildiği ve direnme hakkının kullanıldığı belirtilmektedir⁷². Direnme hakkının ifade edildiği 1961 Anayasası’nın başlangıç kısmı “...Anayasa ve hukuk dışı tutum ve davranışlarıyla meşruluğunu kaybetmiş bir iktidara karşı direnme hakkını kullanarak 27 Mayıs 1960 Devrimini yapan Türk Milleti...” şeklindedir. Her ne kadar direnme hakkı 1961 Anayasası’nın başlangıç kısmında yer alsın da temel hak ve özgürlükler bölümünde bir hak olarak sayılmamış, dolaylı bir şekilde yer verilmiştir. Anayasanın başlangıç kısmında devamla vatandaşlar direnme hakkını kullanmaktan çok direnme hakkını kullanmaya gerek kalmayacak bir şekilde anayasanın uygulanması konusunda uyanık olmaya davet edilmiştir⁷³.

V. JOHN LOCKE’UN SİYASET FELSEFESİ

John Locke, siyaset felsefesini büyük oranda toplum sözleşmesinde iddia ettiği düşünceleri temelinde oluşturmuştur⁷⁴. Ancak onun felsefesine bir bütün olarak bakıldığında, genel felsefi anlayışının, siyaset felsefesinde de büyük etkisi olan, empirisizm üzerine kurulu olduğu görülmektedir. Bu nedenle Locke’un siyaset felsefesi incelenirken, öncelikle onun genel felsefesi anlaşılmalıdır. Locke’un genel felsefesi ele alındığında iki dikkat çekici özellik karşımıza çıkmaktadır. Bunlardan ilki dogmatik düşüncüyü eleştirmesi, ikincisi ise burjuva felsefesinin temellerini atmasıdır. İnsan zihninde bilgilerin *a priori* olarak var olduğu

⁶⁴ JEZE, Gaston: “Ferdî Hürriyetler”, Mukbil Özyörük (Çev.). Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 3 (1-4), 1946, s.223.

⁶⁵ KAPANİ, Kamu Hürriyetleri, s.306.

⁶⁶ GÖZE, Ayferi: “Baskıya Karşı Direnme Hakkının Kabul Edildiği Pozitif Hukuk Metinleri ve Anayasalar” (Baskıya Karşı Direnme), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 36(1-4), 1971, s.33; Amerikan Bağımsızlık Bildirisi John Locke’un öğretileri doğrultusunda şekillenmiştir. Mülkiyet hakkının dokunulmazlığı, sınırlı iktidar anlayışı, bireylerin dokunulmaz haklarının olması, direnme hakkı Locke’çu bir bakış açısının yansımasıdır. EBENSTEIN, William: Siyasi Felsefenin Büyük Düşünürleri, İsmet Özel (Çev.), 2.B, Şule Yayınları, 2001, s.231.

⁶⁷ KAPANİ, Kamu Hürriyetleri, s.307.

⁶⁸ AKAL, Cemal Bali: Devlet Kuramı, Dost Kitabevi, 2000, s.166.

⁶⁹ GÖZE, Baskıya Karşı Direnme, s.34.

⁷⁰ KAPANİ, Kamu Hürriyetleri, s.307-308.

⁷¹ KAPANİ, Kamu Hürriyetleri, s.308.

⁷² KAPANİ, Kamu Hürriyetleri, s.309.

⁷³ KAPANİ, Kamu Hürriyetleri, s.309-310.

⁷⁴ ZABUNOĞLU, H. Gökçe: “Toplum Sözleşmesi Bağlamında John Locke’un Devlet Anlayışı” (Locke’un Devlet Anlayışı), İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 7(2), 2016, s.451.

düşüncesine karşı çıkan Locke, insanın deneyimlerle bilgi sahibi olduğunu belirtir⁷⁵. Locke, bütün bilgilerin deneylere dayandığı iddiasını sunmak için alanı temizlemek ve adeta “beyaz kağıt” (*white paper, tabula rasa*) oluşturmak üzere doğuştan ideler ve doğuştan önermeler öğretilerini yıkmayı zorunlu görmekte ve Descartes’e sert bir şekilde karşı çıkmaktadır⁷⁶. Aslında dikkatli bir okumayla Locke’un bu empirist bilgi felsefesinin, toplum sözleşmesi teorisi başta olmak üzere tüm siyaset felsefesine temel oluşturduğu görülebilir⁷⁷. İşte bu nedenle Locke’un *tabula rasa* düşüncesinin ve bilgilerin deneyimler sonucunda oluştuğu fikrinin altı çizilmelidir. Örneğin Locke, tarihi yine aynı boş levha üzerine deneyimlerin işlenmesi suretiyle okumaktadır. Locke’a göre tarih, sadece ve sadece “deneyimler ve gözlemler” ile, yani tarihsel olguların birbirine eklenmesi ile ilerlemektedir⁷⁸. Dikkat edilecek olursa insanın, toplumun, devletin ve diğer şeylerin bir doğası olduğu fikri ya da belirlemeci bir felsefeyle tarihin önceden belirlenmiş bir çizgide ilerlediği düşüncesi Locke’un genel felsefinde tutarlı bir şekilde reddedilmektedir. Tamamen tutarlı görünen bu fikirlerini Locke, bir yere kadar etik ve siyaset felsefesinde de sürdürmeye çalışmaktadır. Ancak bunu tam anlamıyla başaramayan Locke, birçok noktada çelişkilere düşmektedir. Örneğin aynı tutarlılıkla devam etseydi Locke’un etik anlamda evrensel bir ahlak kuralı yerine ahlaki göreceliği savunması beklenirdi. Zira boş bir levha olarak başlayan tarih şüphesiz ki dünyanın her yerinde farklı şekillerde ilerlemiş ve her toplumda da farklı ahlak kuralları oluşmuş olurdu. Ancak Locke’un ahlak açıklaması, ahlaki görecelik ile tanrısal evrensel buyruğun çelişkili bir sentezinden oluşmaktadır⁷⁹. İlginçtir ki Locke, en büyük çelişkileri siyaset felsefesi alanında yaşamaktadır. İlk olarak Locke, doğa yasasından (*law of nature*) “bir gerçek” olarak bahsederken onu, insanın doğasına sıkı sıkıya bağlı olan evrensel ve değişmez bir yasa olarak görmektedir⁸⁰. Diğer taraftan Locke, siyasi iktidarı önceki dönemlerde doğal görenlere karşı çıkmaktadır. Locke siyasi iktidarı bireye ve bireylerin iradesiyle oluşturulan toplum sözleşmesine dayandırarak meşrulaştırmaktadır. Toplum sözleşmesi kuramını oluştururken de doğa durumundan hareket eden Locke, yine doğal yasalardan hatta teolojik kabullerden yararlanmaktadır⁸¹. Locke, devlet öncesinde tarihsel kayıtlar tutulmadığı için o döneme dair bilgilere ulaşamayacağını söyleyen ama diğer taraftan tarih öncesi insana dair çok fazla varsayımsal bilgi veren ve bu bilgilere dayanarak yine varsayımsal bir toplum sözleşmesi teorisi ortaya koyan bir isimdir. Bu bakımdan Locke için, toplum sözleşmesi ve bundan önceki insan yaşamı bakımından tutarlı bilgiler verdiğini söylemek zordur⁸². Sonuç olarak Locke’un siyaset felsefesi, temelde epistemolojide kabul ettiği empirizme dayanmakla birlikte birçok çelişki barındırmaktadır.

Locke, siyaset felsefesi anlayışını, yazdığı “Hükümet Üzerine İki İnceleme” adlı eserinde ortaya koymaktadır. Birinci İnceleme’de Locke dönemin yazarlarından Sir Robert Filmer’in insanların siyasal açıdan eşitsizliğini savunduğu “Patriarcha”⁸³ adlı kitabına karşı argüman üretmekte⁸⁴, insanların doğa durumunda eşit olduğunu savunmaktadır⁸⁵. Filmer’in mutlak monarşi anlayışına göre hiçbir birey özgür doğmaz⁸⁶. Aynı dönemde Locke gibi bir sosyal sözleşmeci olan Thomas Hobbes Leviathan adlı eserinde, doğa durumunda yaşayan insanların egemen bir iktidar yaratma ve egemene mutlak yetkiler verme konusunda anlaştığını ifade eder. Hobbes’un iktidarı sınır tanımayan bir iktidardır. Yönetilenlerin egemenin iktidarına itaat etmeleri gerekmektedir. Aksi takdirde yönetilenler güvenliğin bulunmadığı doğa durumuna

⁷⁵ ŞENEL, Alaeddin: Siyasal Düşünceler Tarihi- Tarihöncesinde, İlkçağda, Orta Çağda ve Yeniçağda toplum ve Siyasal Düşünüş, Kısaltılmış ve Gözden Geçirilmiş 3. Basım, Bilim ve Sanat Yayınları, 2011, s.366.

⁷⁶ Her ne kadar Locke, özel olarak bir yazar ismi vermemişse de onun yeldeğirmenlerine saldırdığı düşünülmemelidir. Bütün idelerin doğuştan olduğu sonucuna varan Descartes, Locke’un hedef tahtasındaki isimdir. LOCKE, John, İnsan Anlığı Üzerine Bir Deneme, Vehbi Hacıkadiroğlu (Çev.), Ara Yayıncılık, 1992, s.15 vd.; Locke, boş bir şekilde dünyaya gelen zihnin fikirleri nasıl oluşturduğunu açıkladığı ünlü anlatımında bu kavramı, *tabula rasa* kavramını kullanmıştır. WOLIN, Sheldon S.: Tocqueville Between Two Worlds: The Making of a Political and Theoretical Life, Princeton University Press, Princeton 2001, s.41; *Tabula rasa*’nın kökeni ise Aristoteles’in *grammateion* kavramını *tabula rasa* şeklinde tercüme eden Albertus Magnus’a dayanmaktadır. DUSCHINSKY, Robbie: “Tabula Rasa and Human Nature”, *Philosophy* 87(4), 2012, s.512.

⁷⁷ Locke, İnsan Anlığı Üzerine Bir Deneme kitabında, aslında siyaset felsefesindeki ve diğer tüm felsefi alanlardaki sorunları çözebilmek için öncelikle bilgi felsefesi alanında (epistemoloji) sağlam bir temel atılması gerektiğini belirtmektedir. FORSTER, Greg: John Locke’s Politics of Moral Consensus, Cambridge University Press, New York 2005, s.40.

⁷⁸ ANSTEY, Peter R.: “Locke on Method in Natural Philosophy”, *The Philosophy of John Locke*, Peter R. Anstey (Ed.), Routledge Press, London 2003, s.26.

⁷⁹ COLMAN, John: “Locke’s Empiricist Theory of the Law of Nature”, *The Philosophy of John Locke*, Peter R. Anstey (Ed.), Routledge Press, London 2003, s.108.

⁸⁰ COLMAN, John: *Locke’s Empiricist Theory*, s.109.

⁸¹ ÇİLİNGİR, Lokman: “Locke’un Toplum Sözleşmesi Kuramı”, *Temaşa Felsefe Dergisi*, (11), 2019, s.35.

⁸² ZABUNOĞLU, Locke’un Devlet Anlayışı, s.442.

⁸³ Kitapta Kralın yetkilerine ilişkin olarak keyfi yönetme konusunda Tanrısal bir hakka sahip olduğu ifade edilmiştir. Bu kitaptaki görüşleri çürütmek üzere Locke dışında Tyrell de görevlerini kaleme almıştır. WOOLHOUSE, Roger: John Locke, Akın Terzi (Çev.), I.B, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2011, s.210.

⁸⁴ Locke’un mutlakiyet yapısını eleştirme düşüncesine sahip olması bağlamında Hobbes yerine Filmer’i tercih etmesinin sebebi olarak Filmer’in o dönemde Kralçılar arasında popüler olması gösterilmektedir. Carpenter’dan aktaran AKİPEK, İlhan: “John Locke’un Siyasi Fikirleri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 10(1-4), 1953, s.258.

⁸⁵ AĞAOĞULLARI, Mehmet Ali/ÇULHA ZABCI, Filiz/ERGÜN, Reyda: *Kral Devletten Ulus Devlete (Kral Devlet)*, İmge Kitabevi, 2009, s.162-163.

⁸⁶ LOCKE, John: *Hükümet Üzerine Birinci İnceleme (Hükümet Üzerine)*, Fahri Bakırcı (Çev), Kırılgaç Yayınevi, 2007, s.2; Filmer’in, yönetme yetkisini Tanrıdan alan yöneticilere halkın itaat etmek zorunda olduğunu ifade ettiği ve yöneten yönetilen ilişkisini mülkiyet ilişkisine indirmediği görülmektedir. DUHN, John: *Düşüncenin Ustaları-Locke, Fatoş Dilber (Çev.)*, 1. Basım, Akdeniz Yayıncılık, 2008, s.62; “Monarşiden başka yönetim şekli yoktur, ataerkil monarşiden başka monarşi çeşidi yoktur, mutlak ve keyfi bir ataerkil monarşiden başka ataerkil monarşi yoktur, tiranlıktan başka yönetim şekli yoktur ve insanlar doğal olarak özgür doğmazlar” diyen Filmer, açıkça doğal özgürlük fikriyle ve insanların özünde özgür olduğu düşüncesiyle alay etmektedir” MARSHALL, John: *John Locke Resistance, Religion and Responsibility*, Cambridge University Press, New York 1994, s.113.

geri döneceklerdir⁸⁷. Locke'un felsefesinde en önemli konumda olan mülkiyet hakkı, Hobbes'ta devlet tarafından bahşedilen bir hak olarak görülmektedir. Buna karşılık Locke, insanların doğal haklarını koruma altına almak amacıyla devleti kurduklarını iddia etmektedir, ki bu hakların başında da mülkiyet hakkı gelmektedir. Yani Locke'a göre mülkiyeti devlet yaratmamıştır aksine, devlet doğal hak olan mülkiyetin korunmasını sağlamak amacıyla kurulmuştur⁸⁸.

Locke'un siyaset teorisi ise Filmer'dan ve Hobbes'tan farklı olarak meşru ve sınırlandırılmış bir siyasal iktidara dayanmaktadır. Siyaset teorisini ortaya koyduğu kuramında mutlak monarşi eleştirisi yapmakla birlikte, anayasal parlamenter sistemi ve hukuk devleti ilkesinin savunuculuğunu yaparak siyasal liberalizmin temellerini atmaktadır⁸⁹.

Diğer sosyal sözleşmecilerde olduğu gibi Locke'un teorisinde ifade ettiği "doğa durumu" kişilere yaptırım uygulayacak otoritenin olmadığı devletsiz toplumu anlatmak anlamında değildir. Locke bu ifadeyi keyfi ve sınırsız yönetimi eleştirmek amacıyla kullanır⁹⁰.

Locke, siyasal iktidarı doğru şekilde anlamak ve onu kaynağından türetmek için, tüm insanların doğada ne durumda olduğunu incelememiz gerektiğini ifade eder ve doğa durumunu doğa yasasının sınırları içinde her şeyi yapma özgürlüğünün bulunduğu bir durum olarak tasvir eder⁹¹. Mutlak iktidarı eleştirme amacını taşıyan Locke, doğa durumundan tüm insanlar ve tüm yöneticiler için çıkarılacak temel ilkeler ortaya koymaktadır ve bu ilkeler doğa yasası olarak adlandırılmaktadır⁹². Doğa yasasının ta kendisi olarak ifade ettiği akıl, hiçkimsenin başkalarının yaşamına, sağlığına, özgürlüğüne veya mülkiyetine dokunmaması gerektiğini öğretmektedir⁹³. Ancak Locke, kendisi bile bu doğal haklar izahının yetersiz kaldığını hissetmektedir. Öyle ki asıl koruma altına almak istediği mülkiyet hakkını, empirist düşüncesi üzerinde temellendirmek amacıyla, emek-mülkiyet ilişkisi içerisinde açıklamaya çalışmaktadır. Zira doğa yasası, farklı zamanlarda farklı yerlerde boş bir levha üzerine sonradan inşa edilmemektedir. Doğa yasası pozitif hukuktan ve bir devlette belli bir zaman diliminde geçerli olan geleneklerden de farklı bir kavramdır ve evrensel nitelik taşımaktadır⁹⁴.

Doğa yasasına göre herkesin doğa yasasını ihlal edenleri cezalandırma hakkı bulunmaktadır. Doğa durumuna göre bir insanın başka bir insan üzerinde iktidarı bulunmaktadır. Ancak bu iktidar sınırsız bir iktidar olmayıp suçluya yaptırım uygulama amacıyla kullanılacak keyfi ve aşırılıkları olmayan bir iktidardır. Başkaları açısından caydırıcılık özelliğinin gerçekleşmesi için, herkesin cezalandırma hakkına sahip olması gerekmektedir⁹⁵. Ancak insanların kendi davalarının yargıcı olması çeşitli sıkıntılar yaratabilmekte, tarafsız ve adil olmalarını engelleyebilmektedir. Bu nedenle de insanların üstünde ceza veren bir otoritenin bulunmaması halinde, cezalandırma yetkisini kullananlar ve suçlular arasında bir savaş hali meydana gelmesi mümkündür. İnsanlar aralarında yapacakları bir anlaşmayla doğa durumunu sonlandırarak bir otoritenin altında siyasal topluma geçerek cezalandırma haklarını siyasal iktidara devredebilirler⁹⁶.

Locke, insanların doğa durumundan çıkmasının nedenini güvenliğe duydukları ihtiyaç olarak ifade etmiştir. İnsanların karşılaştıkları tehlikeler ve duydukları korku, güvenlik ihtiyacını doğurmuş ve bu da siyasal toplumun kurulmasına neden olmuştur⁹⁷. Bireyler, Locke'un mülkiyet olarak ifade ettiği yaşamlarını, özgürlüklerini, mallarını korumak amacıyla sözleşme yapmışlar⁹⁸ ve siyasal iktidarın olduğu bir toplumu tercih etmişlerdir. Locke'un burada kastettiği mülkiyet geniş anlamda mülkiyettir. Locke'ta topraklar ve mallar şeklinde anlaşılması gereken mülkiyet ise dar anlamda mülkiyettir⁹⁹. Locke'un mülkiyet kuramı liberal söylem içerisinde önemli bir konuma sahiptir ve bu kuram sivil toplum ve devlet anlayışlarının esasını oluşturmaktadır¹⁰⁰.

Eşit hakların meydana getirdiği savaş durumunu ortadan kaldırmak için, yasa yapma ve cezalandırma iktidarı devredilmektedir. Bireyler bu hakların devrine toplumun ortak yararı için rıza göstermektedirler. Bu arada Locke'un sosyal sözleşme kuramından kadınların dışlandığını ve yabancıların, akıl zayıflığı olanların, çocukların ve çaresizlerin bu kuramın dışında tutulduğunu ifade etmemiz gerekir¹⁰¹.

Siyasal meşruluk konusunda Locke'un özellikle dikkat çektiği kavram "rıza" dır. Doğa durumunda eşit ve özgür olan insanlar kendi rızası olmaksızın başkasının iktidarına tabi kılınmaz¹⁰². Her ne kadar Montesquieu ile özdeşleştirilse de Locke'un kuramsallaştırdığı bir başka prensip ise kuvvetler ayrılığıdır. Böylece hak ve özgürlükler daha güvenceli bir hale gelecektir. Locke kuvvetler ayrılığı bağlamında

⁸⁷ AĞAOĞULLARI/ÇULHA ZABCI/ERGÜN, Kral Devlet, s.163.

⁸⁸ GOUGH, John Locke, s.74.

⁸⁹ AĞAOĞULLARI/ÇULHA ZABCI/ERGÜN, Kral Devlet, s.163

⁹⁰ AĞAOĞULLARI/ÇULHA ZABCI/ERGÜN, Kral Devlet, s.164.

⁹¹ LOCKE, John: Yönetim Üzerine İkinci İnceleme (Yönetim Üzerine), Fahri Bakırcı (Çev.), Ebabil Yayınevi, 2012, s.9; YETKİN, Çetin: Siyasal Düşünceler Tarihi II- Mahiavelli'den XX. Yüzyıla Kadar Avrupa ve Osmanlı- Türk Siyasal Düşüncesi, 3.B, Gürer Yayınları, s.520.

⁹² AĞAOĞULLARI/ÇULHA ZABCI/ERGÜN, Kral Devlet, s.165.

⁹³ LOCKE, Yönetim Üzerine, s.10-11.

⁹⁴ AĞAOĞULLARI, Sokrates'ten Jakobenlere, s.485-486.

⁹⁵ LOCKE, Yönetim Üzerine, s.11-12.

⁹⁶ GÖZE, Siyasal Düşünceler, s.152.

⁹⁷ GÖZE, Siyasal Düşünceler, s.154-155.

⁹⁸ RUBİN, Edward: "Judicial Review and Right to Resist". Georgetown Law Journal, 97(1), 2008, s.82.

⁹⁹ AĞAOĞULLARI/ÇULHA ZABCI/ERGÜN, Kral Devlet, s.174-175.

¹⁰⁰ AYKUT, Ebubekir: İnsan Haklarına Eleştirel Yaklaşımlar, Hacettepe Üniversitesi SBE Yayınlanmamış YL Tezi, 2011, s.34.

¹⁰¹ ŞENEL, s.374; AĞAOĞULLARI/ÇULHA ZABCI/ERGÜN, Kral Devlet, s.191-193.

¹⁰² AĞAOĞULLARI/ÇULHA ZABCI/ERGÜN, Kral Devlet, s.194.

yöneticilerden gelebilecek tehlikeleri üç başlık altında toplamaktadır. Bunlardan ilki yasama yetkisini elinde bulunduranların yürütme yetkisine de sahip olmasıdır ya da yürütme yetkisine sahip olanların yasama yetkisine de sahip olmasıdır¹⁰³. Diğerleri ise kanunları yapanların kendi yaptıkları kanunlara kendilerini uymak zorunda hissetmemeleri ve kendi çıkarlarına göre kanun yapmalarıdır. Bu nedenle de kanunları yapanlarla uygulayanların farklı ellerde olması gerekmektedir.¹⁰⁴ Siyasal iktidarın içinde bulunan erkler yasama, yürütme ve konfederatif erkten oluşmaktadır. Siyasal iktidarın üç temel erkenden yasama iktidarı, sınırsız bir niteliğe sahip değildir ve üstün olsa da keyfi olması mümkün değildir. Yasama erkinin yaptığı yasaları uygulayacak olan yürütme erki de savaş ve barış konusunda karar verme yetkisine sahip olan konfederatif erk de yasama erkine tâbidir. İktidarın başka bir iktidar tarafından ele geçirilmesi ve zorbalık, siyasal iktidarın meşruiyetini ortadan kaldırmaktadır.¹⁰⁵

Locke ‘un siyaset felsefesini özetleyecek olursak; temsili demokrasiden yana olduğunu, mülkiyet hakkını savunduğunu, iktidarın sınırlandırılması bağlamında kuvvetler ayrılığı ilkesini kuramsallaştırdığını ve liberalizmin temellerini attığını söyleyebiliriz¹⁰⁶. Tüm bunların sonucu olarak günümüz devletlerinin büyük çoğunluğunda hâkim olan insan haklarına dayalı anayasal demokrasiler, aslında burjuvazinin kurumsallaşmasından ve burjuvazinin kendi egemenliğini garanti altına almasından ibarettir¹⁰⁷.

VI. JOHN LOCKE’UN SİYASET FELSEFESİ ANLAYIŞINDA DİRENME HAKKININ GÖRÜNÜMÜ

John Locke, öncelikle yönetimin sona ermesi ile toplumun sona ermesi arasında bir ayrım yapmaktadır¹⁰⁸. Bu ayrım, direnme hakkı bakımından oldukça önemlidir, çünkü Locke’un direnme hakkını meşrulaştırmada dayandığı en önemli gerekçelerden biri bu ayrımdır¹⁰⁹. İlk olarak toplumun ya da devletin sona ermesi, ancak bir dış tehditle mümkün olabilir¹¹⁰ ve toplum sona erdiğinde tabii olarak o toplumun yönetimi de sona erecektir¹¹¹. Ancak yönetimin sona ermesi, her zaman zorunlulukla toplumun da sona ereceği anlamına gelmez. Dolayısıyla yönetimin sona erdiği durumlarda insanlar, güvenlikleri ve temel hakları için gerekli gördükleri adımları atarak toplumu ve devleti devam ettirebilirler. Burada Locke, yöneticilerin şahıslarını değiştirmekten ve yönetimin biçimini değiştirmekten bahsetmektedir¹¹². Ancak aslolan ve önemli olan doğal ve temel haklardır¹¹³. Her halükârda hiçbir insan, bir yöneticinin ya da yönetim biçiminin yanlış yüzünden doğal ve temel haklarını kaybedemez¹¹⁴.

Locke’ta direnme hakkının iki yönü bulunmaktadır. Ona göre direnme hakkı hem iç tehdide hem de dış tehdide ilişkin olabilir. İç tehdide ilişkin direnme hakkında iktidarın zorbalığa varan fiillerinin bulunması halinde direnme hakkı mevcut olurken, dış tehdide ilişkin olanda ise bir ülkenin fethedilmesi halinde, ülkenin gelecek nesillerinin kişiliğine ve servetine dokunulmaması konusunda direnme hakkı söz konusu olacaktır¹¹⁵. Locke keyfi olmayan, sınırlı ve ortak rıza doğrultusunda oluşan siyasal iktidarın meşru olduğunu savunduğu için fetih ve gasp yoluyla elde edilen iktidarın meşru olmadığını, bireylerin rızası mevcut olmaksızın yeni bir devlet kurulamayacağını ve bireylerin de bu yolla iktidarı ele geçiren yöneticilere itaat etme zorunluluğunun bulunmadığını ifade etmektedir¹¹⁶. Dolayısıyla Locke’a göre dış tehdide karşı direnme hakkı oldukça bariz bir şekilde meşrudur. Ancak böyle bir boşluğun oluşmasını beklemek, her durumda mantıklı olmayabilir. Yani toplumun sona ermesi suretiyle yönetimin düşmesi sonucunda oluşan bu meşru olmayan durum, her zaman beklenilemeyebilir. Tersini söylemek, halka ancak çok geç olduğunda ve kötülük çaresiz hâle geldiğinde çözüm bekleyebileceklerini söylemek anlamına gelmektedir¹¹⁷.

Locke’a göre, kanunların belirlediği sınırları aşan ya da yetkilerini kamu yararı dışında kullanan yöneticiye karşı direnme hakkının kullanılması mümkündür.¹¹⁸ Locke bunu

¹⁰³ ŞENEL, s.374.

¹⁰⁴ ŞENEL, s.374-375.

¹⁰⁵ GÖZE, Siyasal Düşünceler, s.155-156.

¹⁰⁶ LOWE, E. JONATHAN: Locke, Routledge Taylor & Francis Group, New York 2006, s.196.

¹⁰⁷ “[D]evletin sınırlandırılması tezinin arka planında, burjuva sınıfının kendi zenginliğini koruyabilmek amacıyla, başta “mülkiyet” olmak üzere belli hakları dokunulmaz ilan etme isteği yatmaktadır.” DEĞİRMENCİOĞLU YILDIZ, Burcu: “John Locke’ta Doğa Durumu ve Direnme Hakkı”. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 20(3), 2016, s.389; “Egemen sınıf olan burjuvazinin hiçbir zaman kendi iktidarını sınırlandırmayı amaçlamadığını söyleyebiliriz. Anayasacılık aslında burjuvazi değerlerinin hüküm sürmesini sağlamaktadır. Örneğin; mülkiyet hakkının kutsal sayılıp anayasal güvence altına alınmış olması, bir iktidarı sınırlandırmaktan ziyade, tam tersine güçlenip kendine ekonomik iktidar sağlayan burjuvazinin bu iktidarını hiçbir başka gücün sınırlandıramayacağını güvence altına almak amacını gütmektedir.” NAL, Sabahattin/ÇİRKİN, Furkan: “Halk Egemenliği ve Milli Egemenlik Teorileri Bağlamında Anayasacılık”, İstanbul Hukuk Mecmuası, 79(2), 2021, s.612.

¹⁰⁸ LOCKE, Yönetim Üzerine, s.138.

¹⁰⁹ ZABUNOĞLU, Locke’un Devlet Anlayışı, s.452.

¹¹⁰ LOCKE, Yönetim Üzerine, s.138.

¹¹¹ LOCKE, Yönetim Üzerine, s.138.

¹¹² LOCKE, Yönetim Üzerine, s.142.

¹¹³ Locke, üstün konuma koyduğu doğal ve temel hakları, akılla ya da *a priori* bir düşünceyle gerekçelendirmektedir. “Akıl -yoksa gelenek değil- toplumun doğasını ve insanların haklarını belirler.” WAGONER, Jennings L.: “The Dilemma of Civil Disobedience in a Lockean Perspective”, Journal of Thought, 6(1), 1971, s.53.

¹¹⁴ LOCKE, Yönetim Üzerine, s.142.

¹¹⁵ TİMUÇİN, Ali: John Locke’un Siyaset Anlayışı, Bulut Yayınları, 2006, s.78.

¹¹⁶ AĞAOĞULLARI/ÇULHA ZABCİ/ERGÜN, Kral Devlet, s.212 vd.

¹¹⁷ LOCKE, Yönetim Üzerine, s.142.

¹¹⁸ Hükümet Üzerine İkinci İnceleme adlı kitabında haksız ve adaletsiz iktidara karşı direnme hakkının ortaya çıkacağı görülmektedir. Locke’un önceki çalışmalarında da direnme hakkının doğuşuna yönelik düşüncelere yer verdiği görülmektedir. DUHN, s.43-44. Locke, kendinden önceki direnme teorilerinin aksine keyfi yönetimin karşısında direnme hakkını kullanan halkın aslında kanunu koruduğunu ifade etmektedir. EBENSTEİN, s.230.

“Otoriteyi elinde bulunduran her kim olursa olsun, kendisine yasalarca tanınan iktidarın sınırlarını aştığı ve buyruğu altında tuttuğu gücü, yasaların izin vermediği şekilde uyrukları üstünde kullandığı yerde hükümler olma durumu sona erer... ve başkasının hakkını ihlal eden bir kişiye karşı konulduğu gibi ona karşı da konabilir”

sözleriyle ifade etmektedir¹¹⁹. Siyaset anlayışını sosyal sözleşmeye ve rızaya dayandıran Locke’a göre direnme hakkı sosyal sözleşmenin doğal bir sonucudur. Devleti meydana getiren ve bir arada tutan da sosyal sözleşmedir ve sosyal sözleşmenin siyasal iktidara yüklediği bazı yükümlülükler bulunmaktadır. Siyasal iktidarı elinde bulunduranların haklarının ve özgürlüklerinin korunması yükümlülüğünü yerine getirmeyen iktidar sahipleri yetkilerini aşmış ve sözleşmeyi ihlal etmiş olurlar¹²⁰. Burjuva felsefesinin kurucularından olan ve kendisi de zengin bir aileden gelen Locke, aslında bir yönüyle toplum sözleşmesinin burjuvazi tarafından yapıldığını ve bu sözleşmenin iktidara mülkiyet hakkı başta olmak üzere burjuvazinin haklarını koruma görevi yüklediğini imâ etmektedir. Ancak pratikte akıl sahipleri ve mülkiyet sahipleri, hakları açıkça koruma altına alınmamış yoksul yığınların feryatlarını duymakta ayak sürümüşlerdir¹²¹. Değişimi etkileyebilecek bir mülkiyet gücüne sahip olmayanların haklarına müdahale edildiğinde Locke’un doğal ve temel hakları, o kişiler için standart bir prosedürle korunmamaktadır¹²². Hatta direnme hakkının sadece burjuva hakları bakımından karşılık bulması durumu, daha sonraları Hayek başta olmak üzere sadece birinci kuşak hakları kabul eden düşüncelerde görülmektedir. Bunlara göre ikinci kuşak haklar bile insan hakkı olarak kabul edilemez, yani sosyal haklar insan hakları değildir¹²³. Zaten Locke, iktidar ile burjuvazinin ya da kral ile burjuvazinin temsil edildiği parlamentonun çatışmasının dışında başka bir çatışma ihtimalini dikkate almamaktadır¹²⁴. Locke göre mülkiyete sahip olan güç sahipleri, bir yönüyle iktidarı değiştirebilme gücünün de yegâne sahibidir.

Locke’un siyaset felsefesinde direnme hakkı, demokratik bir nitelik taşıyor gibi gözükse de direnme hakkı onun açısından oldukça sınırlı bir biçimde ele alınmıştır¹²⁵. Locke direnme hakkını ifade ederken, direnme hakkına karşı çıkışların, düzensizlik ve kaos korkusundan kaynaklandığını belirtmiştir. O’na göre direnme hakkının kabulü kaosu artmasına neden olur ve bireyler kanunları yetersiz görmeleri halinde ya da adaletsiz bir yönetim söz konusu olduğunda direnme hakkının kabulünden cesaret bulurlar. Direnme hakkı bağlamında değerlendirilmesi gereken bir husus da halkın adaletli ve hakkaniyetli bir yönetime itaat yükümlülüğü ile baskıcı bir yönetime itaat etmeme hakkının nasıl bağdaştırılacağıdır¹²⁶.

Her koşulda direnme hakkının meydana gelmeyeceğini ileri süren Locke, hakkın geniş yorumlanmaması gerektiğini, haksızlığa uğradığını düşünen herkesin direnme hakkını kullanması halinde toplumda anarşinin meydana geleceğini ifade etmekte ve direnme hakkının sınırlarını çizmektedir¹²⁷.

Locke direnme hakkının sınırlarını da şu şekilde ifade etmektedir¹²⁸:

1-Bazı ülkelerde kanunun bir gereği olarak kralın kişiliği kutsallaştırılır. Bunun sonucu olarak da kralın suçlanması ve hakkında mahkumiyet kararı verilmesi mümkün değildir. Böyle bir durumda da yönetilenler, kralın memurlarına karşı direnme hakkına sahipken, krala karşı dokunulmazlığı nedeniye direnme hakkına sahip değildirler. Ancak bu durumun bir istisnası bulunmaktadır. Bu istisna da kralın kendisini yönetilenlerle savaş haline gelecek biçimde davranması durumunda söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla, kralın meşruiyeti ortadan kaybolmakta ve yönetilenlerin direnme hakkı doğmaktadır.

2- Kralın yetkilendirdiği iddiasında bulunsalar da haksız bir fiil gerçekleştiren kralın memurlarına karşı direnme hakkı mevcut olmaktadır. Ancak bu hal, kralın otoritesini ve şahsiyetini ortadan kaldıramaz.

3- Haksız bir eylem nedeniye zarar gören bireyin, hakkını aramasının hukuki yolları bulunuyorsa böyle bir durumda direnme hakkı söz konusu olmaz. Çünkü kanuna başvurmak suretiyle zararın giderilmesi imkanı bulunuyorsa güç kullanımına ihtiyaç olmaz. Ancak bireyin kanuna başvurması engellenmişse ve birey yaşamını tehlikeye sokacak bir durumla karşılaşmışsa savaş hali söz konusu olacağından direnme hakkı mevcut olacaktır.

4. Yönetici kanunlara aykırı bir şekilde davranmış ve bunun yanında meydana gelen zararın giderilmesi de yönetici tarafından engellenmişse, Locke’un tiranlık olarak ifade ettiği bu durumda bile direnme hakkı küçük fırsatlarla ileri sürülemez. Haksızlığa maruz bırakılan kişilerin sayıca az olması ve geniş toplulukların kendilerini bu sorunla alakalı bulmaması direnme hakkının doğmasını engeller.

Locke, kanun dışı fiillerin geniş kitlelere ulaşması halinde veya zararın küçük bir grup üzerinde gerçekleşmesine rağmen sonuçlarının herkes açısından bir tehlike oluşturması halinde insanların canları, özgürlükleri, mülkleri tehdit altında olacaktır ve bu halde direnme hakkının söz konusu olmadığını söylemek mümkün değildir. Hatta böyle bir halde direnme hakkının doğduğu konusunda şüphe bulunmamaktadır.

¹¹⁹ AĞAOĞULLARI/ÇULHA ZABCI/ERGÜN, Kral Devlet, s.217.

¹²⁰ KAPANİ, Kamu Hürriyetleri, s.304; Siyasal iktidarın, yönetilenlerin sosyal sözleşme öncesinde var olan mülkiyet, özgürlük ve yaşam haklarının ihlal etmesi halinde sözleşme bozulmuş olacak ve böylelikle direnme hakkı doğacaktır. ŞENEL, s.373.

¹²¹ WAGONER, s.55.

¹²² WAGONER, s.55.

¹²³ KABOĞLU, İbrahim: “Sivil İtaatsizlik”, in Ökçesiz, Hayrettin (ed.), Sivil İtaatsizlik, Demokrasi Kitaplığı, 1999, s.193.

¹²⁴ MARSHALL, s.21.

¹²⁵ AĞAOĞULLARI/ÇULHA ZABCI/ERGÜN, Kral Devlet, s.217.

¹²⁶ ARNHART, Larry: Platon’dan Rawls’a Siyasi Düşünce Tarihi. Ahmet Kemal Bayram (Çev.), Adres Yayınları, 2011, s.244.

¹²⁷ AĞAOĞULLARI/ÇULHA ZABCI/ERGÜN, Kral Devlet, s.217-218.

¹²⁸ AĞAOĞULLARI, Sokrates’ten Jakobenlere, s.503.

VII. SONUÇ

Liberal öğretinin bir ürünü olan direnme hakkına ilişkin çeşitli görüşler bulunmaktadır. Kimi yazarlar direnme hakkını hukukun içinde yer alan bir olgu olarak görürken kimileri de hukuki değil siyasal bir problem olduğunu ileri sürmektedirler. Bu tartışmalar bağlamında direnme hakkı, insanın sırf insan olmasından dolayı sahip olduğu bazı haklarının ihlal edilmesi halinde başvurulacak bir yol olarak hak kavramı içerisinde düşünülmeye başlamıştır. Bu nedenle de direnme hakkı hukukun içinde yer alan bir harekettir.

Direnme hakkı tartışmalarında, direnme hakkının kabulü yeterli değildir. Aynı zamanda direnme hakkının kullanım koşullarının da açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Pozitif hukuk metinlerinde direnme hakkının tanınmasından ziyade, direnme hakkının kullanılmasını engelleyici düzenlemelere yer verildiği görülmektedir.

Locke, sosyal sözleşme kuramının ve rızanın doğal bir sonucu olarak direnme hakkına yer vermektedir. İç tehdit boyutuyla yöneticinin zorbalığa ulaşan fiilleri karşısında ve dış tehdit boyutuyla da fetih ve gasp yoluyla iktidar elde edilmişse gelecek nesillerin kişiliğine ve servetine dokunulması halinde direnme hakkının doğacağını kabul etmektedir.

Direnme hakkına karşı çıkışların da kaos ve anarşi korkusundan kaynaklandığını ifade eden Locke'a göre her koşulda direnme hakkı meydana gelmemektedir. Bu nedenle de direnme hakkının sınırlarını çizmektedir. Direnme hakkının sınırlarını çizirken Locke'un adeta hakkın sınırlarını çizmek yerine içini boşalttığını söylememiz mümkündür. Liberal bir bakış açısıyla ve açık bir biçimde direnme hakkını ifade eden Locke'un direnme hakkı anlayışı, başta demokratik gibi görünüyorsa da haklı oldukça sınırlı bir biçimde ele alması ve geniş yorum yapmaktan kaçınması bu anlayışın çok da bir anlam ifade etmeyeceğinin göstergesidir.

John Locke'un siyaset felsefesindeki çelişkiler direnme hakkı konusunda iyice belirginleştiği için bu çelişkilerin tespit edilmesi de oldukça önemlidir. Locke, temelde empirist bir filozof olması nedeniyle doğal hakları kabul etmeyecek birisidir. Tarihi, sadece deneyimlerle ve olguların birbirine eklenmesiyle okuyan Locke, devleti de doğal bir aygıt olarak değil bireylerin toplum sözleşmesiyle ve kendi iradeleriyle kurmuş olduğu bir aygıt şeklinde görmektedir. Hatta Locke, en çok koruma altına almak istediği mülkiyet hakkını bile emek-mülkiyet ilişkisi içinde kendi empirist felsefesine uygun bir şekilde açıklamaya çalışmaktadır. Nasıl ki epistemolojik açıdan doğuştan doğal bilgilere sahip değilsek ve tabula rasa sonraki deneyimlerimizle doluyorsa, dünya üzerindeki topraklar da birilerinin doğal hakkı değildir. Emek sarfedip bir toprak parçasını işleyip ihya eden kişi, oranın mülkiyetini kazanır. Yine aynı şekilde iktidar da ilahi kaynaklı ya da doğal değildir. Bireyler kendi iradeleriyle ve bir toplum sözleşmesi ile onu kurarlar. Buna karşılık Locke'un siyaset felsefesinin temel taşlarından birini doğa yasası ya da doğal haklar oluşturmaktadır. Kendisi de bir burjuva aileden gelen Locke, devletin temel kurulma amacını aslında burjuvazinin haklarını korumak şeklinde tasvir etmektedir. Bunu doğrudan dile getirmese de tüm siyaset felsefesi bu temel amaç üzerinde şekillenmektedir. Aslında Locke'a göre burjuvazinin haklarını korumak amacıyla, sınırlı olarak ve burjuvazi tarafından kurulan bu devlet, eğer olur da bu amacından saparsa –örneğin burjuvazinin mülkiyet hakkına dokunmaya kalkarsa- o zaman onu kuranlar “doğal olarak” direnme haklarını kullanacaklardır. Sonuç olarak Locke, epistemolojik alanda kurmuş olduğu empirist felsefesini siyaset felsefesi alanında da tutarlı bir şekilde sürdürmeyi denemiş ancak özellikle burjuvazinin haklarını koruma altına almanın en sağlam yolu olarak gördüğü doğal haklar görüşü nedeniyle bunu başaramamış ve büyük bir çelişkiye düşmüştür.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Atf Şekli: Yazarlar Hatice Derya ORMANOĞLU & Furkan ÇIRKIN, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamışlardır. | Hatice Derya ORMANOĞLU & Furkan ÇIRKIN who are the authors have not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Yazarların makaleye katkı oranları eşittir. | Authors' contribution rates to the article are equal.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazarlar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the authors.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazarlar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduklarını ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadıklarını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedirler. | The authors declare that they comply with the scientific, ethical, and quotation rules of İnULR in all processes of the paper and that they do not make any falsification of the data collected. In addition, they declare that İnönü University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than İnönü University Law Review.



KAYNAKÇA

- AĞAOĞULLARI, Mehmet Ali: Sokrates'den Jakobenlere Batı'da Siyasal Düşünceler, İletişim Yayın, İstanbul 2011.
- AĞAOĞULLARI, Mehmet Ali/ÇULHA ZABCI, Filiz/ERGÜN, Reyda: Kral Devletten Ulus Devlete, İmge Kitabevi, Ankara 2009.
- AKAL, Cemal Bali: Devlet Kuramı, Ankara Dost Kitabevi, 2000.
- AKAY, Ali: Michel Foucault'da İktidar ve Direnme Odakları, 2. Baskı, Bağlam Yayıncılık, İstanbul 2000.
- AKİPEK, İlhan: “John Locke'un Siyasi Fikirleri”, AÜHFD, 10(1-4), 1953, s.255-268.
- ANSTEY, Peter R.: “Locke on Method in Natural Philosophy”, The Philosophy of John Locke, Peter R. Anstey (Ed.), Routledge Press, London 2003, s.26-42.
- ARİSTOTELES: Politika, Mete Tunçay (Çev.), Remzi Kitabevi, İstanbul 1975.

- ARNHART, Larry: Platon'dan Rawls'a Siyasi Düşünce Tarihi. Ahmet Kemal Bayram (Çev.), Adres Yayınları, Ankara 2011.
- AYKUT, Ebubekir: İnsan Haklarına Eleştirel Yaklaşımlar, Hacettepe Üniversitesi SBE Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2011.
- BEDAU, Hugo Adam: "On Civil Disobedience", Journal of Philosophy, 58, 1961, s.653-661.
- COLMAN, John: "Locke's Empiricist Theory of the Law of Nature", The Philosophy of John Locke, Peter R. Anstey (Ed.), Routledge Press, London 2003, s.106-126.
- ÇANKAYA, Aylin: "Yasa Üzerine İki Farklı Perspektif: Antigone ve Sokrates", Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi, (19), 2015, s.237-248.
- ÇİLİNGİR, Lokman: "Locke'un Toplum Sözleşmesi Kuramı", Temaşa Felsefe Dergisi, (11), 2019, s.31-43.
- DEĞİRMENCİOĞLU YILDIZ, Burcu: "John Locke'ta Doğa Durumu ve Direnme Hakkı". Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 20(3), 2016, s.375-410.
- DUGUIT, Leon: Kamu Hukuku Dersleri. Süheyb Derbil (Çev.), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1954.
- DUHN, John: Düşüncenin Ustaları-Locke, Fatoş Dilber (Çev.), 1. Basım, Akdeniz Yayıncılık, İstanbul 2008.
- DUSCHINSKY, Robbie: "Tabula Rasa and Human Nature", Philosophy 87(4), 2012, s.509-529.
- EBENSTEIN, William: Siyasi Felsefenin Büyük Düşünürleri, İsmet Özel (Çev.), 2.B, Şule Yayınları, İstanbul 2001.
- ESER, Eyüp: Sivil İtaatsizlik. Çankaya Üniversitesi SBE Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2008.
- FORSTER, Greg: John Locke's Politics of Moral Consensus, Cambridge University Press, New York 2005.
- GEMALMAZ, Haydar Burak: "Johannes Althusius'ta Simbiyosis, Halk Egemenliği, Devlet ve Direnme Hakkı", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 68(1-2), 2010, s.43-60.
- GOUGH, J. W.: John Locke's Political Philosophy: Eight Studies, Oxford University Press, Oxford 1950.
- GÖZE, Ayferi: "Onaltıncı Yüzyıl Düşünürlerinde Baskıya Karşı Direnme", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 34(1-4), 1968, s.243-277.
- GÖZE, Ayferi: "Onyedinci ve Onsekizinci Yüzyıl Düşünürlerinde Baskıya Karşı Direnme", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 35(1-4), 1969, s.49-73.
- GÖZE, Ayferi: "Baskıya Karşı Direnme Hakkının Kabul Edildiği Pozitif Hukuk Metinleri ve Anayasalar", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 36(1-4), 1971, s.28-43.
- GÖZE, Ayferi: Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, 6. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 1993.
- JEZE, Gaston: "Ferdî Hürriyetler", Mukbil Özyörük (Çev.). Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 3(1-4), 1946, s.214-228.
- KABOĞLU, İbrahim: "Sivil İtaatsizlik," in Ökçesiz, Hayrettin (ed.), Sivil İtaatsizlik, Demokrasi Kitaplığı, İstanbul 1999, s.189-202.
- KAPANİ, Münci: Kamu Hürriyetleri, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 1993.
- KAPANİ, Münci: Politika Bilimine Giriş, 17. Baskı, Bilgi Yayınevi, İstanbul 2005.
- KAUFMANN, Arthur: "Small Scale Right to Resist", New England Law Review, 21(3), 1985-1986, p. 571-580.
- KING, Martin Luther, "Birmingham Hapishanesi'nden Mektup", Ezgi Göç (Çev.). Cogito, (67), 2011, s.18-28.
- LOCKE, John: Hükümet Üzerine Birinci İnceleme, Fahri Bakırcı (Çev.), Kırılancık Yayınevi, Ankara 2007.
- LOCKE, John, İnsan Anlığı Üzerine Bir Deneme, Vehbi Hacıkadiroğlu (Çev.), Ara Yayıncılık, İstanbul 1992.
- LOCKE, John: Yönetim Üzerine İkinci İnceleme, Fahri Bakırcı (Çev.), Ebabel Yayınevi, Ankara 2012.
- LOWE, E. Jonathan: Locke, Routledge Taylor & Francis Group, New York 2006.
- MARSHALL, John: John Locke Resistance, Religion and Responsibility, Cambridge Univ. Press, New York 1994.
- NAL, Sabahattin/ÇİRKİN, Furkan: "Halk Egemenliği ve Milli Egemenlik Teorileri Bağlamında Anayasacılık", İstanbul Hukuk Mecmuası, 79(2), 2021, s.599-635.
- NİŞANCI, Sükrü: Sivil İtaatsizlik-İyi Vatandaş Olmak mı, İyi İnsan Olmak mı?, Etkileşim Yayınları, İstanbul 2013.
- ÖKÇESİZ, Hayrettin: Sivil İtaatsizlik, Afa Yayınları, İstanbul 1994.
- ÖKÇESİZ, Hayrettin: "Sivil İtaatsizlik Hakkı", in Ökçesiz, Hayrettin (ed.), Sivil İtaatsizlik, Demokrasi Kitaplığı, İstanbul 1999, s.45-63.
- RAWLS, John: A Theory of Justice, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts 2005.
- RAZ, Joseph: "Civil Disobedience", Civil Disobedience in Focus, Hugo Adam Bedau (Ed.), Routledge, Londra, 2002, s.159-169.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques: Toplum Sözleşmesi, Vedat Günyol (Çev.), İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2012.
- RUBİN, Edward: "Judicial Review and Right to Resist". Georgetown Law Journal, 97(1), 2008, p.61-118.
- SOPHOKLES: Antigone, Ari Çokona (Çev.), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2014.
- SHELLEY, Percy Bysshe: Anarşinin Maskesi, Furkan Çirkin (Çev.), Fihrist Kitap, Ankara 2022.
- ŞENEL, Alaeddin: Siyasal Düşünceler Tarihi- Tarihöncesinde, İlkçağda, Orta Çağda ve Yeniçağda toplum ve Siyasal Düşünüş, Kısaltılmış ve Gözden Geçirilmiş 3. Basım, Bilim ve Sanat Yayınları, Ankara 2011.
- TAŞKIN, Ahmet: "Baskıya Karşı Direnme Hakkı", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (52), 2004, s.37-65.
- THOREAU, Henry David: Sivil İtaatsizlik, Melis Olçum (Çev.), Kafekültür Yayıncılık, İstanbul 2013.
- THOREAU, Henry David: Yürümek, Selçuk Işık (Çev.), Can Yayınları, İstanbul 2019.
- TİMUÇİN, Ali: John Locke'un Siyaset Anlayışı, Bulut Yayınları, İstanbul 2006.
- YETKİN, Çetin: Siyasal İktidara Karşı Direnme ve Devrim, Toplum Yayınevi, Ankara 1970.
- YETKİN, Çetin: Siyasal Düşünceler Tarihi II- Mahiavelli'den XX. Yüzyıla Kadar Avrupa ve Osmanlı- Türk Siyasal Düşüncesi, 3. Baskı, Güner Yayınları, İstanbul.
- WAGONER, Jennings L.: "The Dilemma of Civil Disobedience in a Lockean Perspective", Journal of Thought, 6(1), 1971, s.49-57.
- WOLIN, Sheldon S.: Tocqueville Between Two Worlds: The Making of a Political and Theoretical Life, Princeton University Press, Princeton 2001.
- WOOLHOUSE, Roger: John Locke, Akın Terzi (Çev.), 1. Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2011.
- ZABUNOĞLU, H. Gökçe: "Toplum Sözleşmesi Bağlamında John Locke'un Devlet Anlayışı", İnÜHFD, 7(2), 2016, s.431-456.
- ZABUNOĞLU, Yahya Kazım: (Bir Hukuk ve Siyasal Bilim Problemi Olarak) Devlet Kudretinin Sınırlandırılması. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1963.

YENİ BİR MESLEK GRUBU: E-SPOR OYUNCULARI VE ÇALIŞMA HAKLARI¹

A NEW OCCUPATIONAL GROUP: E-SPORTS PLAYERS AND WORKER RIGHTS

Emre ÜNAL*  & Namık HÜSEYİNLİ** [10.21492/inuhfd.1192979](https://doi.org/10.21492/inuhfd.1192979) 

Makale Bilgi

Gönderi: 21/10/2022
Kabul : 31/12/2022

Anahtar Kelimeler

E-spor,
E-spor Sözleşmesi,
Hizmet Sözleşmesi,
Çalışma Hakları.

Article Info

Received: 21/10/2022
Accepted: 31/12/2022

Keywords

E-sports,
E-sports Contract,
Employment Contract,
Working Rights.

Özet

E-Spor; bilgisayar, oyun konsolları, akıllı telefon ve oyun oynamaya elverişli diğer teknolojik cihazlar aracılığıyla profesyonel sporcuların/oyuncuların beraber veya tek başına, birbirleri ile ve/veya yapay zekâya karşı mücadele ettikleri, rekabete dayalı bir spor dalıdır. Son yıllarda ülkemizde çok rağbet gören e-spor oyuncu sayısında önemli artış yaşanmış olması, bu oyuncuların çalışma statüsü açısından hukuki nitelikleri, çalışma ilişkisinden doğan hakları, iş sağlığı ve güvenliklerinin korunması ve diğer hakları tartışılmaya başlamıştır. Yine bu çalışanların ücret ve yayın gelirleri, sendika hakları ve sosyal güvenlik hakları gibi hukuki korumadan yararlanıp yararlanmayacakları hususunda mevzuatta bir boşluk vardır. Bilindiği üzere e-sporcular oyun yapımcıları veya onların izin verdiği üçüncü kişiler tarafından düzenlenen liglerde, turnuvalarda bir e-spor kulübüne bağımlı olarak çalışmaktadırlar. Aşırı rekabetçi çalışma ortamında, e-sporcular ara vermeksizin uzun sürelerle teknolojik cihazlarla bağlantıyı kesmeden çalışmalarını sürdürmektedirler. Nitekim ülkemizde de e-spor piyasasına sürekli olarak katılımın artması bu oyun çalışma ilişkisinde birçok uyumsuzluğu ortaya çıkaracaktır. Çalışmamızda e-spor oyuncu/çalışanların hizmet sözleşmesi kapsamında bağımlı çalışan niteliği üzerinde durularak bu bağlamda çalışma ilişkisinden doğan hakları ele alınmıştır

Abstract

E-Sports is a competitive sport in which professional athletes/players fight together or alone, against each other or artificial intelligence, through computers, game consoles, smartphones and other technological devices suitable for playing games. The fact that there has been a significant increase in the number of e-sports players, which are very popular in our country in recent years, the legal qualifications of these players in terms of their working status, their rights arising from the labour relations, the protection of occupational health and safety and other rights have begun to be discussed. Again, there is a gap in the legislation as to whether these players will benefit from legal protection such as wages and broadcasting incomes, union rights and social security rights. As it is known, e-sports players are dependent on an e-sports club in leagues and tournaments organized by game producers or third parties authorized by them. In an extremely competitive working environment, e-sports players continue to work for long periods of time without interrupting, without disconnecting from technological devices. As a matter of fact, the continuous increase in participation in the e-sports market in our country is likely to cause many conflicts to arise in the near term. In our study, the rights of e-sports players/employees arising from the labour relations are discussed by focusing on the dependent employee qualification within the scope of the service contract.

 Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.¹ Bu çalışma 18-20.10.2022 tarihli 20. Uluslararası Türk Dünyası Sosyal Bilimler Kongresinde sunulmuş bildiri kapsamında hazırlanmıştır.

*Avukat.

**Doç. Dr., Alanya Alaaddin Keykubat Üniversitesi, İktisadi, İdari ve Sosyal Bilimler Fakültesi, İşletme Bölümü.

Atıf Şekli | **Cite As:** ÜNAL Emre/HÜSEYİNLİ Namık, "Yeni Bir Meslek Grubu: E-Spor Oyuncuları ve Çalışma Hakları", İnÜHFD, 13(2), 2022, s.563-578. **İntihal** | **Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via a plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

E-Sports is a competitive sport in which professional athletes/players fight together or alone, against each other or artificial intelligence, through computers, game consoles, smartphones and other technological devices suitable for playing games. There are many discrepancies between e-sports and classic sports. Nevertheless, it can be easily stated that there are similarities between the two sports; Professional athletes, coaches, leagues, teams, cups, awards, and their own fan groups are the common points between the two sports branches. The biggest difference between e-sports from classical sports branches is that the intellectual and industrial rights of game makers dominate the e-sports market.

The fact that there has been a significant increase in the number of e-sports players, which are very popular in our country in recent years, the legal qualifications of these players in terms of their working status, their rights arising from the labour relations, the protection of occupational health and safety and other rights have begun to be discussed. Again, there is a gap in the legislation as to whether these players will benefit from legal protection such as wages and broadcasting incomes, union rights and social security rights. As it is known, e-sports players are dependent on an e-sports club in leagues and tournaments organized by game producers or third parties authorized by them. In an extremely competitive working environment, e-sports players continue to work for long periods of time without interrupting, without disconnecting from technological devices. As a matter of fact, the continuous increase in participation in the e-sports market in our country is likely to cause many conflicts to arise in the near term.

E-sports in which reflex, speed and sudden response are very important, athletes with these qualities are mainly children and young workers. The professionalization age of athletes in e-sports is quite low. Child and young workers start to struggle as athletes at an early age. E-sports players try to improve themselves by playing games very intensely and constantly, except for tournaments in order not to lose their jobs and their positions in the team. In such a working tempo, it is impossible not to affect the health of the worker.

The time spent by an e-sportsman broadcasting with the order and instruction of the employer should be counted as working time. However, if the athlete broadcasts voluntarily, the time spent on the air without being under orders and instructions will not be counted as working time and it will not be possible to qualify these periods as overtime. It is not possible to qualify the work done without the employer's request and approval as overtime work. Athletes broadcast in game houses that are under the management and control of the employer. The employer who remains silent on this situation means that he/she has implicitly approved the overtime work. We believe that such broadcasts of e-sportsmen should be counted as working time.

The working relationship arising from the e-sports contract gives rights and obligations for the employer club within the scope of this contract. In return for the athlete to compete on behalf of her club for a certain fee, broadcast and undertake other obligations, the employer will be under the obligation to pay wages and meet other debts. Again, it will be among the obligations of the employer to provide all materials and physical environment for the preparation of e-sportsmen for tournaments and organizations and to provide training to the athletes in accordance with the developing technology.

The provisions regarding the age of employment, the prohibition of employing children and night work in the Labour Law are important for children and young workers who are e-sports workers. Although it can be said that athletes are not subject to the Labour Law, it would be appropriate to make comments and develop protective provisions considering the working conditions of child and young workers. We are of the opinion that especially for the protection of children and young workers, these workers should be benefited from protective provisions by making an interpretation within the scope of the Turkish Code of Obligations. The employer who establishes a business relationship with an e-sports player will be liable in accordance with the Turkish Code of Obligations due to contractual responsibility. Because the contract signed between e-sports players and employer clubs is a service contract, the provisions of this law will be taken into account and the employer's responsibility will be evaluated within the framework of defect liability. In our study, the rights of e-sports players/employees arising from the labour relations are discussed by focusing on the dependent employee qualification within the scope of the service contract.

I. GİRİŞ

Toplumsal değişimler ve çalışma hayatımızda gerçekleşen gelişmeler zamanla belirli meslekleri sona erdirmiş, aynı zamanda yeni meslekleri işgücü piyasasına kazandırmıştır. Günümüzden yıllar önce var olan bazı meslekler, özellikle teknolojik değişimler ile hayatımızdan çıkmış, belirli mesleklere gerek kalmamış ya da ihtiyaç oldukça azalmıştır. İnceleyeceğimiz ve yeni olarak nitelendirdiğimiz meslek grubu ise e-sporculardır². Daha önce hobi olarak görülen video oyunu oynamak, artık yeni bir meslek alanı olarak eğlencenin yanı sıra bir çalışma alanına dönüşmüştür.

İnternetin ve teknolojik cihazların gelişimi e-sporun büyümesine yardımcı olmuştur. Rekabetçi video oyunlarının geçmişi 1980 yıllarına kadar geriye gitse de e-spor kavramı görece daha yenidir³. On yıldan daha uzun süredir kullanılan e-spor terimi, profesyonelleşme ve e-spor piyasasının ekonomik olarak büyümesi ile tüm dünyanın dikkatini çekmeye başlamıştır. Öyle ki, e-spor piyasasının ekonomik büyüklüğü bir milyar doları aşmış olup⁴ sektörün doğrudan ve dolaylı olarak yarattığı ekonomik değeri ölçmek çok kolay değildir. E-sporun yarattığı ilgiden faydalanmak isteyen bazı markalar e-spor piyasası dışında, e-spor ile ilgili birçok ürünü üreterek satışa sunmaktadırlar. Baskılı kalemler, çantalar, telefon kılıfları, defterler, figürler, kulaklıklar, hatta e-spor oyunlarını konu alan dizi ve filmler satış için üretilen ürünlerin bir kısmıdır. E-spor seyircilerinin ilgisini çekmek için üretilen özel ürünler ve e-spor turnuvalarının yarattığı turizm geliri önemli bir değeri oluşturmaktadır⁵. Büyük çaplı turnuvalar binlerce kişilik stadyumlarda, e-spor seyircileri önünde gerçekleştirilmektedir. Farklı ülkelerden seyirciler stadyumlara gelerek rekabeti takip etmektedirler⁶. E-spor takipçilerinin seyahatleri, ev sahibi ülkeler açısından turizm geliri oluşması için büyük şanstır.

E-spor ve klasik spor arasında birçok farklılık söz konusudur. Yine de iki spor dalı arasında benzerliklerin olduğunu da söyleyebiliriz; profesyonel sporcular, koçlar, ligler, takımlar, kupalar, ödüller, kendilerine ait taraftar grupları iki spor dalının ortak noktalarıdır⁷. E-spor’da, klasik spor dallarında olduğu gibi sporcu transfer sözleşmelerine ve koç, teknik direktör anlaşmalarına rastlamak mümkündür. Öyle ki e-sporcular, transfer sözleşmeleri ile çok küçük yaşlarda dahi farklı ülkelerde çalışmaya gitmektedirler.

E-spor ve klasik spor dalları arasındaki en büyük fark ise kuşkusuz oyun yapımcılarının fikrî ve sınaî haklarının e-spor piyasasına egemen olmasıdır⁸. Fikrî ve sınaî haklara sahip olan ve ekonomik olarak da güçlü durumda olan oyun yapımcıları, e-spor piyasasında karar verici konumdadırlar. Turnuvaların düzenlenmesi, lig sisteminin oluşturulması, sporcuların yarışması ancak oyun yapımcısının, oyunun kullanılması için verdiği onay ile gerçekleşmektedir⁹. Klasik spor dallarında genel olarak karşılaşılmayan bu durum e-sporun kendine özgü doğasını açığa vurmaktadır. E-spor yayınlarının çoğunlukla ücretsiz platformlarda yayınlanması da klasik spor ile e-spor arasındaki bir başka farktır. E-spor yayınları genellikle internet bağlantısı olan herkesin ücretsiz olarak izleyebileceği internet siteleri üzerinden yapılmaktadır. Yayına erişimin kolay olması da e-spora ilginin artmasında önemli bir faktördür¹⁰.

Hâlâ gelişim aşamasında olan e-spora, iş hukuku perspektifi ile bakmak ve bağımlı çalışan e-sporcuların hukuki durumuna açıklık kazandırmaya ihtiyaç bulunmaktadır. Gittikçe büyüyen bir piyasa olan e-spor sektöründe yeterli düzenlemelerin olmaması, sektörde çalışanların hakları açısından birçok uyuşmazlığı ortaya çıkaracaktır. Çalışmamızda e-sporun, spor olup olmadığı gibi tartışmalara ve açıklamalara genel olarak yer verilmiş olup asıl olarak bağımlı çalışan e-sporcuların çalışma ilişkisinden doğan hakları incelenmiştir.

II. E-SPOR KAVRAMI

E-spor; iki oyuncunun mücadele etmesi şeklinde icra edilebileceği gibi belirli sayıda oyuncudan oluşan, her oyuncunun bir rol üstlendiği takım oyunu şeklinde de oynanmaktadır. Klasik sporlardan farklı olarak e-spor, içerik üretimi ve tüketimine dayanan, izleyicisinin sohbet sistemleri aracılığıyla oyunla ve

² İngilizce electronic sports’un kısaltması olan e-spor; espor, E-spor ve eSpor başta olmak üzere birçok farklı şekilde kısıtlanmaktadır. Biz çalışmamızda e-spor kısaltmasını kullanmayı tercih ediyoruz.

³ CHANDLER, Martin: “The Costs of Squadding Up: Determining the Employment Status of High-Profile Esports Streamers”, San Diego International Law Journal, 22(1), s.154.

⁴ RUSS, Hilary: “Global esports revenues to top \$1 billion in 2019: report”, 12.02.2019, Global esports revenues to top \$1 billion in 2019: report | Reuters (Erişim: 10.04.2022).

⁵ KIM, Young Hoon/NAURIGHT, John/SUVEATWATANAKUL, Chokechai: “The rise of E-Sports and potential for Post-COVID continued growth”, Sport in Society, 23(11), s.1862.

⁶ DİLEK, Sebahattin Emre: “E-sport Events Within Tourism Paradigm: A Conceptual Discussion”, International Journal of Contemporary Tourism Research, 3(1), 2019, s.14.

⁷ WONG, Jackson: “More Than Just a Game: The Labor and Employment Issues Within Esports”, UNLV Gaming Law Journal, 11(1), 2020, s.124.

⁸ HOLDEN, T. John/III A. BAKER, Thomas: “The Econtractor? Defining the Esports Employment Relationships”, American Business Law Journal, 56(2), 2019, s.397; McLEOD, M. Christopher/HANHAN Xue/I. NEWMAN, Joshua: “Opportunity and Inequality in the Emerging Esports Labor Market” International Review for the Sociology of Sport, 2021, s.4.

⁹ ANSGAR, Thiel/M.JOHN, Jannika: “Is eSport a ‘real’ sport? Reflections on the Spread of Virtual Competitions”, European Journal for Sport and Society, 15(4), 2019, s.312.

¹⁰ HOLLIST, E. Katherine: “Time to be Grown- Ups About Video Gaming: The Rising eSports Industry and The Need for Regulation”, Arizona Law Review, 57(3), 2015, s.829; JOHNSON, R.Mark/WOODCOCK, Jamie: “Work, play, and precariousness: An overview of the labour ecosystem of esports” Media,Culture&Societys, 43(8), 2021, s.1456.

sporcularla daha fazla etkileşimde olduğu spor branşı olarak dikkat çekmektedir¹¹. E-sporu ilk tanımlayan kişilerden biri olan Wagner'e göre ise e-spor: "İnsanların zihinsel veya fiziksel yeteneklerini geliştirmek amacıyla bilgi ve iletişim teknolojilerini kullanarak yerine getirdiği spor aktiviteleri"dir¹². Her ne kadar ortak bir tanımına rastlanılmasa da bizce e-spor: bilgisayar, oyun konsolları, akıllı telefon ve oyun oynamaya elverişli diğer teknolojik cihazlarla profesyonel sporcuların/oyuncuların beraber veya tek başına birbirleri ile ve/veya yapay zekâya karşı mücadele ettiği, rekabete dayalı bir spor dalıdır. E-spor oyunlarında, ulaşılmak istenen bir hedef vardır. Futbol oyununda hedef karşı takımı yenmektir. Moba (*çevrimiçi çok oyunculu savaş arenası*) olarak adlandırılan oyun tiplerinde; rakibin üssünü ele geçirmek, bayraklarını çalmak gibi amaçlar söz konusu olur. Bu anlamda video oyunlarının amatörce oynanması, rekabetin söz konusu olmaması, yukarıda bahsedildiği gibi bir hedefin olmaması durumlarında e-sporun varlığından bahsedilemeyecektir. E-sporun, spor olup olmadığı tartışmaları ise günümüzde genel olarak sonlanmış olup¹³, e-sporun artık spor olarak kabul edildiği ve e-spor oyuncularının da yabancı hukuk literatüründe çoğu zaman sporcu olarak nitelendirildiği görülmektedir¹⁴.

Türk hukukunda, sporcu kavramı amatörlük-profesyonellik ayrımı üzerine kurulmuştur¹⁵. 7405 sayılı Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanunu¹⁶ (SKSFK) ile sporda profesyonelliğe ilişkin yeni düzenlemeler hayata geçirilmiştir. SKSFK m.45/2, bir spor dalının profesyonel olarak nitelendirilmesi için ilgili spor federasyonun görüşünün alınarak bakanlık tarafından karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından çıkarılan 2013/11 sayılı Genelgeye göre,

"herhangi bir spor dalını kendisine meslek edinen ve bundan kazanç sağlayan kişilere profesyonel sporcu denilmekte, bu kişiler kulüplerinin gösterdiği yerlerde tespit edilmiş çalışma saatlerine tabi olarak ve işveren veya vekilinin emir ve talimatı altında antrenman ve müsabakalar yaptıklarına, mukabilinde önceden yapılmış anlaşma ile tespit edilmiş ücretleri aldıklarına göre, anılan kimselerin işverenle hukuki ilişkileri bir hizmet akdine dayanmaktadır".

E-spor açısından SKFSK anlamında bir profesyonellikten bahsetmek mümkün değildir. Ancak; e-spor çalışanlarını amatör olarak nitelendirmek kanaatimizce mümkün görünmemektedir. E-spor çalışanları bir devamlılık içerisinde, gelir elde etme amacıyla sürekli olarak mesleklerini icra ederler. Bir spor dalı profesyonel olarak kabul edilmese dahi, sporcu gelir elde etme amacıyla kulüp bünyesinde sporu icra ediyorsa profesyonel sporcu sayılacaktır¹⁷.

Ülkemizde e-spor bir federasyon olarak kurumsal yapıya kavuşmuştur. 2018 yılında kurulan Türkiye E-spor Federasyonu, sporcular ve spor kulüplerine ilişkin birçok talimatı yürürlüğe koymuştur. Bunun yanı sıra ülkemizde büyük spor kulüplerinin bazıları e-spor takımları kurmuştur. Bu takımlar ulusal ve uluslararası liglerde yarışmaktadır. Görüldüğü üzere e-sporun genel olarak spor olarak kabul edildiğini söylemek yanlış olmayacaktır¹⁸. E-spor, spor olarak kabul edilmese dahi e-sporcuların bir işveren veya kulüp bünyesinde bağımlı çalışmaları nedeniyle iş görme ilişkisi içinde oldukları için işgörme ilişkisinden kaynaklanan çalışma haklarından e-sporcuların yararlandırılması gerekir. Bu bağlamda e-sporcuların sporcu olup olmadığı hangi kanuna tabi oldukları açısından önem arz eder.

III. E- SPOR SÖZLEŞMESİNİN BİREYSEL İŞ HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. E-Spor Sözleşmesinin Unsurları

E-sporun yaygınlaşması e-spor hukuku adı altında genç ve yeni bir spor hukuku alt dalını ortaya çıkarmıştır. E-sporcular ile akdedilen sözleşmelerin, iş sözleşmesi olup olmadığı uygulanacak hükümler bakımından tartışmaya açıktır. Bilindiği üzere iş sözleşmesinin üç temel unsuru olan iş görme, ücret ve bağımlılık unsurlarının varlığı bir sözleşmenin, iş sözleşmesi olup olmadığını tespit etmek açısından önem arz eder. Bu üç unsur da e-sporcu sözleşmelerinde yer almaktadır. E-sporcu, işveren ile yaptığı sözleşme gereğince ücret karşılığı "*oyun oynamakta*" yani iş görmektedir. Bu anlamda işverenin ücret ödeme borcu, e-sporcunun da iş görme borcunun doğduğunu söyleyebiliriz.

İş sözleşmesini, iş görmeye ilişkin diğer sözleşmelerden ayıran unsur bağımlılık unsurudur¹⁹. E-sporcular ile akdedilen sözleşmelerin, iş sözleşmesi olduğunu kabul edebilmek için bağımlılık unsurunun

¹¹JUHO, Hamari/SJÖBLOM, Max: "What is eSports and Why do people Watch It, Internet Research", Internet Research, 27(2), 2017, s.213; AKGÖL, Oğuzcan: "Spor Endüstrisi ve Dijitalleşme: Türkiye'de Espor Yapılanması Üzerine Bir İnceleme", TRT Akademi, 4(8), 2019, s.212.

¹²WAGNER,G.Michael: "On the Scientific Relevance of eSports, International Conference on Internet Computing, s.439.

¹³E-sporun, spor olarak kabulüne ilişkin ayrıntılı açıklama için bakınız; HALLMAN, Kirstin/GİEL, Thomas: "eSports-Competitive sports or recreational activity?", Sport Management Review, 21(1), 2017, s.14-20.

¹⁴ANSGAR/M.JOHN, s.312.

¹⁵KÜÇÜKGÜNGÖR, Erdal: "Türk Hukukunda Sporcuların Hukuki Durumu", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1(2), 1998, s.128.

¹⁶RG: 26/04/2022, 31821.

¹⁷KÜÇÜKGÜNGÖR, s.130.

¹⁸Uluslararası Olimpiyat Komitesi, sanal olimpiyat serileri düzenlenmesi yolunda bazı adımlar atmıştır. Bakınız; IOC, <https://olympics.com/ioc/news/international-olympic-committee-makes-landmark-move-into-virtual-sports-by-announcing-first-ever-olympic-virtual-series>. (Erişim: 18.05.2022).

¹⁹ÇELİK Nuri/CANİKLİOĞLU, Nurşen/CANBOLAT Talat/ÖZKARACA Ercüment: İş Hukuku Dersleri, 34. Bası, Beta Yayıncılık, 2021, s.182; SENYEN, KAPLAN E. Tuncay: Bireysel İş Hukuku, Yenilenmiş 10.B, Ankara, 2019, s.83.

varlığını araştırmamız gereklidir. Bağımlılık unsuru ile kastedilen, işçinin kişisel/hukuki bağımlılığıdır²⁰. Bağımlılık unsuru uyarınca işçi, işverenin otoritesi altında, işverenin emir ve talimatları ile iş görür²¹. İşveren çalışma şekli, çalışma saatleri ve birçok konuda işçiye verdiği emir ve talimatlarla işin görülmesini sağlamaktadır. Bağımlılık işçinin mesleğine, konumuna ve diğer etkenlere göre farklı yoğunlukta olabilir. Bazı meslek gruplarında bağımlılık unsurunun yoğunluğunun daha az olması mümkündür. Yapılan işin nitelikli bir iş olması sebebiyle e-sporculara işverenler tarafından işin görülmesine yönelik doğrudan emir ve talimatlar verilmesi her zaman mümkün olmayabilir. Ancak bu durum bağımlılık unsurunun ortadan kalktığı anlamına gelmez. Çünkü e-sporcu işverenin genel emir ve talimatları altında iş görme borcunu yerine getirmektedir²².

E-spor piyasasında genel olarak e-sporcuların bağımlı çalışan olduğu değil, bağımsız çalışan statüsünde olduğu görüşü öne sürülmektedir²³. Bunun en önemli nedeni işverenlerin, İş Hukuku'ndan kaynaklanan sorumluluklardan kurtulmak amacıyla olmasıdır²⁴. Yukarıda bahsettiğimiz üzere işverenlerin e-sporcular üzerinde emir ve talimat verme yetkilerini kullandıkları, e-sporcu ile işveren arasında bağımlılık ilişkisinin olduğu çok açıktır.

E-sporcular, kendi adlarına işçi istihdam edemezler. E-sporcular, bağımsız çalışanlarda görünmeyecek şekilde tek bir işverene sahiptirler. Gelirlerinin büyük çoğunluğunu bu işverenden kazanmaktadırlar²⁵. Bunun yanı sıra, bağımlılık unsurunun tespitine yarayan diğer ek ölçütler uyarınca²⁶ işin yönetimi gerçek anlamda işverendedir. E-sporcular, işverenlerin belirlediği turnuvalarda mücadele etmek zorundadırlar. Bu turnuvalara katılma veya katılmamak kararları e-sporcular tarafından değil işveren tarafından verilir. E-sporcular, işi reddetme olanağına sahip değildir. E-sporcular, bazen katıldıkları turnuvalarda başarılarına göre ödüller kazansalar da başarısızlık durumunda herhangi bir risk üstlenmezler.

Uygulamada genel olarak basit ve eksik olarak nitelendirilebilecek sözleşmeler imzalanmaktadır. Bu sözleşmelerde işverenler, kendi şartlarını dikte etmekte ve e-sporcular da kabul etmek zorunda kalmaktadırlar. Yeni yeni farkındalığın artmakta olduğu bu sektörde, e-sporcular çalışma ilişkisinden kaynaklı işçilik haklarının var olduğunu çoğu zaman bilmemektedirler. Özellikle çocuk ve genç işçilerin çok yoğun çalıştığı e-spor sektöründe, işverenler bu kişiler üzerinde sözleşme kurulması sırasında daha fazla baskı kurmaya çalışmaktadırlar²⁷. Turnuvalarda başarı elde edemeyen, sponsorluk ve reklam anlaşmaları yapamayan e-sporcular düşük ücretlerle çalıştırılmaktadırlar²⁸. E-sporcuların bağımlı olarak iş gördükleri açıktır. İşverenlerin emri ve talimatı ile e-sporcular günlük antrenmanlar yapmakta ve bir sonraki mücadeleye hazırlanmaktadırlar. Bu nedenle e-sporcuların hukuki durumunun ve hangi kanun hükümlerine tabi olacaklarının belirlenmesi gerekmektedir.

B. E-Spor Sözleşmesinin Hukuki Kaynağı

E-sporun anavatanı olarak adlandırılan Güney Kore'de, federasyon ve benzeri yapılar çok daha erken tarihlerde hayata geçirilmiştir. Güney Kore'de, Kültür ve Turizm Bakanlığı tarafından desteklenen Kespa (Korea e-Sports Association), e-sporu düzenlemek amacıyla 2000 yılında kurulmuştur²⁹. Kespa, e-sporun geliştirilmesi ve e-sporcuların korunması için düzenleyici işlemler yapmaktadır. E-sporu tanıtmak amacıyla olan Uluslararası e-Spor Federasyonu da önemli bir diğer uluslararası kurumdur. Bu kurumların faaliyet ve düzenlemeleri genel anlamda e-spor alanında yapılacak hukuki düzenlemelere ışık tutacaktır.

Ülkemizde de faaliyet gösteren e-sporcuların hukuki statüsü ve hangi kanun kapsamında olduğunu tespiti önem taşımaktadır. E-sporculara, 4857 sayılı İş Kanunu (İŞK)³⁰ veya 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK)³¹ kapsamında hangi kanun hükümlerinin uygulanabileceği tartışmaya açıktır. İş Kanunu m.4, bu kanunun kapsamında olmayan iş ve iş ilişkilerini sıralamıştır. Madde 4/1-g'de sporcuların İş Kanunu kapsamında olmadığı açıkça belirtilmektedir. Yargıtay bir kararında, İş Kanunu m.4'te yer alan hükmün, sporcular ile kulüpler arasında var olan sözleşmenin, iş sözleşmesi olarak nitelendirilmesini

²⁰ DEMİR, Fevzi: İş Hukuku ve Uygulaması, 11.B, Albi Yayınları, İzmir, 2018, s. 5-76; AKYİĞİT, Ercan: İş Hukuku, Güncellenmiş 13.B, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s.102.

²¹ SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, 21.B, Beta Yayıncılık, İstanbul 2021, s.235; MOLLAMAHMUTOĞLU, Hami/ASTARLI, Muhittin/BAYŞAL, Ulaş: İş Hukuku Ders Kitabı, 5.B, Ankara, 2021, s.83.

²² PATEL, Roshan: "Esports Player Positions, and the Benefits on Unionization", Sport Journal, 20(9), 2017, s.240.

²³ HOLDEN /III A.BAKER, s.394.

²⁴ YILDIZ, Gaye Burcu: Atipik Çalışma Kavramı Çerçevesinde Bağımlılık İlişkisinin Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Savaş Taşkent'e Armağan, (Ed. Kübra Doğan Yenisey), Onikilevha Yayıncılık, 2019, s.784.

²⁵ YILDIZ, s.795, Yargıtay 9.HD. 02.03.2015, E.2015/2903, K.2015/8612 sinerjimevzuat.com.tr/ (Erişim: 26.04.2022).

²⁶ DOĞAN, Sevil: İş Sözleşmesinde Bağımlılık Unsuru Atipik İş İlişkileri Açısından Değerlendirilmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s.222 vd.

²⁷ HOLLIST, s. 831; WU, Yifan: "Booming e-sports industry faces contract challenges", 14.04.2017, Booming e-sports industry faces contract challenges - Mediil Reports Chicago (northwestern.edu), (Erişim:12.04.2022); PATEL, s.240; SHMATENKO, Leonid: "Esports-It's in the Game": The Naissance of a New Field of International Arbitration", 40 under 40 International Arbitration 2021, (Ed. Carlos González-Bueno), s.403.

²⁸ RIDENHOUR, Kelsey F.: "Traditional Sports and Esports: The Path to Collective Bargaining", Iowa Law Review, (105), 2019, s.1881; WALKER, Dylan: "Esports is the Wild West: The sad truth about gaming orgs" 10.03.2016, Esports is the Wild West: The sad truth about gaming orgs (yahoo.com), (Erişim: 12.04.2022).

²⁹ CHANDLER, s.161.

³⁰ RG: 10/06/2003, 25134.

³¹ RG: 04/02/2011, 27836.

engellemeyeceğini belirtmiştir³². Ancak sporcular işçi sayılsalar da İş Kanunu uygulanmayacaktır. Yüksek Mahkeme, sporcular ile kulüpleri arasında çıkan uyuşmazlıkların federasyonun kendi özel yasalarında veya hukuk talimatlarında belirlenen özel kurullar ve tahkim ile çözümlenmesi gerektiğini, bu nedenle sporcuların işvereni olan kulüplerle ilgili uyuşmazlıklarda öncelikle bağlı olduğu federasyonun kurullarına başvurması gerektiğini belirtmiştir.

Yüksek Mahkemenin gerekçesinden hareketle yorum yaparsak, e-sporcular açısından aynı federasyon yapısının oluştuğunu söylemek mümkün değildir. E-sporcuların başvurabilecekleri etkin bir kurul, federasyon ve tahkim uygulamada söz konusu değildir. Her ne kadar ülkemizde e-spor federasyonu var olsa da federasyon etkin olmaktan çok uzaktır. E-spor sektöründe kurallar çoğu zaman oyun yapımcısı şirketler tarafından konulmaktadır. Turnuvayı düzenleyen şirket, kuralları koyduğu gibi kurallara aykırılık hâlinde denetimi de kendisi yapmaktadır. E-sporcular verilen cezalara karşı ancak oyun yapımcısına itiraz edebilmektedir³³. E-spor federasyonları bu sürece çoğu zaman müdahil olmamaktadır.

Oyun yapımcılarının keyfi olarak oyunculara ceza verebilmesini ve e-sporcunun kariyerini sonlandırmasını engelleyen hiçbir düzenleme bulunmamaktadır³⁴. Profesyonel e-sporcu olmak için eğitim hayatlarını yarıda bırakabilen yüz binlerce sporcunun var olduğunu düşündüğümüzde³⁵, bu sektörde gerekli mevzuatın olmaması oyun ilişkisinde yapımcı tarafından keyfi olarak ceza uygulamasına fırsat verecektir. Ayrıca kuralı koyan, denetim yapan, ceza veren ve itirazları değerlendirenin aynı kişi olması da hukuk mantığı ile bağdaşmamaktadır³⁶.

Klasik spor dallarında yer alan federasyon ve benzeri yapıların getirdiği sporcuları koruyucu hükümler ile sporcuların sağlıkları, gelirleri ve kariyerleri korunmaktadır. E-spor açısından tarafsız kurumlar tarafından getirilen düzenleyici ve koruyucu düzenlemelerden bahsetmek genellikle mümkün değildir. Bu nedenle bazı yazarlar tarafından CAS (Spor Tahkim Mahkemesi) benzeri bir oluşumun, e-spor açısından da düşünülebileceği belirtilmiştir³⁷. E-spor sektörünün bazı paydaşlarının bir araya gelerek kurduğu World eSports Association (WESA) tarafından kurulan Arbitration Court for eSports (ACES) yani WESA E-spor Tahkim Mahkemesi ve World e-Sports Consortium (WeSCO) tarafından kurulan Court of Arbitration for Esports (CAES), Türkçesi ile Esport Tahkim Mahkemesi, bu yönde atılmış önemli adımlardır. Ancak bu oluşumların tarafsızlığına karşı olan şüphe, söz konusu oluşumların tam anlamıyla başarıya ulaşmasına engel olmuştur³⁸.

Klasik spor dallarının bugün olduğu seviyeye gelmesi uzun yıllar almıştır. Kuşkusuz e-spor da yeni bir girişim olduğu için bu alanda yapılacak hukuki düzenlemelerin tam olarak geliştirilmesi gelecek zaman dilimi içinde mümkün olacaktır. Henüz gelişim aşamasında olan federasyonlar tarafından düzenlenen normların etkisiz ve uygulanamaz durumda olduğu görülmektedir.

E-sporcular ile işveren kulüpleri arasında imzalanan sözleşme hizmet sözleşmesi olduğu için TBK hükümlerinin dikkate alınması gerektiği açıktır. Yine İş Kanunu temel ilkelerinin yanı sıra 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu (İSGK)³⁹ ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu (STİSK)⁴⁰, e-spor işçileri açısından uygulama alanı bulacaktır. Ayrıca e-sporun, spor olarak kabulü hâlinde 6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun da uygulama alanı bulabilir.

C. E-Spor Sözleşmesinin Tarafları

1. Yapımcı

E-sporcu, oyun yapımcıları veya turnuva düzenleyicisi tarafından düzenlenen liglerde, turnuvalarda bir e-spor kulübüne bağımlı olarak çalışmaktadırlar. Oyun yapımcıları, kulüplerin e-sporculara verebileceği asgari ücreti belirlemektedir⁴¹. Yine oyun yapımcısı veya turnuvayı düzenleyen organizasyon bazen işveren kulüp ile e-sporcunun çalışma şartlarını birlikte düzenlemektedirler⁴². Yapımcı, kulüp kadrolarının yönetimi ve reklam yapılması hususlarında da söz hakkına sahiptir. E-sporcuların kullanabilecekleri donanımların standartları yine yapımcılar tarafından belirlenmektedir. Özellikle sponsorluk anlaşmalarının yoğun olduğu

³² Yargıtay 9.HD, 14.09.2015, E.2015/17745, K.2015/25607. sinerjimevzuat.com.tr/ (Erişim: 13.04.2022).

³³ RIOT GAMES: “College of League of Legends”, 03.11.2021, <https://rsaa.riotgames.com/wp-content/uploads/2021/11/2022-College-LoL-Season-Rules.pdf>, (College), (Erişim: 21.04.2022).

³⁴ Çok popüler olan bir oyunda yer alan hileyi, kendisine herhangi bir avantaj sağlamayacak şekilde turnuva dışında çektiği video ile izleyicilerine göstermeye çalışan bir profesyonel oyuncu, oyun yapımcısı tarafından süresiz olarak yasaklanmıştır. Bakınız; WEBB, Kevin: “A teenager's lifetime ban from 'Fortnite' sheds light on a dark reality in the esports business”, 10.11.2019, <https://www.businessinsider.com/jarvis-fortnite-ban-epic-games-esports-ninja-2019-11> (Erişim: 25.04.2022).

³⁵ CHANDLER, s.158; RIDENHOUR, s.1881.

³⁶ En popüler e-spor turnuvalarından biri olan League of Legends adlı oyunun yapımcısı Riot Games, kuralları kendisi belirlediği gibi cezaların uygulanmasına da kendisi karar vermektedir. Yapımcı tarafından yayınlanan kurallar için bakınız; GAMES: (Erişim: 21.04.2022).

³⁷ BOONSTRA, s.117-118.

³⁸ SHMATENKO, s.394.

³⁹ RG: 20/06/2012, 28339.

⁴⁰ RG: 07/11/2012, 28460.

⁴¹ BAYLISS, Amadeus Hunter: “Not Just a Game: the Employment Status and Collective Bargaining Rights of Professional ESports Players”, Washington and Lee Journal of Civil Rights and Social Justice, 22(2), 2016, s.372.

⁴² WONG, s.134.

sektörde yapımcılar⁴³, sponsorların sağladığı veya sponsorların logolarının olduğu donanımların kullanılmasını şart koşmaktadır. Yapımcılar e-sporcuların kulüp değişimlerini uygun kabul etmedikleri durumlarda oyuncuları cezalandırabilmektedir⁴⁴. Dolayısıyla yapımcı, geniş kurallar koymakta ve iş ilişkisinin sürdürülmesine dair koyduğu kurallar kulüpleri ve e-sporcuları bağlamaktadır.

Yapımcı hazırlamış olduğu şablon sözleşme örnekleri ile kulüp ve e-sporcu arasındaki sözleşme hakkında kendisinin bilgilendirilmesini talep hakkına sahiptir⁴⁵. Yapımcı, turnuvaları lig sistemlerine göre düzenlemekte ve bu ligler de genel olarak coğrafi bölgeler esas alınarak örneğin, Avrupa, Asya, Kuzey Amerika olarak belirlenmektedir. Bir e-sporcunun tek bir coğrafyada turnuvaya katılmasını şart koşulabilmektedir. Ayrıca yapımcılar zaman zaman e-sporcunun video yayın platformlarında kendi kişisel tercihine dayanarak yayın yapmasını da yasaklayabilmektedir⁴⁶.

E-spor çalışma ilişkisinde oyun yapımcısı ve lig düzenleyicisi üçüncü kişi açısından asıl işveren-alt işveren ilişkisine benzer bir durum söz konusudur. Oyun yapımcısı, kulüpler ve e-sporculara uygulanacak kurallar koysa da doğrudan e-sporculara emir ve talimatlar vermemektedir⁴⁷. E-sporcu, iş görme edimini de kulübe karşı borçlanmakta ve ifa etmektedir. Yapımcı daha çok federasyon gibi hareket ederek, düzenleyici işlemler ile standartları belirlemektedir. Yine e-spor sözleşmesinde yapımcı ile işveren kulüp arasında kurulan sözleşmenin franchising sözleşmesi niteliğinde bir sözleşme olduğunu da söylemek mümkündür. Her somut olayın ayrıca değerlendirilmesi gerektiği açık olmakla beraber oyun yapımcısının asıl işveren veya birlikte işveren olarak değerlendirilemeyeceği kanaatindeyiz.

2. İşveren

Genel anlamda sporcu sözleşmesinin nitelik olarak hizmet sözleşmesi kapsamında kabul edilmesi görüşü literatürde belirtilmektedir⁴⁸. TBK m. 393/I'de tanımlanan hizmet sözleşmesinin unsuru olan bağımlılık unsuru hem klasik spor hem de e-spor sözleşmelerinin ayrılmaz unsuru olduğu açıktır. Bu bağlamda e-sporcunun bağımlı olarak çalıştığı işveren hizmet sözleşmesinin sonuçlarından sorumlu olacaktır.

İşverenin emir ve talimatı ile e-spor oyuncusu bağımlı olarak, yayıncılara röportaj vermekte, antrenman yapmakta, müsabakalara katılım sağlanmakta ve internet üzerinden yayın yaparak çalışmasını sürdürmektedir. Yine e-sporcular, işverenlerin belirlediği turnuvalarda mücadele etmek zorundadırlar. Bu turnuvalara katılma veya katılmamak kararları işveren tarafından alınmaktadır.

İşveren marka değerini korumak amacıyla e-sporcunun başka liglerde çalışmasını yasaklayabilmektedir. Bu durum özellikle e-spor işçisinin rekabet içinde olan iki farklı kulüp bünyesinde mücadele etmesinde görülmektedir. Ayrıca e-sporcuların, kendi adlarına video yayın platformlarında yayın yapmasına dair yasaklar da zaman zaman işverenler tarafından uygulanmaktadır⁴⁹.

Üretilen içerikler oyun yapımcıları, turnuvaları düzenleyen organizasyonlar, üçüncü kişiler ve en nihayetinde e-sporcuların kendileri tarafından yayına verilebilmektedir. E-sporcular, işverenleri tarafından verilen emir ve talimatlar uyarınca yayın yapabildikleri gibi sadece kendi kişisel tercihlerine dayanarak da yayın yapabilmektedirler. İşverenin emri ve talimatı altında hareket eden e-sporcu yayın sırasında işveren markasını kullanmakta ve işverenin reklamını yapmakla yükümlüdür⁵⁰. Bu yükümlülüklerin kapsamı işveren ile oyuncu arasında yapılan sözleşme ile belirlenecektir.

3. Oyuncu

Sporcular e-spor sözleşmesinin taraflarından biridir. Turnuvalar ve karşılaşmalar haricinde internet üzerinden birçok platformda yapılan yayınlar, üretilen videolar ile de gittikçe büyüyen bir sektörde⁵¹ işveren ve çalışan arasında iş ilişkisinin kurulduğu açıktır. Nitekim bu sektör içinde oyuncular, turnuvada yer alan oyuna göre değişen oyuncu sayısından oluşan takımlar halinde faaliyette bulunmaktadır. Sanal bir dünyada yapımcı ve işveren tarafından belirlenen ilgili düzenlemeler sınırı içinde oyuncular işverene bağımlı olarak oyun oynayarak işverene kâr sağlamaktadırlar.

E-sporcular da klasik sporcular gibi çok yoğun bir şekilde antrenmanlar yapmakta ve reflekslerini dinç tutmaya çalışmaktadırlar⁵². El ve göz koordinasyonu, motor becerileri, dayanıklılık gibi hususlarda e-sporcular kendilerini geliştirmeye çalışmaktadırlar. Teknolojik cihazların ve oyunların saliselik tepkilere açık olması, e-sporcuların reflekslerinin hızlı olmasını gerektirmektedir.

⁴³ MEOLA, Andrew: "The biggest companies sponsoring eSports teams and tournaments", 12.01.2018, Top ESports Sponsors&Gaming Sponsorships (businessinsider.com), (Erişim: 13.05.2022).

⁴⁴ BAYLISS, s.373.

⁴⁵ Bakınız; RIOT GAMES: "Official Eri Rulebook 2022 Season", s.34 vd., <https://assets.contentstack.io/v3/assets/bltad9188aa9a70543a/blt884d00bfa94ea7e7/ERL-EM-Rulebook.pdf>, (ERL), (Erişim: 21.04.2022).

⁴⁶ HOLDEN/III A. BAKER, s.433.

⁴⁷ WONG, s.36.

⁴⁸ AYDOS, Oğuz Sadık: Sporcu Sözleşmesinin Feshi, AÜHF, 62(3), 2013, s.648.

⁴⁹ WONG, s.147.

⁵⁰ WU, Yifan: "Booming e-sports industry faces contract challenges", 14.04.2017, Booming e-sports industry faces contract challenges - Medill Reports Chicago (northwestern.edu), (Erişim: 12.04.2022).

⁵¹ JUHO/SJÖBLOM, s.212.

⁵² ÖNDER, Ahmet: "Oyundan İşe, Oyunculuktan İşçiliğe: E-Spor Oyuncularının Emek Süreçlerine Dair Eleştirel Bir Değerlendirme", Emek Araştırma Dergisi, 12(19), 2021, s.68.

E-spor oyuncularının çalışma ilişkisi içinde işverene bağımlı olarak iş görme yükümlülüğü içinde oldukları görülmektedir. Özellikle, yasal düzenlemesi bulunmayan bu sektörde profesyonel takım oyuncuları açısından lig ve turnuva zamanlarında haftalık çalışma sürelerinin yaklaşık 60 saati bulunduğu görülmektedir⁵³. E-sporun bağımlılık ilişkisi içinde ve ücret karşılığında yerine getirilmesi halinde taraflar arasındaki ilişkinin hizmet sözleşmesine dayandığını kabul etmek doğru olacaktır. Ancak sporcular İş Kanunu kapsamı dışında tutuldukları için kendilerine Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanması gerekecektir⁵⁴.

D. Tarafların Hak ve Yükümlülükleri

E-spor sözleşmesi taraflara belirli hak ve yükümlülükler öngörmektedir. Tarafların e-spor sözleşmesi ile belirlenen yükümlülüklerine uygun olarak davranması gerekmektedir. Söz konusu sözleşmenin yanı sıra klasik spor hukuku açısından düzenlenen hak ve yükümlülükler dikkate alınması gerekecektir. E-spor sporcu sözleşmesine niteliği uygun düştüğü ölçüde Profesyonel Futbolcuların Statüsü ve Transferleri Talimatı 24 ve 25. maddelerde yer alan ve tarafların hak ve yükümlülüklerini düzenleyen hükümlerinin uygulanması gerektiği literatürde ifade edilmektedir⁵⁵. Bu bağlamda e-sporcuların çalışma süreleri, dinlenme hakları, ücret hakları, çalışma ilişkisinden ortaya çıkacak diğer hakları ve yükümlülükleri mevcut düzenlemeler ve genel hükümler çerçevesinde yorumlanarak belirlenebilir.

1. E-Sporcuların Hak ve Yükümlülükleri

Çalışma ilişkisinden kaynaklanan hakların korunması açısından önemli sorunlar yaşanmakta ve e-sporcuların hakları ihlal edilmektedir. Spor endüstrisinde sporcuların sözleşmelerinin kayıt dışılığı, ücret alımlarında yaşanan sorunlar, sosyal ve ekonomik güvencelerden yoksunluk gibi sorunlar⁵⁶, e-sporcular açısından da geçerlidir. Özellikle çalışma sürelerinin belirsizliği ve herhangi bir iş güvencesinin olmaması bu sorunların en önemlileri olarak örnek verilebilir. Nitekim uygulamadan bilindiği üzere oyuncuları koruyan yeterli yasal düzenlemeler olmadığı için işverenler oyuncular ile sözleşmeyi her an feshederek iş ilişkisini sonlandırılabilir. Bunun dışında söz konusu oyuncuların hizmet sözleşmesiyle uzaktan çalışan statüsünde oldukları fiilen bir gerçeklik olduğu göz önünde bulundurulduğunda, bu çalışanların da sigortalı çalıştırılması gerektiği açıktır. Bu bağlamda uzaktan çalışanlar ile diğer çalışanlar arasında herhangi bir farkın gözetilmemesi gerekmektedir⁵⁷.

a. E-Sporcuların Çalışma ve Dinlenme Süreleri

E-sporcuların çalışma şekli, çalışma süresi ve dinlenme süresi arasındaki sınırı ortadan kaldırmaktadır⁵⁸. Sporcular, mevzuatta günlük asgari dinlenme sürelerini dahi kullanamamakta, normal çalışma sürelerinin çok üzerinde çalışmış olmalarına rağmen uygulamada fazla çalışma ücreti alamamaktadırlar. Aynı şekilde hafta tatili, yıllık ücretli izin, ara dinlenmesi gibi hakları e-spor işçileri ve e-spor çalışma piyasasında uygulanmamaktadır. E-sporcular açısından dinlenme sürelerinin yasal sınırlarının belirlenmesi ve uygulanması açısından mevzuatta ve uygulamada boşluk bulunmaktadır.

E-sporcular, antrenman ve müsabakalar harici yayınlar yapmaktadırlar Yayınlar iki şekilde; işverenin emri ve talimatı ve e-sporcunun kendi isteğiyle yapılmaktadır. İşverenin emri ve talimatı ile yayın yapan e-sporcunun, yayında geçirdiği süre çalışma süresinden sayılması gerekir. Ancak kendi isteğiyle yayın yapması halinde emir ve talimat altında olmadığı için yayında geçirdiği süre çalışma süresi sayılmayacak ve bu sürelerin fazla çalışma olarak nitelendirilmesi mümkün olmayacaktır. İşverenin talebi ve onayı olmadan yapılan çalışmayı fazla çalışma olarak nitelendirmek mümkün değildir. Uygulamada sıklıkla görüldüğü üzere işverenler, oyun evi (gaming house) olarak adlandırılan işyeri ve lojman işlevlerini bir arada gören yerlerde kalan işçilerin yayın yapmasını desteklemektedirler. Sporcular, işverenin yönetim ve denetimi altında olan oyun evlerinde yayın yapmaktadırlar. Bu duruma sessiz kalan işveren zımni olarak fazla çalışmayı onaylamış demektir. E-sporcuların bu nitelikte yayınlarının çalışma süresinden sayılması gerektiği kanaatindeyiz.

E-sporcuların çalışma sürelerine ilişkin bir diğer özel durum ise, ulaşılama haklarının sürekli ihlal ediliyor olmasıdır. Ulaşılama hakkı, günümüz çalışma hayatında işçilerin, iş ve özel hayatı arasındaki dengenin gittikçe bozulmasına karşı tartışılmalı bir kavramdır⁵⁹. Ulaşılama hakkı; işçinin dinlenme süreleri içerisinde ve çalışma süreleri dışında, iş ilişkisinde herhangi bir olumsuz sonuçla karşılaşmadan, iş ile ilgili her türlü bağlantıyı kesmesi ve işle ilgili olarak rahatsız edilmemesi olarak tanımlanabilir. Yoğun olarak teknolojik cihazlarla çalışan e-sporcular, teknolojik cihazlarla bağlantıyı kesememektedirler. Sürekli bağlantıda kalınması e-sporcuların hayatlarının sadece işten oluşması ve iş yaşam dengelerinin bozulması

⁵³ DEMİR, Can: Bilişim Sektöründe Esnek Çalışanların Sorunları: E-Spor Sektörü Çalışanları Üzerine Bir İnceleme, ÇOMÜ SBE, Yayınlanmamış YL Tezi, s.116.

⁵⁴ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.174; SENYEN KAPLAN, s.80.

⁵⁵ DOĞU, Hakkı Mert: E-spor ve E-Spor Hukukunda Sporcu Sözleşmeleri, AÜHFD, 69(2), 2020, s.449.

⁵⁶ ŞASMAZ ATAÇOCUĞU, Muazzez/ZELYURT, Mert Kerem: “Profesyonel Futbolda Emek-Sermaye İlişkileri: Alt Liglerde Ücret, Sosyal Güvence ve Sendika Olgusu Üstüne Nitel Bir Çalışım”a, Sportif Bakış, Spor ve Eğitim Bilimleri Dergisi, 3(2), 2016, s.104.

⁵⁷ SAKAR, Müjdat/SAHİN ERKAN, Duygu: “Esnek Çalışma Modellerinden Uzaktan Çalışma ve Uzaktan Çalışanların Sigortalılığı”, SGD-Sosyal Güvenlik Dergisi, 11(2), 2021, s.249-267.

⁵⁸ JOHNSON/WOODCOCK, s.1450.

⁵⁹ ALPAGUT, Gülsevil: Teknolojik Gelişmelerin İşçilik Haklarına Etkisi-Daimi Ulaşılabilirlik, Prof. Dr. Turhan Esener III. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, (Ed. Ender Demir/Beste Gemici Filiz), Ankara, 2021, s.325; Eurofound and the International Labour Office: Working Anytime, Anywhere: The Effects on the World of Work, Publications Office of the European Union, Luxembourg, and the International Labour Office, 2017, s.49.

anlamına gelmektedir. Sürekli iş ile bağlantıda kalınması e-sporcuların stres başta olmak üzere birçok psikososyal risk ile karşı karşıya kalmasına sebep olmaktadır. E-sporcuların çalışma kariyerlerinin kısa sürme nedenlerinden biri olan iş ile bağlantıyı kesmelerine engel olan çalışma şekillerinin olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. E-sporcuların ulaşılama hakkının korunması daha sağlıklı bir çalışma ortamının sağlanması açısından elzem niteliktedir.

b. E-Sporcuların Ücret ve Yayın Gelirleri

E-spor sektöründe internet üzerinden yayınlar yapılmakta ve videolar üretilmektedir⁶⁰. İnternet üzerinden yayın yapılan platformlarda, izleyicilerin yayıncı e-sporculara bağış yapması çok sık karşılaşılan bir durumdur. Yayıncının sahip olduğu şöhret, ilgi çekici ve izleyicileri bağlayıcı akış, yayıncılara üçüncü kişilerden doğrudan gelir kazandırmaktadır. Yapılan bu bağışın işverene mi yoksa sporcuya mı ait olacağı tartışma konusudur⁶¹. Öncelikle belirtmek gerekir ki, e-sporcu dışında sadece oyun yayını yaparak gelir elde eden kişiler de vardır. Söz konusu kişiler, bağımsız olarak yayın yapabildikleri gibi bir işverene bağımlı olarak da yayın yapabilmekte ve e-sporculardan farklı bir statüde bulunmaktadırlar. Amacımız yayın yapan e-sporcuları incelemek olup bu şekilde sadece işverene bağımlı yayın yaparak para kazanan yayıncılar bu araştırmanın konusu dışında tutulmuştur.

E-sporcunun, tamamen kendi kişisel tercihi ile yayın yaparak gelir elde etmesi durumunda, işverenin bu gelir üzerinde herhangi bir talep hakkı olmadığını söyleyebiliriz. Ancak yapılan yayının iş sözleşmesi kapsamında, işverenin emri ve talimatı altında yapılması durumunda iş görme ilişkisi oluşacaktır. Ücret ödeme yükümlüsü sadece işveren olmayıp 3. Kişiler tarafından da sağlanabilecektir. Üçüncü kişilerce yapılan ödemeler özellikle yüzde usulü ücret ile çalışanları kapsamakta olup, bu şekilde ödemeler ücretin tamamı olabileceği gibi işveren tarafından ödenen ücrete ek olarak yapılan ödeme olacağı da kararlaştırılabilir⁶².

TBK kapsamında bulunan profesyonel sporcuları istihdam eden kulüplerin en önemli yükümlülüğünü oluşturan ücret, onların en temel hakkıdır. Profesyonel futbolcular kulüpleri ile sözleşme imzalayarak iş görme borcu, kulüpler de bunun karşılığında futbolculara ücret ödeme yükümlülüğü altına girmektedirler⁶³. Aynı hak ve yükümlülüğün e-sporcular açısından da kabul edilmesi gerekir.

İşveren, yayın gelirlerinin bir kısmını veya tamamını prim olarak işçiye ödeyebilir. Ödemelerin niteliğinin belirlenmesi için sözleşmenin hükümlerine bakmak gerekir. E-sporcunun yayın gelirlerinin ücret veya prim olarak kabul edilmesi farklı sonuçları ortaya çıkaracaktır. Yayın gelirlerinin ücret olarak kabulü hâlinde; temel ücreti esas alınarak hesaplanan fazla çalışma gibi işçilik alacaklarının hesabında, yayın gelirlerinde dikkate alınması gerekir. Ancak yayın gelirlerinin prim olarak kabulü hâlinde, temel ücret esas alınarak hesaplanan işçilik alacaklarının hesabında yayın gelirlerinin göz önüne alınmayacağı görüşündeyiz.

E-sporcuların kazandıkları gelirler İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığınca hazırlanan bir özelge doğrultusunda ücret olarak değerlendirilmekte ve normal ücret kazancı gibi artan oranlı gelir vergisi tarifesine tabi tutulmaktadır. Klasik sporculara ise yapılan ödemeler ücret kazancı kabul edilerek bu kazancın vergilendirilmesinde genel oranlar kullanılmamakta, sporu teşvik etmek amacıyla sabit bir oran üzerinden liglerin seviyesine göre çeşitli oranlar belirlenmektedir. Ancak e-sporcular vergilendirme açısından sporcu değil oyuncu olarak kabul edilmektedir. Bu bağlamda bizim katıldığımız görüş olarak, vergi mevzuatında klasik sporculara uygulanan vergilendirilmenin e-sporculara da uygulanması gerektiği çalışmalarda belirtilmektedir⁶⁴.

2. İşverenin Hak ve Yükümlülükleri

E-spor sözleşmesinden kaynaklanan çalışma ilişkisi işveren kulüp için bu sözleşme kapsamında hak ve yükümlülükler tanımlanmaktadır. Doğal olarak sporcunun belirli bir ücret karşılığında kulübü adına yarışması, yayın yapması ve çalışma ilişkisinde doğan diğer yükümlülükleri taahhüt etmesi karşılığında işveren de çalışma ilişkisinden doğan borçları karşılama yükümlülüğü altında olacaktır. E-sporcuların turnuva ve organizasyonlara hazırlanması için tüm iş araç ve malzemeleri, fiziksel ortam işveren tarafından sağlanacaktır. Ancak; TBK m.413 uyarınca taraflar bunun aksine anlaşma yapabilecektir. Gelişen teknolojiye uygun olarak sporcuya eğitimler verilmesi de işverenin yükümlülükleri arasında olacaktır.

E-spor sözleşmesi kapsamında işveren sözleşmeye aykırı davranan sporcuya yaptırımlar uygulayabilecektir. İşverenler özellikle yönetim hakkına dayanarak takım kadrolarının oluşturulmasında

⁶⁰ JUHO/SJÖBLOM, s.212.

⁶¹ Faze Clan adlı profesyonel e-spor kulübü, çalıştığı e-sporcunun aralarındaki sözleşmeye aykırı davranarak kulübe zarar verdiğini iddia etmiştir. Kulüp, e-sporcunun yayınlar aracılığıyla ve sponsorluk anlaşmaları ile kazandığı geliri sözleşmeye uygun olarak kulüp ile paylaşmadığını iddia ederek, dava açmıştır. Bakınız; ALEXANDER, Julia: “Faze Clan sues Fortnite star Tfue, claims he earned more than \$20 million from streaming”, 01.08.2019, Faze Clan sues Fortnite star Tfue, claims he earned more than \$20 million from streaming-The Verge (Erişim: 12.04.2022).

⁶² ŞAKAR, Müjdat: İş Hukuku Uygulaması, 12.B, Beta Yayınları, İstanbul, 2018, s.98; EYRENCİ, Öner/TAŞKENT, Savaş/ULUCAN, Devrim/BASKAN, Esra: İş Hukuku, 10.B, Beta Yayıncılık, İstanbul 2020, s.140.

⁶³ AYDIN, Ufuk/CANBEY ÖZGÜLER Verda/KOCABAŞ, Fatma/YALIZ SOLMAZ, Dilek/KATIRCI, Hakan/DEMİRKAYA, Seher/YÜCE, Arif/ETCİ, Hilmi: Türkiye’de Profesyonel Sporcuların Çalışma Koşulları ve Örgütlenme Eğilimleri. Çalışma ve Toplum Dergisi, 55(4), 2017, s.1878.

⁶⁴ ÖZ, Melek/BÜLBÜL, Duran: “Türkiye’de E-Spor Oyuncularının Vergilendirilmesi”, Legal Mali Hukuk Dergisi, 2020, 16(184), s.789–814; KIZIL, Erkan: “Türk Vergi Sisteminde Sporcuların ve Elektronik Sporcuların Vergilendirilmesi”, Mali Çözüm, 30(159), s.261-273.

kararlar almakta, e-sporcuların oyun içinde nasıl mücadele edeceklerini yine diğer işçileri ile olan koçlar aracılığıyla belirlemekte ve e-sporcuların uyması gereken kuralları koymaktadırlar. Ayrıca e-spor işçilerine reklam amaçlı bazı markaların⁶⁵ ve işverenlerin logolarını içerir özel formalar giymeleri talimatları verilmektedir. Bunun yanı sıra saliselik internet bağlantısının kopması dahi sorun çıkaracağı için işverenler turnuvalara katılım amacıyla e-sporcuların özel olarak belirlenmiş, belirli bölgelerde kalmalarını ve bu bölgelerin dışına çıkmalarını yasaklayabilmektedir⁶⁶.

Uygulamada, işverenler tarafından belirlenen bireysel yada takım antrenmanlarının gerçekleştiği odalar, diğer deyimle oyun evi olarak bilinen mekanlarda; e-sporcular konaklamakta, antrenmanlar yapmakta ve mücadele etmektedirler⁶⁷. Oyun evleri, e-sporcuların konaklaması amacıyla kullanılmasının yanı sıra işyeri niteliği taşımaktadır⁶⁸. E-sporcuların antrenmanlara katılması, turnuva ve karşılaşmalar öncesi hazırlanması, koçlar eşliğinde taktik geliştirmesi, yayıncı kuruluşlar varsa bunlara röportaj vermesi hususları da işverenlerin talep haklarının olduğu konulardır.

E-spor liglerini düzenleyenler kendilerine rakip gördükleri, benzer oyun ve mücadele mantığı olan oyunların popülerliğinin artmasını engellemek için kendi liginde yarışan e-sporcuların başka liglerde yarışmasını ve farklı işler görmesini çoğu zaman yasaklamaktadır⁶⁹. Örnek olarak bir futbol oyunu liginde yarışan e-sporcu, bir savaş oyunu liginde yarışan başka takıma çoğu zaman dahil olamamaktadır. İki oyun tamamen farklı liglere ait olsa bile uygulamada çoğunlukla bu yasaklarla karşılaşmaktadır. İşverenler de bazen birden çok ligde mücadele etmeleri ve diğer ligde yer alan kulüplerle hâlihazırda rekabet içinde olmaları nedeniyle bu tür yasakları uygulamaktadırlar.

Oyun yapımcısı, işveren ve işçi arasında bu tür yasakların esasen sadakat borcu kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Özellikle oyun yapımcısının e-sporcuya getirdiği yasaklamaların Borçlar Kanunu çerçevesinde rekabet yasağı kaydına uygun olması gerektiği kanaatindeyiz. Aksi takdirde e-sporcuların ekonomik geleceğini tehlikeye düşürecek yasaklamaların rekabet yasağı kurallarına aykırılık nedeniyle geçersiz sayılması doğru olacaktır.

Uygulamada e-sporcuların harici yazılım veya cihazlarla hile yaptığı veya doping uyguladığı görülmektedir⁷⁰. Sportmenlik ve centilmenlik dışı değerlendirilebilecek söz konusu eylemler, e-sporcunun iş sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshine neden olabileceği nitelikte davranışlardır. Bu bağlamda söz konusu sporcuların faaliyetleri sırasında şike ve bahis eylemlerine başvurdukları da bilinmekte olup bu davranışların aynı kapsamda değerlendirilmesi gerekir⁷¹. Sporcuların sözleşmeye aykırı davranışları, işveren kulübün turnuvalardan menedilmesine sebep olabilir. Nitekim çalışma ilişkisi içinde ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırı davranışlar nedeniyle işveren, sporcuların hukuki sorumluluğuna ilişkin hükümlere başvurabilecektir. E-sporcu açısından söz konusu çalışma ilişkisine aykırı davranışlara bir hukuki yaptırım belirlenmemiş olsa bile sadakat ilkesi, ahlak kuralları ve dürüstlük kuralları bu durumda belirleyici olacak ve söz konusu davranışlar hukuken himaye edilmeyecektir.

IV. E-SPOR ÇALIŞMA İLİŞKİSİNİN TOPLU İŞ HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Ülkemizde e-sporcular açısından sendikalaşma ve toplu iş sözleşmesi girişimleri henüz söz konusu değildir. Dünyada ise e-spor alanında sendikalaşma yönünde bazı adımlar atıldığı görülmektedir⁷². Ayrıca bu sektörün öncülerinden olan oyun yapımcısı Riot Games, sendika benzeri bir yapıyı hayata geçirmeye çalışmaktadır⁷³. Ancak oyun yapımcısı tarafından hayata geçirilmeye çalışılan yapıyı, sendika olarak nitelendirmek sendikal örgütlenmenin temel ilkelerine aykırıdır. Çünkü işveren, işveren vekili ve işçinin bir çatı altında oluşumunu hedefleyen bu örgütlenmeleri sendika olarak nitelemek mümkün değildir. Söz konusu yaklaşım sendika saflığı ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

İşveren karşısında bireysel olarak güçsüz konumda olan işçiler, sendikalar aracılığıyla daha güçlü bir pazarlık gücünün elde edebilir. İş yaşam dengesinin bozulduğu, aralıksız çalışmaların yapıldığı, yıpratıcı ve aşırı rekabetçi olan e-spor sektöründe, e-sporcuların korunması için en uygun yol sendikalaşma olacaktır.

⁶⁵ E-spor sektörü dışında yer alan büyük otomobil markaları dahi e-spor sektörüne sponsorluk sözleşmeleri ile dahil olmaktadır. Bakınız; STEINBERG, Jessy: “The Explosive Growth of Esports–Trends to Watch in 2018”, 08.01.2019, The Explosive Growth of Esports – Trends to Watch in 2018 (provokemedia.com), (Erişim: 13.04.2022). Bir otomobil markası olan Lexus, e-spor piyasasının yükselen değerini dikkate alarak ABD merkezli bir e-spor takımının adını taşıyan otomobil üretmiştir. Bakınız; SESSIONS, Leigh, Anne/SCHNEIDER, Eric: Lexus X 100 Thieves Customized Vehicle Features First Design Generated by Championship Gameplay, 14.06.2022, <https://www.pnewsire.com/news-releases/lexus-x-100-thieves-customized-vehicle-features-first-design-generated-by-championship-gameplay-301566951.html>, (Erişim: 14.06.2022).

⁶⁶ WONG, s.130.

⁶⁷ JOHNSON/WOODCOCK, s.1458.

⁶⁸ ÖNDER, s.68.

⁶⁹ HOLLIST, s.829; HOLDEN/III A.BAKER, s.412.

⁷⁰ SHMATENKO, s.401.

⁷¹ “Starcraft 2: E-sport stars charged with match fixing”, 25.04.2016, Starcraft 2: E-sport stars charged with match fixing - BBC News (Erişim: 05.2022).

⁷² MULLEN, Liz: “Two groups vie to establish esports players associations”, 13.04.2018, Two groups vie to establish esports players associations - L.A. Business First (bizjournals.com), (Erişim: 22.04.2022).

⁷³ KOGEL, Jonathan: “State of the Esports Player Union: Drawbacks and Legal Challenges”, 08.05.2018, State of the Esports Player Union: Drawbacks and Legal Challenges – ARCHIVE - The Sports Observer (Erişim: 14.05.2022)

Kişisel beceri ve yeteneklerini kullanarak, izleyicileri ve taraftarları oyuna çekerek asıl geliri kazandıran e-sporcular, bu sektörün en kırılgan öznesi durumundadır.

İçerik üretimi ve tüketimi ile doğrudan ilişkili olan e-spor, e-spor çalışanlarının korunması sendikalar aracılığıyla sağlanabilir. Ayrıca genç ve çocuk işçilerin emeğinin çok yoğun olduğu bu sektörde, çalışanların daha fazla korumaya ihtiyaçları olduğu açıktır. Özellikle yol gösterici olması açısından İŞK'da yer alan asgari çalıştırma yaşı ve çocukları çalıştırma yasağı ile gece çalışmasına ilişkin hükümler e-spor işçisi çocuk ve genç işçiler açısından önem arz eder⁷⁴. Diğer mesleklerle kıyasla kısa sayılabilecek e-spor kariyerleri sonrası, e-sporcular için sosyal ve ekonomik güvence sağlanmasında sendikaların önemli etkisi olabileceği kanaatindeyiz.

Ancak, e-spor sektöründe sendikalaşma kendine has bazı zorluklar içermektedir. E-spor, standart olmaması, her oyunun, ligin veya turnuvanın kendine has özelliklerinin olması başlıca sorunlardan biridir⁷⁵. Ayrıca oyun yapımcısı, kulüp ve e-sporcu üçgeni sendikalaşmayı zorlaştırmaktadır⁷⁶. Oyun yapımcısının işveren olarak kabul edilmemesi hâlinde toplu iş sözleşmesi görüşmelerinin sadece işveren olan takım ile yapılması söz konusu olacaktır. Bu durum, oyun yapımcılarının fikrî ve sınai haklarının sendikalaşmaya etkisini tahmin etmeyi daha da zorlaştırmaktadır. Ayrıca oyun yapımcısının oyunu kullanımdan kaldırmasını engelleyen bir yasaklama mevcut değildir. Oyunun kullanımdan kaldırılması durumunda ise herhangi bir toplu iş sözleşmesi görüşmesinden bahsetmek mümkün olmayacaktır⁷⁷.

E-spor sektöründe e-sporcuların sürekli takım, kulüp değiştirmeleri, yeni çıkan oyunlara yönelmeleri ya da e-sporu belirli nedenlerle kısa veya uzun süreli icra etmeyi bırakmaları çok sık karşılaşılan durumdur. Özellikle yeni bir oyunun piyasaya sürülmesi ile e-sporcuların öncü olma niyetiyle yeni oyunda çalışmalara başlamaları, zamanlarının büyük çoğunluğunu yeni oyuna ayırmaları ve ortaya çıkan yeni fırsatları değerlendirmek amacıyla bağımlı çalışmaktan bir süreliğine vazgeçmeleri sendikalaşma ve toplu iş sözleşmeleri önünde engel olabilecektir⁷⁸.

Ülkemizde mevzuata göre sendikal örgütlenmenin amaç ve düzeyini işkolu esaslı belirlemektedir⁷⁹. E-sporcular açısından örgütlenmenin genel bir e-spor sendikası şeklinde mi olacağı ya da oyun bazında mı bir sendikalaşma mı olacağı tartışılabilir diğer bir husustur⁸⁰. Her iki yaklaşım birtakım avantajlar ve dezavantajlar içermektedir. Örnek vermek gerekirse, oyun bazlı bir sendikalaşmada, ilgili e-spor oyununa ilişkin özel şartların değerlendirilmesi daha sağlıklı şekilde yapılabilir. Ancak bugün icra edilen bir e-spor oyunu çok kısa bir süre sonra piyasadan silinebilir, takipçilerini kaybedebilir ve birçok nedenle tercih edilmeyebilir⁸¹. Böyle durumlarda sendikaların faaliyetlerinin sona erdirilmesi gerekecektir. Ayrıca, e-spor oyununu temel alan sendikalaşma yaklaşımı, sendikaların faaliyetleri için gerekli olan maddi desteğin e-sporcular için masraflı olmasına sebep olabilir. Bu yaklaşımda sendikaların sayıca az üyeye sahip olması da pazarlık gücünü azaltabilir⁸². Genel bir e-spor sendikası yaklaşımında ise pazarlık gücü daha yüksek olacaktır. Ancak dezavantaj olarak, çok değişken olan e-spor piyasasına uyum sağlamanın zorlukları nedeniyle sorunların ortaya çıkabileceği söylenebilir.

E-sporcu sayısında her yıl sürekli artış yaşanmasına rağmen, henüz yeteri kadar bilinmemesi bazı sorunları beraberinde getirmektedir. Örnek olarak toplu iş sözleşmesi yapılması sürecinde, yetkili sendikayı belirlemek için gerekli olan baraj koşulunun sağlanıp sağlanmadığı hususu ancak e-sporun hangi işkoluna girdiği tespiti yapıldıktan sonra cevaplanabilir. E-sporun, var olan iş kollarından birine dahil olduğu tespiti edilmesi durumunda STİSK m.41/1'de belirtilmiş olan %1 baraj koşulunun sağlanması ise çok zor bir ihtimaldir. E-sporcuların toplam sayısında yetersizliği baraj koşulunun sağlanamaması anlamına gelebilir. Ancak gelecek yıllarda e-sporcu sayısının daha yüksek sayılara ulaşacağı düşüncesindeyiz. İşverenlerin birçok farklı oyunda mücadele eden takımlar kurdukları göz önüne alındığında, işletme toplu iş sözleşmesi hükümlerinin uygulama alanı bulabileceği söylenebilir.

Ayrıca, 6356 sayılı Kanunu'nda sendika tanımı açısından meslek esasına dayalı bir örgütlenmenin dışlanmış olduğu eleştirisine⁸³ rağmen söz konusu kanun kapsamında meslek veya işyeri esasına göre işçi sendikası kurulamayacağına ilişkin yasak kanundan çıkartılmıştır. Bu çerçevede profesyonel sporcuların

⁷⁴ Gece çalışması için bakınız; MÜLAYİM, Baki Oğuz: İş Hukukunda Gece Çalışması, Ankara, 2016; DURSUN ATEŞ, Sevgi: "Turizm, Özel Güvenlik Ve Sağlık Hizmeti Yürütülen İşlerde Gece Döneminde Yapılan Çalışmalar", 16(61), 2019, Legal İHSGHD s.81-126.

⁷⁵ CHANDLER, s.181.

⁷⁶ Oyun yapımcısı Riot Games, yayınladığı kurallar kitabı m.6.3.'de açıkça, kendi çıkarlarını korumak amacıyla uygun bulmadığı davranışları engellemek için ceza uygulayabileceğini belirtmiştir. Yapımcının, sendikalaşmanın önüne geçmek için e-sporcular üzerinde baskı kurması ve cezalar vermesi çok muhtemeldir. Bakınız; RİOT GAMES, (ERL), s.21.

⁷⁷ Oyun yapımcısı Blizzard, bir oyuna ait e-spor turnuvasını sonlandırmıştır. Bu oyunda uzmanlaşmış birçok e-sporcu ise kapatma kararı nedeniyle işsiz kalmıştır. Bakınız; TEREAN, Brent: "Blizzard ends the Heroes of the Storm Global Championship", 13/12/2018, Blizzard ends the Heroes of the Storm Global Championship (upcomer.com) (Erişim: 16.06.2022).

⁷⁸ PATEL, s.245; RIDENHOUR, s.1883.

⁷⁹ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN, s.462.

⁸⁰ PATEL, s.244.

⁸¹ PATEL, s.244.

⁸² HEGGEM, Timothy: "It's Complicated": Analyzing The Potential for Esports Players' Unions", Arizona State University Sports and Entertainment Law Journal, 6(3), 2017, s.454-455.

⁸³ YENİSEY DOĞAN, Kübra: "Sendikal Örgütlenmede İşkolu Esası ve İşkolunun Belirlenmesi", Çalışma ve Toplum, 4(39),2013, s.45-46.

sendikaya üye olmalarının yararları göz önünde bulundurularak bu sporcuların çalışma koşullarından kaynaklanan sorunlarına çözüm aramaları için tek çatı altında sendikal örgütlenmeye gerek duyulmaktadır⁸⁴. Böyle bir sendika içinde e-sporcuların da hakları korunabilecektir.

V. E-SPORCULARIN SOSYAL GÜVENLİK MEVZUATINA GÖRE HAKLARI

Uygulamada işverenlerin e-spor oyuncularını ya özel sigorta yaptırdıkları ya da hiçbir sigorta yaptırmadan kayıt dışı çalıştırdıkları görülmektedir. Ancak profesyonel sporcular 4857 sayılı İş Kanunu kapsamı dışında tutulmuş olmasına rağmen sosyal güvenlik haklarından yararlanmaktadır⁸⁵. Profesyonel sporcular dışında menajerler, teknik direktör ve antrenörler 5510 Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu⁸⁶ m.4/a kapsamında “*hizmet akdi ile bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılanlar*” sigortalı olarak sayılmaktadır. Nitekim sürekli spor faaliyetleri ile uğraşanların amatörlik olgusunun dışında kalacakları ve çalışan konumunda olacakları için sigortalı olmaları gerekmektedir⁸⁷.

Sosyal Güvenlik Kurumu’na sporcularını sigortalı olarak bildirmeyen veya daha düşük oranda bildiren profesyonel spor kulüpleri idari ceza işlemine tabi tutulmakla birlikte, sporcunun kendi kulübünden ayrıldığı yıl sonundan itibaren beş yıl içerisinde hizmet tespit davası açma hakkı bulunacaktır. Profesyonel sporcuların aksine amatör sporcular ile üye olduğu spor kulübü arasında işçi işveren ilişkisi olmadığından dolayı sigortalı sayılmazlar⁸⁸.

VI. E-SPORCULARIN İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİNE İLİŞKİN SORUNLARI

İş sağlığı ve güvenliği kuralları açısından ele alındığında, sürekli teknolojik cihazlarla çalışan e-sporcuların sağlığının tehlikede olduğu görülecektir. Teknolojik cihazların yaydığı mavi ışık nedeniyle karşılaşılacak göz hastalıkları, sürekli oturma nedeniyle karşılaşılacak fizyolojik sorunlar, fare ve klavye kullanmak nedeniyle ortaya çıkan elde titreme benzeri sorunlar ve uyku problemleri ile daha birçok risk ve tehlike e-sporcuları tehdit etmektedir⁸⁹. Sosyalleşme gibi ihtiyaçların giderilememesi nedeniyle ortaya çıkan stres ve diğer psikososyal riskler de e-sporcuların karşılaştıkları tehlikelerdendir. Aşırı çalışmanın e-sporcular üzerinde oluşturduğu fiziksel ve psikolojik baskı da dikkate değerdir⁹⁰. E-spor sektöründe görülen çalışma şekilleri, e-sporcuların yeme ve uyku problemlerini artırmaktadır. Teknolojik cihazlara ve oyunlara olan bağımlılık nedeniyle yurtdışında e-sporcular arasında intihar vakaları görüldüğü belirtilmektedir⁹¹.

E-spor piyasasında çalışma ilişkileri ve koşullarının tam anlamıyla düzenleme altına alınmamış olması e-sporcuların sağlık ve güvenliklerini etkilemektedir. Nitekim aşırı rekabetçi çalışma ortamı, e-sporcuların ara vermeksizin uzun sürelerle teknolojik cihazlarla bağlantıyı kesmeden çalışmalarına sebep olmaktadır⁹². İşlerini ve takımdaki pozisyonlarını kaybedecekleri düşüncesiyle e-sporcular turnuvalar harici de çok yoğun ve sürekli şekilde oyun oynayarak kendilerini geliştirmeye çalışmaktadırlar. Söz konusu antrenmanlar, işverenin emri ve talimatı ile yapılmasının yanı sıra zaman zaman e-sporcunun kendi tercihi ile de yapılabilmektedir. Böyle bir çalışma temposu içinde e-sporcunun sağlığının etkilenmemesi imkansızdır. Bu bağlamda söz konusu e-sporcuların çalışma şekli ve bu iş için ayırdıkları hangi sürelerin çalışma süresi sayılması gerektiği hususu tartışmaya açık konulardır.

E-sporcular çok erken yaşlarda çalışmaya başladıkları gibi çoğu zaman yirmili yaşların ortasında kariyerlerini sonlandırdıkları görülmektedir⁹³. Özellikle stres ve tükenmişlik e-sporcuların erken denilebilecek bir yaşta mesleklerini sonlandırmalarına sebep olmaktadır⁹⁴. E-sporcuların ortalama emekli olma yaşını göz önüne aldığımızda, e-sporcuların en erken mesleği bırakan meslek grubu olduğunu söylemek mümkündür.

E-sporcuların oyun sırasında birçok donanım ve ekipman kullanması gerekmektedir. Turnuvalarda kullanması gereken donanımlar oyun yapımcıları ve turnuva düzenleyicileri tarafından belirlenmektedir. Yapımcılar ve düzenleyiciler, özellikle sponsorluk anlaşmalarının korunması ve uygulanması amacıyla belirli donanımların kullanılmasını şart koşmaktadırlar. Yapımcı ve/veya düzenleyici tarafından belirlenen

⁸⁴ ÖZTUNA, Barış: “Profesyonel Türk Sporcularının Sendikal Hakları”, International Journal of Sport Culture and Science, 4(Özel Sayı 2), 2016, s.476.

⁸⁵ ÖZTUNA, Barış: “Türk Sporcularının Sosyal Güvenliği”, International Journal of Sport Culture and Science, 3(Özel Sayı 1), 2015, s.807.

⁸⁶ RG: 16/06/2006, 26200.

⁸⁷ SÖZER, Ali Nazım: İşçi, Bağımsız Çalışan ve Kamu Görevlileri Bakımından Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, 4.B, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019, s.121.

⁸⁸ ÖZTUNA, 2015, s.805.

⁸⁹ Terrance Moore isimli e-sporcu, canlı yayımlanan bir turnuva sırasında hayatını kaybetmiştir. Bkz; CROSSLEY, Rob: “Donations Pour in After Pro-Gamer Dies During Tournament”, 22.10.2014, <https://www.gamespot.com/articles/donations-pour-in-after-pro-gamer-dies-during-tournament/1100-6423078/>, (Erişim: 27.04.2022).

⁹⁰ ÖNDER, s.71.

⁹¹ HATTENSTONE, Simon: “The rise of eSports: are addiction and corruption the price of its success?”, 16.06.2017, The rise of eSports: are addiction and corruption the price of its success? | Sport | The Guardian, (Erişim: 16.06.2022).

⁹² Sağlık sorunları nedeniyle hastaneye kaldırılan e-sporcu, formdan düşmemek için hastanede oyun oynamaya devam etmiştir. Bakınız; MITCHELL, Ferguson: “‘League of Legends’ star plays with a collapsed lung from hospital bed”, 30.04.2014, ‘League of Legends’ star plays with a collapsed lung from hospital bed | Dot Esports (Erişim: 27.04.2022).

⁹³ HOLLIST, s.832.

⁹⁴ STANTON, Rich: “The secret to eSports athletes' success? Lots -- and lots -- of practice” 29.05.2015, ESports athletes put in hours of training to reach the pinnacle (espn.com), (Erişim: 30.04.2022).

sınırlar dışında donanımların kullanımı çoğunlukla mümkün olmamaktadır. Belirlenen donanım kuralına uyulmaması halinde e-sporcunun ve/veya takımın, kulübün turnuvaya/lige katılmaması şeklinde yaptırım uygulanabilmektedir. Bu donanımlar için görülmesi için gerekli olduğu gibi e-sporcunun sağlığı ve güvenliği açısından da önem arz etmektedir.

Uygulamada oyun yapımcısı ve turnuva düzenleyicisi tarafından seçilen donanımların iş sağlığı ve güvenliği için uygun olmaması hâlinde, işverenler çoğu zaman bu kuralları değiştirememektedir. Kuralların belirlenmesinde yapımcılar ve düzenleyiciler karar verici durumdadırlar. İlgili donanımların iş sağlığı ve güvenliğine aykırı olması ve neticede iş kazası ile meslek hastalıklarının ortaya çıkması halinde sorumluluğun kime yükleneceği sorusu ortaya çıkacaktır. Oyun yapımcısı ve turnuva düzenleyicisi ile işveren arasındaki ilişkinin, illiyet bağıını kaldırabilecek nitelikte olup olmadığı önemli bir sorundur.

Öncelikle, işverenin iş kazasından doğan hukuki sorumluluğunun kanuni dayanağı kısaca açıklığa kavuşturulmalıdır. İşverenin, iş kazasından doğan sorumluluğunun kusur sorumluluğu ya da kusursuz sorumluluk olduğu yönünde görüşler hem öğretilerde hem de yargı içtihatlarında kendisine yer bulmuştur⁹⁵. İşveren, koruma ve gözetim borcu işçinin yaşam, sağlık, beden bütünlüğü ve işçinin kişilik değerlerine dahil her türlü hakkın korunmasını gerektirir⁹⁶. İşverenin, sorumluluğunun kanuni dayanağı kural olarak TBK m.417'dir. TBK'den anlaşılacağı üzere, işverenin sorumluluğu akdi bir sorumluluktur. TBK'nin yanı sıra İSGK'de, işverenin sorumluluğuna ilişkin hükümler bulunmaktadır. İşverenin genel yükümlülüklerini belirten İSGK m.4'de belirtildiği üzere işveren her türlü önlemi almak mecburiyetindedir.

Müsabaka ve turnuvalarda, yapımcı ve/veya turnuva düzenleyicileri tarafından konulan donanım kurallarının emsal Yargıtay kararı ışığında değerlendirilmesi hâlinde, işverene iş kazaları nedeniyle sorumluluk yüklenemeyeceği anlamı çıkartılabilir⁹⁷. Donanım kuralları açısından işverenin herhangi bir yetkisi olmaması sebebiyle olası bir iş kazası veya meslek hastalığı hâlinde işverenin sorumlu tutulmayacağı akla gelebilir⁹⁸. Ancak kanaatimizce, işverenin iş kazasından doğan hukuki sorumluluğunun bu şekilde yorumlanması ve işverenin sorumlu olmadığını söylemek hatalı olacaktır. İşveren her ne kadar ekipman ve donanımların belirlenmesinde yetkiye sahip olmasa da söz konusu müsabakada veya turnuvada yarışmadan önce donanım kurallarını bilmektedir. İşveren, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin hususları bilerek ve kabul ederek, istihdam sağlamakta ve müsabaka ile turnuvalarda mücadele etmektedir. İşverenin, oyun yapımcısı ve turnuva düzenleyicisinin belirlediği donanımların iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uygun olmaması hâlinde, koruma ve gözetim borcu uyarınca turnuvaya, müsabakaya hiç katılmamayı da göz önünde bulundurabileceği kanaatindeyiz. Bu sebeple, işverenin donanım kurallarının belirlenmesi hususunda herhangi bir yetkisinin olmadığı ve illiyet bağının kesildiği söylenerek, işverenin kusurunun olmadığını ve sorumsuz olduğunu söylemek kanaatimizce mümkün değildir.

Önemle belirtmek gerekir ki, yaptığımız yorum turnuva ve müsabakalar dahilinde konulan donanım kurallarına ilişkindir. E-sporcunun, müsabaka ve turnuva dışında da antrenman veya işverenin talimatıyla yapılan yayın sırasında kullandığı donanım ve ekipmanlar nedeniyle karşı karşıya kalabileceği iş kazalarından ve meslek hastalıklarından işverenin sorumlu olduğu açıktır. Çünkü antrenman ve yayın sırasında kullanılacak donanım ve ekipmanlar üzerinde, işveren tam bir tasarruf yetkisini haizdir.

Türkiye Futbol Federasyonu (TFF) tarafından yayınlanan, Sağlık Ekiplerinin Yapılanmaları ve İşleyişleri Talimatı ve ekleri, sporcuları koruyucu iş sağlığı ve güvenliği talimatları açısından güzel bir örnektir. Ancak Türkiye E-spor Federasyonu, henüz TFF tarafından çıkartılan talimata benzer bir talimatı yayınlamamıştır. Türkiye E-spor Federasyonu tarafından yayınlanan özel bir talimatın hazırlanması, e-sporcular için yararlı olacaktır.

VII. SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Her geçen gün insanların ilgisinin arttığı ve dikkatleri üzerine çeken e-spor, klasik spor dallarının yıllar önce geçtiği benzer yollardan yavaş yavaş ilerlemektedir. Önceleri sadece bir hobi olarak görülen oyun oynamak, artık bir iş görme edimi hâlini almıştır. E-spor, diğer spor dallarında görülmeyen kendisine has özellikleri ile büyük bir piyasa olmaya adaydır. Öyle ki e-sporun uluslararası olimpiyatlarda yer almasının gerektiğine dair tartışmalar devam etmektedir.

Bir spor dalı olarak tanımladığımız e-spor alanında akla gelebilecek ilk tartışma e-sporcuların, işçi sıfatını haiz olup olmadığıdır. Çalışmamızda ayrıntılı olarak bahsettiğimiz üzere işverenin emir ve talimatı ile mücadele eden, yayıncılara röportaj veren, antrenman yapan müsabakalara katılan, internet üzerinden yayın yapan e-sporcular, bağımlı çalışan olarak hareket etmektedirler. İş görme edimini ücret karşılığı yapan e-sporcular geçimlerini de e-sporun kazandıkları ücret ile sağlamaktadırlar. Bağımlı çalışan sporcular

⁹⁵ Bu konuda görüşler için bakınız; SÜMER, Halük Hâdi: İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, 5.B, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s.210 vd.; CANIKLIOĞLU, Nurşen: "İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Çerçevesinde İşverenin İş Kazasından Doğan Hukuki Sorumluluğu", Prof.Dr.Turhan Esener I. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, (Ed. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu/Ender Demir), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s.43 vd.; SÜZEK, s.429-430; Yargıtay HGK, 03.02.2012, E.2010/21-36, K.2010/67 sinerjimevzuat.com.tr/, (Erişim: 09.06.2022).

⁹⁶ UŞAN, M. Fatih/ERDOĞAN, Canan: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, 2.B, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s.140-141; SÜZEK, s.425; AKYİĞİT, s.207.

⁹⁷ Yargıtay HGK, 03.02.2010, E.2010/21-36, K.2010/67, sinerjimevzuat.com.tr/ (Erişim: 20.06.2022).

⁹⁸ Karar incelemesi için bkz; AYDINLI, İbrahim: "İşverenin Koruma Yükümlülüğünün Sınırına İlişkin Hukuk Genel Kurulu Kararının Değerlendirilmesi", İş Dünyası ve Hukuk: Prof.Dr. Tankut Centel'e Armağan, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2011, s.98-120.

olduğunu düşündüğümüz e-sporcular, İş Kanunu m.4/1-g uyarınca İş Kanunu kapsamında olmasalar da Türk Borçlar Kanunu'nun hizmet sözleşmesine ilişkin hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Bunun yanı sıra, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun ve İş Hukuku'na ilişkin diğer mevzuat hükümleri de e-sporculara uygulanacaktır. Yakın tarihte söz konusu kanunlarda “e-spor iş sözleşmesi” şeklinde bir kavramın hukuk literatüründe yer alacağı kanaatindeyiz.

E-sporun kendine has özelliklerinin başında, kuşkusuz oyun yapımcılarının fikrî ve sınai haklarının, e-spor piyasası üzerinde yarattığı etki gelmektedir. E-spora konu oyunu piyasaya süren, çeşitli düzenlemeler ve güncellemeler ile oyunu oynanabilir durumda tutan ve bundan ticari gelir elde eden oyun yapımcıları, e-sporun popülerliğinin artmasını istemektedirler. Oyun yapımcıları, e-sporun gelişmesi için çabalarken kendi gelirlerinin korunması ve artması amacını ilk sıraya koymaktadır. E-spor aracılığıyla büyük bir gelire kavuşan yapımcılar, oyunlarının popüleritesini ve devamlılığını korumak amacıyla birçok önlem almaktan çekinmemektedirler. Örnek vermek gerekirse rakip oyunların popülerliğinin artmasını engellemek amacıyla yapımcılar, kendi oyunlarını oynayan e-sporcuların, başka e-spor oyunlarında mücadele etmesini istememektedirler. Ayrıca e-sporculara getirilen yayın yasakları da e-sporcuların gelir elde etmesi önünde yapımcılar tarafından koyulan engellerdendir.

Oyun yapımcılarının e-spor üzerindeki en önemli gücü ise kuşkusuz e-sporcular üzerindeki yaptırım gücüdür. Oyun yapımcıları hazırladıkları kurallar ile e-sporculara birçok sorumluluk yüklemektedir. Yapımcı, kendi koyduğu kuralın ihlal edilmesi hâlinde, soruşturmayı ve cezalandırmayı yine kendisi yapmaktadır. E-sporcu verilen cezaya karşı itirazı da ancak yapımcıya yapabilmektedir. Yapımcının ceza vermesi ve e-sporcunu, kariyerini sonlandırması önünde hiçbir engel yoktur.

E-sporcuların sorunlarının birçok çözüm yolu olmakla beraber kuşkusuz ilk akla gelen sendikalaşma ve toplu iş sözleşmesidir. E-spor piyasasında gerçek anlamıyla bir sendika henüz söz konusu olmasa da sendikacılık fikri gittikçe yaygınlaşmakta ve tartışılmaktadır. Ancak daha önce de bahsettiğimiz üzere oyun yapımcılarının fikrî ve sınai hakları sendikacılık önünde engel olarak göze çarpmaktadır. Ayrıca hızlı ve değişken e-spor piyasası sendika ve toplu iş sözleşmesi önünde engeller çıkarabilir.

Her çalışanın olduğu gibi e-sporcuların da iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasını isteme hakkı bulunduğu muhakkaktır. Çalıştıkları işin ve işyerinin özelliklerine uygun, riskleri tamamen kaldırmak veya en aza indirmek amacıyla, işveren tarafından uygun ve yeterli önlemlerin alınması bir zorunluluktur. E-sporcunun sağlıksız ve vücut bütünlüğünü ihlal eden çalışma ortamında çalışması beklenemez. E-spora özgü durum ise müsabaka ve turnuvalarda kullanılacak donanım ve ekipmanların belirlenmesinde işverenin yetkisinin çoğu zaman olmamasıdır. Oyun yapımcısı ve/veya turnuva düzenleyicileri belirledikleri ekipman ve donanımların kullanılmasını zorunlu kılmaktadır. Söz konusu donanım ve ekipmanların iş kazası ile meslek hastalığına sebep olması durumunda işverenin sorumluluğu ayrı bir tartışma konusu olarak ortaya çıkmaktadır.

Gün içinde 12 saat ve daha fazla çalışan e-sporcular, çoğu zaman asgari dinlenme sürelerinden dahi yararlanamamaktadır. Teknolojik cihazlarla sıkı bir bağlantı içerisinde olan e-sporcular teknolojik cihazlarla bağlantıyı kesmemekte ve bu sebeple stres, uykusuzluk, fizyolojik rahatsızlıklar gibi birçok sorunla baş başa kalmaktadırlar. Mevzuatta belirlenen çalışma sürelerinin çok üzerinde çalışan e-sporcular, çoğu zaman fazla çalışma yapmakta ve hafta tatillerinde dahi çalışmaktadırlar.

E-sporcular arasında çok sık görülen internet platformları üzerinden yayın yapmak bazı soruları ve sorunları beraberinde getirmektedir. E-sporcular yaptıkları yayınlar ile üçüncü kişilerden, uygulamada bahsedildiği üzere, “bağış”, “abonelik” ücreti almaktadırlar. E-sporcuların, elde ettikleri bu gelirlerin ücret aslı veya prim kapsamında değerlendirileceği görüşündeyiz.

Zazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Atıf Şekli: Yazarlar Emre ÜNAL ve Namik HÜSEYİNLI, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Emre ÜNAL & Namik HÜSEYİNLI who are the authors have not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors' Contributions: Yazarların makaleye katkı oranları eşittir. | Authors' contribution rates to the article are equal.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazarlar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the authors.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazarlar, makalenin tüm süreçlerinde InÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde InÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın InÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The authors declare that they comply with the scientific, ethical, and quotation rules of InULR in all processes of the paper and that they do not make any falsification of the data collected. In addition, they declare that Inonu University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than Inonu University Law Review.

KAYNAKÇA

- AKGÖL, Oğuzcan: “Spor Endüstrisi ve Dijitalleşme: Türkiye’de Esport Yapılanması Üzerine Bir İnceleme”, TRT Akademi, 4(8), 2019, s.206-225.
- AKYİĞİT, Ercan: İş Hukuku, Güncellenmiş 13.B, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- ALPAGUT, Gülsevil: “Teknolojik Gelişmelerin İşçilik Haklarına Etkisi-Daimi Ulaşılabilirlik”, Prof. Dr. Turhan Esener III. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, (Ed. Ender Demir/ Beste Gemici Filiz), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s.317-338.
- ANSGAR, Thiel/M.JOHN, Jannika: “Is eSport a ‘real’ sport? Reflections on the Spread of Virtual Competitions”, European Journal for Sport and Society, 15(4), 2019, s.311-315.
- AYDIN, Ufuk/CANBEY ÖZGÜLER Verda/KOCABAŞ, Fatma/YALIZ SOLMAZ, Dilek/KATIRCI, Hakan/DEMİRKAYA, Seher/YÜCE, Arif/ETCİ, Hilmi: “Türkiye’de Profesyonel Sporcuların Çalışma Koşulları ve Örgütlenme Eğilimleri”, Çalışma ve Toplum Dergisi, 55(4), 2017, 1873-1912.
- AYDINLI, İbrahim: “İşverenin Koruma Yükümlülüğünün Sınırına İlişkin Hukuk Genel Kurulu Kararının Değerlendirilmesi”, İş Dünyası ve Hukuk: Prof.Dr. Tankut Centel’e Armağan, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2011, s.98-120.
- AYDOS, Oğuz Sadık: “Sporcu Sözleşmesinin Feshi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 62(3), 2013, s.643-690.
- BAYLISS, Amadeus Hunter: “Not Just a Game: the Employment Status and Collective Bargaining Rights of Professional ESports Players”, Washington and Lee Journal of Civil Rights and Social Justice, 22(2), 2016, s.359-410.
- BOONSTRA, Ryan: “Player 3 Has Entered the Game: Arbitration Comes to the eSports Industry”, Arbitration Law Review, 10(1), s.103-118.
- CANİKLIOĞLU, Nurşen: “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Çerçevesinde İşverenin İş Kazasından Doğan Hukuki Sorumluluğu”, Prof. Dr. Turhan Esener I. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, (Ed. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu/Ender Demir), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s.35-70.
- CENDEL, Tankut: “Türk Borçlar Kanunu’nda Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması, Sicil İş Hukuku Dergisi, 24, 2011, s.13-18.
- CHANDLER,Martin: “The Costs of Squadding Up: Determining the Employment Status of High-Profile Esports Streamers”, San Diego International Law Journal, 22(1), 2020, s.152-188.
- ÇELİK, Nuri/CANİKLIOĞLU, Nurşen/CANBOLAT, Talat/ÖZKARACA,ERCÜMENT: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 34. Bası, Beta Yayıncılık, 2021.
- DEMİR, Fevzi: İş Hukuku ve Uygulaması, 11.B, Albi Yayınları, İzmir, 2018, s.75-76.
- DİLEK, Sebahattin, Emre: “E-sport Events Within Tourism Paradigm: A Conceptual Discussion”, International Journal of Contemporary Tourism Research, 3(1), 2019, s.12-22.
- DOĞAN, Sevil: İş Sözleşmesinde Bağımlılık Unsuru Atipik İş İlişkileri Açısından Değerlendirilmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- DOĞU, Hakkı Mert: “E-spor ve E-Spor Hukukunda Sporcu Sözleşmeleri”, AÜHFD, 69(2), 2020, s.443-453.
- DURUN ATEŞ, Sevgi: “Turizm, Özel Güvenlik Ve Sağlık Hizmeti Yürütülen İşlerde Gece Döneminde Yapılan Çalışmalar”16(61) 2019, Legal İHSGHD, s.81-126.
- EUROFOUND and the INTERNATIONAL LABOUR OFFICE: “Working Anytime, Anywhere: The Effects on the World of Work”, Publications Office of the European Union, Luxembourg, and the International Labour Office, 2017.
- EYRENCİ, Öner/TAŞKENT, Savaş/ULUCAN, Devrim/BASKAN, Esra: İş Hukuku, 10.B, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- HALLMAN, Kirstin/GIEL, Thomas: “eSports-Competitive sports or recreational activity?”, Sport Management Review, 21(1), 2017, s.14-20.
- HEGGEM, Timothy: “‘It’s Complicated’: Analyzing The Potential for Esports Players’ Unions”, Arizona State University Sports and Entertainment Law Journal, 6(3), 2017, s.447-458.
- HOLLIST, E. Katherine: “Time to be Grown- Ups About Video Gaming: The Rising eSports Industry and The Need for Regulation”, Arizona Law Review, 57(3), 2015, s.823-848.
- JOHNSON, R.Mark/WOODCOCK, Jamie, “Work, play, and precariousness: An overview of the labour ecosystem of esports” Media, Culture&Societys, 43(8), 2021, s.1449-1465.
- JUHO, Hamari/SJÖBLOM, Max: “What is eSports and Why do people Watch It, Internet Research”, 27(2), 2017, s.211-232.
- KIM, Young Hoon/NAURIGHT, John/SUVEATWATANAKUL, Chokechai: “The rise of E-Sports and potential for Post-COVID continued growth”, Sport in Society, 23(1), 2020, s.1861-1871.
- KIZIL, Erkan: “Türk Vergi Sisteminde Sporcuların ve Elektronik Sporcuların Vergilendirilmesi”, Mali Çözüm, 30(159), s.261-273.
- KÜÇÜKGÜNGÖR, Erdal: “Türk Hukukunda Sporcuların Hukuki Durumu”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1(2), 1998, s.127-139.
- McLeod, M. Christopher/HANHAN Xue/I. NEWMAN, Joshua: “Opportunity and Inequality in the Emerging Esports Labor Market” International Review for the Sociology of Sport, 2021, s.1-22.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hami/ Astarlı, Muhittin/ Baysal, Ulaş: İş Hukuku Ders Kitabı, Güncellenmiş 5.B, Ankara, 2021.
- MÜLAYİM, Baki Oğuz: İş Hukukunda Gece Çalışması, Ankara, 2016.
- ÖNDER, Ahmet: “Oyundan İşe, Oyunculuktan İşçiliğe: E-Spor Oyuncularının Emek Süreçlerine Dair Eleştirel Bir Değerlendirme”, Emek Araştırma Dergisi, 12(19), 2021, s.61-76.
- ÖZ, Melek/BÜLBÜL, Duran: “Türkiye’de E-Spor Oyuncularının Vergilendirilmesi”, Legal Mali Hukuk Dergisi, 2020, 16(184), s.789-814.
- ÖZTUNA, Barış: “Profesyonel Türk Sporcularının Sendikal Hakları”, International Journal of Sport Culture and Science, 4(Özel Sayı 2), 2016, s.469-476.
- ÖZTUNA, Barış: “Türk Sporcularının Sosyal Güvenliği”, International Journal of Sport Culture and Science, 3(Özel Sayı 1), 2015, s.802-808.
- PATEL, Roshan: “Esports, Player Positions, and the Benefits on Unionization”, Sport Journal, 20(9), 2017, s.232-248.
- RIDENHOUR, Kelsey F.: “Traditional Sports and Esports: The Path to Collective Bargaining”, Iowa Law Review, 105, 2019, s.1857-1897.

- SENYEN, KAPLAN E. Tuncay: Bireysel İş Hukuku, Yenilenmiş 10.B, Ankara, 2019.
- SHMATENKO, Leonid: “Esports - 'It's in the Game': The Naissance of a New Field of International Arbitration”, 40 under 40 International Arbitration 2021, (Ed. Carlos González-Bueno), s.393-410
- SÖZER, Ali Nazım: İşçi, Bağımsız Çalışan ve Kamu Görevlileri Bakımından Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, 4.B, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- SÜMER, Halûk Hâdi: İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, Güncellenmiş 5.B, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, Beta Yayıncılık, Yenilenmiş 21.B, İstanbul, 2021.
- ŞAKAR, Müjdat/ŞAHİN, Erkan, Duygu: Esnek Çalışma Modellerinden Uzaktan Çalışma ve Uzaktan Çalışanların Sigortalılığı. SGD-Sosyal Güvenlik Dergisi, 11(2),2021, s.249-267.
- ŞAKAR, Müjdat: İş Hukuku Uygulaması, 12.B, Beta Yayınları, İstanbul, 2018.
- ŞAŞMAZ ATAÇOCUĞU, Muazzez/ZELYURT, Mert Kerem: “Profesyonel Futbolda Emek-Sermaye İlişkileri: Alt Liglerde Ücret, Sosyal Güvence ve Sendika Olgusu Üstüne Nitel Bir Çalışma”, Sportif Bakış: Spor ve Eğitim Bilimleri Dergisi, 3(2), 2016, 99-115.
- HOLDEN, T.John/III A. BAKER, Thomas: “The Econtractor? Defining the Esports Employment Relationships”, American Business Law Journal, 56(2), 2019, s.391-440.
- UŞAN, M. Fatih/ ERDOĞAN, Canan: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, 2.B, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- WAGNER, G. Michael: “On the Scientific Relevance of eSports”, International Conference on Internet Computing, s.437-442.
- WONG, Jackson: “More Than Just a Game: The Labor and Employment Issues Within Esports”, UNLV Gaming Law Journal, 11(1), 2020, s.123-152.
- YENİSEY DOĞAN, Kübra: “Sendikal Örgütlenmede İşkolu Esası ve İşkolunun Belirlenmesi”, Çalışma ve Toplum, 4(39), 2013, s.43-68.
- YILDIZ, Gaye Burcu: “Atipik Çalışma Kavramı Çerçevesinde Bağımlılık İlişkinin Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Savaş Taşkent’e Armağan, (Ed. Kübra Doğan Yenisey), Onikilevha Yayıncılık, 2019.
- İnternet Kaynakları
- ALEXANDER, Julia: “Faze Clan sues Fortnite star Tfue, claims he earned more than \$20 million from streaming”, 01.08.2019, Faze Clan sues Fortnite star Tfue, claims he earned more than \$20 million from streaming-The Verge (Erişim: 12.04.2022).
- CROSSLEY, Rob: “Donations Pour in After Pro-Gamer Dies During Tournament”, 22.10.2014, <https://www.gamespot.com/articles/donations-pour-in-after-pro-gamer-dies-during-tour/1100-6423078/> (Erişim: 27.04.2022).
- IOC: <https://olympics.com/ioc/news/international-olympic-committee-makes-landmark-move-into-virtual-sports-by-announcing-first-ever-olympic-virtual-series>. (Erişim: 18.05.2022)
- KOGEL, Jonathan, “State of the Esports Player Union: Drawbacks and Legal Challenges”, 08.05.2018, State of the Esports Player Union: Drawbacks and Legal Challenges – ARCHIVE - The Esports Observer (Erişim: 14.05.2022).
- MEOLA, Andrew: “The biggest companies sponsoring eSports teams and tournaments”, 12.01.2018, Top ESports Sponsors&Gaming Sponsorships (businessinsider.com) (Erişim: 13.05.2022).
- MITCHELL, Ferguson: “‘League of Legends’ star plays with a collapsed lung from hospital bed”, 30.04.2014, ‘League of Legends’ star plays with a collapsed lung from hospital bed | Dot Esports (Erişim: 27.04.2022).
- RIOT GAMES: “College of League of Legends”, 03.11.2021, <https://rsaa.riotgames.com/wp-content/uploads/2021/11/2022-College-LoL-Season-Rules.pdf>, (College), (Erişim: 21.04.2022).
- RIOT GAMES: “Official ERL Rulebook 2022 Season”, s.34 vd. <https://assets.contentstack.io/v3/assets/bltad9188aa9a70543a/blt884d00bfa94ea7e7/ERL-EM-Rulebook.pdf>, (ERL), (Erişim: 21.04.2022).
- RUSS, Hilary: “Global esports revenues to top \$1 billion in 2019: report”, 12.02.2019, Global esports revenues to top \$1 billion in 2019: report | Reuters (Erişim: 10.04.2022).
- SESSIONS, Leigh, Anne/SCHNEIDER, Eric: Lexus X 100 Thieves Customized Vehicle Features First Design Generated by Championship Gameplay, 14.06.2022, <https://www.prnewswire.com/news-releases/lexus-x-100-thieves-customized-vehicle-features-first-design-generated-by-championship-gameplay-301566951.html>, (Erişim: 14.06.2022).
- STANTON, Rich: “The secret to eSports athletes' success? Lots-and lots-of practice” 29.05.2015, ESports athletes put in hours of training to reach the pinnacle (espn.com), (Erişim: 30.04.2022).
- STEINBERG, Jessy: “The Explosive Growth of Esports – Trends to Watch in 2018”, 08.01.2019 The Explosive Growth of Esports–Trends to Watch in 2018 (provokemedia.com), (Erişim: 13.04.2022).
- TEREAN, Brent: “Blizzard ends the Heroes of the Storm Global Championship”, 13/12/2018, Blizzard ends the Heroes of the Storm Global Championship (upcomer.com) (Erişim: 16.06.2022).
- WALKER, Dylan: “Esports is the Wild West: The sad truth about gaming orgs” 10.03.2016, Esports is the Wild West: The sad truth about gaming orgs (yahoo.com), (Erişim: 12.04.2022).
- WEBB, Kevin: “A teenager's lifetime ban from 'Fortnite' sheds light on a dark reality in the esports business”, 10.11.2019, <https://www.businessinsider.com/jarvis-fortnite-ban-epic-games-esports-ninja-2019-11> (Erişim: 25.04.2022).
- WU, Yifan: “Booming e-sports industry faces contract challenges”, 14.04.2017, Booming e-sports industry faces contract challenges-Medill Reports Chicago (northwestern.edu), (Erişim: 12.04.2022).
- “Starcraft 2: E-sport stars charged with match fixing”, 25.04.2016, Starcraft 2: E-sport stars charged with match fixing - BBC News (Erişim: 18.05.2022).

Prof. Dr. Metin GÜNDAY

[10.21492/inuhfd.1230006](https://doi.org/10.21492/inuhfd.1230006)



Hayatımın en önemli dönemi olarak üniversite yıllarımdan başlatmak istiyorum yazımı. Akademik hayatım, gerçek anlamda üniversite tercihiyle başladı çünkü. Benim hukuk fakültesine başlamam hakikaten enteresan bir süreç. Aslına bakılırsa yükseköğretime Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi'nde başladım. O zamanlar üniversiteler gibi her fakültenin ayrı kamu tüzel kişiliği vardı. Bunun bir sonucu olarak her fakülte kendi öğrencilerini, belirledikleri kriterlerle ve sınavlarla alırdı. Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi, liseden mezun olan öğrencilerden, kendisine

başvuran en yüksek not ortalamasına sahip 150 öğrenciyi kabul ediyordu. Benim not ortalamam da iyi olduğundan Tıp Fakültesine başvurduğum. Sonuçlar açıklandığında kazandığımı öğrenince gidip Tıp Fakültesine kaydımı yaptırdım.

Hukuk Fakültesi sınavları ekim ayında yapılıyordu. Hukuk Fakültesi sınavlarının ekim ayında yapılmasının sebebi de Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin 5 Kasım 1925 tarihinde kurulmasına dayanmaktadır. Atatürk bu kurumun kuruluşunda Cumhuriyetin müeyyidesi olacağını ifade etmiştir. Yani eğitim yılının 5 kasımında başlatılabilmesi için sınavlar ekim ayında yapılıyordu. Tıp Fakültesi o zamanlar eylül ayının başlarında eğitime başladığı için ben de o program dahilinde Tıp Fakültesi eğitimine de başladım. Ekim ayında yapılan Hukuk Fakültesi sınavlarına girdiğimde Tıp Fakültesinde eğitim görüyordum.

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinin sınav sonuçları açıklandığında listede benim de kazanmış olduğumu gördüm. Rahmetli babam da hukukçu olduğu için hukuka yatkınlığım o zamanlar da vardı. Hukuk alanında doktora yapmak ve yurtdışı çalışmaları yürütmek konusunda oldukça hevesliydim. Ancak bunun karşısında başlamış olduğum bir eğitim programı vardı. Bu program da hafife alınacak bir program değil, tıp eğitimi. O zamanlar her şehirde birden fazla hukuk, birden fazla tıp fakültesi bulunmuyor. Türkiye genelinde henüz iki tane hukuk fakültesi vardı, birisi İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi diğeri de Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi. Tıp fakültelerine baktığımız zaman da durum aynıydı, bir tane İstanbul'da tıp fakültesi vardı bir tane de Ankara'da. Erzurum'du, Marmara'ydı bu fakülteler hep seksenlerden sonra açıldı. Ayrıca tıp fakültesi o zamanlar da çok revaçta bir fakülteydi. Doktor olarak mezun olmak çok önemli olduğu gibi dış hekimliğine, eczacılığa da bu eğitim içerisinde yönelebiliyordunuz. Bu sebeple Hukuk Fakültesi kayıtlarının son gününe kadar benim oldukça kararsız durumdaydım.

10 Kasım'da Ankara'da yüksek mühendis olan dayımın yanında kalıyorum, 11 Kasım da Hukuk Fakültesi kayıtlarının son günü. Dayım o gün gece baya geç saatlere kadar süren konuşmamızda Tıp Fakültesine devam etmemi tavsiye etmişti, ben de baya ikna olmuşum. Yine de en nihayetinde içim içimi yedi, 11 Kasım günü mesai saatinin bitiminin son dakikalarında Tıp Fakültesi'nden kaydımı aldırıp Hukuk Fakültesi'ne kayıt yaptırmaya zor yetişebildim. Yani son saatlerde kararımı verdim ama bugün olduğu gibi internet üzerinden birkaç tuşa basarak kayıt değiştiremiyorsunuz. Bürokrasi, kırtasiyecilik daha ağır. Hukuk Fakültesi'ne kayıt olmaya gittiğimde memur bey evraklarımın eksik olduğunu, Tıp Fakültesi'ndeki kaydımı sildirip oradaki evrakları alıp Hukuk Fakültesi'ne getirmem gerektiğini söyledi. Tıp Fakültesi'ne gidip ben kaydımı sildirmek istiyorum diyerek belgeleri alıp çıkamıyorsunuz. Dilekçe vereceksiniz, cevap yazılacak. Resmi dilekçe verebilmek için pul yapıştırmak lazım o dönem, o pul da Ankara'da bir yerde bulunuyordu. Normalde kamu kurumlarında da bulunuyordu ama o gün kismetime Tıp Fakültesi'ndeki pullar tükenmişti. Tıp Fakültesi'ndeki bir başka memur beyde gerekli pullardan varmış, verdi de dilekçemi verebildim. Yani o dönemlerde memurların özverisi ve iyi niyeti olmasa zaten işlemlerin yetişmesi fiziken mümkün değildi, Allah hepsinden razı olsun. Ben de mesainin son saatlerinde Ankara'da Tıp Fakültesi ile Hukuk Fakültesi arasında koşa koşa ancak kaydımı yetiştirebildim. Benim hayatıma damgasını vuran birkaç karardan ilki Hukuk Fakültesi'ne kaydımı yaptırmam olmuştur. 1965 yılında bitirdiğim Hukuk Fakültesi eğitimine de bu şekilde başladım.

1965 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun oldum. Fakülteyi birincilikle bitirmiş olmamın akademik kariyerimde önemli bir avantajı oldu. Deutscher Akademischer Austauschdienst (Alman Akademik Değişim Servisi - DAAD) bursu, çok önemli bir doktora bursu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne bir tane burs tahsis etmişlerdi o yıl. Karşılıksız bir şekilde lisansüstü eğitimini destekliyorlar. O dönem yüksek lisans ve doktora da birlikte yapılıyordu. Almanya'da 5 yıl boyunca yapacağımız lisansüstü eğitiminin her türlü masrafını karşılayan bir burs, muazzam bir şey. Benim Almancam vardı mezun olduğumda ancak dil seviyesi yeterli olmayanların dil eğitimi masraflarını da dahil eden çok kapsamlı bir bursur o. Almanya'yı çok iyi bilen Fakülte'mizin Dekanı rahmetli hocam Mehmet Kudret Ayiter bu bursu alma imkânım olduğunu öğrenince ceza hukuku asistanı olma hevesim karşısında beni Almanya'ya lisansüstü eğitime gitmeye ikna etti. Fakülte birincisi olmam vesilesiyle de ben bu bursu alarak Almanya'ya eğitime gittim.



Heidelberg Üniversitesi'nde önce iş hukuku doktorası yapmayı planlıyordum. Fakat çalışmaya başlayınca bu branşı sevemedim. İş hukukunda çalışan meslektaşlarım alınmasınlar lütfen, genellikle kendileri de zaten idare hukukuna ilgi duymazlar. Bu neticede kişisel ilgi meselesi. Neyse, Almanya'da idare hukukçusu Prof. Dr. Ernst Forsthoﬀ'un yanında anayasa doktorası yaptım ben. Kendisinin kitabı da benim başucu kitabımdır her zaman. İş hukukunda çalışmaya başlayıp o alana alışamayınca Yavuz Abadan ve Tahsin Bekir Balta hocalarıma çalışmak istediğim alanla ilgili mektup yazmıştım. Sayın hocalarım kendilerinin sayın Forsthoﬀ hocamla arkadaş olduklarını belirtmişlerdi ve onun yanında eğitim almam için bana referans oldular. Doktora konum "Federal Almanya'da ve Türkiye'de Siyasal Partilerin Hukuki Rejimi" idi. 1972 yılında baya ağır bir kolokyumda savunduğum doktora tezimi başarı ile tamamladım. Heidelberg Üniversitesi'nde doktora yapmak gerçekten çok zordu. Neyse ki 1966 yılında girdiğim doktora programını kazasız belasız 1972 yılında tamamladım.

Doktora tezimi tamamladığım zamanlar Türkiye tatsız bir dönem yaşıyordu. 12 Mart dönemi yaşanmıştı, ortalık karışıktı. Türkiye biraz daha durulduktan sonra ülkeme döneyim dedim ben de. O sıralar Almanya'da Giessen Üniversitesinde Prof. Dr. Helmut Griders'in yanında asistan olarak çalışmaya başladım. Kendisi çok ünlü bir anayasa hukukçusudur. Bu çalışma sürecim yaklaşık iki yıl sürdü.

1975 yılında Türkiye'ye geldim. Geri dönünce ilk olarak askerlik hizmetimi yerine getirdim. 1978 yılında Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi'ne anayasa hukuku için imtihana girdim. Fakat biz doktoralı asistan almak istemiyoruz, kendimiz yetiştirmek istiyoruz dediler bana. Çok değerli bir meslektaşım Yavuz Sabuncu da benim gibi sınavı kazanmıştı, asistan olarak onu tercih ettiler. Rahmetli şimdi kendisi, nurlar içinde yatsın. Ben de Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde idare hukuku kürsüsüne asistan olarak girdim. Böylece 1978 yılında akademik hayatıma doktor asistan olarak başlamış oldum.



Ben akademik hayatıma 1978 yılında başladım ancak o zamanlar Türkiye'de idare hukuku çalışan çok kimse yoktu. Bizim fakültemizden de Mukbil Özyörük hocamız ayrılmıştı. Kürsümüzde o zaman roma hukukundan gelen rahmetli Akın Düren hocamız vardı. Kendisinin kamu malları, kamulaştırma gibi konularda kitabı da bulunmaktadır. Kürsünün başında kendisi vardı ama aslen roma hukukçusu, bir özel hukukçu olduğu için beni asistan alınca tamam demişti, biz aradığımızı bulduk. Dolayısıyla ben 1979 yılında doktor asistan olarak ders vermeye başladım. 1979-1980 yıllarından öğrencilerim var. İdare hukuku, idari işlemler konularını anlattım. Hatta o yıllarda hazırladığım bir idari işlemler ders notum vardı, daha sonraları onu geliştirdim profesör takdim tezi olarak sundum.

1981 yılında YÖK Kanunu çıkarıldı, YÖK Kanunu'na koydukları bir geçici madde ile dediler ki 30 Haziran 1982 tarihine kadar yapılan doçentlik başvuruları önceki mevzuata tabi tutulacaktır.

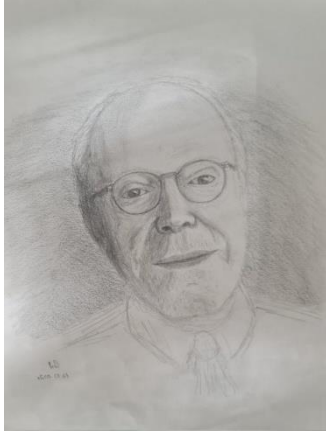
Ben de klasik bir yaklaşım sergiledim, yeni mevzuata göre doçent olmak istemedim. Dedenin, babadan gördüğümüz gibi atanalım istedim. Bana kalırsa şimdi de o zamanki sisteme göre alımların yapılması gerekiyor. Özellikle hukuk alanında doçentlik alımı yapılacaksa o zamanki şartlara daha çok riayet edilmesi gerektiğini düşünüyorum. İdarenin takdir yetkisi isimli tezimle, ki fevkalade zor bir tez olmuştur -bir fırsat bulup güncelleyemedim, bir elimi attığımda güncelleyeceğim-, doçentliğe başvurudum. Bu tezim bana göre de jüri üyelerine göre de çok özgün bir tez olmuştur. Jüri üyelerinden zannedersen yalnızca biri yaşıyor, sayın Prof. Dr. Vakur Versan hocamız, Allah uzun ömür versin, jüri başkanıydı. Şeref Gözübüyük hocam vefat etti, Allah kendisine çok rahmet etsin. İsmet Giritli hocam, yakın zamanda, bir, bir buçuk yıl önce vefat etti. Çok hoş bir insandı, nur içinde yatsın. Rahmetli Akın Düren hocam da jüride yer almıştı. Onların değerlendirmeleriyle idare hukuku doçenti oldum. İdare hukukunda doçent olmak benim için çok önemliydi. Mukbil Özyörük hocadan sonra ilk idare hukuku doçenti olan benimdi Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde.

Doçent unvanını aldıktan sonra doçentlik kadrosuna atanmak gerekiyor. Ancak o dönem geçici madde uyarınca doçent olanları unvanlarına uygun olarak atanıncaya kadar asistan kadrosunda tutuyorlardı,

YÖK Kanunu'yla bu kadro araştırma görevlisi olmuştu. Bir iki yılda sürelerin yenilenmesi gerekiyordu bu kadroda. Bu geçiş döneminde yanlış hatırlamıyorsam sekiz kişi doçent olmuştuk. Dosyalarımız tamamlandı, rektörlüğe gitti. O zamanki koşullarda beni sakıncalı gördükleri için doçentlik kadrosuna atanmamı uygun bulmadılar. Ülke genelinde sıkıyönetim de vardı o zaman. 1984 yılıydı, beni ayırdılar atan an arkadaşlardan.

Rektörlüğün o zamanki kararının vesilesiyle avukatlığa başladım. Hiç düşünmezdim avukatlık yapmak. Ben hep full time çalışmayı benimsemişimdir. Kendime göre bir idare hukuku kitabı yazmak gibi planlarım da vardı. Olmadı o dönem ne yazık ki. 1988 yılında, yani üç dört yıllık bir ayrılıktan sonra Danıştay kararıyla fakülteme döndüm. İdare hukuku anabilim dalı başkanı olarak atandım. 1989 yılına geldiğimizde profesör oldum. 1989 yılından 2011 yılına kadar Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde idare hukuku öğretim üyeliği, anabilim dalı başkanlığı, kamu hukuku bölüm başkanlığı, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde kamu hukuku anabilim dalı başkanlığı vesaire görevleri icra ettim. 2011 yılında da Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden emekli olmak suretiyle ayrıldım. O tarihten bu yana Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde idare hukuku derslerini vermekteyim. İdare hukuku anabilim dalı ve kamu hukuku bölüm başkanlığını da yürütüyorum.

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden emekli olup ayrılacağım sırada sanki futbolcu transferi yapılır gibi farklı vakıf üniversitelerinden teklifler geldi. Başkent Üniversitesi'nden, TOBB



Üniversitesi'nden, Bahçeşehir Üniversitesi'nden filan teklifler aldım. Atılım Üniversitesi'ni tercih etmemin birinci sebebi, çok değerli bir meslektaşım ve Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden arkadaşım olan Prof. Dr. Nami Çağan'ın -nurlar içinde yatsın- çağrısı olmuştur. Nami Çağan siyaset hayatına da atıldı, bakanlıklar yaptı, Orman Bakanlığı, Maliye Bakanlığı, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı yaptı. Nami Çağan Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin dekanıydı ve kendisinin bu net talebini kıramazdım. İkinci neden ise Ankara Üniversitesi'nden pek çok benden yaşça da büyük meslektaşlarımın Atılım Üniversitesi'nde çalışıyor olmasıdır. Parantez içerisinde belirtmek isterim, emekli olmuş ve emekli maaşının yanında bir de vakıf üniversitesinden maaş almış olmak kaygısıyla kabul ettiğim bir iş değildir bu. Benim bu minvalde bir beklentim bulunmamaktadır. Atılım Üniversitesi'nden aldığım ücreti de bilmiyorum açıkçası, getiriyorlar imzalıyorum idari hizmet sözleşmesini. Bu işi şimdiye kadar ücret için yapmadım bundan sonra da bu amaçla

yapmam. Akademi insanın içine işleyen bir meslektir. İnsanın akıl sağlığı yerinde olduğu müddetçe bırakamaz bu mesleği. Siz bırakmaya çalışsanız bu meslek sizi bırakmaz. Bu açıdan çok hoş bir meslektir. Hangi alanda olursa olsun bence akademisyenlik en güzel meslektir. Şimdilerde Atılım Üniversitesi'nde mesleğime devam ediyorum. Artık yorgunluk veriyor tabi ancak gücümün yettiği sürece bu meslekte çalışmaya devam edeceğim.

Ben ömrüm boyunca mesleğimi hep çok seve seve yaptım, hâlâ da yapmaktayım. 12 Eylül döneminde maruz kaldığım haksızlık sadece bana yapılan bir haksızlık olmadı, benim gibi pek çok değerli akademisyen arkadaşlarıma da yapıldı. Daha sonra bir Danıştay kararıyla bu yanlışlıklar düzeltildi. Artık sıkı yönetim kalmış olunca sıkı yönetimin verdiği imkanlar içerisinde keyfiyete kaçan uygulamalara da sonrasında mahkeme kararıyla son verilmiş oldu. O dönemde bile yıllarca Almanya'da eğitim almış olmamı, asistanlık yapmış olmamı külfet olarak görmedim. O haksızlık döneminde bile bu mesleği seçmiş olmam bende hiçbir pişmanlık oluşturmadı.

Almanya'da Giessen ufak bir kent, orada benim idari makamlarla da uygarca bir ilişkim oldu. Mesela Türk işçilerinin sorunları olduğunda, bir belge getirilip getirilen bu belgeyi bir Alman makam anlayamadığında filan hep çağırırlardı beni. Bazen yeminli mütercimlik yaptım. Önemli davalarda yeminli mütercimlik yaptığım oldu. Giessen'de emniyet müdürü üstü bir makamda olan bir zat vardı, aynı zamanda yabancılar dairesinin başındaydı kendisi. Onunla da sıkça bir diyalogumuz oluyordu, zaman içerisinde git gel bir dostluk da kurduk. Bir gün dedi ki, Günday ben önümüzdeki sene emekli olacağım, yaş haddinden. Ben seni çok sevdim, bilgilisin, hukuk doktorusun (doktor olmaya çok önem verirler Almanya'da, hatta eşine bile frau doktor derler), sen bütün koşulları sağlıyorsun, 10 yıl ikamet etme şartını sağlamana da az kaldı, isterim ki dedi, başvur ben emekli olmadan sen Alman vatandaşlığına geç. Alman vatandaşlığına geçtiğinde önün çok açılacak, örneğin avukatlık yapabileceksin dedi. Frankfurt'ta bir hukuk bürosu açarsan senin bu bilginle işlerin akar gider dedi. O beyefendi ısrar edip heveslendirmişti beni bu tür şeylere o zamanlar. Ben de zaman zaman acaba geçsem mi diye de düşündüm. Ancak karakter olarak baskın bir gelenekçi yanım vardır benim. Ailem burada, anneme bağlıyım, babama bağlıyım, kardeşim, akrabalarım burada... Kuşkusuz vatan hasretim de var, insan çekiyor bu hasreti, özlüyor memleketini. Bu şekilde döndüm ülkeme, ne kadar cazip de görünse aklımı çeledi diğer teklifler. Üniversiteden çıkartıldığım dönemde de keşke Almanya'da kalsa mıydım, burada ne olduğundan bana ne, ben orada yaşayabilirdim diye düşündüğüm oldu. Hayatıma damgasını vuran ikinci önemli kararım da bu ülkeme dönme kararımıdır benim. Almanya'dan dönmeyecek olsam vatandaşlığı da alarak kalacaktım orada. Bu kararı verirken de oldukça zorlandım. Ama açık söyleyeyim hukuk fakültesine girme kararı verirken olduğu kadar zorlanmadım, ona kıyasla çok daha kolay bir karar oldu benim için.

Eski Türkiye - yeni Türkiye diyorlar. Ben eski Türkiye’de de yaşadım yeni Türkiye’de de yaşıyorum. Eski Türkiye’de de hukukçuluk yaptım, yeni Türkiye’de de hukukçuluk yapmaktayım. Şimdilerde pek aktif olmasam da her iki süreçte avukatlık da yaptım. Fakat şöyle bir durum söz konusu; kendi alanımdan örnek vereyim, eski Türkiye’deki idare mahkemeleri yok artık. Eski Türkiye’deki Danıştay yok artık. Şimdi Yargıtay’a, Anayasa Mahkemesi’ne ben bulaşmak istemiyorum ama onlar da aynı şekilde. Eski Türkiye, 12 Eylül dönemi, sıkıyönetim döneminde -1985’te kalktı- sıkıyönetim komutanının işlemleriyle, bir daha kamu hizmetinde istihdam edilmemek üzere üniversiteden ihraç edilmiş olan öğretim üyeleri vardı. 1985 yılının Temmuz ayı filandı, sıkıyönetim kalktı, Ankara’da yer alan Mülkiyeler Birliği bir toplantı yaptı. Ben de davetliydim. İdareciler ile hukukçuların da katıldığı bu toplantıda benim gibi sıkıyönetim komutanının işlemleri ile ihraç edilmiş kimseler vardı. Bu kimselerin mesleklerine dönüp dönemeycekleri tartışıldı. Artık ortada sıkıyönetim komutanı yok ama sıkıyönetim kanunuyla işlemler yapılmış. Dediler ki efendim dönemezler, kanun bir daha kamu hizmetinde çalıştırılmamak üzere diyor. Hukuken ancak bu bir yasa değişikliğiyle yapılabilir dediler. Ben de pür dikkat dinliyorum konuşmaları, dedim ki hayır ben öyle düşünmüyorum. Bu bir sıkıyönetim işlemi ve sıkıyönetim bir olağanüstü yönetim usulüdür. Dolayısıyla geçici bir rejimdir, sıkıyönetim bakanlarının tesis ettikleri işlemler ancak sıkıyönetim süresi içerisinde geçerlidir. Ne kadar ağır olursa olsun sıkıyönetim süresi içerisinde “önlem” almış olabilirler ama sıkıyönetim kalktıktan sonra sıkıyönetim kanunu da uygulamadan kalkar. Bu sebeple “bir daha kamu hizmetinde istihdam edilmemek üzere ihraç edilme” ifadesi de sıkıyönetim içerisinde geçerlidir. Sıkıyönetim süresince bir daha istihdam edilemezler, ancak sıkıyönetim bittiğinde bu ifadenin de bir uygulama alanı kalmaz. Ben bu durumu bu şekilde algılayıp yorumladığımı ifade ettim. Benim bu yorumum anayasaya uygun yorum yöntemiyle beni bu sonuca ulaştırmıştır. Anayasaya uygun yorum, Anayasa sıkıyönetimi tanımlamış, statüsünü belirlemiş ve normal rejimden ayırmış. Sıkıyönetim kaldırıldığına göre ihraç edilen kimseler kurumlarına başvurarak görevine iade edilmeyi talep edebilirler. Hatta sıkıyönetimin kaldırıldığı tarihten itibaren kendilerine özlük haklarının verilmesini isteyebilirler. Tabi kurumlar bu başvuruları kesinlikle reddedeceklerdi, reddettiler de zaten. Hatta bazı kurumlar bu talepleri çok gayri ciddi bularak sümen altı etmiş olabilirler. Neyse işte, kurumlar reddederlerse reddettikleri tarihe göre, sessiz kalırlarsa kanunda o zamanlar belirlenmiş olan 60 günlük sessiz kalma süresinin dolduğu tarihe göre idare mahkemesinde dava açılabilir. Bu süreçteki davaların baya bir kısmının vekaletini de üstlenmişim ben.



1982 Anayasası’nın altında yatan düşünce otoriteyi özgürlükler karşısında korumak ve kollamaktır. Yani Devlet’i güçlendirmek temel amaçtır. Mantık bu olunca 12 Eylül döneminde askerlerin çıkarttığı yasalar ile kurulan idare mahkemelerinde amaç denetimin etkisiz hale getirilmesi olmuştur. 1982 Anayasası’nın ilk hali 125. maddede “idarenin her türlü işlem ve eylemine karşı yargı yolu açıktır” diyor, sonra Cumhurbaşkanı’nın tek başına yaptığı işlemler, Yüksek Askeri Şura kararları vesaire yargı yolunun kapalı olduğu konuları sıralıyor. Bu dönemde idare mahkemeleri kurulunca iptal davalarına anlam veren yürütmeyi durdurma kararları için de ağır şartlar belirlendi. Şartları o kadar ağır belirlediler ki açık hukuka aykırılık da yetmiyor üzerine telafisi mümkün olmayan zarar arıyorlar. Yahu zaten hukuka aykırılık açıkça var mı yok mu, bu yargılama yapıldıktan sonra anlaşılır birincisi. İkincisi bir işlemin iptal edilebilmesi için hukuka aykırılığın açık olması da gerekmez, neticede yürütmeyi durdurma kararı da bir geçici önlemdir. Dava sonuçlanıncaya kadar işlemin ortaya çıkarabileceği sakıncaları engellemeyi hedefler. Danıştay’dan da çok şikayetçilerdi o zamanlar. İdare mahkemelerini kurup davaların önemli bir kısmını Danıştay’dan da aldılar. Danıştay istisna bazı davalar hariç temyiz merci oldu. Bakış açısı idari yargının idarenin ayaklarına dolanmasını engellemektir. Kurdukları mahkemelere hakim tayin ettiler ama hakimleri seçerlerken de “seçtiler” yani. Kendi kafalarındaki idari yargının işlevini yerine getirecek olan muteber hakimleri belirlediler.

Ankara’da altı tane mahkeme kuruldu. Az önce belirttiğim süreçte ihraçlar hakkında idari makamlara başvurular yapıldı, bu başvurular reddedildi ve sonrasında davalar açıldı. O dönemde, o zihniyetle kurulan, yargıçları “seçilen” mahkemelerin önüne bu davalar gitti. İnanır mısınız, yine de bu davaların bazılarında iptal kararları çıktı. Aynı biraz önce açıkladığım hukuki gerekçelere dayanarak hem de. Bir kısmında davalar reddedildi ancak çok ağırlıklı olarak iptal kararları çıktı. Daha sonra bu kararlar Danıştay’ın önüne gitti.

Danıştay boyutundan da bahsedeceğim sürecin ancak öncelikle belirtmem lazım; o dönemde iptal kararı veren, iptal kararının altında imzası olan yargıçları ben saygıyla anıyorum. Onlardan bir tanesi, bir hanımefendi Gülsen Yenişehirli, Allah gani gani rahmet eylesin, mekânı cennet olsun, son derece değerli bir idare yargıçıydı. Parantez açarak belirteyim, “efendim idare mahkemesinde hukuk fakültesi mezunları olsun, idari yargıya hukukçular girsin”, bu ne demek? Liyakat mı demek? Hayır! Kaç senedir ben bu işin içindeyim, idari yargıda hukuk fakültesi mezunu olup da son derece yetersiz, liyakatsiz hakimler gördüğüm gibi örneğin siyasal bilimler fakültesinden mezun olup da son derece liyakatli olan hakimler de gördüm. Ölçüt hangi fakülteden mezun olduğuna değildir yani. O hanımefendi de siyasal bilimler fakültesinden mezun çok liyakatli bir hakimdi.

Hanımefendi kaymakam olacakmış, idare hakimi olması nasip olmuş. Bir başka vesileyle daha yad edelim kendisini. Mülkiye mezunu, kaymakamlık imtihanına girip kazanıyor. İdari şube, kamu yönetimi o zamanlar, oradan mezun. Atama aşamasına geliyor, diyorlar ki biz kadınları atamıyoruz kaymakam olarak. Neden atamıyorsunuz? Çünkü göndereceğiz bunları 4. bölge, 5. bölge bilmem ne ilçesine, bunlar at sırtında köylere gidip iş yapamazlar. O zamanlar karayolları da bugünkü gibi değil ama kadın yapamaz işte şeklinde değerlendiriyorlar. Tamam kazanmış ama hizmetin gereklerini yerine getiremeyebilir diye takdire bağlı olarak atamıyorlar. Hanımefendi inatla bu işleme karşı dava açıyor. Bugün kadınlarımız kaymakam ve hatta vali olabiliyorlarsa bu hanımefendiye rahmet okumaları gerekmektedir. O açtı bu yolu.



İhraç işlemlerine iptal kararı veren çok değerli hakimlerden bir diğeri Mustafa Birden, Danıştay başkanlığı da yaptı kendisi daha sonra. Bu hakimlerin başkanlığını yaptığı mahkemeler ihraç işlemlerinin iptallerine karar veriyorlardı. Tabi Danıştay'a temyizden gitti bu kararlar. Danıştay'da beş üye vardı o zamanlar 5. Dairede. Bu davalar da 5. Dairenin önüne gidiyordu. Bu dairedeki beş üyenin ikisi muhalif kalıyor, üç üye idarenin vermiş olduğu kararı hukuka uygun buluyordu (iptal istemini reddeden ilk derece mahkemesi kararlarını onuyorlardı). İptal kararları da temyiz incelemesine gidiyordu. İptal kararlarını da üçe iki bozuyorlardı. Evvelden Danıştay

Kanunu'nda da şöyle bir hüküm vardı; temyiz edildiğinde Danıştay yerel mahkeme kararını bozduktan sonra uyuşmazlık salt hukuki noktalara ilişkinse kararın esasını da inceleyerek kendisi bir karar veriyordu. Bu hükmü 1994 yılında kaldırdılar, kaldırmaları da isabetli oldu, çünkü içtihat yolunu kapatıyordu bu hüküm. İdari yargı zaten içtihadı bir alan olduğundan içtihadı önleyen böyle bir hüküm zaten doğru değildi. İhraç kararları hakkındaki davalarda da iptal kararları gelince Danıştay bozuyordu, işin esasına girip karar veriyordu ve kanun yolları tükeniyordu. İptal istemini reddeden yerel mahkeme kararlarını onayınca orada da kanun yolu tükeniyordu. Daha sonra 5. Dairedeki üyelere bir tanesi yaş haddinden dolayı emekli oldu. Onun yerine bir başka üye geldi. Bu arada belirteyim Danıştay'da bu kararları veren hakimlerin isimlerini belirtmiyorum ama hepsi çok muhterem insanlar. Farklı görüşlerinden dolayı farklı oylar kullanıyorlardı ancak hepsi çok mükemmel insanlar, iyi insanlar, vicdanlı insanlar. Yeni üye gelince ihraç davalarında çoğunluk değişti, tersi yönde üçe iki üçe iki kararlar çıkmaya başladı. İptal kararı gelirse üçe iki onanıyor, ret kararı gelirse üçe iki bozuluyor oldu. Fakat daha önce temyiz incelemesi tamamlanmış ve yeni içtihadın aksi yönündeki kararlar varlığını sürdürüyordu. Bu sorunun çözülmesi için içtihadı birleştirme yoluna gidildi o zaman. 1989 içtihadı birleştirme kararıdır. Tam bir hukuk şaheseridir o karar. Her yıl yüksek lisans ve doktora derslerinde ben bu kararı okutur ve tahlil ettirim. 5. Daire başkanı, bilahare Danıştay başkanı olmuştur, Nuri Alan beyefendiye sonsuz saygılar sunarım. Bu çelişkili kararları içtihadı birleştirmeye o gönderdi. Sene 1989, eski Türkiye.

Bu bahsettiğim sıkıyönetim işlemlerine benzer OHAL kanun hükmünde kararnameleri ile yapılan işlemler var bu son yıllarda. Bu işlemlerde ihraç edilenler bir olağanüstü hal tedbiri olarak ihraç edildiler, bu işlemlerin hukukiliğini tartışmıyorum şu anda. Bana göre bu işlemlerin de ölçülü bir biçimde yapılması mümkündü. Yani bir terör örgütü ile bağlantısı olan, irtibatı olan, iltisakı olan kimselerin, terör örgütüne yardım veya yataklık eden kimselerin, neticede darbe teşebbüsünde bulunan bir grupla böyle bağlantılar içerisinde olan kimselerin tabi ki kamu yönetiminden arındırılmaları son derece doğaldır. Bu konuda zaten hiç kimsenin bir itirazı yok. Ama bunun yolu yöntemiyle hukuk kuralları içerisinde anayasa kurallarına uygun olarak olağanüstü halin gereklerince ölçülü bir biçimde yapılması hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu şekilde yapılmamış olması başlı başına ayrı bir konu. Yapılan işlemler bir daha kamu hizmetinde çalıştırılmamak üzere ihraç, sıkıyönetim işlemleri ile aynı. Eski ihraçlar kanuna dayanıyordu, bu işlemler bir KHK'ya dayanıyor. Hem de nasıl bir KHK? Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin vermiş olduğu bir yetki yasasına istinaden çıkartılmış bir KHK değil, OHAL KHK'sına dayanıyor. Yargı yolu kapalı, OHAL işlemlerini inceleme komisyonu kuruldu, o da bağımlı bir kurum, başvuruların %95'ini reddediyor. İdare mahkemelerine gidiliyor, bir Allah'ın kulu idare yargıci demiyor ki yahu benzeri 25-35 yıl önce yapıldı. Üstelik de KHK'ya değil, Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından çıkarılmış bir kanun hükmüne istinaden yapıldı. Danıştay'ın içtihadı birleştirme kararı da var. Üstelik bu içtihadı birleştirme kararı çok daha ağır bir olağanüstü yönetim usulü olan sıkıyönetim döneminde yapılan ihraçlara ilişkin. Şartları, fiziki koşulları çok daha ağır. Olağanüstü hal rejiminde yetki sivil makamlarda kalıyor, sıkıyönetim rejiminde yetki askeri makamlara geçiyor. Olağanüstü hal döneminde açılan davalarda hiçbir idare hakimi çıkıp 1989 yılındaki kararı da göstererek bu doğrultuda bir karar veremiyor. Yargı sistemimizde benim için en önemli kırılğan nokta budur.

İkincisi 2017 Anayasa değişiklikleridir. Ben 2017 Anayasa değişikliklerinin hiçbirini kabul etmiyorum. Uygulama ortada ama asıl sorun o anayasa değişikliğinin hazırlanış biçimi. O anayasa değişikliğinin tartışmaya açıldığı dönemdeki olağanüstü hal. O anayasa değişikliğine ilişkin yapılan halk oylamasında kanun açıkça ayaklar altına alınarak saat 16:00'dan sonra mühürsüz olan ve kanuna göre geçersiz olan oyların da sayılması sonucunda kıl payı kabul edilmiş bir anayasa değişikliğidir. Bu anayasa değişikliğine dair yapılan itirazların Yüksek Seçim Kurulu tarafından reddedilmesi çok üzücü bir tablodur. Ben 1961 yılında hukuk fakültesine girdiğimde ve hukukçu olmaya karar verdiğimde böyle bir Türkiye'yi hiç hayal etmiyordum.

Üçüncüsü, 2019 İstanbul mahalli seçimlerinde yapıldı. Ben seçim yargısını ayrı bir yargı kolu kabul ederim. Anayasa Mahkemesi Yüksek Seçim Kurulu'nu bir yüksek mahkeme kabul etmiyor. Dolayısıyla oradan Anayasa Mahkemesine itiraz yoluyla YSK'nin uygulayacağı bir kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı öne sürülemez. Ama bana göre Yüksek Seçim Kurulu yüksek seçim yargısı yapar. Bu görüş doktrinde azınlıkta kalıyor belki ama ben Türkiye'deki yargı kollarını anayasa yargısı, adli yargı, idari yargı ve seçim yargısı olmak üzere dört kol olarak kabul ediyorum. Yüksek Seçim Kurulu'nun idari görevleri de var tabii ki, oy pusulalarının hazırlanması, seçimin güvenliğinin sağlanması vs. Ama yapısal görevine baktığımız zaman seçimlere ilişkin tüm şikayet ve itirazları kesin karara bağlar. Çünkü 1961 Anayasası'nda getirildiği ve 1982 Anayasası'nda da devam ettirildiği üzere seçimler yargıç gözetiminde yapılır. Bu sebeple ilçe seçim kurulları, üzerinde il seçim kurulları, onların da üstünde Yüksek Seçim Kurulu -ki bütün üyeleri yüksek yargıçlardan oluşmaktadır- yargısal niteliktedir. Anayasa değişikliğinde mühürsüz oylar kullanıldı, çit yok, güzel. Şimdi 2019 mahalli idare seçimleri yapıldı, bir sandıkta yer alan zarflar içerisinde dört tane oy var. Aynı kişi dört tane oy kullanmış. Birisi Büyükşehir Belediye Başkanlığı için, birisi İlçe Belediye Başkanlığı için, birisi Belediye Meclisi için birisi de Muhtar için dört tane oy kullanılıyor. Buna diyorlar ki bu oyları kullananların büyük bir kısmı aslında hile ile oy kullanmış, sonradan kaydolmuş, seçmen değil, hiçbir şey olmamışsa bile bir şeyler olmuş gibi itirazlar var. Bu itirazlar Yüksek Seçim Kurulu'nun önüne geldi, Yüksek Seçim Kurulu bu seçimlerden bir tanesini iptal etti. Aynı kişi dört seçim için de aynı sandıkta tek zarfta oy kullanıyor, Yüksek Seçim Kurulu yalnızca bir seçimi iptal ediyor. Bu nasıl olabilir? Aynı muteber olmayan kişinin aynı zarfa attığı dört oydan bir tanesi geçersiz. Bu kötü bir insan, oy kullanamaması lazım, o yüzden kullandığı oylardan biri geçersiz, ama üçü geçerli. Bu kadar basit bir olayda Yüksek Seçim Kurulu böyle bir karar da verebildi. Dediğim gibi hukuk fakültesine girdiğim zaman böyle bir Türkiye'de böyle bir hukuk uygulaması ile karşı karşıya geleceğimi hiç ummazdım. Hatta bir defa twitterda da belirttim ben. Hukukçu olduğum için pişmanım, keşke tıbbiye okusaydım. Bu tamamen duygularımı ifade etmekten ibarettir ancak yeni Türkiye benim gibi hukuk aşığı birisini bu raddeye getirdi. Yanlış anlaşılmasın, ben hala hukukçuyum, hukuki görüşümü söylerim. Kendi anlayışıma, yorumuma göre kendi algıma göre, hocalarımın bana benim de öğrencilerime aktardığım biçimde hukuk ne diyorsa onu söylemeye devam ederim. Yazdığımda, çizdiğimde her zaman hukukun üstünlüğünü savunmaya devam ederim. Bu söylemiş olduklarım duygusal bir kırgınlıktır sadece. Benim hukukçuluğu bırakmama kesinlikle vesile olamaz. Geri dönüp iyi mi yaptım diye düşündüğümde evet cevabını çok rahat bir şekilde, gönül ferahlığıyla verebiliyorum.

Hayal kırıklığıma ilişkin bir iki şey daha aktarmak isterim. Türkiye'de hayal ettiğim hukuk uygulaması farklıydı ve o uygulamaya katkı sağlayabilmek için ben bu mesleğe girdim. Ancak beni bu bahsettiklerimden çok daha fazla hayal kırıklığına uğratan iki tane olay oldu. Bunlardan bir tanesi tapu kayıtlarında cami olarak tescilli kültür mirasımız Ayasofya'ya 1935 yılında Reisi Cumhur Mustafa Kemal Atatürk'ün imzasını da taşıyan bir Bakanlar Kurulu kararıyla tapu kayıtlarında herhangi bir değişiklik yapılmaksızın müze statüsü verilmesi hakkındadır. Bu karara karşı bir dernek o zamanlar Başbakanlık'a bağlı Vakıflar Genel Müdürlüğü'ne başvuruda bulunuyor, Ayasofya'nın ibadete açılmasını talep ediyor. Bu talep o zaman reddediliyor. Bu davacılar söz konusu ret işleminin iptali talebiyle gidiyorlar Danıştay 10. Dairesi'nde dava açıyorlar. İdare mahkemesinde değil de Danıştay'da dava açmalarının sebebi de başvurularına verilen ret kararıyla birlikte bu kararın dayanağı olan 1935 tarihli Bakanlar Kurulu kararının da iptalini istiyor olmaları. Bu dava kesin hükümle reddediliyor. Davacıların iddiası şu şekilde; efendim Atatürk'ün imzası var ancak bu Bakanlar Kurulu kararı yok hükmünde. Çünkü o kararda Atatürk'ün imzası aslında taklit edilmiş, iddia bu yönde. Sene 1935, bir Bakanlar Kurulu kararı söz konusu ve Atatürk'ün imzasını taklit etmeye birisi cüret edecek de o karar çıkacak. Kaldı ki o karardan kısa bir süre, üç dört ay sonra Atatürk Ayasofya'yı müze halinde ziyaret ediyor. Neyse, dava reddediliyor. Atatürk'ün imzası üzerinde imza tatbiki yapılınsın diyorlar, heyet kabul etmiyor bunu. Diyorlar, bu imza Atatürk'e aittir, sabit bu. Ayrıca mahkeme davacının diğer iddialarını da reddediyor. Fatih Sultan Mehmet Han'ın vasiyetnamesi, nasıl intikal etti vs iddiaları da var. Bu dava reddedildikten kısa bir süre sonra kesin hükme dönüşüyor.

Aynı davacı dernek bir daha başvuruyor, yine reddediliyor. Yine dava açıyor, davacı bu sefer imza üzerinde durmuyor ama kararın esasına girerek o 1935 tarihli Bakanlar Kurulu kararı hukuka aykırıdır diyor. Çünkü Fatih Sultan Mehmet Han'ın vasiyetnamesiyle Ayasofya cami olmuştur. Bir Bakanlar Kurulu kararı Osmanlı padişahının vasiyetini kaldıramaz diyorlar. Tabii mülk padişahın, Padişah da kendi mülkünde olan bir mal üzerinde vasiyette bulunmuş cami olarak kalsın diye. Tapu kayıtlarında bu şekilde yazıyor. Danıştay 10. Dairesi'ne gidiyor dava. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 7. maddesinin 4. fıkrasını bu insanlar okumuş mudur okumamış mıdır? Okumuştur, ya bilmezlikten gelmiştir ya da hiç dikkate almamışlardır. Bakanlar Kurulu'nun 1935 tarihli kararı bir bireysel şart işlemidir. Bir kültür varlığına müze statüsü veren bir şart işlemidir. Düzenleyici işlem olsa o işleme dayalı olarak uygulama yapıldığında ikisini birlikte dava edebilirsiniz. Ancak bireysel bir işleme istinaden 70 yıl sonra iptal istemi ile dava açılabilir mi? Bu davanın süre yönünden kabul edilmesi söz konusu olabilir mi? Mümkün değil! Bir başka versiyonuyla bu soruyu



hukuk fakültesi ikinci sınıf öğrencilerine sorsak süreden reddetmeyen herkes o dersten kalır. Benden geçemezler, kim geçirirse geçirsin. Bu Danıştay kararı beni çok büyük hayal kırıklığına uğratmıştır.

Sonuncusu da İstanbul Sözleşmesi'nin durumudur. Aşağı yukarı temyiz aşamasından sonra nasıl bir karar çıkacağını tahmin etmekle birlikte ona şimdi girmek istemiyorum. Yeni idari yargılama usulü kitabımın ikinci baskısında bir dipnot olarak yer de verdim, adeta bir hükümet tasarrufu inşa ediyor Danıştay burada. Şöyle diyor; Cumhurbaşkanı onaylama yetkisine sahip, dolayısıyla onaylayıp onaylamamakta bir takdir hakkı söz konusu. Onaylamış da uluslararası anlaşmayı. Şimdi bir Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Cumhurbaşkanı kendisine bu sözleşmelerden çıkma yetkisi bahşediyor. O yetkiye istinaden de İstanbul Sözleşmesi'nden çıkıyor. Bu yetkinin hukuki niteliği, işlemin Anayasa'ya aykırılığı ayrı konu. Bana göre işlem Anayasa'ya aykırı zaten, Cumhurbaşkanı'nın böyle bir yetkisi yok. Anayasa aykırılıklarının hepsini geçtim, hiç konuşmuyorum. Asıl beni endişelendiren yeniden bir hükümet tasarrufu anlayışının getirileceği izlenimi veren bir gerekçe ortaya konulmuş olması. Diyelim ki sayın Cumhurbaşkanı'nın böyle bir yetkisi var. Anayasa yalnızca onama, onamama yetkisi vermiş. Onanmış olan bir anlaşmayı fesih etme veya ondan ayrılma yetkisi vermemiş. Ama diyelim ki yetkili. -Adı İstanbul Sözleşmesi olan bir sözleşmeden İstanbul'un yer aldığı ülkenin vazgeçmesi bir kara mizah örneğidir.- Diyelim ki sözleşmeden ayrılma yetkisi takdir yetkisini de barındırıyor. Bu takdir yetkisi bir hukuk devletinde mutlak ve keyfi kullanılacak bir yetki değildir. Neden bu sözleşmeden ayrılma yönünde işlem tesis edildiğinin haklı ve hukuken geçerli nedenlerinin ortaya konulması gerekir. İdari işlemin sebep ögesinin ortaya konulması gerekir. Efendim, mutlak takdir yetkisi vardır diyor kararda, ben denetlemem diyor. Beni ürküten husus da budur. Beni çok büyük hayal kırıklığına uğratan bir uygulama da budur. Neticede karar temyiz edilmiş durumda, dolayısıyla çok daha fazlasını henüz söylemiyorum ama bu da oldukça kötü bir tablo ortaya koymaktadır.



Mahkemelerin gerekçeli karar verme konusuna gelecek olursak da gerekçeli karar ilkesi adil yargılanma, hakkaniyete uygun karar hakkının bir ögesidir. Nedir gerekçeli karar ilkesi? Uyuşmazlığı çözen, davayı karara bağlayan yargı yerinin tarafların iddialarını irdelemesi, tartışması ve neticesinde geçerli geçersiz ayıklaması yaparak bir senteze varmasıdır. Yargılama süreci de bu diyalektik süreçtir. Yargılama sürecinin sağlıklı işleyip işlemediğini gösteren bir ilkedir gerekçeli karar ilkesi. Mahkeme kararlarına bakıyoruz, dava ret, güzel, reddedebilir. Davacının elli türlü iddiası var, hiçbirine değinilmemiş. Uzun kanun metnini alıyor, kanunun uygulanmasını gösteren yönetmeliklerin de metnini kopyalıyor, sekiz sayfa yapıyor, bu durum karşısında diyor davacının hukuka aykırılık yönünde ileri sürmüş olduğu sebeplerin hiçbiri geçerli değildir diyor, bitti dava. Bu oldukça sık yapılan bir şey ama gerekçe mi bu şimdi? Gerekçeli karar ilkesi özellikle idari yargılama usulünde ve idari yargı tarafından

verilen kararlar bakımından çok daha fazla önem arz ediyor. Bir iptal kararı mutlaka gerekçeli olmalıdır ki idare uygulamakla yükümlü olduğu iptal kararının gereklerini yerine getirebilsin. Mahkeme idareye emir vermez ama yazdığı gerekçe ile yol gösterir. Dava reddedildi diyelim, ret kararı da aynı şekilde gerekçeli olmalıdır. Çünkü davası reddedilen davacının kanun yolu mercine başvurusu, sağlıklı bir biçimde erişebilmesi için mahkemenin davacı aleyhine verdiği kararın gerekçesini bilmesi gerekmektedir. Hakkını yemeyelim, çok güzel gerekçe yazan hakimler de var ama kararların çok büyük bir kısmı gerekçeli karar ilkesine uygun nitelikte değil. Ne yazık ki değil!

Yazımı sonlandırırken kendi derslerimin başında hep söylüyorum, burada da bütün hukuk fakültelerimizde eğitim gören gençlerimize hitaben söylemiş olayım;

Hukuklu olmayın, hukukçu olun. Hukuklu olmak mevzuatı okuyup, sınavlardan geçerek notlarını alıp mezun olmayı ifade eder. Buna mukabil hukukçu olmak demek sadece kanunu bilmek demek değildir. Bir hukuk devletinde hukukçu olduğunun farkında olmak demektir. Kanunu tabi ki bileceksiniz ama kanun anayasaya hilafet etmez, anayasayı da bileceksiniz. Yetmez, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin tarafı olduğu uluslararası anlaşmaları bileceksiniz. Özellikle o anlaşmalardan temel hak ve özgürlüklere ilişkin olanları bileceksiniz. Bunların anayasaya aykırılıkları öne sürülemediği gibi somut bir durumda kanunla arasında çatışma çıktığı zaman öncelikli olarak anlaşma hükümlerinin uygulanacağını bileceksiniz. Hukukun evrensel ilkelerini bileceksiniz. En evrensel ilke, eşitlik ilkesi, bunu bileceksiniz. Suç ve cezada kanunilik ilkesi, en evrenseli masumiyet karinesi, bu gibi ilkeleri kavramadan hukukçu olamazsınız. Bu ilkeleri, hukuk nosyonunu içinize sindirdiğiniz zaman hukukçu olursunuz. Ben bütün öğrencilerimizin hukukçu olmasını ister ve bunun için çalışırım.

Sevgiyle kalın...

28.11.2022 / Ankara