



# Ankara Barosu

## DERGİSİ

Yıl: 82 | Sayı: 2024/2 | ISSN 1300-9885

### HAKEMLİ MAKALELER

The Ratification of the Istanbul Convention  
by the European Union and  
Its Effect on Candidate States:  
Specific Reference to Turkey

Lecturer Belkıs ŞAHİNOĞLU

Türk Hukuku ve Birleşmiş Milletler  
(BM) Singapur Sözleşmesi Yönünden  
Değerlendirici Arabuluculuk

Av. Arb. Özlem BORA

Üretim ve İş Sırlarının İfşası Suretiyle İşçinin  
İş Sözleşmesi Sona Erdikten Sonra  
Rekabet Etmeme Yükümlülüğünü İhlali

Av. Cansu KULAÇ

Limited Şirket Müdürler Kurulu Hakkında  
Bazı Değerlendirmeler

Arş. Gör. Dr. Temel GÜNER

Privately Contracted Armed Security  
Companies In Merchant Shipping

Av. Sıdika Deniz AKBAŞ

Cinsel Yönelim ve Cinsiyet Kimliği Açısından  
Adalet Erişim: Bağlayıcı Olmayan  
Uluslararası İnsan Hakları Metinleri  
Çerçevesinde Bir İnceleme

Arş. Gör. Dr. E. İrem AKI

Belirli Süreli İş Sözleşmesinin İşveren  
Tarafından Haksız Feshi Halinde İşçinin  
Bakiye Süre Ücreti Tutarında Tazminat ile  
Ceza Koşulunu Birlikte Talep Edip  
Edemeyeceği Meselesi:  
İşçi Yararına Çözüm Arayışı

Doç. Dr. Tuba BİRİNCİ UZUN  
Arş. Gör. İrem Banu BAŞER ÖCAL

### MAKALELER

Henüz Vücuda Getirilmemiş veya  
Tamamlanmamış Eserlere  
İlişkin Sözleşmeler

Av. Ecenur ÇİLİNGİROĞLU

Uluslararası Eşya Taşımalarında  
Taşıma Belgeleri

Dr. Öğr. Üyesi Bilal ÖZEL





# Ankara Barosu

DERGİSİ

Yıl: 82 | Sayı: 2024/2 | ISSN 1300-9885

**ANKARA BAROSU BAŞKANLIĞI**

Atatürk Bulvarı No:40 Adliye Sarayı Kat:5 Sıhhiye-ANKARA/TÜRKİYE

T 0312 416 72 00 F 0312 309 22 37

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

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

**ANKARA BAROSU EĞİTİM VE KÜLTÜR MERKEZİ (ABEM)**

İhlamur Sk. No:1 Kızılay-ANKARA/TÜRKİYE

T 0312 416 72 00

**ANKARA BAROSU GELİNCİK MERKEZİ**

İhlamur Sk. No:1 Kızılay-ANKARA/TÜRKİYE

T 0312 444 43 06 (5 Hat)

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

**ANKARA BAROSU GÖLBAŐI AVUKAT ÖZDEMİR ÖZOK SOSYAL TESİSİ**

GaziosmanpaŐa Mah. Sahil Cad. No:46 GölbaŐı-ANKARA/TÜRKİYE

T 0312 485 03 93 F 0312 484 71 26





**Ankara Barosu Dergisi'nde yayımlanmakta olan makaleler  
hukuk veritabanlarında taranmaktadır.**

*Articles published in the Journal of Ankara Bar Association  
is being permanently indexed in law databases.*

**Yıl/Year: 82 Sayı/Issue: 2024/2 ISSN: 1300-9885**

**İletişim Adresi | Contact**

Ankara Barosu Başkanlığı  
Atatürk Bulvarı No:40 Adliye Sarayı Kat:5 Sıhhiye-ANKARA/TÜRKİYE  
T 0312 416 72 00 F 0312 416 72 80  
[www.ankarabarusu.org.tr](http://www.ankarabarusu.org.tr)  
[abym@ankarabarusu.org.tr](mailto:abym@ankarabarusu.org.tr)

**Ankara Barosu | Designer of the 100<sup>th</sup> Anniversary of the  
Cumhuriyet'in 100. Yılı Logo Tasarımı | Turkish Republic Logo for the Ankara Bar Association**  
Arda ENGİN (Ankara Barosu)

**Kapak Tasarımı ve Mizanpaj | Book cover design & Page layout**  
Ali Kemal ÇERŞİL (Ankara Barosu)

**Basım Tarihi | Printing date**  
2024

**Baskı Adedi | Print run**

**Baskı ve Cilt | Printing and Bookbinding**

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

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

**ANKARA BAROSU DERGİSİ**

Üç Aylık (Ocak, Nisan, Temmuz, Ekim)  
Hakemli, Bilimsel ve Mesleki Yerel Süreli Yayın  
Ankara Barosu Başkanlığı, 2024  
Tüm Hakları Saklıdır.  
ISSN 1300-9885

**Dergide ileri sürülen görüşler  
yazarlarına aittir.**

**JOURNAL OF ANKARA BAR ASSOCIATION**

is a refereed journal, issued quarterly  
(January, April, July, October)  
Presidency of Ankara Bar Association, 2024  
All Rights Reserved.  
ISSN 1300-9885

**Articles published in this journal reflect  
the views of the authors.**

**Sahibi Ankara Barosu Adına** / Owner on Behalf of Ankara Bar Association  
Av. Mustafa KÖROĞLU

**Sorumlu Yazı İşleri Müdürü** / Managing Editor  
Av. Deniz Yağmur GÜNEŞ

**Editör** / Editor  
Doç. Dr. Veysel DİNLER

**Eş Editör** / Peer Editor  
Av. Dr. Zeynep BAHADIR DALKIRAN

**Editör Yardımcıları** / Assistant Editors  
Doç. Dr. Mehmet Erdem AYBAY Dr. Öğr. Üyesi Timuçin KÖPRÜLÜ  
Dr. Öğr. Üyesi Erkan DUYSMAZ Arş. Gör. Dr. Hikmet BİLGİN  
Arş. Gör. Dr. Ezgi Fulya AKKUŞ

**ANKARA BAROSU YAYINLARI MERKEZİ**  
ANKARA BAR ASSOCIATION PUBLICATION CENTER

**Koordinatör Yönetim Kurulu Üyesi** / Coordinator Board Member  
Av. Deniz Yağmur GÜNEŞ

**Merkez Başkanı** / Head of the Center  
Doç. Dr. Dilşad Çiğdem SEVER

**Merkez Başkan Yardımcıları** / Vice Presidents  
Av. Songül KARATEKE ÖZTÜRK – Av. Mahmut Fevzi ÖZLÜER

**Merkez Genel Sekreteri** / Secretary  
Av. Berkay YILMAZ

**Merkez Saymanı** / Bookkeeper  
Av. Seçkin TÜRKOĞLU

## Üyeler / Members

1. Av. İbrahim AKIN
2. Av. Abdulkadir ONAY
3. Av. Celal TOSUN
4. Av. Duyşen Selin KUZU KESİCİ
5. Av. Bülent DAĞSALI
6. Av. Taner EKEN
7. Av. Şeyma ERTAŞ
8. Av. Cemre MISIRLIOĞLU
9. Av. Ebubekir BAŞEL
10. Av. Elif BULUT
11. Av. Merve Nur KILIÇ
12. Av. Kübra ÜNLÜTÜRK
13. Av. Işıl Özge TAN
14. Av. Tuğçe TUNÇ
15. Av. Tansu Ceren ÖZÇELİK
16. Av. Defne KARACA
17. Av. Cansu ÇIPLAK
18. Av. Esra YILDIZ
19. Av. Ayşe YARIMOĞLU
20. Av. Mehmet Şerif Furkan ÖZCAN
21. Av. İlayda BAŞBUĞA
22. Av. Ahmet COŞKUN
23. Av. Elif ŞAHİN
24. Av. Nesli Umay SEYDİOĞULLARI
25. Av. Ali Asker ELDEN
26. Av. Berkay AKAN
27. Av. Berkay ÖZDEMİR
28. Av. Elif BAYRAM
29. Av. Yaren Semina BAYRAKTAR
30. Av. Haluk Can ELMADAĞ
31. Av. Hatice ŞAKALAR
32. Av. Harun SAKINAN
33. Av. Özge AKTAŞ
34. Av. Alper ÇETİNER
35. Av. Anıl AKYOL
36. Av. Ahmet Can DULDA
37. Av. Emre CAN
38. Av. Veysel Göktuğ ÇAKMAK
39. Av. Batuhan YILMAZ

(Sicil numarasına göre)

# ANKARA BAROSU DERGİSİ

## DANIŞMA KURULU

1. **Prof. Dr. Levent AKIN**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
2. **Prof. Dr. Olgun DEĞİRMENCİ**, TOBB Üniversitesi Hukuk Fakültesi
3. **Prof. Dr. Mohamad EL-GHAZI**, Trier Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Almanya)
4. **Prof. Dr. Mustafa Ruhan ERDEM**, Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi
5. **Prof. Dr. Rifat ERTEN**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
6. **Prof. Dr. Selin ESEN**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
7. **Prof. Dr. İlke GÖÇMEN**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
8. **Prof. Dr. Cenker GÖKER**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
9. **Prof. Dr. Felix HERZOG**, Bremen Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Almanya)
10. **Prof. Dr. Hakan KARAN**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
11. **Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU**, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
12. **Prof. Dr. N. Ayşe ODMAN BOZTOSUN**, Akdeniz Üniversitesi
13. **Prof. Dr. Joanna OSIEJEWICZ**, Varşova Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Polonya)
14. **Prof. Dr. Pasquale POLICASTRO**, Szczecin Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Polonya)
15. **Prof. Dr. Sema TAŞPINAR AYVAZ**, TOBB ETÜ Hukuk Fakültesi
16. **Prof. Dr. Süha TANRIVER**, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
17. **Prof. Dr. Asuman TURANBOY**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
18. **Prof. Dr. Gülriz UYGUR**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
19. **Prof. Dr. Ejder YILMAZ**, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
20. **Prof. Dr. Gaye Burcu YILDIZ**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
21. **Prof. Dr. Marek ZUBIK**, Varşova Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Polonya)
22. **Doç. Dr. Yıldız ABİK**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
23. **Doç. Dr. Olgun AKBULUT**, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi
24. **Doç. Dr. Tolga CANDAN**, Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi
25. **Doç. Dr. Izabela GAWŁOWICZ**, Zielona Góra Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Polonya)
26. **Doç. Dr. M. Ayhan TEKİNSOY**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
27. **Doç. Dr. Sunčana Roksandić VIDLIČKA**, Zagreb Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Hırvatistan)
28. **Doç. Dr. Saim ÜYE**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
29. **Doç. Dr. Bülent YÜCEL**, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
30. **Dr. Clara da Mota Santos Pimenta ALVES**, Federal Yüksek Mahkeme (Brezilya)
31. **Dr. Fatma KARAKAŐ DOĞAN**, Bremen Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Almanya)
32. **Dr. Stephanie LEMKE**
33. **Av. Semih GÜNER**, Ankara Barosu

## ANKARA BAROSU DERGİSİ

# YAYIN İLKELERİ

1. Ankara Barosu Dergisi hukuk alanında teorik, mesleki ve uygulamaya dayalı yayınların geliştirilmesini amaçlayan, ULAKBİM/TR Dizin'de taranan hakemli bir bilimsel dergidir. Hakemli makalelerin yanında hakemsiz makale, çeviri, karar incelemesi ve diğer mesleki yazılara da yer vermektedir.
2. Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
3. Dergimizin yayın politikası ve kuralları gereği özel sayılar hariç aynı yazar(lar)a ait farklı makaleler aynı sayıda ve/veya ardışık iki sayıda yayımlanamaz.
4. Hakemli makaleler Dergipark üzerinden gönderilmelidir (<https://dergipark.org.tr/tr/journal/1756/submission/step/manuscript/new>). Editöryal değerlendirme ve hakemlik süreçleri doğrudan Dergipark sistemi üzerinden yapılacağı ve yazarlar tarafından süreç izlenebileceği için, hakemli makaleler için zorunlu olmadıkça e-posta yoluyla iletişim kurulmayacaktır.
5. Makale yazarına ait gerekli tüm bilgileri (ORC kimlik numarası -ORCID-, unvan, ad-soyad, iletişim adresi, güncel e-posta adresi, güncel cep telefonu) makale kapak sayfasına eklenmelidir. Hakemli makalelerin sisteme yüklenen versiyonunda yazarın kimlik bilgileri yer almayacağı gibi, hakemlerin yazarın tanınmasını sağlayacak işaret veya ifadelere yer verilmemelidir. Kapak ve makale şablonuna <https://dergipark.org.tr/tr/pub/abd/writing-rules> sayfasından ulaşabilirsiniz.
6. Hakemli makaleler önce Editöryal değerlendirmeye alınacak ve uygun görülmesi halinde ULAKBİM kriterleri doğrultusunda hakem incelemesinden geçirilecektir. ULAKBİM, en az iki hakem denetimi koşulunu benimsediğinden yazı değerlendirme süreçleri değişken bir zaman aralığına yayılmakta olup, yazarların yazılarını gönderirken bunu göz önüne almaları gerekir.
7. Hakemli makale dışında kalan yazıların [abym@ankarabarusu.org.tr](mailto:abym@ankarabarusu.org.tr) adresine gönderilmesi gerekir. Makale yazarına ait gerekli tüm bilgileri (varsa ORC kimlik numarası -ORCID-, unvan, ad-soyad, iletişim adresi, güncel e-posta adresi, güncel cep telefonu) makalesin son sayfasına eklenmelidir.
8. Dergiye gönderilen tercüme edilmiş yazılar için, yazının sahibinin yayın izni ve metnin orijinali gereklidir.
9. Ankara Barosu Dergisi, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere, kabul edilen yazıların, tüm yayın haklarına sahiptir. Yazılar için telif ücreti ödenmez.

- 10.** Yayınlanması yayın kurulu ya da hakem tarafından uygun bulunmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez.
- 11.** Yayın ilkeleri ve hakem süreciyle ilgili ayrıntılı bilgilere <https://dergipark.org.tr/tr/pub/abd> adresinden ulaşılabilir.

# ANKARA BAROSU DERGİSİ

## YAZIM KURALLARI

1. Yazım dili Türkçe ve İngilizcedir. Dergiye gönderilen yazıların yazım düzeltmesi Editörler/ Editör yardımcıları tarafından yapılır. Türkçe makalelerin yazımında, noktalamasında ve kısaltmalarda TDK Yazım Kılavuzu'nun en son baskısı esas alınır.
2. Ankara Barosu Dergisine gönderilecek makaleler "Microsoft Word" programında (.doc veya .docx formatında) A4 sayfa düzeni normal, sayfa yapısı; üstten 2,5 cm, alttan 2,5 cm, soldan 2,5 cm, sağdan 2,5 cm, cilt payı 0, üstbilgi 1.25 cm, alt bilgi 1,25 cm olmalıdır. Sayfa numaraları alt ortada gösterilmelidir.
3. Yazı tipi Times New Roman, 12 punto, normal stil; Satır aralığı 1,5 ve sonra 6 nk olmalıdır. Dipnotlarda Times New Roman, 10 punto, satır aralığı 1 olmalıdır.
4. Hakemli makalelerin Türkçe ve İngilizce özetlerin (toplam 400 kelimeyi geçmeyecek şekilde); her iki dilde yazı başlığının ve beşer anahtar sözcüğün de yazının başına eklenerek gönderilmesi gerekmektedir. Makalenin Türkçe Başlığı > Öz > Anahtar Kelimeler > Makalenin İngilizce Başlığı > Abstract > Keywords şeklinde sıralanmalıdır.
5. Başlıklandırma 5 düzeyi aşamaz (önerilen 3 düzeydir). Başlıklandırma şu şekilde yapılmalıdır:

### **I. BİRİNCİ DÜZEY BAŞLIK TÜMÜ BÜYÜK HARF VE KOYU**

#### **A) İKİNCİ DÜZEY BAŞLIK TÜMÜ BÜYÜK HARF VE KOYU**

##### **1- Üçüncü Düzey Alt Başlık Sadece İlk Harfler Büyük ve Koyu**

##### **a) Dördüncü Düzey Alt Başlık Sadece İlk Harfler Büyük ve Koyu**

##### ***i. En Alt Başlık Sadece İlk Harfler Büyük, Koyu ve Eğik Gerekmekçe Kullanmayın***

6. Metin içinde dipnot numarası, noktalama işaretlerinden sonra verilmelidir. Atıflar, metin içinde gösterilmez.
7. İlk atıfta kaynağın tam künyesi verilmeli, aynı esere takip eden atıflar, aşağıda gösterilen örneklerle uygun olarak kısaltılmış olarak verilir. (Age, agm, agk, ibid, id, loc. cit.) bir önceki kaynağa işaret eden kısaltmalar kullanmayınız. Metin içinde makalenizin başka bir bölümüne dikkat çekmek için dipnotta sayfa numarası vermeyiniz. Metin içinde atıf yapılmamış eserler, kaynakçada gösterilmez.
8. Ankara Barosu Dergisinde yayınlanan makaleler, The Chicago Manual of Style (17th Edition, Notes and Bibliography) atıf ve referans sistemi esas alınarak hazırlanmalıdır. Detaylı bilgi için bkz. [https://www.chicagomanualofstyle.org/tools\\_citationguide/citation-guide-1.html](https://www.chicagomanualofstyle.org/tools_citationguide/citation-guide-1.html)



9. Kitap, editörlü kitap, e-kitap, çeviri kitap, kitap bölümü, dergi makalesi, bildiri, rapor, ansiklopedi maddesi, kitap tanıtımı, tez, gazete yazısı, röportaj, web içerik, blog yazısı vb tüm farklı yazı türleri atıf örneklerini <https://dergipark.org.tr/tr/pub/abd/writing-rules> sayfasından bulabilirsiniz.
10. Mahkeme kararları, kısaltmalar ve noktalama işaretlerinin kullanımında bir standart oluşturmak amacıyla; lütfen makalelerinizi <https://dergipark.org.tr/tr/pub/abd/writing-rules> yazılı kurallara uygun bir biçimde düzenleyiniz.

Başkanın Köşesi.....XV  
**Av. Mustafa KÖROĞLU**

## Hakemli Makaleler

*Peer Reviewed Articles*

- 1** The Ratification of the Istanbul Convention by the European Union and Its Effect on Candidate States: Specific Reference to Turkey..... 1  
**Lecturer Belkıs ŞAHİNOĞLU**
- 2** Türk Hukuku ve Birleşmiş Milletler (BM) Singapur Sözleşmesi Yönünden Değerlendirici Arabuluculuk ..... 43  
**Av. Arb. Özlem BORA**
- 3** Üretim ve İş Sırlarının İfşası Suretiyle İşçinin İş Sözleşmesi Sona Erdikten Sonra Rekabet Etmeme Yükümlülüğünü İhlali ..... 85  
**Av. Cansu KULAÇ**
- 4** Limited Şirket Müdürler Kurulu Hakkında Bazı Değerlendirmeler ..... 119  
**Arş. Gör. Dr. Temel GÜNER**
- 5** Privately Contracted Armed Security Companies In Merchant Shipping ..... 147  
**Av. Sıdıka Deniz AKBAŞ**
- 6** Cinsel Yönelim ve Cinsiyet Kimliği Açısından Adalete Erişim: Bağlayıcı Olmayan Uluslararası İnsan Hakları Metinleri Çerçevesinde Bir İnceleme..... 177  
**Arş. Gör. Dr. E. İrem AKI**
- 7** Belirli Süreli İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haksız Feshi Halinde İşçinin Bakiye Süre Ücreti Tutarında Tazminat ile Ceza Koşulunu Birlikte Talep Edip Edemeyeceği Meselesi: İşçi Yararına Çözüm Arayışı..... 209  
**Doç. Dr. Tuba BİRİNCİ UZUN**  
**Arş. Gör. İrem Banu BAŞER ÖCAL**

**Makaleler***Articles*

- 1** Henüz Vücuda Getirilmemiş veya Tamamlanmamış Eserlere İlişkin Sözleşmeler ..... 267  
**Av. Ecnur ÇİLİNGİROĞLU**
- 2** Uluslararası Eşya Taşımalarında Taşıma Belgeleri ..... 293  
**Dr. Öğr. Üyesi Bilal ÖZEL**



**Yitirdiklerimiz** | *In loving memory of our late colleagues.....* 315  
(*Vefat tarihi esas alınarak hazırlanmıştır.*)



**ANKARA BAROSU**

# Başkanın Köşesi

*“Geçmişimizin anlarıyla değil,  
geleceğimizin sorumluluklarıyla akıllanırız.”*

George Bernard SHAW

Kıymetli Meslektaşlarım ve Değerli Okuyucular,

Hepimiz çok iyi biliyoruz ki, hayata tutunmak, hayatta kalma mücadelesi insanı katılaştırır, acımasızlaştırır, başkaca bir nedene gerek yoktur. Hayat zor ve acımasızdır. Bu yüzden insan bir şeylere, birilerine ve en çok da anlamlı şeylere tutunmak ister. Dünya kazanmak üzerine kurulu sanılır ama doğduğun andan itibaren kaybetmeye başladığın bir şeydir hayat dediğin. Yitirmelerle dolu günümüzde hızla yitirmekte olduğumuz, belki de en temel değer, insanın kendisi ve insanda toplanan ya da toplanması gereken anlamlardır.

Bu yüzden hayatın kendisi anlamlı değildir. Hayata anlam katan şeyler yaptığınızda yaşadığınız şeye evet bir ömür yaşadım ve bu ömür benim dersiniz. Onu sahiplenirsiniz ve yolunuzda yürümeye devam edersiniz. Benim için her şey bir anlam arayışıdır. Bu arayışın deneyimler, ahlaki değerler ve yaratıcılık gibi temel kaynaklar üzerine kurulu olduğuna ve “Uygarlık” ya da en kısa tanımıyla: Çağdaşlığı yakalamanın yolu olduğuna inanıyorum.

Geleceğe doğru başımızı kaldırarak Avukatlık mesleğini ve Baroyu ülkesiyle birlikte ulaştırmak istediğimiz yerin adı; Gazi Mustafa Kemal ATATÜRK’ün **“Memleketler muhtelifdir, fakat medeniyet birdir ve bir milletin terakisi için de bu yegâne medeniyete iştirak etmesi lâzımdır”** diyerek ifade ettiği uygarlıktır.

Uygarlık, bir kavram olmanın çok ötesinde her kültürün yanılmaz bir ölçütü bilim ve teknikteki ilerlemenin yanı sıra insanla, insana ait değerlerle yaratılan bir kurumlaşmayı da ifade eder.

İnsanların yazdığı için, tweet attığı için polis tarafından gözaltına alındığı hatta tutuklandığı bir ülke “ben uygar bir ülkeyim” savını kabul ettiremez ancak yazdıkları için hapisten çıkarılan yazarların olduğu ülkeler uygar ülkelerdir. Eleştiriyi vatanseverlere bir saldırı olarak görerek, sadece övgüler içinde yaşamayı kabul eden ama olumsuzlukları yok sayarak, küçümseyerek

ve hatta gizleyenlerin uygarlığa en büyük kötülüğü yaptığını kabul etmeliyiz. Friedrich NİETZSCHE'nin deyişiyle, uygarlık **“dünyadaki her şeye insanca bir anlam kazandırabilmek için”** ne gerekiyorsa onu yapmaktır.

Bizler, Ankara Barosu yöneticileri, kurul, merkez, enstitü, komisyon ve kulüp üyesi mensupları ve çalışanları ile beraber bu amaç için bir baro için ne gerekiyorsa onu yapıyoruz. Çünkü Baronun ne olduğunu ve ne olmadığını doğru tanımlayarak ona göre yapılması gerekenleri yapmak, yapılmaması gerekenleri yapmamak zorundayız.

Değerli Meslektaşlarım,

İnsanın anlam arayışı sürecini, yani yaşamını anlamlı kılan ise değerleridir. Çünkü o değerler sayesinde yaşamın ve mücadele etmenin bir anlamı olur. Değer, bir şeyin önemini belirlemeye yarayan soyut ölçüdür. Bir şeyin değdiği karşılık, bir kıymettir. Bu ülkenin her vatandaşı için geçerli olması gereken onurlu bir yaşam ile temel hak ve özgürlükler için mücadele etmenin ahlaki bir değer olduğunun farkındayız. Bu nedenle bunu kurumsal yapının da bir parçası haline getirmeye çalışmaktayız. Biliyoruz ki önemli olan bir kurumun kurulması değil kurumsallaşmasıdır. Kurumsallaşma, kişilerin, yöneticilerin, başkanların kim olduğundan bağımsız, kişisel ihtirasların ve beklentilerin ötesinde, bir düşüncenin, ilkenin, kavramın ya da uygulamanın yerleşik konuma gelmesi, süreklilik kazanması ve bunun sürdürülebilir olması ile mümkündür.

Ankara Barosu kuruluşunun 100'üncü yılına girdiği bu yılda kurumsallaşmanın uygarlık düzeyindeki adımlarını atmaya devam etmektedir. Ülke-mizdeki kurumsallaşma anlayışının aksine uygar ülkelerdeki kurumsallaşma tarihine baktığınızda ilk göze çarpan özellik: Başarılı kurumsallaşmanın temelinde hep ben ve kurum arasındaki çeşitli duyarlı dengeleri çok sağlıklı kurmuş bireylerin olduğunu görürsünüz. Bir göreve gelen kendine değil o göreve ve makama değer katar ve görevden büyüyerek ayrılır. Bu da egodan sıyrılmış bir benlikle olur. Makamlar koltuklar bu yüzden insanın benliği ile bir savaştır. Bu savaşın kazananı her zaman temsil ettiğimiz kurumlar olmalıdır. Kazanmak sadece zaferlerle, başarılarla ya da maddi varlıklarla ilişkilendirilmemelidir. Hayatın kendisi, sadece kazanmak üzerine değil, deneyimlemek, öğrenmek, büyüme ve bağ kurmak üzerine de kuruludur. Birçok insan, kazanmanın sadece dışsal başarılarla ölçüldüğünü düşünür. Para, güç, statü gibi faktörler, toplumun kazanma kavramını şekillendiren unsurlardır. Ancak, gerçek kazanç, iç huzur, anlam ve memnuniyetle



ölçülebilir. Hayat, kazanma ve kaybetme arasındaki dengeyi bulmaktan ibarettir. Kaybetmek, birçok durumda insanları daha fazla öğrenmeye, büyümeye ve yeniden değerlendirmeye iter. Kazanmak ise sadece zaferlerde değil, zorluklarla başa çıkmada, engelleri aşmada ve kişisel gelişimde de gerçekleşir. Hayatta kazanmak, kendi potansiyelimize ulaşmak, içsel barışı bulmak ve başkalarına değer katmakla ilgilidir. Kendi değerlerimize sadık kalarak, etik ve dürüst bir şekilde yaşamak da bir tür kazançtır. İyi ilişkiler kurmak, sevdiğimizimize zaman ayırmak ve başkalarına yardım etmek de kazanmanın bir parçasıdır. Hayat, sadece kişisel başarılarla değil, aynı zamanda insanlık için bir şeyler yapmakla da anlam kazanır.

Başkalarına yardım etmek, toplumsal sorunlarla ilgilenmek ve dünyayı bir parça daha iyi bir yer haline getirmek sorumluluk olduğu kadar gerçek bir kazançtır da.

Geleceğimizin sorumluluklarıyla,

Sonsuz bir umut ve hevesle...

Saygılarımla.

**Av. Mustafa KÖROĞLU**  
*Ankara Barosu Başkanı*





**Hakemli Makaleler**

*Peer Reviewed Articles*



# The Ratification of the Istanbul Convention by the European Union and Its Effect on Candidate States: Specific Reference to Turkey

Belkıs ŞAHİNOĞLU\*

---

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

\* Lecturer, Girne American University Law Faculty.  
[belkissahinoglu@gau.edu.tr](mailto:belkissahinoglu@gau.edu.tr); [sahinoglubelkis@gmail.com](mailto:sahinoglubelkis@gmail.com).

**ORCID:** 0000-0003-1292-9047.

**Date of issue:** 8th September 2023 **Date of acceptance:** 27th February 2024

**Cite:** Şahinoğlu, Belkıs. “The Ratification of The Istanbul Convention By The European Union And Its Effect On Candidate States: Specific Reference To Turkey.” *Journal of Ankara Bar Association* 82, no. 2 (April 2024): 1-42

**DOI:** 10.30915/abd.1357057.

## THE RATIFICATION OF THE ISTANBUL CONVENTION BY THE EUROPEAN UNION AND ITS EFFECT ON CANDIDATE STATES: SPECIFIC REFERENCE TO TURKEY

### ABSTRACT

This research evaluates the process and consequences of the European Union's recent ratification of the Convention on Preventing and Combating Violence Against Women and Domestic Violence (Istanbul Convention). The issue of violence against women persists as a global problem, and with the Union ratifying the Convention in June 2023 and its pledge toward actions to curb gender-based violence, this issue has gained ever more traction throughout Europe and its surrounding geographies. Analysing the hurdles within the ratification process, it can be said that ratification was a progressive move for the Union. Thus discussion of the obligations of Member States, particularly those that have not ratified the Convention, is necessitated. As a country historically controversial to gender-based violence, Turkey has gained much international and national notoriety in withdrawing from the Istanbul Convention in 2021. With the recent regeneration of communications with Turkey and the EU reaffirming Turkey's candidate status, an examination of Turkey's standing in fulfilment of its accession obligations is warranted. Consequently, Turkey's legal framework is analysed and future steps are discussed. The findings show that Turkey's lack of political willingness to implement and expand the existing legal infrastructure generates potential hindrance to EU relations.

### Keywords:

Turkey

Istanbul Convention

European Union

Violence against women

Women's Rights

## İSTANBUL SÖZLEŞMESİ'NİN AVRUPA BİRLİĞİ TARAFINDAN ONAYLANMASI VE ADAY DEVLETLER ÜZERİNDEKİ ETKİSİ: TÜRKİYE ÖRNEĞİ

### ÖZ

Bu araştırma, Avrupa Birliği'nin yakın zamanda onaylamış olduğu Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Sözleşmesi'nin (İstanbul Sözleşmesi) onaylama süreç ve sonuçlarını incelemektedir. Kadına yönelik şiddet dünya çapında önemli bir sorun olmaya devam etmektedir. İstanbul Sözleşmesi'nin Haziran 2023'te Avrupa Birliği tarafından onaylanması ve Birliğin toplumsal cinsiyete dayalı şiddeti durdurmaya yönelik eylemlerde bulunma taahhüdü ile bu konu Avrupa ve çevresindeki coğrafyalarda giderek daha fazla ilgi görmeye başlamıştır. AB açısından onaylama sürecindeki engeller incelendiğinde, onaylamanın Birlik açısından ilerici bir hamle olduğu ve bu nedenle, özellikle Sözleşmeyi onaylamayan Üye Devletlerin yükümlülüklerinin tartışılmasının gerekli olduğu söylenebilir. Toplumsal cinsiyete dayalı şiddet konusunda tarihsel olarak tartışmalı bir ülke olan Türkiye, 2021'de İstanbul Sözleşmesi'nden çekilmesiyle uluslararası ve ulusal düzeyde büyük bir üne kavuşmuştu. Yakın zamanda Türkiye ile iletişimin yeniden canlanması ve AB'nin Türkiye'nin aday statüsü yeniden onaylanması ile, Türkiye'nin İstanbul Sözleşmesi'ne göre yükümlülüklerini yerine getirmedeki durumunun incelenmesi zorunludur. Sonuç olarak Türkiye'nin yasal çerçevesi incelenmekte ve geleceğe yönelik adımları tartışılmaktadır. Araştırmanın bulguları, Türkiye'nin mevcut hukuki altyapıyı uygulama ve genişletme konusunda siyasi isteksizliğinin AB ilişkilerine potansiyel engel oluşturduğunu gösteriyor.

### Anahtar Kelimeler:

Türkiye

İstanbul Sözleşmesi

Avrupa Birliği

Kadına karşı şiddet

Kadın hakları

## INTRODUCTION

Human rights have been a focus within the international arena since the United Nations Declaration on Human Rights. Although general protection mechanisms existed towards vulnerable members of society, it was the early 1990s that saw violence against women, a problem arising from the inequalities of society itself, being recognised as a human rights issue with women identified as the subject of specialised protection in the international arena.<sup>[1]</sup> Similarly reflective of the stance within the international community, the importance that the Union gives to fundamental human rights, regardless of the Union's initial economic focus, can first be seen in the Maastricht Treaty.<sup>[2]</sup> The Treaty solidifies respect for human rights as a value of the Union, and, while its rights provisions may be few and sporadic, provides for non-discrimination within its social policies and sanctions for breaches of Member States acting against its values.<sup>[3]</sup> Further expansion of the Union's mandate to human rights brought about the declaration of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, which attained a legally binding status through the Treaty of Lisbon in 2007. With a strong human rights focus, it follows that the EU agenda would swiftly fall upon women's rights. Attention to women's rights was further expected as violence against women was increasingly rife and a common problem experienced

---

[1] Kevät Nousiainen and Christine Chinkin, *Legal Implications of EU accession to the Istanbul Convention*, (European Commission, Directorate-General for Justice and Consumers, Publications Office, 2016), 7.

[2] Treaty on European Union, No-C 191/1, 29 July 1992.

[3] Sionaidh Douglas-Scott, "The European Union and Human Rights after the Treaty of Lisbon," *Human Rights Law Review* 11, no. 4 (November, 2011): 648, 669.

within the Union's Member States,<sup>[4]</sup> with a 2014 study showing that 33% of women in Europe had experienced physical and/or sexual violence.<sup>[5]</sup>

Following in the footsteps of many of its Member States, despite objections, the signature and subsequent ratification of the Istanbul Convention by the European Union had been anticipated for many years.<sup>[6]</sup> The Convention on Preventing and Combating Violence Against Women and Domestic Violence (The Istanbul Convention), open for signature in 2011, was heralded as the “most far reaching” legally binding and enforceable international convention on gender-based violence.<sup>[7]</sup> The ratification of the Convention by the European Union thus has been a “historic” move for the Union and the significance it places on safeguarding women from violence.<sup>[8]</sup>

The current research initially analyses the history of signature and ratification of the Convention by the European Union before undertaking an evaluation of the Member States' obligations in this regard. Turkey's relationship with the Union (then named the European Economic Community) dates back to the year 1963, with the agreement to develop relations that would facilitate accession “at a later date.”<sup>[9]</sup> Candidacy status followed in 1999, and

[4] “Combatting violence against women: MEPs back accession to Istanbul Convention,” European Parliament, 10 May 2023, accessed 15 July 2023, <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20230505IPR85009/combating-violence-against-women-meps-back-eu-accession-to-istanbul-convention>; Seven Erdoğan, “Avrupa Birliği'nin İstanbul Sözleşmesine Katılım Süreci: Yeni Bir Ulusüstüçülük-Hükümetlerarasılık Rekabeti Mi? [European Union's Accession to the Istanbul Convention: A New Clash of Supranationalism-Intergovernmentalism?],” *Marmara University Journal of Political Science* 9, no. 2 (September, 2021): 313.

[5] FRA, *Violence against Women: An EU-wide survey. Main results*, (Luxemburg, Publications Office of the European Union, 2014), 21.

[6] “MEPs vote for EU to ratify Istanbul Convention against violence for women,” *euronews*, 10 May 2023, accessed 10 July 2023, <https://www.euronews.com/my-europe/2023/05/10/meps-vote-for-eu-to-ratify-istanbul-convention-against-violence-against-women>

[7] Erdoğan, “European Union's Accession,” 311.

[8] *Euronews* “MEPs vote for EU to ratify.”

[9] Preamble, Agreement establishing Association between the European Economic Community and Turkey, No. C 113/2, 24 December 1973.

accession talks were initiated in 2005.<sup>[10]</sup> While the accession talks remain dormant, recent actions of the Union and Turkey within the international arena have brought Turkey to the forefront of European discussions<sup>[11]</sup> and have paved the way for a reiteration of Turkey's candidate status. With the protection against gender-based violence mandate now a part of EU law, Turkey's actions towards gender-based violence and its legal framework are under the microscope, having been the only country to date to withdraw from the Istanbul Convention. This move was criticised, particularly with Turkey's history of gender-based violence and overall derogation from rights and fundamental freedoms.<sup>[12]</sup> Importantly, therefore, as a candidate of the Union, the research will analyse the current status of Turkey's legal framework as it pertains to the required scope vis-à-vis protection of women from violence and, in doing so, lay grounds for evaluating the status of continued future relations between Turkey and the European Union.

- 
- [10] "Türkiye," European Commission, accessed 17 July 2023, [https://neighbourhood-enlargement.ec.europa.eu/enlargement-policy/turkiye\\_en](https://neighbourhood-enlargement.ec.europa.eu/enlargement-policy/turkiye_en)
- [11] Suzanne Lynch and Jacopo Barihazzi, "Is Turkey joining the EU? No, but the EU is engaging," *Politico*, 13 July 2023, accessed 17 July 2023, <https://www.politico.eu/article/is-Turkey-now-joining-the-eu-no-but-the-eu-is-engaging-nato/>
- [12] CEDAW, *Concluding observations on the 7th periodic report of Turkey*, (New York: UN, July 2016).



## I. HISTORY OF THE UNION'S RATIFICATION OF THE ISTANBUL CONVENTION

The European Union's actions combatting violence against women are founded in the Community's history of human rights protection. The Maastricht Treaty, signed in 1992, welcomed the three-pillar structure under which the Community's competencies were enhanced, and recognition of respect for human rights as one of the core values of the Community was seen. The Community's mandate thus expanded to include a commitment towards rights and protection of the principles of dignity, human honour, equality and non-discrimination between men and women.<sup>[13]</sup> The development of the Union and the founding Treaties (including, notably, the entry into force of the Charter of Fundamental Rights of the European Union<sup>[14]</sup>) further guaranteed the Union's focus on rights.

In principle, therefore, within the overarching aim of protecting human rights, women's rights and protection of women from violence also fell within the Union's direction. This reflected the international recognition that women's rights are a matter of human rights.<sup>[15]</sup> Together with a commitment to supportive measures of research and awareness-raising on gender-based violence,<sup>[16]</sup> the Union developed policies to further enhance rights and principles necessary for the protection of women as a vulnerable group within society.<sup>[17]</sup> While political will for the eradication of gender-based violence can be seen at this time, Union policies did not take violence against women as their specific focus.<sup>[18]</sup> Rather, the policies predominantly protected women through the general human rights law and the principles of non-discrimination based on sex, and equality in the area of work and

[13] Please also see Douglas-Scott, "The European Union and Human Rights," 648, 669.

[14] Charter of Fundamental Rights of the European Union, 2010/C 83/02, 30 March 2010.

[15] Nousiainen and Chinkin, *Legal Implications of EU Accession*, 7.

[16] Els Leye, Hayley D'Souza and Nathalie Meurens, "The Added Value of and Resistance to the Istanbul Convention: A Comparative Study in 27 European Member States and Turkey," *Frontiers in Human Dynamics* 3 (November, 2021): 2.

[17] FRA, *Violence against Women*, 10.

[18] Nousiainen and Chinkin, *Legal Implications of EU Accession*, 7.

access to goods and services, reflective of the main historical direction of the Union. Furthermore, policies sought to address specific forms of violence that, consequentially, also had the capacity to affect women.<sup>[19]</sup> Notable policies include those against human trafficking,<sup>[20]</sup> harassment in employment,<sup>[21]</sup> and the Victim's Directive<sup>[22]</sup>, invoking minimum standards for the safeguarding and support of victims of crime. While this brought a certain level of protection for women within the EU umbrella, it was indirect, and a comprehensive policy addressing violence against women remained absent at the EU level. It has been widely recognised that human rights measures and non-discrimination regulatory structures alone are insufficient to protect women against violence.<sup>[23]</sup> The Istanbul Convention is thus of great importance as a resolution to this issue. Membership of the Union to the Convention was therefore warranted and encouraged.<sup>[24]</sup> Membership would not merely solidify the Union's stance towards the protection

[19] Measures are discussed in detail by Anne Bonewit and Emmanuella DeSantis, *The Issue of Violence against Women in the European Union*, (European Parliament, Policy Department for Citizen's Rights and Constitutional Affairs for the FEMM Committee, 2016), 32-39.

[20] European Parliament and Council, "Directive 2011/36/EU of 5 April 2011 on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims," Document 32011L0036, 15 April 2011.

[21] European Parliament and Council, "Directive 2006/54/EC of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation," Document 32006L0054, 26 July 2006.

[22] European Parliament and Council, "Directive 2012/29/EU of 25 October 2012 establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime," Document 32012L0029, 15 April 2011

[23] Erdoğan, "European Union's Accession," 316; Olga Jurasz, "The Istanbul Convention: a new Chapter in preventing and combating violence against Women," *Australian Law Journal* 89, no. 9 (September, 2015): 620.

[24] European Commission, "Proposal for a Council Decision on the conclusion, by the European Union, of the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence," COM/2016/0109, 4 March 2016, accessed 18 July 2023 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52016PC0109>

of women but ensure that a cohesive and extensive legal framework be in place, enhancing existing mechanisms for protection and also making the existing EU policies more efficient in countering violence against women.<sup>[25]</sup>

The Convention on Preventing and Combating Violence Against Women and Domestic Violence was open to signatures in 2011. Although non-legally binding, soft international law instruments existed addressing women and gender-based violence (such as the 1993 Declaration on the Elimination of Violence against Women of the United Nations<sup>[26]</sup>), the Istanbul Convention is the first within Europe to have legally binding status.<sup>[27]</sup> It was heralded as a novel Convention in its approach to the protection of women from violence. It has a tripartite approach in that it is a human rights treaty, a gender-based treaty, and a treaty of criminal law.<sup>[28]</sup> The Istanbul Convention generates minimum standards for Member States as a means of protecting victims of gender-based violence. The Convention defines gender as “the socially constructed roles, behaviours, activities and attributes that a given society considers appropriate for women and men”.<sup>[29]</sup> As such, in establishing protection mechanisms to address gender-based violence, the Convention ensures that women and other victims are protected against an expanded definition of, and forms of, violence experienced on account of their gender. The Convention encompasses violence in the home, psychological violence, stalking, physical and sexual violence, harassment, forced marriage, female circumcision, forced abortion and violence that comes from cultural, religious

[25] Sara De Vido, “The Ratification of the Council of Europe Istanbul Convention by the EU: A Step Forward in the Protection of Women from Violence in the European Legal System,” *European Journal of Legal Studies* 9, no. 2 (April, 2017): 100; Erdoğan, “European Union’s Accession,” 319.

[26] Declaration on the Elimination of Violence against Women, General Assembly Resolution 48/104, 20 December 1993.

[27] Ulla Jürviste and Rosamund Shreeves, *The Istanbul Convention: A Tool for Combatting Violence against Women and Girls*, (European Parliamentary Research Service, 2021), 1.

[28] Nousiainen and Chinkin, Legal Implications of EU Accession, 39.

[29] Council of Europe, “Convention on Preventing and Combating Violence Against Women and Domestic Violence,” CETS No.210, 11 May 2011.

or traditional grounds including honour killings.<sup>[30]</sup> Notably, Member States are prohibited from making any reservations to the Convention articles based on culture, tradition, or religion. The Istanbul Convention has four pillars: prevention, protection, prosecution and coordination of policies.<sup>[31]</sup> The first pillar of prevention reflects the understanding that gender-based violence is generated from gender inequality,<sup>[32]</sup> a social mechanism and construct of subordination,<sup>[33]</sup> as also historically noted by the European Parliament.<sup>[34]</sup> It thus takes an integrated and multidimensional approach by requiring Member States to engage in actions that would address the inequalities and the foundation of discrimination through a variety of levels and actors (state/non-state actors such as media, NGOs, law enforcement, judicial bodies, private sector etc.).<sup>[35]</sup> This obligation includes undertaking legislative reform to eliminate discrimination within policies (Article 4) and requires Member States to address any social and cultural aspects that foster prejudice, bias and gender inequalities (Article 12)<sup>[36]</sup> in, for example, education and media coverage.<sup>[37]</sup> The protection pillar of the Istanbul Convention requires safety measures such as victim support ser-

[30] Council of Europe, “Convention on Preventing and Combating Violence Against Women and Domestic Violence,” CETS No.210, 11 May 2011.

[31] “Istanbul Convention Infographic”, Council of Europe, <https://rm.coe.int/coe-istanbulconvention-infographic-en-r04-v01/1680a06d0d>

[32] Gizem Güney, “One Step Forward, Two Steps Back: An Analysis of Turkey’s Implementation of the Istanbul Convention in Addressing Gender-Based Domestic Violence,” in *Towards Gender Equality in Law: An Analysis of State Failures from a Global Perspective*, ed. Gizem Güney, David Davies, and Po-Han Lee (Palgrave Macmillan, 2022), 142.

[33] Svetlana Janković, and Zorica Mršević, “Istanbul Convention – Obligation or Needs.” In Proceedings: Life Cycle Engineering and Management ICDQM, June 28-29 2018, Prijedor, Serbia. (Research Center of Dependability and Quality Management), 255.

[34] European Parliament, “Resolution of 11 June 1986 on violence against women,” Doc.A2-44/86, 14 July 1986.

[35] Güney, “One Step Forward,” 135; Jurasz, “Istanbul Convention,” 624.

[36] Please also see Nousiainen and Chinkin, *Legal Implications of EU Accession*, 8.

[37] Janković and Mršević, “Istanbul Convention,” 254.

vices, complaints mechanisms, shelters and emergency legal redress such as protection/restraining orders.<sup>[38]</sup> The “Prosecution” pillar mandates law enforcement and judicial obligations upon Member States. This includes, *inter alia*, taking of measures to criminalise violent actions against women, safeguard victims during proceedings and establish mechanisms for effective investigation of crimes.<sup>[39]</sup> The final pillar requires Member States to engage in inter-agency cooperation, coordination and collaboration for research and data collection. In this regard, the Group of Experts on Action against Violence against Women and Domestic Violence (GREVIO) acts as a watchdog, ensuring that the Member States are acting in conformity to their obligations under the Convention.<sup>[40]</sup>

Article 216(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) denotes that the European Union may accede to international conventions where it is “necessary in order to achieve...one of the objectives referred to in the Treaties”. It is argued that with the protection of fundamental freedoms set out as an express objective of the Union,<sup>[41]</sup> the Union thus has a broad competence to conclude and become a member of treaties that have human rights protection as their foundation. It follows that being within the auspices of human rights law, the Union is able to concede to international conventions for the protection of women and promotion of gender equality, particularly as violence against women has wide-ranging consequences and effects on several policy areas of the Union such as crime, asylum, and public administration (as confirmed by the Court of Justice of the European Union, CJEU).<sup>[42]</sup>

[38] Council of Europe, “Istanbul Convention Infographic.”

[39] Council of Europe, “Istanbul Convention Infographic,” Nousiainen and Chinkin, *Legal Implications of EU Accession*, 8.

[40] Council of Europe, “Rules of Procedure of the Group of Experts on Action against Violence against Women and Domestic Violence,” 21-23 September 2015.

[41] Treaty on the Functioning of the European Union, C 326/49, 26 October 2012.

[42] Please see below.

In line with the roadmap for accession, the Istanbul Convention was signed by the Union in the year 2017.<sup>[43]</sup> For the next stage of enforceability, ratification, the necessary Parliamentary consent (as required by Article 218, TFEU) was delayed. Ratification was stalled, particularly as questions remained unanswered regarding consequences for those Member States who had yet to ratify the Convention. While all EU Member States had signed the Istanbul Convention, some Member States were yet to ratify the Convention and were challenging the Union's accession to the Convention,<sup>[44]</sup> with arguments of traditional values and public funding being raised as the cause of resistance.<sup>[45]</sup> Erdoğan claims that the various objections and obstructionist views of some of the Member States are reflective of the experiences in regional integration since the 1950s and that the stalling process can be placed within a paradox of the supranationalism-intergovernmentalism perspectives; with those Member States' favourable to the EU's ratification of the Convention being within the former, and those Member States showing resistance to accession falling within the latter perspective.<sup>[46]</sup> The ruling of the CJEU indicated that there were no legal barriers to accession and that the European Parliament could consent to the ratification of the Convention without a unanimous majority.<sup>[47]</sup> With a positive 472 votes within the European Parliament, the Council of the European Union ratified the Istanbul Convention on 28 June 2023. The entry into force of ratification is identified as 1 October 2023.<sup>[48]</sup> In light of the debates and resistance, the ratification of the Istanbul Convention by the European Union is novel and ground-breaking. It thus warrants discussions of Member State obligations, particularly for those States who have not yet ratified the Convention.

[43] Council of Europe, "Chart of signatures and ratifications of Treaty 210," accessed 18 July 2023, <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treaty-num=210>

[44] European Parliament, "Combatting violence."

[45] Erdoğan, "European Union's Accession," 319. This is further expanded below.

[46] Erdoğan, "European Union's Accession," 311.

[47] CJEU, Opinion 1/19 of the Court (Grand Chamber), 6 October 2021.

[48] Council of Europe, "Chart of signatures."

## II. OBLIGATIONS OF THE MEMBER STATES AND THE UNION FOLLOWING RATIFICATION OF THE ISTANBUL CONVENTION BY THE EUROPEAN UNION

Article 216(2) of the Treaty on the Functioning of the European Union specifies that that agreements concluded by the Union have legally binding status on the Member States. As reiterated by the Court in the case of *R. & V. Haegeman v. Belgian State*,<sup>[49]</sup> the contents of agreements concluded by the Union form part of Community law. Being thus integrated into EU law, Member States are bound by international treaties concluded by the EU.<sup>[50]</sup> Member States are bound to fulfil these obligations regardless of their varying geographical, social, economic or political virtues<sup>[51]</sup> or national interests<sup>[52]</sup> and irrespective of whether they themselves are party to the agreement or have ratified it. It follows therefore that this is also the case as it relates to the compliance of the Member States upon ratification of the Istanbul Convention by the Union. With ratification, the provisions set forth within the Istanbul Convention will become part of EU law from 1 October 2023 within the sphere of EU competence.<sup>[53]</sup> Member States cannot “ignore” the Convention<sup>[54]</sup> and are bound to uphold its provisions.

The requirements and expectations of the Member States regarding compliance, and the steps they must take to fulfil their obligations inevitably vary depending on the contents of the international agreement being discussed. Where contents are imposing substantive legal standards/rights, there may be a determination that the provisions within the international agreement carry direct effect.<sup>[55]</sup> This may occur taking into consideration the purpose

[49] CJEU, *Haegeman/Belgium*, No.181/73, 30 April 1973, ECLI:EU:C:1974:41.

[50] De Vido, “Ratification of the Council of Europe Istanbul Convention,” 96.

[51] Marton Varju, *Member States Interests and European Union Law: Revisiting the Foundations of Member States Obligations* (Routledge, 2020), 1.

[52] Varju, *Member States Interests*, 35.

[53] Further expanded below.

[54] De Vido, “Ratification of the Council of Europe Istanbul Convention,” 97.

[55] In line with the precedent of the CJEU, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos/Netherlands Inland Revenue Administration*, No.26-62, 5 February 1963, ECLI:EU:C:1963:1.

and nature of the agreement itself;<sup>[56]</sup> whether its provisions are clearly and precisely worded and, in their construction, do not require any additional subsequent measures for imposition and implementation.<sup>[57]</sup> While the Court has found the direct effect of the legal contents of some international agreements, on the basis of the tests above, it has denied direct applicability of others.<sup>[58]</sup> Therefore, the contents of international agreements are less likely to have direct applicability than in the context of Community law itself.<sup>[59]</sup> Thus, in line with its obligations set out under the international agreement, the Union often undertakes secondary legislative measures.<sup>[60]</sup> The obligation of Member States to implement the legal standards found within the international agreements may, therefore, be due to the existence of Union legislation *per se*. Ratification of an international agreement by the European Union may, therefore, require Member States to take action to alter and adapt their national legal and/or policy frameworks to equate with that which is presented within the agreement's contents, as a means of ensuring their compliance with EU law.<sup>[61]</sup> For Member States who have signed and ratified the agreement in question, their obligations will be twofold. They will have obligations to adhere to the agreement's contents under international law, in addition to their duty to adhere as a Member of the Union.<sup>[62]</sup> As mentioned above, in the context of the Istanbul Convention, while most Member States have signed and ratified the Istanbul Convention, Bulgaria, Czech Republic, Hungary, Latvia, Lithuania and Slovakia have not. When the Union becomes a member of an international agreement, Member States

[56] Francesca Martines, "Direct Effect of International Agreements of the European Union," *European Journal of International Law* 25, no.1 (April, 2014): 139.

[57] CJEU, *Lesoochránárske zoskupenie VLK/Ministerstvo životného prostredia Slovenskej republiky*, no. 240/09, 8 March 2011, ECLI:EU:C:2011:125, para 44.

[58] E.g. the Aarhus Convention, as stated, *ibid*, para 52.

[59] Pierre Pescatore, "The Doctrine of Direct Effect: An Infant Disease of Community Law," *European Law Review* 40, no. 2 (April, 2015): 149.

[60] Mario Mendez, *The Legal Effects of EU Agreements* (Oxford University Press, 2013), 42.

[61] Leye, D'Souza, and Meurens, "The Added Value," 4.

[62] Nousiainen and Chinkin, *Legal Implications of EU Accession*, 9.



of the Union are not obligated to ratify the agreement itself. This is also true for the Istanbul Convention. However, with the Istanbul Convention forming part of EU law, post-ratification, Member States are obligated to observe and ensure their conformity to the provisions of the Convention in pursuit of their obligations to the Union. Therefore, whether ratified by the Member State or not, an analysis of Member States' obligations that follow from the ratification of the Istanbul Convention by the Union – in their status as a Member of the Union—must be undertaken. An evaluation of what is and could be expected of States due to their membership to the Union, upon ratification and subsequently, is presented below.

When an analysis of the Istanbul Convention is undertaken, it can be seen that the Convention does not, for the most part, set out or require legislative measures that could be subject to direct effect, but rather obligates Members to undertake a variety of behaviours that would ensure prevention, deterrence and prosecution of violence against women.<sup>[63]</sup> At the least, it generates an underlying obligation to all Member States to act in line with its generalised provisions that seek to protect against gender-based violence. As such—immediately upon ratification—there would be a requirement to implement the positive action of encouraging and promoting change in the national social approach to equality, ensure systematic implementations of preventative measures, etc., as set out within the Convention.<sup>[64]</sup> The substantive legal measure contained within the Istanbul Convention relates to criminalisation of certain behaviours. For those EU Member States that have also ratified the Convention, the obligation to implement the Convention provisions also extends to this substantive law implementation. This would, however, be a requirement that is currently only enforceable against such States in the context of their obligations under international law as a separate party to the Convention, and not presently under EU law. It has been argued by some authors and Member States that this requirement cannot be imposed through EU accession to the Convention for those Member

[63] Janković and Mršević, “Istanbul Convention”, 253. Further, De Vido argues that the requirement set out within the Istanbul Convention to compensate victims, as an obligation that affects the legal position of individuals and being clear and precise, could arguably have direct effect. See De Vido, “Ratification of the Council of Europe Istanbul Convention,” 99.

[64] Janković and Mršević, “Istanbul Convention,” 256.

States that have not ratified the Convention. This was noted as being due to harmonisation of the substantive criminal laws of Member States falling outside the scope of EU competence as they are private issues and do not have cross-border effects.<sup>[65]</sup> Such a view was nevertheless conflicted, as some authors argued that the Union is capable of adopting secondary legislation requiring harmonisation of the relevant forms of violence against women in Member States.<sup>[66]</sup> The latter approach is that which has been taken by the Union, as with the recent Directive initiated by the Commission in March 2022 on combatting violence against women and domestic violence, currently at the first reading in Parliament, the substantive law requirements of the Convention have been addressed.<sup>[67]</sup> In this regard, the Commission and Parliament have clarified and confirmed the Union's legal basis of inclusion, identifying not just the serious nature of such offences but their cross border dimension as amongst its primary rationale for undertaking action. Upon its passing, the Directive will thus generate binding obligation on all EU Member States for its implementation. With regard to implementation, a recent study indicates that in addition to keeping statistics (necessitated for cross-border cooperation) and support services, Member States currently fall short of their obligations under the Convention in the context of criminalisation.<sup>[68]</sup>

In seeking to understand Member States' obligations and further, Turkey's obligations in its position as a candidate to the Union, as is the primary purpose of this paper, the integrated relationship between the Istanbul Convention, the EU Charter of Fundamental Rights and the ECHR must at this point be expanded, as, in their obligation to implement and align themselves with EU law and policy, it is apparent that Member States, and thus candidates too, have an obligation to implement the provisions of the Istanbul Convention in the context of the commitments of the European

[65] Nousiainen and Chinkin, *Legal Implications of EU Accession*, 9. Please also see European Commission, "Proposal for a Directive on combatting violence against women and domestic violence," COM/2022/105, 8 March 2022.

[66] See Leye, D'Souza, and Meurens, "The Added Value," 3.

[67] COM/2022/105, *supra* note 65. The details of the proposal are discussed below.

[68] Leye, D'Souza, and Meurens, "The Added Value," 4. Please also see Nousiainen and Chinkin, *Legal Implications of EU Accession*, 93.

Union's Charter. Prior to the recent ratification of the Istanbul Convention by the EU, from 2009, the Lisbon Treaty gives binding force to the previous soft law provisions of the Charter. Under Article 53, Member States (ergo, candidates) are expected to provide a level of protection of human rights that are on par with and not lower than the ECHR<sup>[69]</sup> and consequentially, the findings of the European Court of Human Rights (ECtHR). In evaluating cases of domestic violence, case-law of the ECtHR developed first under the auspices of Article 8, right to privacy, and later in line with Article 3, the right to be free from torture or inhumane or degrading treatment and Article 14 on discrimination. In its determination of the Convention as a living instrument, in domestic violence cases, the Court has often taken into account and made reference to both international and regional standards in its understanding of the Convention rights. In this regard, particularly in light of understanding the definition of domestic violence, its forms and the positive obligations of States, the ECtHR has consistently made reference to the Istanbul Convention, with domestic violence understood as a violation of human rights and as a form of discrimination against women.<sup>[70]</sup> Similarly, the explanatory notes to the Istanbul Convention identify its harmonious co-existence with other treaties on the same matters.<sup>[71]</sup> They are therefore

[69] Charter of Fundamental Rights of the European Union, 2010/C 83/02, 30 March 2010.

[70] In relation to Turkey, they include *M.G./Turkey* (Judgement) Application No. 646/10, 22 March 2016 and *Halime Kılıç/Turkey* (Judgement) Application No. 63034/11, 28 June 2016. For a full list of relevant caselaw, please see "List of relevant judgements," Council of Europe, accessed 4 December 2023, <https://www.coe.int/en/web/istanbul-convention/echr-case-law>. Prior to evaluation in the context of the Istanbul Convention, the ECtHR had taken into account CEDAW. Please see ECtHR, *Opuz/Turkey* (Judgement) Application No. 33401/02, 9 June 2009; Gülay Arslan Öncü, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Sisteminde Kadına Karşı Aile İçi Şiddet Olgusu ve Bununla Mücadele Araçları [Violence Against Women in the Family within the European Convention on Human rights System and the Tools to Combat That]," *Public and Private International Law Bulletin* 32, 2 (December 2013): 3.

[71] Council of Europe, "Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combatting violence against women and domestic violence," 11 October 2011, para.363.

complementary of each other.<sup>[72]</sup> As such, it is reaffirmed that those Member States also signatory to the Istanbul Convention carry dual obligation to uphold principles of protection, with Member States not having signed the Istanbul Convention and candidates to the Union continuing to bear obligation of implementation through their commitment to the Union.

As with any other State that has ratified the Convention, the European Union, through its legislation and its policies, is legally bound to implement the contents of the Istanbul Convention.<sup>[73]</sup> An analysis of the action that could be undertaken by the Union as a means of implementing its own obligations under the Istanbul Convention is undertaken below. This is an important evaluation, as any policy action that the Union takes in pursuit of its own implementation of the Convention would be required to also be implemented by the Member States.<sup>[74]</sup>

It is acknowledged that many of the preventative and support measures mandated by the Istanbul Convention are currently observed by the Union through the Victim's Directive.<sup>[75]</sup> The scope of the Directive is vast and includes many of the requirements expected under the Istanbul Convention, including laying foundations for support services, imposition of improved investigatory and prosecutorial procedures, actions for eradication of gender stereotypes, training of the judiciary and police etc..<sup>[76]</sup> Further, in merit towards its "prevention" obligation under the Convention, the contents

---

[72] Please see Gizem Güney, "The Group of Experts under the Istanbul Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence and the ECtHR: Complementary or Contradictory Tools?," *Blog of the European Journal of International Law*, 31 March 2020, accessed 4 December 2023, <https://www.ejiltalk.org/the-group-of-experts-under-the-istanbul-convention-on-preventing-and-combating-violence-against-women-and-domestic-violence-and-the-ecthr-complementary-or-contradictory-tools/>

[73] Leye, D'Souza, and Meurens, "The Added Value," 3.

[74] Nousiainen and Chinkin, *Legal Implications of EU Accession*, 8.

[75] Directive 2012/29/EU, *supra* note 22.

[76] Please see De Vido, "Ratification of the Council of Europe Istanbul Convention," 100; Leye, D'Souza, and Meurens, "The Added Value," 3; Nousiainen and Chinkin, *Legal Implications of EU Accession*, 133.

of the Audiovisual Media Services Directive<sup>[77]</sup> currently provides for the encouragement of the private sector and of the media for the implementation of policies to prevent violence against women.<sup>[78]</sup> In further support of the Union's obligations of prevention under the Convention, of notable importance are Directive 2006/54/EC on equality in employment<sup>[79]</sup> and Directive 2004/113/EC on equality in access to goods and services.<sup>[80]</sup> Directive 2011/99/EU on the European protection order<sup>[81]</sup> and additionally Regulation No. 606/2013 on mutual recognition of protection measures<sup>[82]</sup> reinforce the system of support to victims of violence and thus are essential to the execution of the Union's obligations under the Convention to provide measures supporting victims of gender-based violence. The Union additionally continues to provide funding to organisations seeking to undertake projects that address gender-based violence<sup>[83]</sup> and facilitates the exchange

---

[77] European Parliament and Council, "Directive 2010/13/EU of 10 March 2010 on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the provision of audiovisual media services," Document 32010L0013, 15 April 2010.

[78] Nousiainen and Chinkin, *Legal Implications of EU Accession*, 11.

[79] European Parliament and Council, "Directive 2006/54/EC of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation," Document 32006L0054, 26 July 2006.

[80] European Council, "Directive 2004/113/EC of 13 December 2004 implementing the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services," Document 32004L0113, 21 December 2004.

[81] European Parliament and Council, "Directive 2011/99/EU of 13 December 2011 on the European protection order," Document 32011L009, 21 December 2011.

[82] European Parliament and Council, "Regulation No 606/2013 of 12 June 2013 on mutual recognition of protection measures in civil matters", L181/4, 29 June 2013.

[83] "Funding and Tender Opportunities," European Commission, accessed 4 December 2023, <https://ec.europa.eu/info/funding-tenders/opportunities/portal/screen/programmes/cerv>

of best practices amongst Member States for eradication of violence against women and attainment of gender equality.<sup>[84]</sup>

As noted above, the Union has recently undertaken initiative for a Directive which would align the EU with its obligations under the Convention and its competences with regard to substantive elements of criminalisation. The proposed Directive criminalises certain behaviours (such as rape, female genital mutilation and cyber violence, including stalking and harassment) and brings them within the scope of EU crimes.<sup>[85]</sup> As such, the Directive will seek to ensure a minimum level of protection for gender-based violence across the Union.

It should, however be noted that the Victim's Directive nor any other Directive provides for the confidentiality rule or for measures to encourage persons witnessing acts of violence to inform the authorities, as necessitated under the Istanbul Convention. Regardless, the Union's obligations under the Convention in this regard could be fulfilled by other, non-legislative means and/or through its overall capacity and competence to legislate on crime prevention and also matters that fall within the scope of civil law (e.g. forced marriage).<sup>[86]</sup> The Union could further fulfil its Convention obligations through coordination and monitoring of the implementation of the Member States' preventative measures.<sup>[87]</sup> In this regard, it is suggested that the Union, notably the Commission,<sup>[88]</sup> would need to enhance monitoring to fulfil obligations and provide necessary information to the monitoring

[84] "Mutual Learning Program in gender equality," European Commission, accessed 4 December 2023, [https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/gender-equality/who-we-work-gender-equality/mutual-learning-programme-gender-equality\\_en](https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/gender-equality/who-we-work-gender-equality/mutual-learning-programme-gender-equality_en)

[85] Nousiainen and Chinkin, *Legal Implications of EU Accession*, 9. Please also see European Commission, "Proposal for a Directive on combatting violence against women and domestic violence," COM/2022/105, 8 March 2022.

[86] Nousiainen and Chinkin, *Legal Implications of EU Accession*, 11.

[87] Nousiainen and Chinkin, *Legal Implications of EU Accession*, 11.

[88] Please see "Ending gender-based violence," European Commission, accessed 4 December 2023, [https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/gender-equality/gender-based-violence/ending-gender-based-violence\\_en](https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/gender-equality/gender-based-violence/ending-gender-based-violence_en)

body, GREVIO. Additionally, as a means of enhancing its mandate to ensure implementation of the provision by the Members States (and thus execute its own obligations under the Istanbul Convention), the Union could further engage in the preparation of model laws and guidelines.<sup>[89]</sup>

### III. TURKEY'S STATUS PRE AND POST-RATIFICATION

Throughout history, Turkey has been progressive in its national framework regarding movements for equality of women; with early examples including the 1934 amendment to the Constitution recognising the right of women to vote and be elected for Parliamentary representation,<sup>[90]</sup> notably more advanced than many of the European counterparts at that time. Following the wave within Europe, the feminist movement in Turkey, initiated in Istanbul in the 1980s, recognised that it was no longer acceptable for violence against women to be masked within the private sphere and thus drew light to the issues of violence against women and domestic forms of violence.<sup>[91]</sup> Further movements toward gender equality, legislative amendments, and policy actions for combatting violence against women progressed with Turkey's heightened relations with the European Union.<sup>[92]</sup> As noted, Turkey's relationship with the European Union was initiated with the 1964 agreement for the development of relations between the European Community and Turkey with the underlying aim that this would lay the

[89] Nousiainen and Chinkin, *Legal Implications of EU Accession*, 13; De Vido, "Ratification of the Council of Europe Istanbul Convention," 100.

[90] Teşkilâtı Esasiye Kanununun 10 ve 11 inci maddelerinin değiştirilmesi hakkında kanun [Law No. 2599 amending articles 10 and 11 of the Constitution], 5 December 1934, S: 2877.

[91] Please see Sirin Tekeli, "The Turkish Women's Movement: A Brief History of Success," *Quaderns de la Mediterrània* 14 (February, 2010): 120; Nazan Moroğlu, "Law No. 6284 on the Prevention of Violence Against Women and the Istanbul Convention [Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesi 6284 Sayılı Yasa ve İstanbul Sözleşmesi]," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 99, (March-April, 2012): 361-362; Dilek Karal and Elvan Aydemir, *Violence Against Women in Turkey* [Türkiye'de Kadına Yönelik Şiddet] (Ankara, 2012), 49-54.

[92] Marella Bodur Ün and Hakan Arıkan, "Europeanization and De-Europeanization of Turkey's Gender Equality Policy: The Case of the Istanbul Convention," *Journal of Common Market Studies* 60, no. 4 (July, 2022): 948.

foundations for Turkey's accession to the Union in the future.<sup>[93]</sup> Candidacy status was awarded in 1999 and accession talks commenced in 2005.<sup>[94]</sup> Amongst other notable areas of importance and value to the Union, human rights – and therefore women's rights issues – are at the heart of accession talks. Although Turkey ratified the Convention on the Eradication of All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW) in 1985,<sup>[95]</sup> the lack of protection afforded to women in Turkey and the absence of legislative endeavours specifically to combat violence against women were apparent. In a bid to comply with the Copenhagen criteria and to move forward with European norms in line with the mandate of accession, Turkey undertook actions in both the national and international arena. Liberal reforms saw equality come to the forefront.<sup>[96]</sup> 2001 saw amendment to the Civil Law of 1926 removing the principle that the man is the head of the household,<sup>[97]</sup> placing men and women on equal footing with regards to marriage and family assets and children.<sup>[98]</sup> The Labour Law of 2003 removed discrimination based on sex, provided for equal pay of sexes and prohibited dismissal based on pregnancy.<sup>[99]</sup> Notably the Constitutional amendments of 2001 and 2004, respectively, highlighted that spouses are equal<sup>[100]</sup> and that men

[93] Preamble, Agreement No C 113/2, 1973, *supra* note 9.

[94] European Commission, "Türkiye".

[95] "Status of Treaties," United Nations, accessed 18 July 2023, [https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&cmdtsg\\_no=IV-8&chapter=4&clang=en](https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&cmdtsg_no=IV-8&chapter=4&clang=en)

[96] Ün and Arıkan, "Europeanization and De-Europeanization," 948. Please also see Ayşe Güneş and Çağlar Ezikoğlu, "Legal and Political Challenges of Gender Equality and Crimes Against Women in Turkey: The Question of Istanbul Convention." *Women & Criminal Justice* 22, no.1 (February, 2023): 16-17.

[97] This provision previous existed under Article 152 of the 1926 Türk Kanunu Medenisi [Law No. 743 on Turkish Civil Law], 17 February 1926. The 1926 Law also was the first legislative move to remove practices of polygamy.

[98] Türk Medeni Kanunu [Law No. 4721 on Turkish Civil Law], 8 December 2001, S: 24607.

[99] İş Kanunu [Law No. 4857 on Labour], 10 June 2003, S: 25134.

[100] Paragraph added to Article 41 of the Constitution. Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun [Law No. 4709 on Amendment



and women have equal rights.<sup>[101]</sup> However, as noted above, the existence of non-discrimination provisions is insufficient to address the problem of gender-based violence. Law No. 4320 on the Protection of the Family, entering into force in 1998 (subsequently updated by Law 6284), was a significant step in that regard. Although it had a general title, its contents encompassed specific provisions that could address domestic violence and violence in the family home.<sup>[102]</sup> It did, however, have its shortcomings not only in implementation but further with its inability to successfully address gender-based violence;<sup>[103]</sup> an obligation that subsequently was existent as a result of Turkey's ratification of the Istanbul Convention in 2011.<sup>[104]</sup>

Turkish Law No. 6284 on the Protection of Family and Prevention of Violence against Women, entering into force in the year 2012, was generated as a means of aligning the legal regulations with the obligations under the Istanbul Convention.<sup>[105]</sup> In this regard, the Law is said to have sufficient measures.<sup>[106]</sup> Unlike the preceding enactment (Law No. 4320), Law No. 6284 does not take a gender-neutral approach to violence but rather specifi-

---

of Some Articles of the Constitution of the Republic of Turkey], 17 October 2001, S:24556.

[101] Paragraph added to Article 10 of the Constitution. Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun [Law No. 5170 on Amendment of Some Articles of the Constitution of the Republic of Turkey], 22 May 2004, S:25469.

[102] Ailenin Korunmasına Dair Kanun [Law No. 4320 on the Protection of Family], 14 January 1998, S: 23233.

[103] Moroğlu, "Law No. 6284 on the Prevention of Violence", 368-369.

[104] The signing of the Convention was a principal move for Turkey in the protection of women against violence. Being the first signatory to the Convention was furthermore noteworthy.

[105] Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlemesine Dair Kanun [Law No. 6284 on the Protection of Family and Prevention of Violence against Women], 20 March 2012, S:28239.

[106] Şükran Ünal, "What impact would a Turkish withdrawal from the Istanbul Convention have on EU-Turkey relations?," *Brussels Times*. 29 September 2020, accessed 15 July, 2023. <https://www.brusselstimes.com/133373/on-the-road-to-eu-accession-Turkeys-possible-withdrawal-from-the-istanbul-convention>

cally takes women and violence against women as its subject and protects women on account of being women<sup>[107]</sup>— as envisioned by the Istanbul Convention. Law No. 6284 has an extensive scope. Its provisions apply to all women without the need for marriage and, in doing so, views violence against women within a wider context. It thus expands protection that was afforded under previous national laws.<sup>[108]</sup> By encompassing all of the four forms of violence set out within the Istanbul Convention (physical, sexual, psychological and economic), the definition of violence within Law No. 6284 is in line with the Convention.<sup>[109]</sup> Importantly, the law criminalises certain behaviours, as expected within the obligations of the Convention,<sup>[110]</sup> provides for protection mechanisms such as restraining orders, the establishment of victim support mechanisms including helplines,<sup>[111]</sup> and imposes duties on persons providing assistance to victims of violence.<sup>[112]</sup> While Law No. 6284 confines the criminalisation of forced marriage to situations of human trafficking (such as those involving sexual exploitation),<sup>[113]</sup> supplementary legislation exists against forced sterilisation as mandated by the Istanbul Convention. In a study undertaken in 2021, it was seen that Turkey's Law No. 6284 comparatively implemented the Convention requirements significantly more than any current EU Member State.<sup>[114]</sup> The law does not

[107] Güney, “One Step Forward,” 139.

[108] Güney, “One Step Forward,” 140.

[109] Leye, D'Souza, and Meurens, “The Added Value,” 11.

[110] Leye, D'Souza, “The Added Value,” 6.

[111] Ayşe Güneş, “Legal Implications of Turkey's Accession to the Istanbul Convention by Enacting and Refining Its Laws on Violence Against Women,” *Women & Criminal Justice* 31, no. 3 (December, 2021): 213; Natalie Meurens, Hayley D'Souza, Saredo Mohamed, Els Leye, Nazia Chowdhury, Selios Charitakis and Kate Regan, *Tackling Violence against Women and Domestic Violence in Europe: The Added Value of the Istanbul Convention and Remaining Challenges*, (European Parliament, Committee on Women's Rights and Gender Equality FEMM, 2020), 40; Leye, D'Souza, and Meurens, “The Added Value,” 12.

[112] Güneş, “Legal Implications of Turkey's Accession” 213.

[113] Leye, D'Souza, and Meurens, “The Added Value,” 6.

[114] Leye, D'Souza, and Meurens, “The Added Value,” 11.

address an important requirement of the Istanbul Convention requiring provisions and regulations for the removal of alternative dispute resolution processes in situations of domestic violence. This requirement was based on the understanding that the benefits that may come from out-of-court resolution do not outweigh the harm that may ensue to victims of violence.<sup>[115]</sup> With a police or institutional preference to resolve such issues privately, the victim's ability or desire to make use of support services, or to be referred to support services, would be reduced,<sup>[116]</sup> and inevitably, therefore, the rate of resolution of violence would deteriorate. This was addressed in 2012 with an amendment to the Arbitration Law, No. 6325.<sup>[117]</sup>

Turkey subsequently withdrew from the Istanbul Convention with a Presidential Decree on 20 March 2021,<sup>[118]</sup> with the denunciation's entry into force executed on 1 July 2021.<sup>[119]</sup> This was a move Ün and Arıkan argue was an expected consequence of Turkey's policy change towards European values.<sup>[120]</sup> In announcing the withdrawal, The Directorate of Communications expressly identified the move as being a response to the "manipulation of the Convention by groups seeking to normalise homosexuality, which is incompatible with Turkey's social and family values".<sup>[121]</sup> Withdrawal could thus be understood as reflective of the anti-gender movement seen in the past decade globally in which conservative approaches towards women's rights, derogation from gender equality perspectives and notably activism

[115] Güneş, "Legal Implications of Turkey's Accession," 217.

[116] Güneş, "Legal Implications of Turkey's Accession," 218.

[117] Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu [Law No. 6325 on Arbitration in Civil Matters], 22 June 2012, S: 28311.

[118] Cumhurbaşkanı Kararı [Presidential Decree], 20 March 2021, S: 31429.

[119] Council of Europe, "Chart of signatures."

[120] Ün and Arıkan, "Europeanization and De-Europeanization," 952. See also Güneş and Ezikoğlu, "Legal and Political Challenges," 21-22.

[121] "Statement on Turkey's withdrawal from the Istanbul Convention [Türkiye'nin İstanbul Sözleşmesi'nden Çekilmesine İlişkin Açıklama], Republic of Turkey Directorate of Communications, 21 March 2021, accessed 4 December 2023, <https://www.iletisim.gov.tr/turkce/haberler/detay/turkiyenin-istanbul-sozlesmesinden-cekilmesine-iliskin-aciklama>

against LGBTIQ+ have been seen.<sup>[122]</sup> Inevitably this move was heavily criticised both nationally and internationally.<sup>[123]</sup> With the ratification of the Convention by the European Union and the recent revitalisation of communication between Turkey and the EU,<sup>[124]</sup> evaluation of Turkey's responsibilities as it relates to the Convention are warranted.

In early July 2023, while noting that accession talks are not currently active, the European Parliament reaffirmed Turkey's candidacy status. It reiterated that as a candidate, Turkey is under an expectation to abide by the values of democracy, respect for human rights, the rule of law and to "abide by EU laws, principles and obligations".<sup>[125]</sup> It is thus apparent that there would be an expectation for Turkey to place importance on the protection of women against violence – as the EU has. This view is further supported on account of the importance that the Union gave, even before

---

[122] Haley McEwen and Lata Narayanaswamy, *The International Anti-Gender Movement: Understanding the Rise of Anti-Gender Discourses in the Context of Development* (Switzerland, United Nations Research Institute for Social Development, May 2023), 7. Notably in this regard, the Union has highlighted concern with Poland's approach towards the values of the Union, including women's rights. This is important as Poland has also announced desire to withdraw from the Istanbul Convention. Please see "European Parliament resolution on ongoing hearings under Article 7(1) TEU regarding Poland and Hungary", 2022/2647(RSP), 5 May 2022.

[123] "Council of Europe Leaders React to Turkey's Announced Withdrawal from the Istanbul Convention," Council of Europe, 21 March 2021, accessed 17 July 2023, <https://www.coe.int/en/web/portal/-/council-of-europe-%20leaders-react-to-turkey-s-announced-withdrawal-from-the-istanbul-conventi-1>. See also "Turkey: Withdrawal from Istanbul Convention is a pushback against women's rights, say human rights experts," UN Human Rights Office, 23 March 2023, accessed 17 July 2023, <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2021/03/Turkey-withdrawal-istanbul-convention-pushback-against-womens-rights-say>

[124] Matina Stevis-Grindneff, "Will Turkey Become a Member of the E.U. Now? Here's What to Know," *The New York Times*, 11 July 2023, accessed 17 July 2023, <https://www.nytimes.com/2023/07/11/world/europe/Turkey-eu-membership.html>; Lynch and Barihazzi, "Is Turkey Joining the EU?"

[125] "MEPs call on EU and Turkey to look for alternative ways to cooperate," European Parliament, 18 July 2023, accessed 20 July 2023, <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20230717IPR03018/meps-call-on-eu-and-turkiye-to-look-for-alternative-ways-to-cooperate>

their ratification of the Istanbul Convention, to the issue of domestic violence and the existence of protection mechanisms when evaluating some of the candidate countries during their EU accession processes (such as Poland and Romania).<sup>[126]</sup> While other candidates may not have been monitored in the same way, it can be argued that Turkey's history with violence against women, the history with the Union's values and particularly the tumultuous relationship Turkey has with the Istanbul Convention itself will necessitate such a monitoring mandate by the Union in the context of accession. The question of whether fulfilment of the obligations in the Istanbul Convention would be a necessity for candidate countries can thus be answered positively. It is argued, therefore, that Turkey will bear the expectation to implement the policies of the Istanbul Convention. Regardless of thoughts that would indicate a requirement for Turkey to re-ratify the Convention,<sup>[127]</sup> as it is with Member States that have not yet ratified the Convention, candidates – and thus Turkey in this regard – would not be obligated to ratify the Istanbul Convention. However, as with the obligations placed on Member States, compliance with the contents of the Istanbul Convention and the existence of sufficient national protection mechanisms are expected. As such, in determining Turkey's fulfilment of the EU's expectation to “abide by EU laws” as a candidate country, analysis of the national protection mechanisms must be undertaken to determine the capacity of the legal framework for compliance with the Istanbul Convention and therefore the fulfilment of the expectations as a candidate country.

Turkey's history with gender-based violence is problematic. While legislative reforms can be seen, similar to the experiences of its European counterparts, Turkey has faced implementation challenges in ensuring the

[126] Nousiainen and Chinkin, *Legal Implications of EU Accession*, 85. Please also see Andrea Krizsan and Raluca Popa, “Europeanization in Making Policies against Domestic Violence in Central and Eastern Europe,” *Social Politics* 17, no. 3 (September 2010): 383-385.

[127] “AB Konseyi, İstanbul Sözleşmesi'ne katılımı onayladı: Türkiye aday ülke, yasal mevzuata göre katılmak durumunda [European Council approves accession to Istanbul Convention: Turkey candidate country, required to accede according to legislation],” *T24*, 1 June 2023, accessed 17 July 2023, <https://t24.com.tr/haber/ab-konseyi-istanbul-sozlesmesine-katilimi-onayladi-turkiye-aday-ulke-yasal-mevzuata-gore-katilmak-durumunda,1113246>

protection of women from acts of violence. As noted, societal inequalities breed gender-based violence, and Turkey's traditional and cultural approach toward women can be seen as the notable foundation for this issue's realisation.<sup>[128]</sup> The rate of gender-based violence in Turkey is significantly high, with Turkey's failures in this regard being identified by the ECtHR as a breach of the ECHR.<sup>[129]</sup> Turkey's legislative provisions should not be understated, as particularly in light of Law No. 6284, the legal framework for protection appears progressive. In this regard, it is also important to note that that subsequent amendments to the Criminal Code, entering into force after enunciation of the Istanbul Convention, created new crimes that could be used in protecting women from violence, such as harassment. Thus desire for protection of women can be seen in the making of the Criminal Code amendments, with many provision carrying increased punishment where the victim is female.<sup>[130]</sup> However studies undertaken over the past decade have shown that Turkey's rate of violence against women is not decreasing, and that it is higher than the European average, with 37.5% of women recorded to have been exposed to physical and sexual violence<sup>[131]</sup> and 41% noted as having experienced domestic violence.<sup>[132]</sup> In the recent Global Gender Gap Report of 2023, Turkey was ranked lowest in the Middle East

[128] Güney, "One Step Forward," 137.

[129] In relation to Turkey, they include *M.G./Turkey* (Judgement) Application No. 646/10, 22 March 2016 and *Halime Kılıç/Turkey* (Judgement) Application No. 63034/11, 28 June 2016. For a full list of relevant caselaw, please see "List of relevant judgements," Council of Europe, accessed 4 December 2023, <https://www.coe.int/en/web/istanbul-convention/echr-case-law>. Prior to evaluation in the context of the Istanbul Convention, the ECtHR had taken into account CEDAW. Please see ECtHR, *Opuz/Turkey* (Judgement) Application No. 33401/02, 9 June 2009; Arslan Öncü, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Sisteminde Kadına Karşı Aile İçi Şiddet," 3.

[130] Türk Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun [Law No. 7406 on Amending the Turkish Criminal Code and Other Laws], 27 May 2022, S: 31848

[131] İlknur Yüksel-Kaptanoğlu, Alanur Çavlin, and Banu Adaklı Ergöçmen, *Research on Domestic Violence against Women in Turkey* (Ankara, 2015), 86.

[132] Fatma Başar and Nurdan Demirci, "Domestic Violence against Women in Turkey," *Pakistan Journal of Medical Sciences* 34, no. 3 (May-June, 2018): 662.

and Eurasia with regards to gender equality, dropping its overall position in global ranking to 129/146<sup>[133]</sup> from 124 in 2022. The Union's development report for Turkey in 2023 also denotes regression during the reporting period in relation to gender equality (including gender gaps in employment and social policy), violence against women and killing of women (highlighting need to improve implementation of the legislative framework) and LGB-TIQ+ rights.<sup>[134]</sup>

The legislative framework's efficiency in addressing gender-based violence is undermined by various elements. The CEDAW Committee identifies that there has been a failure to address the discriminatory stereotypes that underlie gender-based violence.<sup>[135]</sup> With the failure to address the discriminatory social and cultural approach to women, the implementation of the law is problematic. Various legal authorities, including police, do not fulfil their mandate under the laws.<sup>[136]</sup> Furthermore, the lack of attention and/or desire to address the foundations of gender-based violence culminates in, as can be seen in recent years, other legislative provisions and/or amendments and proposals that undermine the content of the Law No. 6284—such as proposals regarding amendments to the Criminal Code affecting female rights.<sup>[137]</sup> Reflecting a similar approach, Güney highlights that although legislative amendments have been made to remove reduced sentencing for

[133] WEF, Gender Global Gap Report 2023 (Geneva, June 2023), 11.

[134] European Commission, "Türkiye 2023 Report," 8 November 2023, 23-29; 40-42.

[135] CEDAW, *Concluding observations*, 7.

[136] Hamdi Firat Buyuk, "Women Face Rising Violence in Male-Dominated Turkey," *Balkan Insight*. 2 September 2019, accessed 17 July 2023. <https://balkaninsight.com/2019/09/02/women-face-rising-violence-in-male-dominated-turkey/>; GREVIO, *Baseline Evaluation Report on legislative and other measures giving effect to the provisions of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence (Istanbul Convention): Turkey*, (Strasbourg, Council of Europe, October 2018), 13–25.

[137] The Advocates for Human Rights, *Turkey's Withdrawal from the Istanbul Convention. A Step Backward for Women's Human Rights. Briefing Paper*, (Minneapolis, 2021), 17; referencing the discussions in the year 2020 to introduce a proposal to Parliament to amend the Criminal Code, as previously had been introduced in 2016, regarding reduction of punishments for rape.

custom killings, the same has not been undertaken for honour killings, a problematic act against women in Turkey. Gender equality, and the foundation of the Convention as a whole, is threatened through the omission of the Turkish law to address honour killings, as necessitated by Article 12 of the Convention.<sup>[138]</sup> This can also be shown in the name of the law itself as, while the contents do take women as the focus, the title reflects a desire to prioritise the family.<sup>[139]</sup> These are factors reflective of the residual traditional stance towards female gender roles<sup>[140]</sup> and show a clear lack of gender equality and thus violation of the fundamental basis of actions required by the Convention on Preventing and Combating Violence Against Women and Domestic Violence.

---

[138] Güney, “One Step Forward,” 145. This is also importantly highlighted as an issue by the European Commission. European Commission, *Türkiye 2023 Report*, 29.

[139] Güneş, “Legal Implications of Turkey’s Accession,” 215; The Advocates for Human Rights, *Turkey’s Withdrawal*, 14-16.

[140] Ün and Arıkan, “Europeanization and De-Europeanization,” 957.



## CONCLUSION

Violence against women is a global problem. While identified as a human rights issue, the international community has recognised the inability of non-discrimination and general human rights policies to sufficiently address it. The European Union, having brought human rights within its mandate since the 1990s, has also highlighted the importance and necessity of taking specific action to protect women from violence and has thus taken measures to bring the issue within the auspices of EU Law. This has notably and fundamentally been fulfilled with the ratification of the Convention on Preventing and Combating Violence Against Women and Domestic Violence (Istanbul Convention), bringing minimum standards for Member States where previously differentiated national applications and mechanisms could be seen. With the European Union's ratification and the introduction of the Convention's provisions to the auspices of EU law, Member States, whether having have ratified the Convention or not, have, under EU legal obligation, expectation of implementation. Furthermore, in pursuit of its own obligations under the Convention, the Union will also need to undertake additional action, with the capacity to, therefore, expand the Member States' alignment burdens. The expectation also applies to candidates, including Turkey. It could be argued that regardless of withdrawal from the Istanbul Convention, Turkey has a progressive legal framework that is advanced in fulfilling the obligation of States that are candidates to EU accession. On paper, Law No. 6284 is more encompassing than many EU Member States' laws. However, it is notably insufficient, with the problems in implementation and efficiency going to the heart of the gender inequality perspective. Turkey will need to address this in order to continue the heightened communication with the Union that has recently been triggered, not merely in the area of women's rights, but overall, to address the deterioration of fundamental freedoms that have led to the standstill of accession talks since 2018. Thus material reforms and actions will be necessitated, the lack of which will further regress Turkey's relations with the Union.

## REFERENCES

- Başar, Fatma and Nurdan Demirci. “Domestic Violence against Women in Turkey.” *Pakistan Journal of Medical Sciences* 34, no. 3 (May-June, 2018): 660-665. <https://doi.org/10.12669/pjms.343.15139>
- Bodur Ün, Marella and Harun Arıkan. “Europeanization and De-Europeanization of Turkey’s Gender Equality Policy: The Case of the Istanbul Convention.” *Journal of Common Market Studies* 60, no. 4 (July, 2022): 948-962. <https://doi.org/10.1111/jcms.13292>
- Bonewit, Anne and Emmanuella De Santis. *The Issue of Violence against Women in the European Union*. European Parliament, Policy Department for Citizen’s Rights and Constitutional Affairs for the FEMM Committee, 2016. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556931/IPOL\\_STU\(2016\)556931\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556931/IPOL_STU(2016)556931_EN.pdf)
- Buyuk, Hamdi Firat. “Women Face Rising Violence in Male-Dominated Turkey.” *Balkan Insight*. 2 September 2019. <https://balkaninsight.com/2019/09/02/women-face-rising-violence-in-male-dominated-Turkey/>
- De Vido, Sara. “The Ratification of the Council of Europe Istanbul Convention by the EU: A Step Forward in the Protection of Women from Violence in the European Legal System.” *European Journal of Legal Studies* 9, no. 2 (April, 2017): 69-102.
- Douglas-Scott, Sionaidh. “The European Union and Human Rights after the Treaty of Lisbon.” *Human Rights Law Review* 11, no. 4 (November, 2011): 645-682. <http://doi.org/10.1093/hrlr/ngr038>
- Erdoğan, Seven. “Avrupa Birliği’nin İstanbul Sözleşmesine Katılım Süreci: Yeni Bir Ulusüstücülük-Hükümetlerarasıcılık Rekabeti Mi?” *Marmara University Journal of Political Science* 9, no. 2 (September 2021): 311-334. <http://doi.org/10.14782/marmarasbd.961392>
- Güneş, Ayşe. “Legal Implications of Turkey’s Accession to the Istanbul Convention by Enacting and Refining Its Laws on Violence Against Women.” *Women & Criminal Justice* 31, no. 3 (December, 2021): 210-224. <https://doi.org/10.1080/08974454.2019.1697792>

- Güneş, Ayşe and Çağlar Ezikoğlu. “Legal and Political Challenges of Gender Equality and Crimes Against Women in Turkey: The Question of Istanbul Convention.” *Women & Criminal Justice* 22, no.1 (February, 2023): 14-27. <https://doi.org/10.1080/08974454.2022.2040695>
- Güney, Gizem. “The Group of Experts under the Istanbul Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence and the ECtHR: Complementary or Contradictory Tools?” *Blog of the European Journal of International Law*. (31 March 2020). <https://www.ejiltalk.org/the-group-of-experts-under-the-istanbul-convention-on-preventing-and-combating-violence-against-women-and-domestic-violence-and-the-ecthr-complementary-or-contradictory-tools/>
- Güney, Gizem. “One Step Forward, Two Steps Back: An Analysis of Turkey’s Implementation of the Istanbul Convention in Addressing Gender-Based Domestic Violence.” In *Towards Gender Equality in Law: An Analysis of State Failures from a Global Perspective*, edited by Gizem Güney, David Davies, and Po-Han Lee, 133-152. Palgrave Macmillan, 2022.
- Janković, Svetlana and Zorica Mršević. “Istanbul Convention – Obligation or Needs.” In *Proceedings: Life Cycle Engineering and Management ICDQM*, Prijedor, Serbia, 253-259. Research Center of Dependability and Quality Management, June 28-29 2018. <http://iriss.idn.org.rs/239/>
- Jurasz, Olga. “The Istanbul Convention: a new chapter in preventing and combating violence against women.” *Australian Law Journal* 89, no. 9 (September, 2015): 619-627. <https://oro.open.ac.uk/46126/>.
- Jürviste, Ulla and Rosamund Shreeves. *The Istanbul Convention: A Tool for Combatting Violence against Women and Girls*. European Parliamentary Research Service, 2021. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2021/698801/EPRS\\_ATA\(2021\)698801\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2021/698801/EPRS_ATA(2021)698801_EN.pdf).

- Karal, Dilek and Elvan Aydemir. *Türkiye’de Kadına Yönelik Şiddet*. Ankara, 2012. [https://www.academia.edu/2460216/T%C3%BCrkiyede\\_Kad%C4%B1na\\_Y%C3%B6nelik\\_%C5%9Eiddet](https://www.academia.edu/2460216/T%C3%BCrkiyede_Kad%C4%B1na_Y%C3%B6nelik_%C5%9Eiddet)
- Krizsan, Andrea and Raluca Popa. “Europeanization in Making Policies against Domestic Violence in Central and Eastern Europe.” *Social Politics* 17, no. 3 (September 2010): 383-385. <http://doi.org/10.1093/sp/jxq010>
- Leye, Els, Hayley D’Souza, and Nathalie Meurens. “The Added Value of and Resistance to the Istanbul Convention: A Comparative Study in 27 European Member States and Turkey.” *Frontiers in Human Dynamics* 3 (November, 2021): 697331, 1-22. <http://doi.org/10.3389/fhumd.2021.697331>
- Lynch, Suzanne and Jacopo Barihazzi. “Is Turkey joining the EU? No, but the EU is engaging.” *Politico*. 13 July 2023. <https://www.politico.eu/article/is-Turkey-now-joining-the-eu-no-but-the-eu-is-engaging-nato/>
- Martines, Francesca. “Direct Effect of International Agreements of the European Union.” *European Journal of International Law* 25, no. 1 (April, 2014): 129-147.
- McEwen, Haley and Lata Narayanaswamy. *The International Anti-Gender Movement: Understanding the Rise of Anti-Gender Discourses in the Context of Development*. Switzerland, United Nations Research Institute for Social Development, May 2023. <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/cfi-subm/2308/subm-colonialism-sexual-orientation-un-ios-unrisd-input-2.pdf>
- Mendez, Mario. *The Legal Effects of EU Agreements*. Oxford University Press, 2013.
- Meurens, Natalie, Hayley D’Souza, Saredo Mohamed, Els Leye, Nazia Chowdhury, Selios Charitakis, and Kate Regan, *Tackling Violence against Women and Domestic Violence in Europe: The Added Value of the Istanbul Convention and Remaining Challenges*. European Parliament’s Committee on Women’s Rights and Gender Equality FEMM, 2020. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/658648/IPOL\\_STU\(2020\)658648\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/658648/IPOL_STU(2020)658648_EN.pdf)

- Moroğlu, Nazan. “Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesi 6284 Sayılı Yasa ve İstanbul Sözleşmesi,” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 99, (March-April, 2012): 357-380.
- Nousiainen, Kevät and Christine Chinkin. *Legal Implications of EU accession to the Istanbul Convention*. European Commission, Directorate-General for Justice and Consumers, Publications Office, 2016. <https://data.europa.eu/doi/10.2838/15851>
- Öncü, Gülay Arslan. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Sisteminde Kadına Karşı Aile İçi Şiddet Olgusu ve Bununla Mücadele Araçları” *Public and Private International Law Bulletin* 32, no. 2 (December 2013): 1-37.
- Pescatore, Pierre. “The Doctrine of Direct Effect: An Infant Disease of Community Law.” *European Law Review* 40, no. 2 (April 2015): 135-153.
- Stavis-Grindneff, Matina. “Will Turkey Become a Member of the EU Now? Here’s What to Know.” *The New York Times*. 11 July 2023. <https://www.nytimes.com/2023/07/11/world/europe/Turkey-eu-membership.html>
- Tekeli, Şirin. “The Turkish Women’s Movement: A Brief History of Success.” *Quaderns de la Mediterrània* 14 (February 2010): 119-123.
- The Advocates for Human Rights. *Turkey’s Withdrawal from the Istanbul Convention. A Step Backward for Women’s Human Rights. Briefing Paper*. (Minneapolis, 2021). <https://www.theadvocatesforhumanrights.org/res/byid/9110>
- Ünal, Şükran. “What impact would a Turkish withdrawal from the Istanbul Convention have on EU-Turkey relations?” *Brussels Times*. 29 September 2020. <https://www.brusselstimes.com/133373/on-the-road-to-eu-accession-Turkeys-possible-withdrawal-from-the-istanbul-convention>
- Varju, Marton. *Member States Interests and European Union Law: Revisiting the Foundations of Member States Obligations*. Routledge, 2020.
- Yüksel-Kaptanoğlu, İlknur, Alanur Çavlin, and Banu Adaklı Ergöçmen. *Research on Domestic Violence against Women in Turkey*. Ankara, 2015. [http://ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/36\\_1.pdf](http://ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/36_1.pdf).

## Other Sources

“AB Konseyi, İstanbul Sözleşmesi’ne katılımı onayladı: Türkiye aday ülke, yasal mevzuata göre katılmak durumunda.” *T24*. 1 June 2023. <https://t24.com.tr/haber/ab-konseyi-istanbul-sozlesmesine-katilimi-onayladi-turkiye-aday-ulke-yasal-mevzuata-gore-katilmak-durumunda,1113246>

CEDAW. *Concluding observations on the 7th periodic report of Turkey*. New York: UN, July 2016. <https://digitallibrary.un.org/record/840825>

CJEU. *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos/Netherlands Inland Revenue Administration* (Judgement of the Court). No.26-62, 4 February 1963. ECLI:EU:C:1963:1. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A61962CJ0026>

CJEU. *Haegeman/Belgium* (Judgement of the Court). No.181/73, 30 April 1973. ECLI:EU:C:1974:41. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61973CJ0181>

CJEU. *Lesoochranárske zoskupenie VLK, Lesoochranárske zoskupenie VLK/Ministerstvo životného prostredia Slovenskej republiky* (Judgement of the Court). No. 240/09, 8 March 2011. ECLI:EU:C:2011:125 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62009CJ0240>

CJEU. *Opinion 1/19 of the Court* (Grand Chamber). 6 October 2021. <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=247081&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6364979>

“Combating violence against women: MEPs back accession to Istanbul Convention.” European Parliament. 10 May 2023. <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20230505IPR85009/combating-violence-against-women-meps-back-eu-accession-to-istanbul-convention>

Council of Europe. *Convention on Preventing and Combating Violence Against Women and Domestic Violence*. CETS No.2010. 11 May 2011. <https://rm.coe.int/168008482e>

- Council of Europe. Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combatting violence against women and domestic violence. 11 October 2011. <https://rm.coe.int/1680a48903>
- Council of Europe. Rules of Procedure of the Group of Experts on Action against Violence  
against Women and Domestic Violence. 21-23 September 2015. <https://rm.coe.int/grevio-inf-2015-rop-amdt-3-eng/16807932e7>
- Council of Europe. “Chart of signatures and ratifications of Treaty 210” <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatyenum=210>
- Council of Europe. “Istanbul Convention Infographic”. <https://rm.coe.int/coe-istanbulconvention-infographic-en-r04-v01/1680a06d0d>
- Council of Europe. “List of relevant judgements”. <https://www.coe.int/en/web/istanbul-convention/echr-case-law>
- “Council of Europe Leaders React to Turkey’s Announced Withdrawal from the Istanbul Convention.” Council of Europe. 21 March 2021. <https://www.coe.int/en/web/portal/-/council-of-europe-%20leaders-react-to-turkey-s-announced-withdrawal-from-the-istanbul-conventi-1>
- ECtHR. *Opuz/Turkey* (Judgement). Application No. 33401/02, 9 June 2009. [https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22ite mid%22:\[%22001-92945%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22ite mid%22:[%22001-92945%22]})
- ECtHR. *M.G./Turkey* (Judgement). Application No. 646/10, 22 March 2016. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22ite mid%22:\[%22001-161521%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22ite mid%22:[%22001-161521%22]})
- ECtHR. *Halime Kılıç/Turkey* (Judgement). Application No. 63034/11, 28 June 2016. [https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22ite mid%22:\[%22001-194330%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22ite mid%22:[%22001-194330%22]})
- European Commission. *Proposal for a Council Decision on the conclusion, by the European Union, of the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*. COM(2016) 109, Brussels, 4



March 2016. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52016PC0109>

European Commission. *Proposal for a Directive of European Parliament and of the Council on combatting violence against women and domestic violence*. COM(2022) 105, Brussels, 8 March 2022. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0105>

European Commission. Türkiye 2023 Report. SWD (2023) 696, 8 November 2023. [https://www.eeas.europa.eu/sites/default/files/documents/2023/SWD\\_2023\\_696%20Tu%CC%88rkiye%20report.pdf](https://www.eeas.europa.eu/sites/default/files/documents/2023/SWD_2023_696%20Tu%CC%88rkiye%20report.pdf)

European Commission. “Ending gender-based violence”. [https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/gender-equality/gender-based-violence/ending-gender-based-violence\\_en](https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/gender-equality/gender-based-violence/ending-gender-based-violence_en)

European Commission. “Funding and Tender Opportunities”. <https://ec.europa.eu/info/funding-tenders/opportunities/portal/screen/programmes/cerv>

European Commission. “Mutual Learning Program in gender equality”. [https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/gender-equality/who-we-work-gender-equality/mutual-learning-programme-gender-equality\\_en](https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/gender-equality/who-we-work-gender-equality/mutual-learning-programme-gender-equality_en)

European Commission. “Türkiye”. [https://neighbourhood-enlargement.ec.europa.eu/enlargement-policy/turkiye\\_en](https://neighbourhood-enlargement.ec.europa.eu/enlargement-policy/turkiye_en)

European Council. Directive 2004/113/EC of 13 December 2004 implementing the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services. Document 32004L0113, 21 December 2014. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32004L0113>

European Economic Community. “*Agreement establishing Association between the European Economic Community and Turkey*.” No. C 113/2, 24 December 1973. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:C:1973:113:FULL>



- European Parliament. Resolution of 11 June 1986 on violence against women. Doc.A2-44/86. [https://www.europarl.europa.eu/EPRS/PE2\\_AP\\_RP!FEMM.1984\\_A2-0044!860001EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/EPRS/PE2_AP_RP!FEMM.1984_A2-0044!860001EN.pdf)
- European Parliament. Resolution of 5 May 2022 on ongoing hearings under Article 7(1) TEU regarding Poland and Hungary. 2022/2647(RSP). [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0204\\_EN.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0204_EN.html)
- European Parliament and Council. Directive 2006/54/EC of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation. Document 32006L0054, 26 July 2006. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32006L0054>
- European Parliament and Council. Directive 2010/13/EU of 10 March 2010 on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the provision of audiovisual media services. Document 32010L0013, 15 April 2010. <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2010/13/oj>
- European Parliament and Council. Directive 2011/36/EU of 5 April 2011 on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims. Document 32011L0036, 15 April 2011. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A32011L0036>
- European Parliament and Council. Directive 2011/99/EU of 13 December 2011 on the European protection order. Document 32011L009, 21 December 2011. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32011L0099>
- European Parliament and Council. Directive 2012/29/EU of 25 October 2012 establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime. Document 32012L0029, 14 November 2012. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32012L0029>
- European Parliament and Council. Regulation No 606/2013 of 12 June 2013 on mutual recognition of protection measures in civil matters.

L181/4, 29 June 2013. <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:181:0004:0012:en:PDF>

European Parliament, Council and Commission. Charter of Fundamental Rights of the European Union. 2010/C 83/02. <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0389:0403:en:PDF>

FRA. *Violence against Women: An EU-wide survey. Main results.* Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2014. [https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra\\_uploads/fra-2014-vaw-survey-main-results-apr14\\_en.pdf](https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2014-vaw-survey-main-results-apr14_en.pdf)

GREVIO. *Baseline Evaluation Report on legislative and other measures giving effect to the provisions of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence (Istanbul Convention): Turkey.* Strasbourg, Council of Europe, October 2018. <https://rm.coe.int/eng-grevio-report-turquie/16808e5283>

“MEPs vote for EU to ratify Istanbul Convention against violence for women.” *euronews*. 10 May 2023. <https://www.euronews.com/my-europe/2023/05/10/meps-vote-for-eu-to-ratify-istanbul-convention-against-violence-against-women>

“MEPs call on EU and Turkey to look for alternative ways to cooperate.” European Parliament, 18 July 2023. <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20230717IPR03018/meps-call-on-eu-and-turkiye-to-look-for-alternative-ways-to-cooperate>

Official Gazette. “Türk Kanunu Medenisi”. 17 February 1926.

Official Gazette. “Teşkilâtı Esasiye Kanununun 10 ve 11 inci maddelerinin değiştirilmesi hakkında kanun”. 5 December 1934, S: 2877. <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/2877.pdf>

Official Gazette. “Ailenin Korunmasına Dair Kanun”. 14 January 1998, S: 23233. <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/23233.pdf>

Official Gazette. “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun.” 17 October 2001, S: S:24556. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2001/10/20011017m1.htm>

- Official Gazette. “Türk Medeni Kanunu”. 8 December 2001, S:24607. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2001/12/20011208.htm>
- Official Gazette. “İş Kanunu”. 10 June 2003, S: 25134. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2003/06/20030610.htm>
- Official Gazette. “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun.” 22 May 2004, S:25469. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2004/05/20040522.htm>
- Official Gazette. “Türk Ceza Kanunu”. 12 October 2004, S: 25611. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2004/10/20041012.htm>
- Official Gazette. “Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlemesine Dair Kanun”. 20 March 2012, S:28239. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/03/20120320-16.htm>
- Official Gazette. “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu”. 22 June 2012, S: 28311. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/06/20120622.htm>
- Official Gazette. Cumhurbaşkanlığı Kararı. 20 March 2021, S: 31429. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2021/03/20210320-49.pdf>
- Official Gazette. “Türk Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”. 27 May 2022, S: 31848. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2022/05/20220527-7.htm>
- Treaty on European Union, 29 July 1992. No-C 191/1. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:11992M/TXT>
- Treaty on the Functioning of the European Union, 26 October 2012. C 326/49. <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:12012E/TXT:en:PDF>
- “Turkey: Withdrawal from Istanbul Convention is a pushback against women’s rights, say human rights experts.” UN Human Rights Office. 23 March 2023. <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2021/03/Turkey-withdrawal-istanbul-convention-pushback-against-womens-rights-say>
- “Türkiye’nin İstanbul Sözleşmesi’nden Çekilmesine İlişkin Açıklama.” Republic of Turkey Directorate of Communications. 21 March

2021. <https://www.iletisim.gov.tr/turkce/haberler/detay/turkiyenin-istanbul-sozlesmesinden-cekilmesine-iliskin-aciklama>

United Nations. Declaration on The Elimination of Violence against Women. Resolution 48/104. 20 December 1993. <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/declaration-elimination-violence-against-women>

United Nations. "Status of Treaties,". [https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg\\_no=IV-8&chapter=4&clang=\\_en](https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&clang=_en)

WEF. *Gender Global Gap Report 2023*. Geneva, June 2023. [https://www3.weforum.org/docs/WEF\\_GGGR\\_2023.pdf](https://www3.weforum.org/docs/WEF_GGGR_2023.pdf)

# Türk Hukuku ve Birleşmiş Milletler (BM) Singapur Sözleşmesi Yönünden Değerlendirici Arabuluculuk\*

Özlem BORA\*\*

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

\* İşbu makale yazarın süreci devam etmekte olan doktora tez çalışmasıyla ilgili olarak hazırlanmıştır.

\*\* Avukat, Arabulucu, Ankara Barosu. Atılım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Ana Bilim Dalı doktora öğrencisi.  
[bora.ozlem@student.atilim.edu.tr](mailto:bora.ozlem@student.atilim.edu.tr) **ORCID:** 0009-0007-6372-3678.

**Makale geliş tarihi:** 18 Ekim 2023 **Makale kabul tarihi:** 13 Şubat 2024

**Atf önerisi:** Bora, Özlem. “Türk Hukuku ve Birleşmiş Milletler (BM) Singapur Sözleşmesi Yönünden Değerlendirici Arabuluculuk.” *Ankara Barosu Dergisi* 82, no. 2 (Nisan 2024): 43-84 **DOI:** 10.30915/abd.1378054.

## TÜRK HUKUKU VE BİRLEŞMİŞ MİLLETLER (BM) SİNGAPUR SÖZLEŞMESİ YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRİCİ ARABULUCULUK

### ÖZ

Klasik uyuşmazlık çözüm yöntemi olan devlet yargısının çeşitli etkenlerle yetersizliği başka uyuşmazlık çözüm yolları arayışlarına yol açmıştır. Küreselleşmenin etkisiyle sınır ötesi uyuşmazlıklar artmış ve 1990'lı yıllardan itibaren arabuluculuk uygulamaları ulusal ve uluslararası platformlarda yerini almaya başlamıştır. Ağır yargısal yük, davaların süresi, kararlardaki çelişkiler ve Avrupa Birliği hukukundaki gelişmeler nedeniyle Türk kanun koyucusu da gelişmelere sessiz kalmamıştır. Öncelikle ihtiyari arabuluculuk olmak üzere çeşitli alanlarda dava şartı (zorunlu) arabuluculuk konusunda yasal düzenlemeler yapılmıştır. Son yıllarda yapılan çok sayıda düzenlemeye karşın arabuluculuk uygulamalarında sistem ile altyapı sorunu, arabulucuların etik ve standartlaşma konuları sorgulanması gereken konuların başında gelmektedir. Özel hukuk uyuşmazlıklarının alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından olan arabuluculukla çözümünde değerlendirici arabulucunun süreçteki rolü ve önemi ise gün geçtikçe daha fazla tartışma konusu olmaktadır. Değerlendirici arabuluculukta analitik süreç yönetimi ve arabulucunun aktif rolü ön plandadır. Sürecin daha verimli yürütülmesi, sonuç odaklı olması ve uyuşmazlıkların ivedi çözüme kavuşmasını sağlaması yönünden değerlendirici arabuluculuğun katkıları yadsınamaz.

Çalışmamızın ilk bölümünde genel olarak arabuluculuk modelleri ve bu modellerden kolaylaştırıcı arabuluculuk ile değerlendirici arabuluculuk incelenecektir. Çalışmamızın ikinci bölümünde Türk Hukuku açısından değerlendirici arabuluculuk, üçüncü bölümünde ise "Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Singapur Sözleşmesi"nin Türkiye yönünden yürürlüğe girme süreci ve Singapur Sözleşmesi açısından değerlendirici arabuluculuk konuları değerlendirilecektir. Çalışmamız, ulusal ve uluslararası literatür araştırmalarımızın sonucunda vardığımız görüş ve önerilerin yer aldığı sonuç kısmıyla tamamlanacaktır.

### Anahtar Kelimeler:

Arabuluculuk

değerlendirici arabuluculuk

kolaylaştırıcı arabuluculuk

HUAK

Singapur Sözleşmesi

## EVALUATIVE MEDIATION UNDER TURKISH LAW AND THE UN SINGAPORE CONVENTION

### ABSTRACT

The insufficiency of the state judiciary, being the classical method of dispute resolution, due to various factors has initiated the exploration of alternative dispute resolution methods. With the impact of globalization, cross-border disputes have increased, and mediation practices have begun to take their place in national and international platforms since the 1990s. Due to the heavy judicial burden, protracted litigation, contradictions in judgments and developments in European Union law, the Turkish legislator has not remained silent. Legal arrangements have been made for mediation in various areas, particularly for voluntary mediation and litigation (mandatory) mediation. Despite the numerous regulations made in recent years, system and infrastructure problems in mediation practices, mediator ethics and standardization of mediators are among the issues that stand out to be questioned. The role and importance of the evaluative mediator in the process of resolution of private law disputes through mediation, which is one of the alternative dispute resolution methods, is becoming more and more a subject of debate. In evaluative mediation, analytical process management and the active role of the mediator are at the forefront. The contributions of evaluative mediation in terms of conducting the process more efficiently, being result-oriented, and ensuring that disputes are resolved promptly cannot be denied.

In the first part of our study, we will examine mediation models in general, particularly facilitative mediation and evaluative mediation. In the second part, the issue of evaluative mediation is assessed in terms of Turkish Law. The process of implementation of the “United Nations (UN) Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation (Singapore Convention)” in Türkiye and evaluative mediation issues in terms of this Convention are the subjects of the third part. The opinions and recommendations reached pursuant to our national and international literature survey constitute the conclusion of our study.

#### Keywords:

Mediation

evaluative mediation

facilitative mediation

HUAK

Singapore Convention

## GİRİŞ

Bir özel hukuk uyuşmazlığının çözümüne yönelik üç ana yol olduğu söylenebilir; Devlet yargısı, tahkim ve alternatif<sup>[1]</sup> çözüm yöntemleri.<sup>[2]</sup> İkinci Dünya Savaşı sonrasındaki süreçte dava dışı uyuşmazlık çözüm yollarından tahkim popüler bir yöntem haline gelmiş, ancak yükselen maliyetler, gecikmeler ve usulî formaliteler nedeniyle son zamanlarda bu yöntem başka arayışlara yol açmıştır.<sup>[3]</sup> Devletin adaleti sağlamaya yönelik yargı organları bu fonksiyonlarını ifa etmek açısından yetersiz kalmaktadır.<sup>[4]</sup> Bu yetersizliğe yol açan nedenlerden uyuşmazlık sayısı ile çeşitliliğinin artması, ihtisas mahkemelerinin bulunmaması, maliyetlerin ağırlığı ve yargılamaların uzun sürmesi gibi etkenler ilk akla gelen nedenlerdir.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları başta arabuluculuk olmak üzere müzakere, tarafsız ön değerlendirme, vakıaların saptanması, kısa yargılama gibi birbirinden farklı yöntemleri kapsamaktadır.<sup>[5]</sup> Özellikle uluslararası ticaret açısından arz ettiği önem ve tercih yönünden arabuluculuk, tahkim-arbuluculuk ve kısa yargılama önde gelen uyuşmazlık çözüm yollarıdır.<sup>[6]</sup> Günümüzde alternatif uyuşmazlık çözümü konusunda en yaygın kullanılan ve dolayısıyla giderek kurumsallaşan metot ise arabuluculuktur.<sup>[7]</sup> Ancak,

- [1] Devlet yargısı ile entegre olmuş bir statüde yer alan uyuşmazlık çözüm yöntemleri yerine işlevini daha iyi ifade etmesi açısından “dostane çözüm yöntemleri” kavramının kullanılması yerinde olacaktır. Ayrıntılar için bkz. Süha Tanrıver, *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk*, 2. bası (Ankara: Yetkin, 2022), 25.
- [2] Süleyman Dost, “Mediation for Disputes in Private Law in Turkey,” *International Journal of Academic Research in Business and Social Sciences* 4, no.10, (Ekim, 2014): 81.
- [3] Necla Öztürk, “Arabuluculuğun Milletlerarası Özel Hukuk Boyutu: Genel Bakış,” *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 31, no. 2, (2015): 203.
- [4] Emre Kıyak, *Dönüştürücü Arabuluculuk-Problem Çözücü Arabuluculuk ile Uyumlaştırılması*, (Ankara: Seçkin, Haziran 2018), 15.
- [5] Tanrıver, *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk*, 35 vd.
- [6] Malike Polat, *Milletlerarası Usul Hukukunda Arabuluculuk*. (Ankara: Yetkin, 2010), 35-36.
- [7] Ömer Ekmekçi, Muhammet Özeker ve Murat Atalı, *Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk*, (İstanbul: Onikilevha, Ekim 2018), 9; Dost,



arabuluculuk sonucunda hazırlanan sulh anlaşmalarının icrasına ilişkin uluslararası yasal bir çerçeve bulunmaması arabuluculuğun zayıf yönlerinden biri olmuştur. Başka bir ifade ile arabuluculuk çözüm anlaşmasının sınır ötesi uygulanmasına yönelik etkin bir mekanizmanın olmayışı sıklıkla ifade edilen bir zorluktur.<sup>[8]</sup> Farklı devletler arasında arabuluculuk yoluyla sağlanan bir çözümün nasıl tanınacağı ve uygulanacağı konusundaki belirsizlikleri ortadan kaldırarak öngörülebilirliği sağlamak arabuluculuğun kullanımını da teşvik edecektir.

Sosyal ve ekonomik küreselleşmenin etkisiyle ilişkiler artmış, bu durumla paralel uyumsuzlukların çözüm yolları konusunda sınır ötesi ticaret ve uyumsuzluklarına yönelik milletlerarası çalışmalar hız kazanmıştır. Bu doğrultuda yapılan önemli çalışmalardan biri de “Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Singapur Sözleşmesi (*United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation*)” dir.<sup>[9]</sup> Üç yıl süren kapsamlı tartışma ve

“Mediation,” 81; Şule Şahin Ceylan, *Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*. (İstanbul: Onikilevha, Ağustos 2009), 147.

[8] Corinne Montineri, “The United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) and the Significance of the Singapore Convention,” *Cardozo Journal of Conflict Resolution* 20, no. 4 (Summer, 2019): 1035.

[9] Makalemizde kısaca “Singapur Sözleşmesi” olarak anılacaktır. Singapur Sözleşmesi, ticari arabuluculuk sonucunda hazırlanan sulh anlaşmalarının icrasına ilişkin uluslararası yasal bir çerçeve oluşturmak amacıyla Birleşmiş Milletler tarafından hazırlanmış olup, 7 Ağustos 2019 tarihinde imzaya açılmıştır. Türkiye, Sözleşmeyi 7 Ağustos 2019 tarihinde imzalamış ve 21 Nisan 2021 tarih ve 3866 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararıyla onaylamıştır. Sözleşmenin yürürlük tarihi 11 Nisan 2022 olarak belirlenmiştir. Çalışmamızın tamamlandığı tarih itibarıyla 56 devlet Sözleşmeyi imzalamış olup, alfabetik sırayla şöyledir: Afganistan, Amerika Birleşik Devletleri, Avustralya, Belarus, Benin, Brezilya, Brunei, Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı, Çad, Çin, Demokratik Kongo Cumhuriyeti, Doğu Timor, Ekvador, Ermenistan, Esvatini, Fiji, Filipinler, Gabon, Gana, Gine-Bissau, Grenada, Güney Kore, Gürcistan, Haiti, Hindistan, Honduras, İran, İsrail, Jamaika, Karadağ, Katar, Kazakistan, Kolombiya, Kongo, Laos, Makedonya, Maldivler, Malezya, Mauritius, Nijerya, Palau, Paraguay, Ruanda, Samoa, Sierra Leone, Şili, Singapur, Sırbistan, Sri Lanka, Suudi Arabistan, Türkiye, Uganda, Ukrayna, Ürdün, Uruguay, Venezuela. Sözleşmeyi 12 ülke onaylamış olup, alfabetik sırayla şöyledir: Belarus, Ekvador, Fiji, Gürcistan, Honduras, Japonya, Katar, Kazakistan, Singapur, Suudi Arabistan, Türkiye, Uruguay. İngilizce sözleşme metni için bkz. <https://adb.adalet>.

araştırmaların ardından, 25 Haziran 2018 tarihinde, elli birinci oturumda Birleşmiş Milletler (BM) Genel Kurulu'nun bir komisyonu olan Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL),<sup>[10]</sup> üyelerin oy birliğiyle Singapur Sözleşmesi'ni onaylamıştır.<sup>[11]</sup> Milletlerarası ticari arabuluculuk çalışmalarını yeknesaklaştırmak ve sınır ötesi etkilerini öngörülebilir kılmak amacıyla Birleşmiş Milletler (BM) tarafından başlatılan çalışma sonucu hem bir sözleşme hem de bir model kanun ortaya çıkmıştır.

Arabuluculuk kavramı, tanımları, niteliği ve modelleri konusunda devletlerin düzenlemeleri kendi hukuk sistem ve kültürleriyle bağlı olarak farklılık arz eder. 2012 yılında kolaylaştırıcı arabuluculuğu esas alarak kurgulanan 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK)'da sonradan yapılan yasal değişiklikler sonrası sınırlı bir değerlendirici arabuluculuk modeli benimsenmiştir. İleride ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere başta iş hukuku, ticaret hukuku ve tüketici hukuku alanındaki uyuşmazlıklar dahil birçok uyuşmazlık dava şartı arabuluculuk kapsamına alınmıştır. 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile “Tarafların çözüm üretemediklerinin ortaya çıkması hâlinde arabulucu bir çözüm önerisinde bulunabilir” düzenlemesi HUAK 15/(7) fıkrası olarak yasaya eklenmiş ve arabulucuların yetkileri genişletilerek, değerlendirici arabuluculuğa doğru bir eğilim başlamıştır. Çalışmamızda tartışmalı bir konu olan değerlendirici arabuluculuk özellikle Türk Hukuku ve BM Singapur Sözleşmesi açısından incelenmeye çalışılacaktır.

[gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/612021141944Singapore%20Convention%20English%20Version.pdf](http://gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/612021141944Singapore%20Convention%20English%20Version.pdf); Türkçe tercümesi için bkz. Nuray Ekşi, “Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler (Singapur) Konvansiyonu'nun Türkçe Tercümesi,” *Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi* 9, no.1, (2020): 203-216.

[10] United Nations Commission On International Trade Law, <https://uncitral.un.org/>, 16.07.2023, 22:04.

[11] Edna Sussman, “The Singapore Convention Promoting the Enforcement and Recognition of International Mediated Settlement Agreements,” *ICC Dispute Resolution Bulletin*, Issue 3, Commentary, (2018): 43; Sibel Özel, “Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi: Singapur Konvansiyonu,” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 25, no. 2, (Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Aralık 2019): 1194.

## I. GENEL OLARAK ARABULUCULUK MODELLERİ, KOLAYLAŞTIRICI ARABULUCULUK VE DEĞERLENDİRİCİ ARABULUCULUK

### A) GENEL OLARAK ARABULUCULUK MODELLERİ

#### 1- Geleneksel Arabuluculuk

Tarihçesi M.Ö. 3000 yıllarında Mısır, Babil ve Asur'a kadar uzanan arabuluculuk, Anadolu topraklarında ahilik felsefesi şeklinde uzlaşi kültürünün bir parçası olarak uzun yıllardır kullanılmaktadır.<sup>[12]</sup> Arabuluculuk modern hukuktaki yerini ise 1960'lı yıllardan sonra almıştır.<sup>[13]</sup>

Süreçte tabi olunacak rejim ve arabulucunun nitelikleri açısından arabuluculuk modelleri geleneksel (adi) arabuluculuk ve nitelikli (resmi) arabuluculuk şeklinde ayrılmaktadır.<sup>[14]</sup> Geleneksel arabuluculuk herhangi bir yasal düzenlemeye tabi olmaksızın gerçekleştirilen arabuluculuktur. Geleneksel arabuluculukta uyumsuzluğun çözümü arabulucunun hakimiyetinde olup, devletin yargı sistemiyle herhangi bir ilişkisi yoktur.<sup>[15]</sup> Geleneksel arabuluculuk sosyal kontrol aracı olup, bu süreçte önemli etkenler etik ilkeler ve toplumsal kurallardır.<sup>[16]</sup>

Toplumdaki kanaat önderleri ve hatırı sayılır aile büyükleri tarafından yapılan geleneksel arabuluculuk aslında sadece aile, kabile gibi küçük toplulukları değil, toplumları da olumlu yönde yapılandırmıştır. Bu bağlamda geleneksel arabuluculuğun uzlaşi kültürüne olan katkısı ve bir iyilik hareketi

[12] Mustafa Serdar Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, 5. baskı (Ankara: Yetkin, 2022), 700; Nihat Taşdelen, *Ticari Uyuşmazlıkların Çözümünde Alternatif Bir Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk*, (Ankara: Yetkin, 2021), 37.

[13] Taşdelen, *Alternatif Bir Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk*, 37.

[14] Tanrıver, *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk*, 48.

[15] Güven Yazar, *Milletlerarası Özel Hukukta Arabuluculuk*, 2. baskı (İstanbul: Onikilevha, Ocak 2023), 23; Ekmekçi, Özekes ve Atalı, *Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk*, 56.

[16] Muammer Erol, *Türk Hukukunda Arabuluculuk ve Teşkilatlanması*, (Ankara: Adalet, 2018), 22.

olması yönü yadsınamaz. Uzlaşma kültürünün geliştiği toplumlar dış müdahale ve kışkırtmalara karşı da mukavemet kazanır.<sup>[17]</sup>

## 2- Nitelikli Arabuluculuk ve Modelleri

Geleneksel arabuluculuk yüzyıllardır uygulanmakta iken nitelikli arabuluculuğun tarihçesi henüz çok yenidir. Nitelikli arabuluculuk yasal düzenlemeler doğrultusunda yapılan ve mevzuatın öngördüğü sonuçları oluşturan arabuluculuktur.<sup>[18]</sup> Bir başka anlatımla nitelikli arabuluculuk geleneksel arabuluculuktan farklı olarak yasal düzenlemelere konu olan ve sonuçlarının resmi olarak düzenlendiği bir arabuluculuk türüdür. Mevzuatta düzenlenen ve sicile kayıtlı arabulucular tarafından yürütülen bir modeldir.<sup>[19]</sup> Nitelikli arabuluculuğun genel olarak ihtiyari ve dava şartı olarak iki türü bulunmaktadır.

Geleneksel olarak eski devirlerden itibaren uygulanan arabuluculuğun güncel hukuk düzenlerinde sistemli bir şekilde uygulama alanı bulması öncelikle Anglo-Sakson hukuk sisteminde söz konusu olmuştur.<sup>[20]</sup> Örneğin Amerika Birleşik Devletleri'nde ilk kez 1913 yılında işçi-işveren uyuşmazlıkları alanında arabuluculuk uygulanmış ve zaman içerisinde kurumsallaşmıştır.<sup>[21]</sup>

[17] Emre Kıyak, *Dönüştürücü Arabuluculuk-Problem Çözücü Arabuluculuk ile Uyuşlaştırılması*, (Ankara: Seçkin, Haziran 2018), 34.

[18] Ali Yeşilirmak, "Arabuluculuk Nedir?," içinde *Temel Arabuluculuk Eğitimi, Eğitici Kitabı, Türkiye'de Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Uygulamalarının Geliştirilmesi Projesi, T.C. Adalet Bakanlığı, İsveç Uluslararası Kalkınma İşbirliği Ajansı, Avrupa Konseyi*, ed. Ali Yeşilirmak ve Elif Kısmet Kekeç, 2. baskı (Ankara: Has Matbaacılık, Kasım 2017), 87.

[19] Ali Yeşilirmak, "Arabuluculuk Nedir?," içinde *Temel Arabuluculuk Eğitimi, Eğitici Kitabı, Türkiye'de Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Uygulamalarının Geliştirilmesi Projesi, T.C. Adalet Bakanlığı, İsveç Uluslararası Kalkınma İşbirliği Ajansı, Avrupa Konseyi*, ed. Ali Yeşilirmak ve Elif Kısmet Kekeç, 3. basım (Ankara: Arcs Matbaacılık, Aralık, 2021), 36

[20] Ezgi Kara, "Milletlerarası Özel hukuk Açısından Arabuluculuk," (Yüksek Lisans Tezi, Yeditepe Üniversitesi, 2021), 9.

[21] Necla Öztürk ve Güven Yazar, "AB 2008/52/EC Arabuluculuk Direktif Hükümlerinin Bazı Üye Devlet ve Türk Hukukunda Yansımaları," *Ankara Üniversitesi Hukuk*

Arabuluculuk süreçlerinde uyuşmazlıkların çözümü noktasında farklı normatif yaklaşımlar vardır.<sup>[22]</sup> “Hak merkezli” (*rights based*) yaklaşımda, tarafların hukuki hakları üzerine odaklanılmakta ve geleneksel yargılamada elde edilebilecek çözümlere paralel bir çözüm elde etmeye çalışılmaktadır.<sup>[23]</sup> “Menfaat merkezli” (*interests based*) yaklaşımda ise, tarafların menfaatlerine ve ihtiyaçlarına odaklanma söz konusudur.<sup>[24]</sup>

Arabuluculuk faaliyeti açısından arabuluculuk süreçlerini kolaylaştırıcı, değerlendirici, dönüştürücü, terapötik, öyküsel, problem çözücü ve hümanistik arabuluculuk şeklinde çeşitli ayrımlara göre sınıflamak mümkündür.<sup>[25]</sup> Prof. Leonard Riskin 1994 yılında arabuluculuğun ne olduğu ve ne olması gerektiği konusunda farklı görüşlerin olduğunu, bu belirsizliği gidermek adına kapsamlı bir sisteme olan ihtiyaca dikkat çekmiştir.<sup>[26]</sup> Riskin’e göre

---

Fakültesi Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan II, (ed.) Emel Hanağası ve Mustafa Göksu, (Ankara: Yetkin, 2011), 1352.

- [22] Seda Özmumcu, “Arabulucunun Rolü Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk,” İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası LXXI, no. 1 (2013): 1369.
- [23] Özmumcu, “Arabulucunun Rolü,” 1369.
- [24] Özmumcu, “Arabulucunun Rolü,” 1369.
- [25] Türk Literatürde genelde kolaylaştırıcı, değerlendirici ve dönüştürücü arabuluculuk şeklinde üçlü bir ayırım kabul görmektedir. Ayrıntılar için bkz. Yeşilırmak. “Arabuluculuk Nedir?,” 36 vd.; Ekmekçi, Özkes ve Atalı, *Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk*, 57; Tanrıver, *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk*, 49; Arabuluculuk modelleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Seda Özmumcu, *Arabuluculuk Modelleri*, (İstanbul: Onikilevha, Şubat 2021); Dönüştürücü Arabuluculuk-Problem Çözücü Arabuluculuk konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Emre Kıyak, *Dönüştürücü Arabuluculuk-Problem Çözücü Arabuluculuk ile Uyumlaştırılması*, (Ankara: Seçkin, Haziran 2018).
- [26] Leonard L. Riskin, “Mediator Orientations, Strategies and Techniques,” *Alternatives to the High Cost of Litigation* 12, no. 9, (September 1994): 111; Riskin, 1996 tarihli makalesinde arabuluculukta problem tanımlama süreçlerini *-problem-definition continuum* dar ve geniş açıdan çeşitli seviyelere ayırmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Leonard L. Riskin, “Understanding Mediators’ Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Perplexed,” *Harvard Negotiation Law Review* 1, (1996): 18; Kıyak, *Dönüştürücü Arabuluculuk-Problem Çözücü Arabuluculuk ile Uyumlaştırılması*, 102; Riskin, 2003 yılında ilk kılavuz sistemini güncellemiş, arabulucunun rolü konusunda aydınlatıcı-*elicitive* ve yönlendirici-*directive*

cevaplanması gereken iki temel soru vardır; birincisi *arabulucu uyumsuzluğu dar açıdan mı yoksa geniş açıdan mı tanımlama eğiliminde olacaktır?* İkinci temel soru ise *arabulucu anlaşma konusunda öngörülere ve teklifleri ile değerlendirme yapacak mıdır, yoksa süreçte sadece kolaylaştırıcı fonksiyona mı sahip olacaktır?* Kolaylaştırıcı ve değerlendirici arabuluculuk terimleri *Riskin*'in ünlü şeması olan "*Riskin's Grid-Riskin'in Kılavuzu*" ile ortaya atılmış bulunmaktadır.<sup>[27]</sup>

Kolaylaştırıcı ve değerlendirici arabuluculuğun temel farklılığı arabulucunun süreçteki fonksiyonudur.<sup>[28]</sup> Söz konusu farklılık bazen ülkeden ülkeye ve kültürden kültüre değişmektedir. Örneğin, batı ülkelerinde kolaylaştırıcı arabuluculuk, doğu ülkelerinde ise değerlendirici arabuluculuk daha yaygındır.<sup>[29]</sup> Diğer taraftan arabulucunun mesleği ve deneyimi etkili bir faktördür. Alternatif çözüm yöntemleri konusunda bilgili ve pratik düşünme yeteneğine sahip üçüncü kişilerin varlığı sürecin başarısı için önem arz eder.<sup>[30]</sup> Arabuluculuğun genel olarak hukuk, sosyoloji, psikoloji ve ekonomi disiplinlerinin inceleme konusuna girdiğini tespit edebiliriz.<sup>[31]</sup> Örneğin

---

kavramlarını kullanmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Leonard L. Riskin, "Decisionmaking in Mediation: The New Old Grid and the New New Grid System," *Notre Dame Law Review* 79, no. 1, (2003): 1-54.

[27] Elif Kısmet Kekeç, *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler*, 3. baskı (Ankara: Adalet, Mart 2016), 246; Kolaylaştırıcı-değerlendirici arabulucu ayrımı ilk olarak Leonard L. Riskin tarafından ortaya atılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Aslı E. Gürbüz Usluel, "Mandatory or Voluntary Mediation? Recent Turkish Mediation Legislation and a Comparative Analysis with the EU's Mediation Framework," *Journal of Dispute Resolution* 2020, no. 2 (Spring 2020): 448, dipnot 32; Riskin, "Understanding," 25-46.

[28] Erol, *Türk Hukukunda*, 23.

[29] Giovanni Matteucci, "The Singapore Convention on Mediation, Challenges and Opportunities, The 2nd KIMC International Seminar, Seoul, The island of discussion," [https://www.academia.edu/83463753/The\\_Singapore\\_Convention\\_on\\_Mediation\\_challenges\\_and\\_opportunities](https://www.academia.edu/83463753/The_Singapore_Convention_on_Mediation_challenges_and_opportunities), (December 3, 2021): 8.

[30] Gülgün Ildır, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler)*, (Ankara: Seçkin, 2003), 64.

[31] Donald T. Weckstein, "In Praise of Party Empowerment—and of Mediator Activism," *Willamette Law Review* 33, no. 3 (Summer 1997): 545; Emre Kıyak, *Dönüştürücü*

öğretide psikoloji ve sosyoloji geçmişi olan arabulucuların, değerlendiriciden çok kolaylaştırıcı yaklaşıma ilgi ve eğilimleri olduğuna dair görüşler vardır.<sup>[32]</sup> Genel olarak avukat olmayan arabulucuların değerlendirme yerine kolaylaştırmayı tercih ettikleri söylenebilir.<sup>[33]</sup>

Literatürdeki bir görüşe göre tüm arabulucular zorunlu olarak hem kolaylaştırıcı hem de değerlendirici arabulucudur.<sup>[34]</sup> Başka bir ifadeyle hukuk uyuşmazlıkları arabuluculuğu doğası gereği hem değerlendirici hem de kolaylaştırıcı arabuluculuğu kapsar.<sup>[35]</sup> Arabuluculukla ilgili bazı tanımlarda arabulucunun taraflar arasındaki müzakerede kolaylaştırıcı rolü ön plandadır.<sup>[36]</sup> Arabulucu kolaylaştırıcı rolü ile uyuşmazlık taraflarının kendi

---

*Arabuluculuk-Problem Çözücü Arabuluculuk ile Uyumlaştırılması*, (Ankara: Seçkin, Haziran 2018), 2.

- [32] Söz konusu görüşler bir ampirik (deneysel) çalışmaya dayanmamakla birlikte yazarların gözlem ve çıkarımlarına dayanmaktadır. Jeffrey W. Stempel, “The Inevitability of the Eclectic: Liberating ADR from Ideology,” *Journal of Dispute Resolution* 2000, no. 2 (2000): 275; Ilene Diamond, “The Value of a Psychologist Mediator,” 21 Mart 2011, <https://mediate.com/the-value-of-a-psychologist-mediator/>. Değerlendirici arabulucu, tarafların hukuki menfaatlerinden çok hukuki hakları ile ilgilenmektedir. Seda Özmunucu, *Arabuluculuk Modelleri*, (İstanbul: Onikilevha, Şubat 2021), 15.
- [33] Jeffrey W. Stempel, “The Inevitability of the Eclectic: Liberating ADR from Ideology,” *Journal of Dispute Resolution* 2000, no. 2 (2000): 275.
- [34] Richard Birke, “Evaluation and Facilitation: Moving Past Either/Or,” *Journal of Dispute Resolution* 2, (2000): 318; Singapur Sözleşmesi Haftası (Singapore Convention Week 2023) programları dahilinde 31.08.2023 tarihinde yapılan bir tartışma etkinliğinde kolaylaştırıcı ve değerlendirici arabuluculuk modelleri tartışılmış ve hangi tarz olursa olsun arabulucuların müzakkereyi kolaylaştırdıkları ifade edilmiştir. “Facilitative and Evaluative Models of Mediation: Is the Distinction Still Meaningful, or Simply Arcane Semantics? Is it Time to Bring Evaluative Mediation out of the Shadows?” Moderatör: Eunice Chua, Konuşmacılar: Andrew Miller KC, Professor Nadja Alexander, Wee Meng Chuan, Ting-Kwok IU, <https://www.singaporeconventionweek.sg/sc-weeks-events.html>.
- [35] Birke, “Evaluation and Facilitation,” 310.
- [36] Şahin Ceylan, *Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, 298-299.

görüşlerini geliştirip, tüm olasılıkları göz önünde bulundurmalarını sağlar.<sup>[37]</sup> Bizim de katıldığımız görüşe göre uyumsuzluk taraflarına daha fazla yardımcı olmak adına başarılı arabuluculuk uygulamaları için hem kolaylaştırıcı hem de değerlendirici teknikler uygulanabilir.<sup>[38]</sup> Aslında arabuluculuk her ne kadar bazı ayrımlara tabi kılınırsa da arabuluculuk türlerinin neredeyse tamamında bilinçli farkındalık ile ilişkisel ve duygusal değişiklikler yaratmak hedeflenmektedir.<sup>[39]</sup>

## B) KOLAYLAŞTIRICI ARABULUCULUK (*FACILITATIVE MEDIATION*)

Alternatif uyumsuzluk çözüm yolları hareketinin başlarında arabuluculuk, tipik olarak “kolaylaştırıcı arabuluculuk-*facilitative mediation*” olarak adlandırılmakta ve uygulanmakta idi.<sup>[40]</sup> Bu nedenle kolaylaştırıcı arabuluculuk genellikle “saf” arabuluculuk olarak bilinir ve aslında tüm arabuluculukların temelini oluşturur.<sup>[41]</sup> Kolaylaştırıcı arabuluculukta arabulucunun rolü pasiftir.<sup>[42]</sup> Kolaylaştırıcı arabuluculukta öneri sunma söz konusu olmadığı gibi, iddiaların esası hakkında fikir verme de mümkün değildir.<sup>[43]</sup> Kolay-

[37] Şahin Ceylan, *Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, 299.

[38] Stempel, “The Inevitability of the Eclectic,” 248.

[39] Seda Özmumcu, “Aile Uyuşmazlıklarının Çözümünde Terapötik Arabuluculuk Modelinin Değerlendirilmesi,” *Bahçeşehir Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi* 13, no. 163-164, (Mart-Nisan 2018): 12.

[40] Murray S. Levin, “The Propriety of Evaluative Mediation: Concerns About the Nature and Quality of an Evaluative Opinion,” *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 16, no. 2 (2001): 268.

[41] Kenneth M. Roberts, “Mediating the Evaluative-Facilitative Debate: Why both Parties are Wrong and a Proposal for Settlement,” *Loyola University Chicago Law Journal* XXXIX, (2007): 193; gerçek anlamda arabuluculuğun, kolaylaştırıcı arabuluculuk olduğunun tespiti yapılabilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa Erkan, *Arabuluculuk ve Singapur Sözleşmesi*, (İstanbul: Onikilevha, Nisan 2020), 38; Ekmekçi, Özkes ve Atalı, *Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk*, 57.

[42] Özmumcu, “Arabulucunun Rolü,” 50.

[43] Levin, “The Propriety of Evaluative Mediation,” 268; Ekmekçi, Özkes ve Atalı, *Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk*, 57.



laştırıcı arabulucu çözüm empoze edemez, taraflara tavsiyede bulunamaz ve anlaşma konusunda tarafları zorlayamaz.<sup>[44]</sup> Bu modelde arabulucu süreçten sorumludur, ancak içerikten sorumlu değildir.<sup>[45]</sup> Kolaylaştırıcı arabulucu, bir davaya gidilecekse davanın sonucunun ne olabileceği hakkında tahminde bulunmaz.<sup>[46]</sup> İletişimi teşvik eder, taraflar arasında bilgi paylaşılmasına sağlar ve çözüm konusunda alternatifler yaratılmasına destek olur.<sup>[47]</sup> Batı doktrininde arabuluculuğun bu modeli, menfaate dayalı arabuluculuk olarak değerlendirilmektedir.<sup>[48]</sup>

### C) DEĞERLENDİRİCİ ARABULUCULUK (EVALUATIVE MEDIATION)

Değerlendirici arabuluculuk arabulucunun dikkatini anlaşmazlığın özüne ve çözüme ulaşmak için neyin gerekli olacağına odaklayan analitik bir süreçtir.<sup>[49]</sup> Değerlendirici arabuluculuk, taraflara olası bir davanın sonucu hakkında tavsiyelerde bulunmak ve onların uyuşmazlıktaki zayıf ve güçlü yanları üzerinde durarak teknik ve hukuki bilgi sağlamaya yönelik bir arabuluculuk türüdür.<sup>[50]</sup> Amerika Birleşik Devletleri'nde hakimlerin taraflarla

[44] Şamil Demir, *Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi*, 2. baskı (Ankara: Adalet, 2014), 17.

[45] Andrew Goodman, *Arabuluculuğa Hazırlanmak, Arabuluculuktan Yararlanacaklar için Rehber*, çev. Adnan Bıçaksız, Zeynep Alkın, ed. Aşiyen Süleymanoğlu (Ankara: T.C. Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Daire Başkanlığı, Temmuz 2017), 152.

[46] Levin, "The Propriety of Evaluative Mediation," 268.

[47] Goodman, *Arabuluculuğa Hazırlanmak*, 152.

[48] Goodman, *Arabuluculuğa Hazırlanmak*, 152; Özmumcu, "Arabulucunun Rolü," 1372.

[49] L. Randolph Lowry, "Evaluative Mediation" in *Divorce and Family Mediation: Models, Techniques and Applications*, J. Folberg, et al (Eds.), (New York: Guilford Press, 2004), 72; Stempel, "The Inevitability of the Eclectic," 37.

[50] Yeşilirmak, "Arabuluculuk Nedir?," 37; Değerlendirici arabulucular, tarafların zayıf ve güçlü yönlerini netleştirir ve tarafların daha gerçekçi değerlendirmeler yapmalarını teşvik eder. Ayrıntılı bilgi için bkz. Christopher W. Moore, *The Mediation Process*, Fourth Edition, (Jossey-Bass 2014), 52; Roberts, "Mediating the Evaluative-Facilitative Debate," 195; Kuan-Ling Shen, "Multi-Tier Dispute Resolution: Present Situation and Future Developments in Taiwan," Chapter, in *Multi-Tier Approaches to the Resolution*

yaptığı sulh konferansından esinlenen değerlendirici arabuluculuk (*evaluative mediation*); “formüle edici arabuluculuk” veya “çözüm bulucu arabuluculuk” olarak da anılmaktadır.<sup>[51]</sup>

Değerlendirici arabuluculuk öğretilerde tartışılmış ve şekillenmiş bir arabuluculuk modelidir. Değerlendirici arabuluculuğun Türk Arabuluculuk mevzuatında bir tanımı olmadığı gibi, ICC (*International Chamber of Commerce*) ve ICSID (*International Centre for Settlement of Investment Disputes*) gibi kurumsal arabuluculuk kurumlarına ait kurallarda da tanımı yer almamaktadır. Benzer şekilde Singapur Sözleşmesi ile Avrupa Birliği Arabuluculuk Direktifi’nde bir tanımı ya da açıklaması bulunmamaktadır. ICC Arabuluculuk Kuralları 1/(3) maddesine göre arabulucu çözüm usulü ve usullerini yöneten tarafsız üçüncü kişi konumundadır.<sup>[52]</sup> Birleşmiş Milletler’in 2018 tarihli Uluslararası Ticari Arabuluculuk ve Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Uluslararası Sulh Anlaşmaları Hakkındaki Model Kanun’a göre arabulucunun değerlendirme yapmasını engelleyecek nitelikte bir düzenlemeye yer verilmediği, aksine 7. maddesinde arabulucunun uygun gördüğü herhangi bir aşamada çözüm önerisinde bulunabileceği düzenlemesi vardır.<sup>[53]</sup>

---

*of International Disputes: A Global and Comparative Study*, edited by Anselmo Reyes and Weixia Gu, <https://doi.org/10.1017/9781108854306.005> (Cambridge: Cambridge University Press, 2021), 133; Levin, “The Propriety of Evaluative Mediation,” 269; Erkan, *Arabuluculuk ve Singapur Sözleşmesi*, 38; Ekmekçi, Özkes ve Atalı, *Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk*, 57; Özmemcu, “Arabulucunun Rolü,” 1375; Değerlendirici arabuluculukta, arabulucu davanın esasına ilişkin görüşlerini ilgili taraflara kapalı oturumda veya özel olarak ifade eder ve hatta taraflardan birine meselenin mahkemeye taşınması yerine anlaşmaya varılmasının kendi menfaatlerine olacağını önerebilir.” Ayrıntılı bilgi için bkz. Sabah Forest Industries Sdn Bhd v Mazlan bin Ali davası, *Malayan Law Journal* 5, (2012): 382, <https://www.studocu.com/my/document/multimedia-university/law-of-evidence-i/sabah-forest-industries-sdn-bhd-v-mazlan-bin-ali/31550306>.

[51] Yeşilırmak, “Arabuluculuk Nedir?,” 37.

[52] Dikran M. Zenginkuzucu, *Uluslararası Ticaret ve Yatırım Uyuşmazlıklarının Dostane Çözümüne İlişkin Temel Metinler*, 2. baskı (İstanbul: Legal, 2017), 109.

[53] Ayben Erdoğan, “Kolaylaştırıcı-Değerlendirici Arabuluculuk Ayrımı: Orta Yolda Uzlaşmak Mümkün mü?,” *Banka ve Finans Hukuku Dergisi*, 2019, C.2, S.32, Prof. Dr. Ali Necip Ortan’a Armağan, 2269

Değerlendirici arabuluculukta uyumsuzluğun esası arabulucu tarafından analiz edilir.<sup>[54]</sup> Değerlendirici arabulucu uyumsuzluğun esası ve taraflar arasındaki sorunlar konusunda önerilerde bulunan nispeten müdahaleci ve aktif bir roledir.<sup>[55]</sup> Değerlendirici arabulucu, tarafların menfaatlerinden çok yasal haklarıyla ilgilenir.<sup>[56]</sup> Belirtilen nedenle değerlendirici arabulucuların uzmanlığa sahip hukukçular veya emekli yargıçlar olması yaygın bir durumdur.<sup>[57]</sup>

Yasal haklara odaklanmasına rağmen, değerlendirici arabuluculuk, çözümleri belirlemek için üçüncü kişinin doğrudan ve nihai müdahalesini gerektiren devlet yargısı ve tahkim gibi geleneksel yargılama yöntemlerinden tamamen farklıdır.<sup>[58]</sup> Hiç kuşkusuz devletin resmi yargı faaliyeti modern toplumun temel çözüm mekanizması olarak önemini korumaktadır.<sup>[59]</sup> Devlet yargısının dayanağı pozitif düzenlemelerin zorlayıcılığıdır<sup>[60]</sup> ve yargılama alenidir.<sup>[61]</sup> Devlet yargılamasında ve tahkimde üstün bir otorite vardır. Devlet ve tahkim yargılamasında arabuluculuktan farklı olarak uyumsuzluğun kesin bir şekilde çözüm garantisi mevcuttur.<sup>[62]</sup> Arabuluculukta, devlet yargısı ve tahkimin aksine son sözü söyleyecek hakim ya da hakem değil, taraflardır.

Değerlendirici arabuluculuk da kolaylaştırıcı arabuluculuğa göre müdahaleci bir yöntemdir. Burada yeri gelmişken değerlendirici arabuluculuk ile

[54] Erkan, *Arabuluculuk ve Singapur Sözleşmesi*, 38.

[55] Goodman, *Arabuluculuğa Hazırlanmak*, 151; Tanrıver, *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk*, 50; Şamil Demir, *Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi*, 2. baskı (Ankara: Adalet, 2014), 19.

[56] Levin, “The Propriety of Evaluative Mediation,” 269; Özmumcu, “Arabulucunun Rolü,” 1375; Yeşilirmak, “Arabuluculuk Nedir?,” 37.

[57] Levin, “The Propriety of Evaluative Mediation,” 269.

[58] Özmumcu, “Arabulucunun Rolü,” 1375.

[59] Şahin Ceylan, *Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, 2.

[60] Polat, *Milletlerarası Usul Hukukunda Arabuluculuk*, 54.

[61] Polat, *Milletlerarası Usul Hukukunda Arabuluculuk*, 54.

[62] Polat, *Milletlerarası Usul Hukukunda Arabuluculuk*, 54.

kolaylaştırıcı arabuluculuk arasındaki belirgin farklılıklara değinmekte fayda vardır. En belirgin özellik kolaylaştırıcı arabuluculukta çözüm önerisi getirememedir. Arabuluculuğun özünde kolaylaştırıcı modelin yani çözüm önerisi getirmeyen modelin olduğu 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu tasarısı ile ilgili alt komisyon raporunda da dile getirilmiştir.<sup>[63]</sup> Değerlendirici arabuluculukta, kolaylaştırıcı arabulucudan farklı olarak menfaatten ziyade yasal haklar ön plandadır. Son olarak kolaylaştırıcı arabuluculukta arabulucunun daha pasif konumda olduğu söylenebilir.

Değerlendirici arabuluculukta tarafların menfaatleri de göz ardı edilmemektedir.<sup>[64]</sup> Zira gerek kolaylaştırıcı gerekse değerlendirici arabuluculukta uyumsuzluk taraflarının menfaatlerinin ortaya konulması hedeflenmektedir.<sup>[65]</sup> Değerlendirici arabuluculukta uyumsuzluğun altında yatan özü tespit etme söz konusudur.<sup>[66]</sup> Başka bir ifade ile değerlendirici arabuluculukta uyumsuzluğun esası ve onun altında yatan nedenlere odaklanma esastır.<sup>[67]</sup> Değerlendirici arabuluculukta, arabulucu bir yandan uyumsuzluk tarafları arasında iletişim ve müzakere açısından kolaylaştırıcı teknikleri uygulayabilmekte, diğer yandan vaka değerlendirmesi yapabilmektedir.<sup>[68]</sup>

Değerlendirici arabuluculuk, taraflar arasındaki ilişkinin önemli olmadığı ve tarafların hızlı bir çözüm elde etmek istedikleri durumlarda tercih edilir ve etkili olur. Arabulucular genellikle mekik diplomasiyi (*shuttle diplomacy*) tercih eden ve her bir tarafın davasını ve olası masraflarını değerlendirmesine

[63] *TBMM Tutanak Dergisi*, Dönem: 26, Yasama yılı: 3, Cilt:52, 3.Birleşim, 04.10.2017, <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d26/c052/tbmm26052003.pdf>

[64] Özümucu, “Arabulucunun Rolü,” 1382.

[65] Doğa Elçin, *Milletlerarası Ticari Tahkim Hukukunda Sulh*, (Ankara: Turhan, 2019), 18.

[66] Birke, “Evaluation and Facilitation,” 315.

[67] Özümucu, “Arabulucunun Rolü,” 1376; Mustafa Erkan, *Arabuluculuk ve Singapur Sözleşmesi*, (İstanbul: Onikilevha, Nisan 2020), 38.

[68] Özümucu’ya göre değerlendirici arabulucu uyumsuzluk taraflarına somut uyumsuzluğa ilişkin hakimin nasıl karar verebileceğine ilişkin değerlendirmeleri sunabilir: Seda Özümucu, *Arabuluculuk Modelleri*, (İstanbul: Onikilevha, Şubat 2021, 15.

yardımcı olan hukuk uzmanı konumundadır.<sup>[69]</sup> Değerlendirici arabuluculuk, kolaylaştırmanın ötesinde, genellikle bir tür profesyonel değerlendirme içermektedir.<sup>[70]</sup> Uyuşmazlıkların değerlendirici arabuluculuk yoluyla çözüldüğü durumlarda, süreç bağlayıcı olmayan tahkime benzetilebilir.<sup>[71]</sup> Zira, değerlendirici arabuluculukta ve bağlayıcı olmayan tahkimde bağımsız ve tarafsız bir üçüncü kişi uyuşmazlık hakkında görüş verebilirse de bu görüş taraflar açısından bağlayıcı değildir. Oysa ki, bağlayıcı tahkimde taraflar beğenmedikleri bir hakem kararına karşı devlet yargısına başvurma haklarını kaybederler.<sup>[72]</sup> Değerlendirici arabuluculukta arabulucu uyuşmazlık ya da çatışmanın özünü değerlendirebildiğinden karmaşık uyuşmazlıklarda etkilidir. Örneğin değerlendirici arabuluculuk daha çok ticari uyuşmazlıklar ile sigorta hukuku uyuşmazlıklarında tercih edilmektedir.<sup>[73]</sup>

## II. TÜRK HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİCİ ARABULUCULUK

### A) HUKUK UYUŞMAZLIKLARINDA ARABULUCULUK KANUNU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİCİ ARABULUCULUK

Avrupa Birliği müktesebatına uyum sürecinin gerektirdiği mevzuat çalışmaları arasında yer alan 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK) 22 Haziran 2013 tarihinde yürürlüğe girerek Türk Hukuk Sistemine yeni ve alternatif bir uyuşmazlık bir çözüm yöntemi olan arabuluculuğu getirmiştir.

[69] Shen, “Multi-Tier Dispute Resolution,” 134.

[70] Jacqueline M. Nolan-Haley, *Alternative Dispute Resolution in a Nutshell*, fourth edition (West Academic Publishing, 2013), 97.

[71] Kimberlee K. Kovach ve Lela P. Lovet, “Mapping Mediation: The Risks of Riskin’s Grid,” *Harvard Negotiation Law Review* 3, no. 71 (1998): 110; Bağlayıcı olmayan tahkim ve arabuluculukta nihai sonuç olarak kesinlik bulunmamaktadır. Devlet yargısı ile tahkimin de tartışıldığı bir karar için bkz.: *Champagne v. Victory Homes, Inc.*, 897 A.2d 803, 805 (Me. 2006), <https://casetext.com/case/champagne-v-victory-homes-inc>.

[72] Ildır, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler)*, 64.

[73] L. Randolph Lowry, “Evaluative Mediation,” in *Divorce and Family Mediation: Models, Techniques and Applications*, J. Folberg, et al (Eds.), (New York: Guilford Press, 2004), 72; Stempel, “The Inevitability of the Eclectic,” 250.

Mahkemelerin ağır iş yükü, davaların süresi, kararlardaki çelişkiler ve Avrupa Birliği hukukunda alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına ilişkin gelişmeler, Türk kanun koyucuları, önce gönüllü, ardından dava şartı (zorunlu) arabuluculuğu düzenlemeye yönelmiştir.<sup>[74]</sup> Dava şartı arabuluculuk, belli uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabuluculuk sürecinin başlatılmasını zorunlu kılan ve arabuluculuk sürecine başvurmadan dava açılması halinde davanın esasa girilmeden usulden reddedilmesi sonucunu doğuran özel bir dava şartıdır.<sup>[75]</sup>

Türkiye’de 2018 yılından itibaren çok sayıda uyuşmazlık hakkında dava şartı arabuluculuk hakkında yasal düzenleme yapılmıştır. Çok kısa zaman içinde yapılan mevzuat düzenlemeleriyle sırasıyla iş hukuku uyuşmazlıkları,<sup>[76]</sup> ticaret hukuku uyuşmazlıkları,<sup>[77]</sup> tüketici hukuku uyuşmazlıkları,<sup>[78]</sup> kira ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklar,<sup>[79]</sup> taşınır ve taşınmazların paylaşılmasına ve ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklar,<sup>[80]</sup> 634 sayılı Kat

[74] Usluel, “Mandatory or Voluntary Mediation,” 465.

[75] Ahmet M. Kılıçoğlu, *Arabuluculuk Sözleşmeleri*, 3. baskı (Ankara: Turhan, 2022), 33; Betül Azaklı Arslan, *Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk*, (Ankara: Yetkin, 2018), 32; Hakan Pekcanıtez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes, *Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı*, 9. baskı (İstanbul: Onikilevha, 2021), 640; Ramazan Arslan vd., *Medeni Usul Hukuku*, 7. baskı (Ankara: Yetkin, 2021), 818.

[76] 12 Ekim 2017 tarihinde kabul edilen 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu bir kısım bireysel iş uyuşmazlıkları hakkında dava şartı arabuluculuk uygulaması getirmiştir. RG 25.10.2017, S. 30221.

[77] 6 Aralık 2018 tarihinde kabul edilen 7155 sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun’un yürürlüğe girmesiyle ticari davaların bir kısmı dava şartı arabuluculuk kapsamına alınmıştır. RG 19.12.2018, S.30630.

[78] 22.07.2020 tarihinde kabul edilen 7251 sayılı Kanun ile tüketici hukuku alanındaki bir kısım uyuşmazlığa dava şartı arabuluculuk düzenlemesi getirilmiş olup, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a 73/A maddesi eklenmiştir. RG 28.07.2020, S.31199.

[79] 7445 sayılı İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 37. maddesi ile HUAK’a 18/B maddesi eklenmiştir. RG 05.04.2023, S.32154.

[80] 7445 sayılı Kanun’un 37. maddesi ile HUAK’a 18/B maddesi eklenmiştir.

Mülkiyeti Kanunu'ndan kaynaklanan uyuşmazlıklar,<sup>[81]</sup> komşu hakkından kaynaklanan uyuşmazlıklar<sup>[82]</sup> ve tarımsal üretim sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar<sup>[83]</sup> dava şartı arabuluculuk kapsamına alınmıştır. Türk hukuk tarihinde arabuluculuk kurumunun seyri ve yasal düzenlemeler dikkate alınarak 2013-2018 yılları arası ihtiyari arabuluculuk dönemi, 2018 sonrası ise dava şartı arabuluculuk dönemi olarak belirlenebilir.

HUAK 2/(1)(a) maddesinde arabuluculuk tanımlanmış olup, “*Sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemini*” ifade etmektedir.

07 Haziran 2012 tarihinde kabul edilen HUAK kolaylaştırıcı arabuluculuk dikkate alınarak kurgulanmıştır.<sup>[84]</sup> HUAK'ın genel gerekçesinde tarafların uzlaşarak uyuşmazlığa son vermelerinin toplumsal barışın korunması yönünden tercih sebebi olduğu belirtildikten sonra, arabulucunun süreç içerisinde üstlenmiş olduğu görevin özel önemi ve ağırlığının olduğu konusu vurgulanmıştır.<sup>[85]</sup> HUAK'ın 2. maddesi gerekçesinde arabulucunun sadece sistematik iletişim tekniklerini kullanarak, diyalog sürecinin işlerlik kazanmasına katkı sağlayacağı ve özgür müzakere ortamı yaratmadaki rolü belirtilmiştir.<sup>[86]</sup> 2013 tarihinde yürürlüğe giren HUAK'ın 2. maddesi-

[81] 7445 sayılı Kanun'un 37. maddesi ile HUAK'a 18/B maddesi eklenmiştir.

[82] 7445 sayılı Kanun'un 37. maddesi ile HUAK'a 18/B maddesi eklenmiştir.

[83] 7442 sayılı Orman Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 3. maddesiyle 5488 sayılı Kanun'un 13'üncü maddesi değiştirilmiş olup, tarımsal üretim sözleşmesinden doğan davalar dava şartı arabuluculuk kapsamına alınmıştır.; Tarımsal Üretim Sözleşmesinden Doğan Hukuk Uyuşmazlıklarına İlişkin Arabuluculuk Yönetmeliği'nin yayımlandığı Resmî Gazete için bkz. RG 01.09.2023, S. 32296.

[84] Özmumcu, “Arabulucunun Rolü,” 1387.

[85] <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss233.pdf>

[86] <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss233.pdf>

nin gerekçesinde arabulucunun çözüm önerisi getiremeyeceği ve taraflara çözüm empoze edemeyeceği de belirtilmiştir. Kanun koyucunun, arabulucunun rolünün pasif olmasını ve görüşmelere asgari düzeyde müdahale etmesini istediği çıkarımında bulunabiliriz.<sup>[87]</sup> Sonuç olarak HUAK'ın ilk düzenlemesinde kanun koyucunun bilinçli tercihinin kolaylaştırıcı arabuluculuk doğrultusunda olduğu konusunda şüphe yoktur.

Daha sonra 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile “Tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde arabulucu bir çözüm önerisinde bulunabilir”<sup>[88]</sup> düzenlemesi yasaya eklenmiş ve kanaatimize arabulucuların yetkileri genişletilerek, değerlendirici arabuluculuğa doğru bir eğilim başlamıştır.<sup>[89]</sup> Değerlendirici arabuluculuğa geçilip geçilmediği konusu literatürde çok tartışmalı bir konudur.<sup>[90]</sup> *Tanrıver*'e göre HUAK teknik bakımdan kolaylaştırıcı arabuluculuğu benimsemesine rağmen tüm boyutlarıyla olmasa dahi Kıta Avrupası temelli yaklaşım dikkate alınırsa uzlaştırmaya, Anglo-Sakson temelli yaklaşım esas alındığında ise değerlendirici arabuluculuğa evrilmiştir.<sup>[91]</sup> *Usluel*'e göre arabuluculuk sistemimiz kolaylaştırıcı ve değerlendirici arabuluculuk kesişiminde yer alır.<sup>[92]</sup>

Türk arabuluculuk mevzuatında son yıllarda yapılan çok sayıda düzenleme ile arabuluculuğun sadece kolaylaştırıcı arabuluculuk ekseninde yer aldığını

[87] Özsumcu, “Arabuluculuk Modelleri”, 35.

[88] HUAK m.15/(7).

[89] Erkan, *Arabuluculuk ve Singapur Sözleşmesi*, 38; Ekmekçi, Özeken ve Atalı, *Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk*, 57; Özlem Bora, *Arabuluculuk Sözleşmesi*, (Ankara: Turhan, 2020), 89.

[90] Bektaş Kar, İş Yargılaması Usulü, Genişletilmiş 2. bası (Ankara: Yetkin, 2018), 137; Bora, *Arabuluculuk Sözleşmesi*, 28; *Dür*'e göre menfaat temelli pasif arabuluculuk yaklaşımından hak temelli değerlendirici aktif arabuluculuk sürecine geçilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Orhan Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, 2. baskı (Ankara: Adalet, 2018), 23-24.

[91] Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku*, 2. bası (Ankara: Yetkin, 2022), 266; Arabulucunun çözüm önerisi getirdiği durumlarda arabulucunun uzlaştırmacı niteliğine büründüğü söylenebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ferhat Büyükay, *Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi*, (Ankara: Adalet, Kasım 2018), 71.

[92] Usluel, “Mandatory or Voluntary Mediation,” 449.



söylemek zordur. HUAK'ın değerlendirici arabuluculuğu benimsediğine dair görüşümüz sadece çözüm önerisi getirebilme durumu ile ilgili değildir. Sürecin işleyişini değerlendirdiğimizde HUAK'ın ilk halinde sürece tamamen taraflar hakim iken, sonradan yapılan yasal düzenlemelerle arabulucunun süreçteki rolü etkinleştirilmiştir. HUAK 2/(1)(b) bendinde arabuluculuk tanımı yapılırken uzmanlık eğitimi alma şartı aranmıştır. Oysaki kolaylaştırıcı arabuluculukta arabulucunun uzman olması beklenmez ve hatta uzman olması nadirdir.<sup>[93]</sup> HUAK'a göre arabuluculuk sadece hukukçulara hasredilmiştir. HUAK tasarısı aşamasında Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde arabuluculuğun hukukçulara hasredilmesi konusunda bir kısım tartışmalar<sup>[94]</sup> yaşanmış ise de çözüm süreci sonunda ortaya çıkan metnin hukuki değeri nedeniyle hukukçulara hasredilmesi konusunda genel kanaat oluşmuştur. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı ile ilgili Avrupa Birliği Uyum Komisyonu Raporunda da arabulucunun hukukçu olması gerekip gerekmediğine ilişkin olarak dünyada bu konuda genel bir uygulama olmadığı ve ülkelerin buna ilişkin farklı tercihlerde bulunduğu ifade edilmiştir.<sup>[95]</sup> Ülkemizde arabulucuların sadece hukukçulara hasredilmesi menfaat temelli arabuluculuktan ziyade hak temelli bir arabuluculuğa işaret etmektedir. 1 Eylül 2023 tarihinden itibaren yürürlüğe giren taşınmazın devrine veya taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasına ilişkin uyuşmazlıklarda yapılan arabuluculukta icra edilebilirlik usulünü düzenleyen HUAK 17B/(4) fıkrası ilginç bir düzenleme getirmiş ve kanımca mevzuu daha tartışılır kılmıştır. Söz konusu düzenlemeye göre “*Mahkeme yapacağı incelemede anlaşma içeriğini, arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığı ve taşınmazın devri veya taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasıyla ilgili olarak kanunlarda yer alan sınırlamalar ile usul ve esaslara uyulup uyulmadığı yönünden denetler; bu kapsamda kurum veya kuruluşlardan bilgi veya belge talep edebilir ve gerektiğinde duruşma açabilir.*” Söz konusu düzenleme özellikle taşınmaz devri ile taşınmaz üzerindeki sınırlı ayni hak kurulmasında mevzuattaki usul ve esaslar doğrultusunda arabuluculuk sulh anlaşması yapılmasına yönelik emredici bir düzenlemedir. Bu yasal

[93] Roberts, “Mediating the Evaluative-Facilitative Debate,” 194.

[94] TBMM, Dönem: 24, Yasama Yılı:2, Cilt: 22, 116. Birleşim, 06.06.2012, <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d24/c022/tbmm24022116.pdf>

[95] <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss233.pdf>

düzenleme ile bir taraftan uyuşmazlık taraflarının ve vekillerinin haklarının farkında olarak arabuluculuk masasına oturmaları önem taşıırken, diğer taraftan arabulucunun sadece menfaat değil, hak temelli olarak da süreci yönetmesi önemli hale gelmiştir.

## **B) HUKUK UYUŞMAZLIKLARINDA ARABULUCULUK KANUNU YÖNETMELİĞİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİCİ ARABULUCULUK**

HUAK Yönetmeliği<sup>[96]</sup> 17/(2) fıkrası uyarınca uyuşmazlık tarafları, emredici hukuk kurallarına aykırı olmamak kaydı ile arabuluculuk usulünü serbestçe kararlaştırabileceklerdir. Ancak bu belirlemede arabulucuya iradilik, eşitlik, gizlilik, tarafsızlık, kontrolün taraflarda olması gibi temel arabuluculuk ilkeleri kılavuzluk yapacaktır.

HUAK Yönetmeliği 17/(5) fıkrasına göre arabulucu, taraflara hukuki tavsiyelerde bulunamayacaktır. HUAK Yönetmeliği 17/(6) fıkrasına göre arabulucuya hak temelli değil, sadece menfaat temelli bir çözüm önerisi getirebilme imkanı sağlanmıştır. HUAK Yönetmeliğindeki sadece menfaat temelli çözüm önerisi getirebilme düzenlemesi HUAK<sup>[97]</sup>'da yer almamaktadır. Normlar hiyerarşisi yönünden esas alınması gereken düzenlemenin yönetmelikten önce kanun olduğunu dikkate aldığımızda kanun ve yönetmeliğin birbirleriyle uyumlu hale getirilmesi yerinde bir adım olacaktır.

## **C) TÜRKİYE ARABULUCULUK ETİK KURALLARI AÇISINDAN DEĞERLENDİRİCİ ARABULUCULUK**

Türkiye Arabuluculuk Etik Kurallarının “kendi kararını verme hakkı” başlığı altında düzenlenen m. 2/(1)'e göre uyuşmazlık taraflarının gerek arabuluculuk süreci öncesinde ve sonrasında, gerekse süreç içerisinde özgür ve aydınlanmış iradeleriyle, gönüllü ve baskı altında kalmadan karar vermeleri temin edilecektir. Etik Kurallar m.2/(4)'e göre ise arabulucu, süreci yönetirken taraflara hukuki veya mesleki tavsiyelerde bulunamayacaktır. Türkiye Arabuluculuk Etik Kuralları'nda yer alan “mesleki tavsiye” kavramı

[96] RG 02.06.2018, S.30439.

[97] HUAK 15/(7) fıkrasına göre tarafların çözüm üretememeleri halinde arabulucu bir çözüm önerisinde bulunabilir. Ancak söz konusu çözüm önerisinin menfaat mi, yoksa hak temelli mi olacağına dair bir düzenleme yer almamaktadır.

HUAK'da yer almadığı gibi, HUAK Yönetmeliği'nde de yer almamaktadır. “Mesleki tavsiye” kavramının içeriği konusunda Türkiye Arabuluculuk Etik Kurallarında bir düzenleme de bulunmamaktadır.

Türkiye Arabuluculuk Etik Kuralları'nın 7.maddesinde “mesleki yeterlilik” düzenlenmiş olup, 7/(3) fıkrasına göre “Eğitim sayesinde kazanılan bilgi ve beceriler, arabuluculuk tecrübesi, toplumsal cinsiyete, sosyo-ekonomik ve kültürel farklılıklara ilişkin farkındalıklar, bir arabulucunun mesleki yeterliliği ve gelişimi için gerekli olan önemli unsurlardır.” HUAK ve HUAK Yönetmeliği'nde “mesleki yeterlilik” konusu düzenlenmemiş ve Türkiye Arabuluculuk Etik Kuralları'na da atıf yapılmamıştır. Arabulucular siciline kayıt şartları arasında mesleki kıdem, arabuluculuk eğitimi alma ve yazılı sınavda başarılı olma gibi ölçütler aranıyor ise de mesleki yeterlilik konusunda ayrıca bir düzenleme yer almamaktadır. Türkiye Arabuluculuk Etik Kuralları 7/(1) fıkrasına göre “Arabulucu, somut uyuşmazlıkta gerekli olan mesleki yeterliliği haiz değil ve tarafların makul beklentilerini karşılayamayacak durumdaysa, arabuluculuk teklifini reddetmeli ve hangi aşamada olursa olsun arabuluculuktan çekilmelidir.” Mesleki yetersizlikten kaynaklı arabuluculuk sürecinden çekilme konusu da ne HUAK ne de HUAK Uygulama Yönetmeliği'nde yer almamaktadır. “Mesleki yeterlilik” kavramının kapsamına tarafları uyuşmazlık konusunda hak temelli ve/veya menfaat temelli olacak şekilde yönlendirmenin girip girmediği şu an için mevzuatımızda belirlenmiş değildir. Kanaatimizce tarafların haklarının farkında olarak arabuluculuk sürecinin yürümesi çok önemli olup, bu durum gerek arabulucu tarafından ve gerekse taraf vekilleri tarafından bilgilendirme gibi mekanizmaları sürecin her aşamasında ustalıkla kullanmaları ile mümkün olabilecektir.

Yukarıda yapılan tüm açıklamalardan sonra Türk arabuluculuk mevzuatında tam anlamıyla bir değerlendirici arabuluculuk modelinin benimsenmiş olduğunu söylemek zordur. Bu bağlamda HUAK'ın sınırlı bir değerlendirici arabuluculuk modelini benimsediği söylenebilir.<sup>[98]</sup>

[98] Leyla Akyol Aslan, “6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 15'inci Maddesi ile Arabulucunun Çözüm Önerisi Getirebilmesine Olanak Sağlayan Yeni Düzenlemenin Değerlendirilmesi,” *Terazi Hukuk Dergisi* 13, no. 145 (Eylül 2018): 38.

### III. SİNGAPUR SÖZLEŞMESİ, TÜRKİYE YÖNÜNDEN YÜRÜRLÜĞE GİRME SÜRECİ VE SİNGAPUR SÖZLEŞMESİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİCİ ARABULUCULUK

#### A) SİNGAPUR SÖZLEŞMESİ VE TÜRKİYE YÖNÜNDEN YÜRÜRLÜĞE GİRME SÜRECİ

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun bir komisyonu olan Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu,<sup>[99]</sup> dünyanın farklı coğrafi bölgelerinde, farklı yasal sistem ve ekonomik gelişmişliğe sahip devletlerin temsil edilmesini sağlayacak şekilde yapılandırılmıştır. Bu bağlamda Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL), adeta Birleşmiş Milletlerin uluslararası ticaret alanındaki hukuki omurgası gibidir.<sup>[100]</sup>

Amerika Birleşik Devletleri tarafından verilen teklif<sup>[101]</sup> üzerine BM Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonu'nun, 2014 yılında arabuluculuk sulh anlaşmalarının icrası konusunda New York Sözleşmesi'ne benzer bir çalışma yapması amacıyla Çalışma Grubu II'yi görevlendirmesi ile Singapur Sözleşmesi'nin oluşum süreci başlamıştır.<sup>[102]</sup> *Natalie Y. Morris Sharma*

[99] United Nations Commission On International Trade Law, <https://uncitral.un.org/>, 16.07.2023, 22:56.

[100] Corinne Montineri, "The United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) and the Significance of the Singapore Convention," *Cardozo Journal of Conflict Resolution* 20, no. 4 (Summer, 2019): 1023-1024.

[101] UNCITRAL çalışma programı devletlerden ya da kuruluşlardan gelen teklifler üzerine oluşturulmaktadır; Hal Abramson, "The New Singapore Mediation Convention; The Process and Key Choices," *Cardozo Journal of Conflict Resolution* 20, no. 4 (Summer, 2019): 1038; Uluslararası bir sözleşme yapılması önerisi literatürde de gündem konusu olmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Stacie I. Strong, "Beyond International Commercial Arbitration? The Promise of International Commercial Mediation," *Washington University Journal of Law & Policy* 45 (2014): 11-39. Teklife eleştirel yaklaşanlar da olmuştur. Bazı yorumcular teklifi "arabuluculara tam istihdam yasası-Mediators Full Employment Act" şeklinde adlandırmışlardır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Deborah Masucci, "From Skepticism to Reality-The Path to Convention for the Enforcement of Mediated Settlements," *Cardozo Journal of Conflict Resolution* 20, no.4 (Summer 2019): 1123.

[102] A/CN.9/WG.II/WR.187 <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V14/080/44/pdf/V1408044.pdf?OpenElement>; Banu Şit Köşgeroğlu, *Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Sonunda Varılan Anlaşmaların Singapur Konvansiyonu Çerçevesinde Taraf Devletlerde İcra Edilebilirliği*, (Ankara: Adalet, 2020), 25; Ergun Özsunay, "Yeni Kabul Edilen Singapur Sözleşmesi'ne Genel

Başkanlığında çalışmalarına başlayan Çalışma Grubu II, yoğun bir çalışma dönemi sonrası 2018 yılında Singapur Sözleşmesini tamamlamıştır.<sup>[103]</sup> Milletlerarası ticari arabuluculuk çalışmalarını yeknesaklaştırmak ve sınır ötesi etkilerini öngörülebilir kılmak amacıyla BM tarafından başlatılan çalışma hem bir sözleşme hem de bir model kanun olarak somutlaştırılmıştır.<sup>[104]</sup>

Reform mahiyetinde bir gelişme olarak nitelenebilecek Singapur Sözleşmesi 7 Ağustos 2019 tarihinde imzaya açılmış olup, içlerinde Türkiye'nin de dahil olduğu toplam 46 devlet sözleşmeyi imzalamış bulunmaktadır. Dünyanın en büyük iki ekonomisi olan ABD ve Çin ile Asya'nın en büyük dört ekonomisinden üçü (Çin, Hindistan ve Güney Kore) Singapur Sözleşmesi'ni imzalamış, Japonya ise Sözleşme'yi onaylamıştır. Çalışmamızın tamamlandığı tarih itibarıyla 56 ülke Singapur Sözleşmesi'ni imzalamış ve 12 ülke ise sözleşmeyi onaylamış bulunmaktadır.

Türkiye, Singapur Sözleşmesi'nin imza merasimine açıldığı 7 Ağustos 2019 tarihinde imzalayan ilk devletlerdendir. İmza aşamasında ve sonrasında Sözleşme'nin 8. maddesinde düzenlenen çekincelerin hiçbirini sunmamıştır.

Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmeler Anayasa 90. maddesi uyarınca milletlerarası hukuk kaynaklarındandır.<sup>[105]</sup> Milletle-

---

Bakış: Arabuluculuk Anlaşmalarının İcra Edilebilirliği,” *Singapur Sözleşmesi'nin Arabuluculuk Üzerine Yansımaları Sempozyumu*, (T.C. Adalet Bakanlığı, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, Arabuluculuk Daire Başkanlığı, İstanbul, 5-6 Aralık 2019), 32; Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık*, 873; Xiantao Wen (with an introduction by Susan Finder), “Comparative Analysis at the Singapore Convention in Light of the New York and Hague Choice of Court Conventions,” in *Comparative and Transnational Dispute Resolution*, edited by Shahla Ali (New York, NY: Routledge, 2023), 166.

[103] Natalie Y. Morris Sharma, başarılı yönetim ve çalışmalarından dolayı literatürde Singapur Sözleşmesi'nin mimarı olarak görülmektedir. Özsunay, “Yeni Kabul Edilen Singapur Sözleşmesi'ne Genel Bakış,” 32.

[104] Ergun Özsunay, *Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Uluslararası Sulh Anlaşmalarının İcrası Hakkında Singapur Sözleşmesi ve UNCITRAL Model Kanunu*, 2. baskı (İstanbul: Aristo, 2021), 5; Nadja Alexander, Shouyu Chong ve Vakhtang Giorgadze, *The Singapore Convention on Mediation: A Commentary*, Second Edition (The Netherlands: Kluwer Law International BV, 2022), 38-39, par. 0.52.

[105] Gülin Güngör, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku*, 2. baskı (Ankara: Yetkin, 2021), 24.

rarası sözleşmeler anayasal sistem gereği yasama organı tarafından onaylandıktan sonra yürürlüğe girmektedir.<sup>[106]</sup>

Türkiye, 7282 sayılı Kanun'la<sup>[107]</sup> Singapur Sözleşmesi'nin onaylanmasını uygun bularak, 21 Nisan 2021 tarihli ve 3866 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı'yla onaylamıştır. Sözleşmenin yürürlük tarihi de 11 Nisan 2022 olarak tespit edilmiştir.<sup>[108]</sup> Türkiye, Singapur Sözleşmesine katılımına ilişkin onay belgesini Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği'ne 11 Ekim 2021 tarihinde tevdi etmiş olup, Sözleşme'nin 14. maddesi uyarınca tevdi edilmesinden itibaren 6 ay sonra yani 11 Nisan 2022 tarihinde Türkiye taraf ülke statüsüne kavuşmuştur.

Singapur Sözleşmesi, milletlerarası ticari uyuşmazlıkların çözülmesine yönelik arabuluculuk anlaşma belgelerinin “sınır ötesi dolaşımı” için etkili ve yeknesak bir çerçeve sunan çok taraflı bir antlaşmadır.<sup>[109]</sup> Singapur Sözleşmesi, arabuluculuk sonucunda yapılan sulh anlaşmalarının icra edilebilirliği konusunda bir araç olmanın ötesinde, uyuşmazlık çözüm arenasında arabuluculuk için bir “sıçrama tahtası” olarak kurgulanmıştır.<sup>[110]</sup>

[106] Aysel Çelikel ve Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 17. bası (İstanbul: Beta, Haziran 2021), 42; Cemal Şanlı, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 10. bası (İstanbul: Beta, 2023), 17; Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, 23. bası (İstanbul: Beta, 2021), 72; Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 8. baskı (Ankara: Savaş, 2022), 14; Ziya Akıncı, *Milletlerarası Özel Hukuk*, (İstanbul: Vedat, 2020), 16.

[107] 7282 sayılı Kanun'un kabul tarihi: 25.02.2021, RG 11.03.2021, S.31420; Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonunun Onaylanması Hakkında Karar (Karar Sayısı: 3866) (RG 22.04.2021, S.31462).

[108] Cumhurbaşkanlığı Kararı, Karar Sayısı: 5235 (RG 25.02.2022, S.31761).

[109] Alexander, Chong ve Giorgadze, *The Singapore Convention on Mediation: A Commentary*, 22, par. 0.01.

[110] Alexander, Chong ve Giorgadze, *The Singapore Convention on Mediation: A Commentary*, 32, par. 0.34.

## B) SİNGAPUR SÖZLEŞMESİ ARABULUCULUK TANIMI VE SİNGAPUR SÖZLEŞMESİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİCİ ARABULUCULUK

### 1- Singapur Sözleşmesi Arabuluculuk Tanımı

Singapur Sözleşmesi hazırlık aşamasındaki UNCIRAL Çalışma Grubu II'nin raporlarına baktığımızda terminoloji açısından “uzlaştırma–*conciliation*” terimi yerine “arabuluculuk–*mediation*” teriminin kullanılıp kullanılmaması konusunun tartışıldığını görmekteyiz.<sup>[111]</sup> Çalışmalar sırasında “arabuluculuk” teriminin hem kolaylaştırıcı hem de değerlendirici uzlaştırmayı kapsadığı ifade edilmiştir.<sup>[112]</sup> Tarihsel olarak UNCITRAL metinlerinde kullanılan “uzlaştırma” teriminin yerine “arabuluculuk” terimine geçilmesi konusunda tereddütler yaşanmış ise de “arabuluculuk” teriminin kullanılması kararlaştırılmıştır.

Singapur Sözleşmesi'nin 2/(3) maddesinde yer alan düzenlemeye göre arabuluculuk kullanılan ibarelere<sup>[113]</sup> veya yürütülen usule<sup>[114]</sup> bakılmaksızın, uyuşmazlığın taraflarına bir çözüm dayatma yetkisine sahip olmayan üçüncü kişi veya kişilerin yardımıyla<sup>[115]</sup> dostane bir çözüme kavuşturmaya

[111] UN Doc. A/CN.9/929, par. 102-104.

[112] UN Doc. A/CN.9/929, par. 102-104; UNCITRAL Çalışma Grubu II'nin ses kayıtları için bkz: <https://uncitral.un.org/en/audio#02>

[113] Uyuşmazlık taraflarının içinde yer aldıkları faaliyetin arabuluculuk olarak adlandırılıp adlandırılmamasının önemi yoktur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Güven Yarar, *Milletlerarası Özel Hukukta Arabuluculuk*, 2. baskı (İstanbul: Onikilevha, Ocak 2023), 160; Özel, “Arabuluculuk,” 1196.

[114] Usulün ne şekilde adlandırıldığı ve arabuluculuğa başvurulmasının temelindeki unsurun da önemi yoktur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Köşgeroğlu, *Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Sonunda Varılan Anlaşmaların Singapur Konvansiyonu Çerçevesinde Taraf Devletlerde İcra Edilebilirliği*, 39.

[115] Singapur Sözleşmesi'nde arabulucunun “yardımına” ilişkin bir gösterge yoktur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Alexander, Chong ve Giorgadze, *The Singapore Convention on Mediation: A Commentary*, 149, par. 2.49.

çalıştıkları bir usuldür.<sup>[116]</sup> Singapur Sözleşmesi'ne göre sürecin ne şekilde adlandırıldığı ve kullanılan usulün bir önemi yoktur.<sup>[117]</sup>

Singapur Sözleşmesi arabuluculuk tanımı, UNCITRAL Model Kanun<sup>[118]</sup> arabuluculuk tanımının dört temel özelliğini içermektedir.<sup>[119]</sup> İlk olarak “arbuluculuk” bölgesel ve ulusal uygulamalardaki farklılıkları da kapsayan “şemsiye bir kavram” olarak ele alınmaktadır.<sup>[120]</sup> İkinci olarak süreç tarafların kararından, mahkemenin ya da hakemin teşvikinden, yasal bir yükümlülüğten veyahut sözleşmeden kaynaklanabilir.<sup>[121]</sup> Üçüncü özellik arabuluculuğun kullanılma amacının uyuşmazlıkların çözümü olmasıdır.<sup>[122]</sup>

[116] 2018 tarihli UNCITRAL Model Kanun'un 1.3 maddesinde de benzer tanıma yer verilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Özsunay, *Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Uluslararası Sulh Anlaşmalarının İcrası Hakkında Singapur Sözleşmesi ve UNCITRAL Model Kanunu*, 50; *Yarar'a göre Singapur Sözleşmesi'nin 21(3) maddesinde arabuluculuğun klasik tanımı esas alınmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Yarar, Milletlerarası*, 156.

[117] Elisabetta Silvestri, “The Singapore Convention on Mediated Settlement Agreements: A New String to the Bow of International Mediation,” *Access to Justice in Eastern Europe 2019*, no. 3 (September 2019): 7.

[118] 2002 tarihli Model Kanun UNCITRAL Çalışma Grubu II tarafından revize edilerek 26 Haziran 2018 tarihinde onaylanmış ve “Uluslararası Ticari Arabuluculuk ve Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Uluslararası Sulh Anlaşmaları Hakkında UNCITRAL Model Kanunu, 2018 (*Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation, 2018*)” olarak uygulamaya girmiştir. Türkçe metni için bkz. Özsunay, *Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Uluslararası Sulh Anlaşmalarının İcrası Hakkında Singapur Sözleşmesi ve UNCITRAL Model Kanunu*, 45 vd.

[119] Ellen E. Deason, “What’s in a Name: The Terms Commercial and Mediation in the Singapore Convention on Mediation,” *Cardozo Journal of Conflict Resolution* 20, no. 4 (Summer 2019): 1163

[120] Deason, “What’s in a Name,” 1163; Erkan, *Arabuluculuk ve Singapur Sözleşmesi*, 56.

[121] Deason, “What’s in a Name,” 1163.

[122] Deason, “What’s in a Name,” 1163; Özsunay, *Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Uluslararası Sulh Anlaşmalarının İcrası Hakkında Singapur Sözleşmesi ve UNCITRAL Model Kanunu*, 50.



Dördüncü özellik ise karar verme yetkisi olmayan bir üçüncü kişinin/kişilerin yardımıdır.<sup>[123]</sup>

## 2- Singapur Sözleşmesi Açısından Değerlendirici Arabuluculuk

Singapur Sözleşmesi arabuluculuk tanımı *esas alındığında önemli olanın sürece verilen etiketin değil, sürecin özü olduğunun* tespitini yapmak mümkündür.<sup>[124]</sup> Tanıma göre arabuluculuk; tahkim gibi belirleyici süreçleri kapsamamakta, ancak kolaylaştırıcı arabuluculuk, değerlendirici arabuluculuk ve tavsiye niteliğinde uyuşmazlık çözüm süreçlerini kapsamaktadır.<sup>[125]</sup> Sözleşmenin 1, 4 ve 5. maddelerinde de arabuluculuk kavramına yer verilmiş ve bu maddeler dahil sözleşmenin hiçbir maddesinde arabuluculuğu sınırlayıcı ya da arabuluculuk modelini belirleyici bir ibare kullanılmamıştır.

Singapur Sözleşmesi'nde arabuluculuğun tanımı son derece geniş<sup>[126]</sup> ve esnek olarak kurgulanmıştır. Singapur Sözleşmesi'ne göre spektrumun bir ucunda arabulucunun yalnızca tarafları bir araya getirerek geri kalan müzakerelere ve sulh sürecinin taraflarca gerçekleştirildiği durumlar yer alırken, diğer ucunda ise arabulucunun süreçte aktif olarak yer aldığı, hatta tarafların çözüm üretmedikleri durumlarda çözüm önerisi getirebildiği haller yer almaktadır.<sup>[127]</sup> Sonuçta, Singapur Sözleşmesi ekseninde arabuluculuk modelini kısıtlayıcı bir ibareye yer verilmemiş olduğunun tespiti mümkündür.

[123] Deason, "What's in a Name," 1163; Singapur Sözleşmesi arabulucunun hem kolaylaştırıcı hem de tavsiye niteliğindeki önerileri ile uyuşmazlık çözüm süreçlerini kapsamakta, ancak tahkim gibi sonucu belirleyici süreçleri kapsamamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Nadja Alexander, Shouyu Chong, "An Introduction to the Singapore Convention on Mediation-Perspectives from Singapore," *Nederlands-Vlaams Tijdschrift voor Mediation en Conflictmanagement*, 4 (2018): 41.

[124] Alexander, Chong ve Giorgadze, *The Singapore Convention on Mediation: A Commentary*, 137, par. 2.28.

[125] Özbek, *Alternatif*, 879; Alexander, Chong ve Giorgadze, *The Singapore Convention on Mediation: A Commentary*, 132, par. 2.26.

[126] Köşgeroğlu, *Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Sonunda Varılan Anlaşmaların Singapur Konvansiyonu Çerçevesinde Taraf Devletlerde İcra Edilebilirliği*, 40.

[127] Talat Kaya, "Singapur Sözleşmesi ve Uluslararası Ticari Arabuluculuk Sonucunda Ortaya Çıkan Sulh Anlaşmalarının Tanınması ve İcrası Meselesi," *Marmara*

Singapur Sözleşmesi 2/(3) maddesinde açıklanan arabuluculuk tanımına çeşitli arabuluculuk modelleri potansiyel olarak girmekle beraber burada üçüncü kişinin çözüm dayatmama unsuru belirleyicidir.<sup>[128]</sup> Çözüm dayatma gücüne sahip olmayan<sup>[129]</sup> üçüncü kişinin yardımıyla tarafların gerçekleştirdikleri her türlü anlaşma belgesi, Sözleşme kapsamında değerlendirilmektedir.<sup>[130]</sup>

Singapur Sözleşmesi'nin çerçeve bir tanımla belirlediği arabuluculukta kilit nokta tarafların üçüncü bir şahsın aracılığıyla uyuşmazlıklarını çözümlenmeleridir.<sup>[131]</sup> Sözleşme'nin kabul ettiği "arabulucu" tarifinde sadece "tarafsızlık ve bağımsızlık"<sup>[132]</sup> ve "üçüncü kişi"<sup>[133]</sup> gibi bazı özelliklere vurgu yapılmıştır. Singapur Sözleşmesi'nin 5/(2)(a) maddesinde düzenlenen kamu düzenine aykırı olmamak ve 5/(2)(b) maddesinde düzenlenen arabuluculuğa elverişlilik unsurları başta olmak üzere Sözleşmeye uygun olarak hazırlanmış olan sulh anlaşmalarının milletlerarası uygulanabilirliği mümkün olabilecektir.

Arabulucunun müzakereye ne ölçüde katkı verdiğinin önemi bulunmayıp, her toplantıya katılım ve her kararda imzasının olması gibi şekli şartlar

---

*Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 25, no. 2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı (Aralık 2019): 990.

[128] Alexander, Chong ve Giorgadze, *The Singapore Convention on Mediation: A Commentary*, 159, dipnot 70.

[129] Arabulucunun çözüm dayatmaması şartının arabuluculuk süreciyle sınırlı olduğunu vurgulamak için "arabuluculuk sırasında" şeklinde bir ekleme yapılması önerilmiştir. Özellikle med-arb (mediation-arbitration) süreçlerinde arabulucu ancak hakem olarak göreve başladıktan sonra bir çözüm dayatabileceğinden eklemenin gereksiz olacağı değerlendirilerek kabul edilmemiştir. Bkz. UN Doc. A/CN.9/934, par.32.

[130] Ersin Erdoğan, "Milletlerarası Arabuluculuk Anlaşma Belgelerinin İcrasına İlişkin BM Sözleşmesinin (Singapur Sözleşmesi) Değerlendirilmesi" içinde *Yargıtay'ın 150. Kuruluş Yılı Dönümü Etkinlikleri Kapsamında Yargıtay Başkanlığı ile Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin Ortaklaşa Düzenlediği Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu*, ed. Ersin Erdoğan (Ankara: Pozitif Matbaacılık, Temmuz 2019), 192.

[131] Özel, "Arabuluculuk," 1196.

[132] Singapur Sözleşmesi m.5/(1)(f).

[133] Singapur Sözleşmesi m.2/(3).

aranmamaktadır.<sup>[134]</sup> Önemli olan bir üçüncü kişinin varlığı, bu üçüncü kişinin uyuşmazlık hakkında karar verme yetkisinin olmaması ve tarafların kendi uyuşmazlıkları hakkında yine kendilerinin karar vermeleridir.<sup>[135]</sup>

Arabuluculuk tanımında arabuluculuğun rızaya dayalı doğasına da vurgu yapılmıştır.<sup>[136]</sup> Sözleşme uygulama alanına giren arabuluculuğun bir mahkeme ya da hakem heyetinin talimatı veya önerisi ile olması ya da zorunlu ile ihtiyari olması arasında fark yoktur.<sup>[137]</sup> Singapur Sözleşmesi, arabuluculuk faaliyetinin nasıl başladığına değil, sürecin sonucuna odaklanmıştır.<sup>[138]</sup> Singapur Sözleşmesi hazırlama sürecinde bazı delegelerin haklı olarak ifade ettiği üzere arabuluculuk farklı ülkelerde farklı şekilde uygulanmakta olup, hiçbir arabuluculuk şekli yanlış olmadığından arabuluculuk sonucunda varılan sulh anlaşmasının uygulanması gerekir.<sup>[139]</sup> “*Omnis definitio in jure periculosa est*” yani hukukta her tanımın tehlike içerdiği ilkesi gereği Singapur Sözleşmesi’nde dar bir tanımlama yapılmasından kaçınılmıştır.<sup>[140]</sup>

Milletlerarası nitelik içeren ticari uyuşmazlıklar açısından ideal arabuluculuk modelinin değerlendirilmesinde de fayda vardır. Milletlerarası nitelik içeren uyuşmazlıklar genel olarak komplike konular içerir ve uzun dönem ticari menfaatler ön plandadır. Tarafların genelde anlaşmaya odaklanması nedeniyle bu tür uyuşmazlıklara en uygun arabuluculuğun değerlendirici

[134] Erkan, *Arabuluculuk ve Singapur Sözleşmesi*, 107; Mustafa Özbek, *Alternatif*, 878; Mehmet Kara, “Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonu, (Singapur Konvansiyonu),” (Yüksek Lisans Tezi, Başkent Üniversitesi, 2022), 50.

[135] Köşgeroğlu, *Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Sonunda Varılan Anlaşmaların Singapur Konvansiyonu Çerçevesinde Taraf Devletlerde İcra Edilebilirliği*, 40.

[136] Alexander, Chong ve Giorgadze, *The Singapore Convention on Mediation: A Commentary*, 148, par. 2.45.

[137] Özel, “Arabuluculuk,” 1196.

[138] Alexander, Chong ve Giorgadze, *The Singapore Convention on Mediation: A Commentary*, 145, par. 2.38.

[139] Allan J. Stitt, “The Singapore Convention: When Has a Mediation Taken Place (Article 4),” *Cardozo Journal of Conflict Resolution* 20, no. 4 (Summer 2019): 1174.

[140] Özbek, *Alternatif*, 879.

arabuluculuk olacağı kanaatindeyiz. Kolaylaştırıcı arabuluculukta uyumsuzluğun değerlendirilmesinden çok, tarafların menfaatlerine ve çözümleri kendilerinin üretmelerine odaklanılmaktadır. Belirtilen nedenlerle, kolaylaştırıcı arabuluculuk özellikle karmaşık uluslararası uyumsuzluklarda yeterli gelemeyebilecektir.<sup>[141]</sup>

Milletlerarası nitelik içeren ticari uyumsuzluklar açısından baktığımızda arabulucunun uyumsuzluk hakkında profesyonel görüş verme ve tarafların durumlarını analiz etme yükümlülüğünün olup olmadığı konusunun değerlendirmesi faydalı olacaktır. Çalışmamızın kolaylaştırıcı ve değerlendirici arabuluculuğu ele aldığımız yukarıdaki bölümlerinde ayrıntılı ele aldığımız üzere kolaylaştırıcı arabulucunun iddiaların esası hakkında fikir verme ve bir davaya gidilecekse davanın sonucunun ne olabileceği hakkında tahminde bulunma yükümlüğü bulunmamaktadır. Konuyu Singapur Sözleşmesi uygulama alanı özelinde değerlendirecek olursak bizleri yönlendirebilecek bazı ipuçları olabilir. Birincisi; Singapur Sözleşmesi kapsamına giren uyumsuzluklar sınır ötesi ticari uyumsuzluklar olduğundan uyumsuzluğun esasına dair tahminde bulunmak kolay değildir. Hatta çoğu zaman güç ve neredeyse imkansız olabilecektir. İkinci önemli nokta; uyumsuzluk tarafları özellikle değerlendirici arabuluculukta kendi durumları ile uyumsuzluk hakkında aleyhlerine olabilecek durumları paylaşmazlar. Bu durumda arabulucunun sağlıklı bir değerlendirme yapması çok zordur. Dikkat çekmek istediğimiz üçüncü nokta; çoğu zaman arabuluculuk kısıtlı süreler içinde gerçekleşmektedir. Bu kısıtlı sürelerde uyumsuzluğun analizi, tarafların talepleri gibi durumlar hakkında yeteri kadar bilgi edinmesi çok güçtür. Arabulucunun değerlendirme yaparken ve çözüm önerisi sunarken tarafsızlığa aykırı davranması halinde Singapur Sözleşmesi 5/(1)(f) maddesi uyarınca hukuki yola başvurunun reddedilmesi riski bulunmaktadır. Birbirinden farklı düzenlemeye sahip hukuk sistemleri de dikkate alındığından milletlerarası nitelik içeren ticari uyumsuzluklarda iddiaların esası hakkında fikir verme yükümlülüğünün imkansız değil ama güç olduğunun tespitini yapmak mümkündür.

[141] Değerlendirici arabuluculuğun, kolaylaştırıcı arabuluculuğun uygun olmadığı, karmaşık olarak nitelendirilecek davalarda uygulanması önem taşır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Andrew Goodman, *Arabuluculuğa Hazırlanmak, Arabuluculuktan Yararlanacaklar için Rehber*, çev. Adnan Bıçaksız, Zeynep Alkın, Ed. Aşiyen Süleymanoğlu (Ankara: T.C. Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Daire Başkanlığı, Temmuz 2017), 151; Özümücu, "Arabulucunun Rolü," 1382.

## SONUÇ

Resmin bütününe incelediğimizde Singapur Sözleşmesi'nin büyük ölçüde Türk hukuk sistemiyle uyumlu olduğunu söylemek mümkündür.<sup>[142]</sup> Ancak, 6325 sayılı HUAK'da tanımlanan arabulucu kavramı ile Singapur Sözleşmesi'nde tanımlanan arabulucu kavramı mukayese edildiğinde her iki kavramın birebir örtüşmediği görülecektir.

HUAK arabulucunun nitelikleri ile uzmanlık eğitimini detaylı bir şekilde belirlemiş ve belli bir akredite sistemi getirmiştir. Ayrıca, esasa yönelik bir denetim sistemi düzenlemiştir. Şöyle ki, taşınmazın devrine veya taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasına ilişkin anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerhin alınması zorunlu olup, mahkeme yapacağı incelemede anlaşma içeriğini, taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasıyla ilgili olarak kanunlarda yer alan sınırlamalar ile usul ve esaslara uyulup uyulmadığı yönünden denetleyecektir. Esas yönden denetime ilişkin bu emredici hüküm ile arabulucunun akreditasyon ve eğitim sistemi dikkate alındığında HUAK'ın sınırlayıcı ve dar kalıplar içinde arabuluculuğu yorumladığı görülecektir.

Milletlerarası ve ticari nitelikteki arabuluculuk süreçlerine yönelik Singapur Sözleşmesi arabuluculuk modelleri açısından bir ayırım yapmadığı gibi, Sözleşme ekseninde arabuluculuk modelini kısıtlayıcı bir ibareye de yer verilmemiştir. Tarafsızlık, bağımsızlık, elverişlilik, kamu düzeni gibi sınırlamalar dışında arabuluculuğa yönelik yasaklayıcı veya sınırlayıcı bir düzenleme Sözleşme'de yer almamaktadır. Sınır ötesi ticari uyuşmazlıkların çoğunlukla karmaşık uyuşmazlıklar olacağı varsayımından hareketle uygulanması kolay olmasa dahi değerlendirici arabuluculuğun çok daha etkin kullanılacağı görüşündeyiz. Ancak özellikle arabulucunun değerlendirme yaparken ve çözüm önerisi sunarken tarafsızlığa veya bağımsızlığa aykırı davranması halinde Singapur Sözleşmesi 5/(1)(f) maddesi uyarınca hukuki yola başvuru red sebebi olabilecektir.

2012 yılında kolaylaştırıcı arabuluculuğu esas olarak kurgulanan HUAK'da sonradan yapılan yasal değişiklikler sonrası sınırlı bir değerlendirici arabuluculuk modeli benimsenmiştir. HUAK, HUAK Yönetmeliği ve Türkiye Arabuluculuk Etik Kuralları'nda arabulucunun süreçteki rolü ve arabuluculuk

[142] Özsunay, *Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Uluslararası Sulh Anlaşmalarının İcrası Hakkında Singapur Sözleşmesi ve UNCITRAL Model Kanunu*, 38.

modelleri açısından uyumlu olmayan hükümlerin tartışma konusu olduğu görülecektir. Özellikle taşınmazın devrine veya taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasına ilişkin arabulucu anlaşma belgesinin mahkeme tarafından esas yönünden denetimine ilişkin düzenlemenin uygulamada sıkıntılar yaratması olasıdır. Belirtilen nedenlerle arabulucuların hak temelli ya da menfaat temelli çözüm önerisi getirme, hukuki tavsiyelerde bulunma ve ileride dava açılması halinde mahkemenin anlaşmazlığı nasıl çözebileceğine dair profesyonel görüş verme gibi yükümlülüklerinin olup olmadığına dair açık bir yasal düzenleme getirilmesinde fayda bulunmaktadır. Arabulucunun süreçteki davranış standartlarına yönelik yol gösterici kapsamlı bir düzenleme arabuluculuğun gelişim ve başarısına da katkı sağlayacaktır. Hiç kuşkusuz arabulucu süreci proaktif olarak yönetebilir ama arabulucunun kabul edilebilir davranış parametrelerinin açık ve uyumlu olarak mevzuatta ve Türkiye Arabuluculuk Etik Kurallarında belirlenmesi yerinde olacaktır.

## KAYNAKÇA

- Abramson, Hal. “The New Singapore Mediation Convention: The Process and Key Choices.” *Cardozo Journal of Conflict Resolution* 20, no. 4 (Summer, 2019): 1037-1062.
- Akıncı, Ziya. *Milletlerarası Özel Hukuk*. İstanbul: Vedat, 2020.
- Alexander, Nadja / Chong, Shouyu. “An Introduction to the Singapore Convention on Mediation—Perspectives from Singapore.” *Nederlands-Vlaams Tijdschrift voor Mediation en Conflictmanagement*, 4, (2018): 37-56.
- Alexander, Nadja, Chong, Shouyu ve Giorgadze, Vakhtang. *The Singapore Convention on Mediation A Commentary*. Second Edition, The Netherlands: Kluwer Law International BV, 2022.
- Arslan, Ramazan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası. *Medeni Usul Hukuku*. 7. Baskı. Ankara: Yetkin, 2021.
- Aslan, Leyla Akyol. “6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun 15’inci Maddesi ile Arabulucunun Çözüm Önerisi Getirebilmesine Olanak Sağlayan Yeni Düzenlemenin Değerlendirilmesi.” *Terazi Hukuk Dergisi* 13, no.145 (Eylül 2018): 29-44.
- Azaklı, Arslan Betül. *Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk*. Ankara: Yetkin, 2018.
- Birke, Richard. “Evaluation and Facilitation: Moving Past Either/Or.” *Journal of Dispute Resolution* 2 (2000): 309-319.
- Bora, Özlem. *Arabuluculuk Sözleşmesi*. Ankara: Turhan, 2020.
- Büyükkay, Ferhat. *Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi*. Ankara: Adalet, Kasım 2018.
- Ceylan, Şule Şahin. *Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*. İstanbul: Onikilevha, Ağustos 2009.
- Çelikel, Aysel ve Bahadır Erdem. *Milletlerarası Özel Hukuk*. 17. Bası. İstanbul: Beta, Haziran 2021.

- Deason, Ellen E. “What’s in a Name: The Terms Commercial and Mediation in the Singapore Convention on Mediation.” *Cardozo Journal of Conflict Resolution* 20, no. 4 (Summer, 2019): 1149-1172.
- Demir, Şamil. *Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi*. 2. baskı. Ankara: Adalet, 2014.
- Diamond, Ilene. “The Value of a Psychologist Mediator.” 21 Mart 2011. Erişim 3 Ocak 2024. <https://mediate.com/the-value-of-a-psychologist-mediator/>
- Doğan, Vahit. *Milletlerarası Özel Hukuk*. 8. baskı. Ankara: Savaş, 2022.
- Dost, Süleyman. “Mediation for Disputes in Private Law in Turkey.” *International Journal of Academic Research in Business and Social Sciences*, Vol. 4, No. 10, (Ekim 2014): 81-99.
- Dür, Orhan. *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*. 2. baskı. Ankara: Adalet, 2018.
- Ekmekçi, Ömer, Muhammet Özekes ve Murat Atalı. *Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk*. İstanbul: Onikilevha, Ekim 2018.
- Ekşi, Nuray. “Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler (Singapur) Konvansiyonu’nun Türkçe Tercümesi.” *Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi* 9, no.1 (2020): 203-216.
- Elçin, Doğa. *Milletlerarası Ticari Tahkim Hukukunda Sulh*. Ankara: Turhan, 2019.
- Erdoğan, Ersin. “Milletlerarası Arabuluculuk Anlaşma Belgelerinin İcrasına İlişkin BM Sözleşmesinin (Singapur Sözleşmesi) Değerlendirilmesi.” içinde *Yargıtay’ın 150. Kuruluş Yıl Dönümü Etkinlikleri Kapsamında Yargıtay Başkanlığı ile Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nin Ortaklaşa Düzenlediği Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu*, Editör Ersin Erdoğan, 189-202. Ankara: Pozitif Matbaacılık, Temmuz 2019.



- Erdoğuş, Ayben. “Kolaylaştırıcı-Değerlendirici Arabuluculuk Ayrımı: Orta Yolda Uzlaşmak Mümkün mü?” *Banka ve Finans Hukuku Dergisi* 2, no.32, (Prof. Dr. Ali Necip Ortan’a Armağan, 2019), 2259-2278.
- Erkan, Mustafa. *Arabuluculuk ve Singapur Sözleşmesi*. İstanbul: Onikilevha, Nisan 2020.
- Erol, Muammer. *Türk Hukukunda Arabuluculuk ve Teşkilatlanması*. Ankara: Adalet, 2018.
- Goodman, Andrew. *Arabuluculuğa Hazırlanmak, Arabuluculuktan Yararlanacaklar için Rehber*. Çevirenler Adnan Bıçaksız, Zeynep Alkın, Editör Aşiyen Süleymanoğlu, Ankara: T.C. Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Daire Başkanlığı, Temmuz 2017.
- Ildır, Gülgün. *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler)*. Ankara: Seçkin, 2003.
- Kar, Bektaş. *İş Yargılaması Usulü*. Genişletilmiş 2. bası. Ankara: Yetkin, 2018.
- Kara, Ezgi. “Milletlerarası Özel hukuk Açısından Arabuluculuk.” Yüksek Lisans Tezi, Yeditepe Üniversitesi, 2021.
- Kara, Mehmet. “Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonu, (Singapur Konvansiyonu).” Yüksek Lisans Tezi, Başkent Üniversitesi, 2022.
- Kaya, Talat. “Singapur Sözleşmesi ve Uluslararası Ticari Arabuluculuk Sonucunda Ortaya Çıkan Sulh Anlaşmalarının Tanınması ve İcrası Meselesi.” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 25, no. 2, (Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı Aralık 2019): 979-1008.
- Kekeç, Elif Kısmet. *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler*. 3. baskı. Ankara: Adalet, Mart 2016.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Arabuluculuk Sözleşmeleri*. 3. baskı. Ankara: Turhan, 2022.
- Kıyak, Emre. *Dönüştürücü Arabuluculuk-Problem Çözücü Arabuluculuk ile Uyumlaştırılması*. Ankara: Seçkin, Haziran 2018.

- Kovach, Kimberlee K. ve Lovet, Lela P. “Mapping Mediation: The Risks of Riskin’s Grid.” *Harvard Negotiation Law Review* 3: 71 (1998): 71-110.
- Köşgeroğlu, Banu Şit. *Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Sonunda Varılan Anlaşmaların Singapur Konvansiyonu Çerçevesinde Taraf Devletlerde İcra Edilebilirliği*. Ankara: Adalet, 2020.
- Kuan-Ling Shen. “Multi-tier Dispute Resolution: Present Situation and Future Developments in Taiwan.” Chapter. In *Multi-Tier Approaches to the Resolution of International Disputes: A Global and Comparative Study*, edited by Anselmo Reyes and Weixia Gu, 110-141. Cambridge: Cambridge University Press, 2021. doi:10.1017/9781108854306.005.
- Levin, Murray S. “The Propriety of Evaluative Mediation: Concerns About the Nature and Quality of an Evaluative Opinion.” *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 16, no. 2 (2001): 267-296.
- Lowry, L. Randolph. “Evaluative Mediation.” in *Divorce and Family Mediation: Models, Techniques and Applications*, J. Folberg, et al (Eds.), 72–91. New York: Guilford Press, 2004.
- Masucci, Deborah. “From Skepticism to Reality–The Path to Convention for the Enforcement of Mediated Settlements.” *Cardozo Journal of Conflict Resolution* 20, no.4 (Summer 2019): 1123-1132.
- Matteucci, Giovanni. “The Singapore Convention on Mediation, Challenges and Opportunities. The 2nd KIMC International Seminar, Seoul, The island of discussion.” [https://www.academia.edu/83463753/The\\_Singapore\\_Convention\\_on\\_Mediation\\_challenges\\_and\\_opportunities](https://www.academia.edu/83463753/The_Singapore_Convention_on_Mediation_challenges_and_opportunities) (December 3, 2021): 1-13.
- Montineri, Corinne. “The United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) and the Significance of the Singapore Convention.” *Cardozo Journal of Conflict Resolution* 20, no. 4 (Summer, 2019): 1023-1036.
- Moore, Christopher W. *The Mediation Process*. Fourth Edition. Jossey-Bass, 2014

- Nolan-Haley, Jacqueline M. *Alternative Dispute Resolution in a Nutshell*. Fourth edition, West Academic Publishing, 2013.
- Nomer, Ergin. *Devletler Hususi Hukuku*. 23. bası. İstanbul: Beta, 2021.
- Özbek, Mustafa Serdar. *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*. 5. baskı. Ankara: Yetkin, 2022.
- Özel, Sibel. "Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi: Singapur Konvansiyonu." *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 25, no.2, (Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı Aralık 2019): 1190-1210.
- Özmumcu, Seda. "Aile Uyuşmazlıklarının Çözümünde Terapötik Arabuluculuk Modelinin Değerlendirilmesi." *Bahçeşehir Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi* 13, no. 163-164, (Mart-Nisan 2018): 9-51.
- Özmumcu, Seda. "Arabulucunun Rolü Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk." İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası LXXI, no. 1 (2013): 1369-1390.
- Özmumcu, Seda. *Arabuluculuk Modelleri*. İstanbul: Onikilevha, Şubat 2021.
- Özsunay, Ergun. *Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Uluslararası Sulh Anlaşmalarının İcrası Hakkında Singapur Sözleşmesi ve UNCITRAL Model Kanunu*. 2. bası. İstanbul: Aristo, 2021.
- Özsunay, Ergun. "Yeni Kabul Edilen Singapur Sözleşmesi'ne Genel Bakış: Arabuluculuk Anlaşmalarının İcra Edilebilirliği." Singapur Sözleşmesi'nin Arabuluculuk Üzerine Yansımaları Sempozyumu, T.C. Adalet Bakanlığı, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, Arabuluculuk Daire Başkanlığı, İstanbul, 5-6 Aralık 2019.
- Öztürk, Necla. "Arabuluculuğun Milletlerarası Özel Hukuk Boyutu: Genel Bakış." *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 31, no. 2 (2015): 203-254.

- Öztürk, Necla ve Güven Yazar. “AB 2008/52/EC Arabuluculuk Direktif Hükümlerinin Bazı Üye Devlet ve Türk Hukukunda Yansımaları.” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan II*, (ed.) Emel Hanağası ve Mustafa Göksu, (Ankara: Yetkin, 2011): 1351-1386.
- Pekcanıtez, Hakan, Oğuz Atalay ve Muhammet Özkes. *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*. 9.baskı. İstanbul: Onikilevha, 2021.
- Polat, Malike. *Milletlerarası Usul Hukukunda Arabuluculuk*. Ankara: Yetkin, 2010.
- Riskin, Leonard L. “Decisionmaking in Mediation: The New Old Grid and the New New Grid System.” *Notre Dame Law Review* 79, no. 1, (2003): 1-54.
- Riskin, Leonard L. “Mediator Orientations, Strategies and Techniques.” *Alternatives to the High Cost of Litigation* 12, no. 9 (September 1994): 111-114.
- Riskin, Leonard L. “Understanding Mediators’ Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Perplexed.” *Harvard Negotiation Law Review* 1, (1996): 7-52.
- Roberts, Kenneth M. “Mediating the Evaluative-Faciliative Debate: Why both Parties are Wrong and a Proposal for Settlement.” *Loyola University Chicago Law Journal* XXXIX, (2007): 187-213.
- Silvestri, Elisabetta. “The Singapore Convention on Mediated Settlement Agreements: A New String to the Bow of International Mediation.” *Access to Justice in Eastern Europe 2019*, no. 3 (September 2019): 5-11.
- Stempel, Jeffrey W. “The Inevitability of the Eclectic: Liberating ADR from Ideology.” *Journal of Dispute Resolution* 2000, no. 2, (2000): 247-294.
- Stitt, Allan J. “The Singapore Convention: When Has a Mediation Taken Place (Article 4).” *Cardozo Journal of Conflict Resolution* 20, no. 4 (Summer 2019): 1173-1180.

- Strong, Stacie I. “Beyond International Commercial Arbitration? The Promise of International Commercial Mediation.” *Washington University Journal of Law & Policy*, 45 (2014): 11-39.
- Sussman, Edna. “The Singapore Convention Promoting the Enforcement and Recognition of International Mediated Settlement Agreements.” *ICC Dispute Resolution Bulletin*, Issue 3, Commentary (2018): 42-54.
- Şanlı, Cemal. *Milletlerarası Özel Hukuk*. 10. bası. İstanbul: Beta, 2023.
- Tanrıver, Süha. *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk*. 2. bası. Ankara: Yetkin, 2022.
- Tanrıver, Süha. *Medeni Usul Hukuku*. 2. bası. Ankara: Yetkin, 2022.
- Taşdelen, Nihat. *Ticari Uyuşmazlıkların Çözümünde Alternatif Bir Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk*. Ankara: Yetkin, 2021.
- Usluel, Aslı E. Gürbüz. “Mandatory or Voluntary Mediation? Recent Turkish Mediation Legislation and a Comparative Analysis with the EU’s Mediation Framework.” *Journal of Dispute Resolution*, no. 2 (Spring 2020): 445-466.
- Weckstein, Donald T. “In Praise of Party Empowerment—and of Mediator Activism,” *Willamette Law Review* 33, no. 3 (Summer 1997): 501-564.
- Wen, Xiantao (with an introduction by Susan Finder). “Comparative Analysis at the Singapore Convention in Light of the New York and Hague Choice of Court Conventions.” in *Comparative and Transnational Dispute Resolution*, edited by Shahla Ali, 165-189. New York, NY: Routledge, 2023.
- Yarar, Güven. *Milletlerarası Özel Hukukta Arabuluculuk*. 2. Baskı. İstanbul: Onikilevha, Ocak 2023.
- Yeşilirmak, Ali. “Arabuluculuk Nedir?.” içinde *Temel Arabuluculuk Eğitimi, Katılımcı Kitabı, Türkiye’de Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Uygulamalarının Geliştirilmesi Projesi, T.C. Adalet Bakanlığı, İsveç Uluslararası Kalkınma İşbirliği Ajansı, Avrupa Konseyi*, Editörler Ali Yeşilirmak, Elif Kısmet Kekeç ve Alper Bulur, 25-45. 3.baskı, Ankara: Arcs Matbaacılık, Aralık 2021.

Yeşilirmak, Ali. “Arabuluculuk Nedir?” içinde *Temel Arabuluculuk Eğitimi, Eğitici Kitabı, Türkiye’de Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Uygulamalarının Geliştirilmesi Projesi, T.C. Adalet Bakanlığı, İsveç Uluslararası Kalkınma İşbirliği Ajansı, Avrupa Konseyi*, Editörler Ali Yeşilirmak, Elif Kısmet Kekeç, 75-91. 2.baskı, Ankara: Has Matbaacılık, Kasım 2017.

Zenginkuzucu, Dikran M. *Uluslararası Ticaret ve Yatırım Uyuşmazlıklarının Dostane Çözümüne İlişkin Temel Metinler*. 2. Baskı. İstanbul: Legal, 2017.

<https://www5.tbmm.gov.tr>

<https://uncitral.un.org/>

# Üretim ve İş Sırlarının İfşası Suretiyle İşçinin İş Sözleşmesi Sona Erdikten Sonra Rekabet Etmeme Yükümlülüğünü İhlali

Cansu KULAÇ\*

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

\* Av., Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Öğrencisi.  
[cansu.kolot@windowslive.com](mailto:cansu.kolot@windowslive.com). **ORCID:** 0000-0002-8526-6056.

**Makale geliş tarihi:** 12 Haziran 2023 **Makale kabul tarihi:** 19 Mart 2024

**Atıf önerisi:** Kulaç, Cansu. “Üretim ve İş Sırlarının İfşası Suretiyle İşçinin İş Sözleşmesi Sona Erdikten Sonra Rekabet Etmeme Yükümlülüğünü İhlali.” *Ankara Barosu Dergisi* 82, no. 2 (Nisan 2024): 85-117 **DOI:** 10.30915/abd.1313254.

## ÜRETİM VE İŞ SIRLARININ İFŞASI SURETİYLE İŞÇİNİN İŞ SÖZLEŞMESİ SONA ERDİKTEN SONRA REKABET ETMEME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜ İHLALI

### ÖZ

İşçinin rekabet etmeme yükümlülüğü işveren açısından büyük önem taşır. Çalıştığı pozisyon sebebiyle iş sırrı niteliğinde bilgiler edinen ya da müşteri çevresini öğrenen işçinin, işverene rakip olmaya başlaması işverenin ekonomik menfaatleriyle bağdaşmayacaktır. Bu sebepledir ki hizmet sözleşmesi bittikten sonra dahi işveren tarafından, işçinin rekabet etmeme yükümlülüğü altına girmesi istenmektedir. İşçi ile işveren arasında akdedilen rekabet yasağı sözleşmesi ile rekabet etmeme yükümlülüğünün, iş sözleşmesi sona erdikten sonra devam etmesi mümkündür. Ancak bu sözleşme tek başına sır saklama yükümlülüğünün de devam edeceği anlamına gelmez. Bu nedenle sözleşmeye sır tutma kaydının eklenmesi ya da ayrıca sır saklama sözleşmesinin yapılması gerekmektedir. İşçi ancak bu şekilde hizmet sözleşmesi sona ermesine rağmen sır saklama yükümlülüğü altına girer. Üretim ve iş sırlarını saklama yükümlülüğü olan işçinin bunları ifşa etmesi halinde ise sözleşme kapsamında ya da haksız rekabet hukuku çerçevesinde sorumluluğu gündeme gelecektir.

### Anahtar Kelimeler:

rekabet yasağı

sadakat borcu

haksız rekabet

sözleşmesel sorumluluk

haksız fiil sorumluluğu üretim ve iş sırlarının ifşası



## VIOLATION OF CONTRACTUAL OBLIGATION OF NON-COMPETITION BY REVEALING PRODUCTION AND TRADE OBLIGATION

### ABSTRACT

The non-competition obligation of the employee is of great importance for the employer. As a result of the nature of the position he works, the fact that the employee, who obtains business secret information or learns about the customer environment, starts to become a rival to the employer will not be compatible with the economic interests of the employer. For this reason, even after the service contract ends, the employee is required to be under the obligation of non-competition. It is possible that the non-competition obligation with the non-competition contract concluded between the employee and the employer will continue even after the service contract has ended. However, this agreement alone does not mean that the obligation to keep confidentiality will continue. For this reason, it is necessary to add a confidentiality clause to the contract or to make a confidentiality contract separately. Only this way the employee is under the obligation of keeping secrets despite the termination of the service contract. If the employee, who is obliged to un-reveal production and business secrets, discloses them, his responsibility will come to the fore within the scope of the contract or within the framework of unfair competition law.

#### Keywords:

non-competition contract employee loyalty debt

unfair competition contractual liability

tort liability

## GİRİŞ

İşçinin rekabet etmeme yükümlülüğü işveren açısından büyük önem taşır. Çalıştığı pozisyonun niteliği gereği iş sırrı niteliğinde bilgiler edinen ya da müşteri çevresini öğrenen işçinin işverene rakip olmaya başlaması işverenin ekonomik menfaatleriyle bağdaşmayacaktır. Bu sebeptendir ki hizmet sözleşmesi bittikten sonra dahi işçinin rekabet etmeme yükümlülüğü altına girmesi istenmektedir. İşçi her ne kadar kendi iradesiyle bu sözleşmesinin tarafı olsa da çoğu zaman kendi ekonomik kaygıları ile işverenin menfaatleri arasındaki dengeye aykırı davranmaktadır. Bu da rekabet yasağı olarak düzenlenen bu sözleşmelerin ihlalini gündeme getirmektedir.

İşçinin sır tutma kaydı içeren rekabet sözleşmesini ihlal etmesi halinde hem sözleşmesel sorumlulukla hem de TTK m. 55/1-d uyarınca haksız rekabet hükümleriyle karşı karşıya kalması mümkündür. Zira TTK m. 55/1-d, üretim ve iş sırlarının hukuka aykırı olarak ifşa edilmesi eylemini düzenlemektedir. Bu noktada işçinin sözleşme çerçevesinde mi yoksa haksız rekabet hukuku kapsamında mı sorumlu tutulacağını belirlemek önemlidir.

İşçi ve işveren arasında rekabet yasağı sözleşmesi varken işçinin haksız fiil niteliğindeki bir eylemle üretim ve iş sırlarını ifşa etmek suretiyle bu sözleşmeye aykırı davranması halinde TTK m. 55/1-d hükmü uygulanacaktır. Bu sebeple çalışmamızda ilk olarak işçinin iradi rekabet etmeme yükümlülüğünü düzenleyen rekabet yasağı sözleşmesine ilişkin bilgi verilecek olup, devamında bu sözleşmeye haksız fiil niteliğindeki bir eylemle aykırılık hali, incelenecektir. Daha sonra rekabet yasağı ve sır saklama yükümlülüğü ilişkisi ile üretim sırrı ve iş sırrı kavramları incelenecek ve haksız rekabet teşkil eden üretim ve iş sırlarının ifşası anlatılmaya çalışılacaktır.

## I. İŞÇİNİN İRADİ REKABET ETMEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

### A) İŞÇİNİN REKABET ETMEME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN KAYNAĞI OLARAK REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİ

TBK m. 393'te hizmet sözleşmesi düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca işçinin işverene bağımlı olarak belirli ya da belirli olmayan süreyle işgörmeye edimini yüklediği, işverenin de buna karşılık ücret ödemeyi üstlendiği sözleşme hizmet sözleşmesidir. Hizmet sözleşmesi işçi ve işverene birtakım borçlar yükler. TBK m. 396 uyarınca sadakat borcu bunlardan bir tanesidir. İşçi, işgörmeye edimini ifa ederken işverenin haklı menfaatinin korunmasında sadakatle davranmak zorundadır.<sup>[1]</sup> Bu bağlamda işçinin hizmet sözleşmesinden kaynaklanan asıl borcu işgörmeye borcu ise de işçi yalnızca bu borcunu ifa ederek borcundan kurtulamaz.<sup>[2]</sup> Yan edim niteliği taşıyan ve temelini TMK m.2'de düzenlenen dürüstlük kuralından alan sadakat borcuna da uygun davranması gerekir.<sup>[3]</sup>

Sadakat borcunun olumlu ve olumsuz olmak üzere iki yanı vardır.<sup>[4]</sup> İşçinin, işverenin menfaatlerine aykırılık oluşturacak şekilde rekabet teşkil

- 
- [1] Murat Aydoğdu ve Nalan Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Sözleşmeler Hukuku*, 5. baskı (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021), 745; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 9. baskı (İstanbul: Yetkin Yayınları, 2021), 545; Öner Eyrenci, Savaş Taşkent, Devrim Ulucan ve Esra Baskan, *İş Hukuku*, 10. baskı (İstanbul: Beta Yayınları, 2020), 61; Şükran Ertürk, *İş Hukuku Dersleri Bireysel İş Hukuku*, (İstanbul: Yetkin Yayınları, 2022), 106; Hamdi Mollamahmutoglu, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal, *İş Hukuku Ders Kitabı I, Bireysel İş Hukuku*, 6. baskı (Ankara: Lykeion Yayınları, 2022), 80.
- [2] Aydoğdu ve Kahveci, *Borçlar Özel*, 747-748; E. Tuncay Senyen Kaplan, *Bireysel İş Hukuku*, 11. baskı (Ankara: Gazi Kitabevi, 2020), 163; Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu, Talat Canbolat ve Ercüment Özkaraca, *İş Hukuku Dersleri*, 35. baskı (İstanbul: Beta Yayınları, 2022), 303; Sarper Süzek, *İş Hukuku*, 21. baskı (İstanbul: Beta Yayınları, 2021), 361.
- [3] Eyrenci, Taşkent, Ulucan ve Baskan, *İş Hukuku*, 133; Mollamahmutoglu, Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku Ders Kitabı*, 158; Ertürk, *Bireysel İş*, 203; Eren, *Özel Hükümler*, 554.
- [4] İşçinin hesap verme yükümü, işyerinde meydana gelen ve işverene zarar verebilecek nitelikteki tehlikeleri bildirmesi gibi yapma borçları sadakat borcunun olumlu yanını oluştururken yapmama borçları olumsuz yanını oluşturur. Detaylı bilgi için bkz. Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, *İş Hukuku Dersleri*, 303.

eden faaliyetlerde bulunmaması anlamına gelen rekabet etmeme borcu sadakat borcunun olumsuz yanlarından biridir. İşçi, kural olarak sadakat borcu uyarınca işvereni ile rekabet oluşturacak faaliyetlerde bulunmamalıdır.<sup>[5]</sup> Rekabet etmeme yükümlülüğü, TBK m. 393/3'te düzenlenmiştir. Bu madde uyarınca işçi, işvereni ile rekabet ilişkisine giremez. Aynı maddenin 4. fıkrasında ise işçinin işgörme edimini gerçekleştirirken öğrendiği üretim ve iş sırrı gibi bilgileri, kural olarak, hizmet sözleşmesi süresince kullanamayacağı belirtilmiştir.

Rekabet etmeme yükümlülüğü sadakat borcundan kaynaklanabileceği gibi işçi ve işveren arasında düzenlenen rekabet yasağı sözleşmesinden de kaynaklanabilir.<sup>[6]</sup> Rekabet yasağı sözleşmesinden kaynaklanan rekabet etmeme yükümlülüğünde işçi, kendi iradesiyle rekabet etmeme yükümlülüğü altına girer ve bu doğrultuda işveren ile anlaşarak bu iradesini somutlaştırır. Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin bir kararı uyarınca, rekabet yasağı sözleşmesi hizmet sözleşmesine bağlı olarak fer'i nitelikte bir borç doğurur.<sup>[7]</sup> Kanaatimizce işçinin iş sözleşmesinde yer alan rekabet yasağı kaydından kaynaklanan rekabet etmeme yükümlülüğü, kural olarak iş sözleşmesinin sona ermesiyle birlikte sona erer. Rekabet yasağı sözleşmesinden doğan rekabet etmeme

[5] Eyrenci, Taşkent, Ulucan ve Baskan, *İş Hukuku*, 134; Senyen Kaplan, *Bireysel İş Hukuku*, 165; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku Ders Kitabı*, 160; Haluk Hadi Sümer, *İş Hukuku*, 6. baskı (İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2020), 74; Eren, Özel Hükümler, 555; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, *İş Hukuku Dersleri*, 307.

[6] Murat Demircioğlu ve Tankut Centel, *İş Hukuku*. 19. baskı (İstanbul: Beta Yayınları, 2016), 2429; Sevil Doğan, *İşçinin Rekabet Yasağı İş Sırlarının Korunması*, (İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2017), 78; Bir görüşe göre bu ayırım kanundan doğan rekabet etmeme yükümlülüğü ve sözleşmeden doğan rekabet etmeme yükümlülüğü şeklinde yapılmaktadır. Kanaatimizce işçinin hizmet sözleşmesi süresince sadakat borcunun bir uzantısı niteliğinde olan rekabet etmeme yükümlülüğü ile hizmet sözleşmesi bitiminden sonrası için kararlaştırılan rekabet yasağı sözleşmesinden kaynaklanan rekabet etmeme yükümlülüğü birbirinden farklı olduğundan bu şekilde ayırım yapmak daha uygun olacaktır. Bkz. Fatma Burcu Savaş, "Rekabet Yasağı Sözleşmeleri (Türk ve Fransız Hukuklarına İlişkin Mukayeseli. Hukuk Çalışması)," *Legal İş Hukuku Dergisi* 4, no. 13 (Ocak, 2017): 105.

[7] Yargıtay 13. Daire, E. 2015/41922, K. 2017/12383, 12.12.2017 ([lexpera.com.tr](http://lexpera.com.tr)).

borcu ise hizmet sözleşmesinden bağımsız ve sözleşmesel bir borçtur.<sup>[8]</sup> İşçi, rekabet yasağı sözleşmesinden kaynaklanan borcunu hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra ifa edecektir. Rekabet yasağı sözleşmesi ile amaçlanan, hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra, işvereni, emek harcayarak gelişimine katkıda bulunduğu işçisinin iş ya da işyeri ile ilgili öğrendiği bilgileri rekabet etmeme yükümlülüğüne aykırı olacak şekilde kullanmasına karşı korumaktır.<sup>[9]</sup>

Rekabet yasağı sözleşmesi, hizmet sözleşmesi dışında başkaca bir sözleşme ile düzenlenebileceği gibi hizmet sözleşmesinde düzenlenen bir hüküm şeklinde de düzenlenebilir. Bu durumda işçinin rekabet etmeme yükümlülüğü sadakat borcundan değil rekabet yasağı sözleşmesinden kaynaklanır.<sup>[10]</sup> Rekabet yasağı sözleşmesi, uygulamada sıklıkla hizmet sözleşmesi kurulurken kararlaştırılmakta ise de hizmet sözleşmesi kurulduktan sonra da akdedilmesi mümkündür.<sup>[11]</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi bir kararında<sup>[12]</sup>, hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra yapılan rekabet etmeme yükümlülüğü ihtiva eden sözleşmeyi de rekabet yasağı sözleşmesi olarak kabul etmiştir. Nitekim TBK m. 444 kapsamında rekabet yasağı sözleşmesinin hizmet sözleşmesi bittikten sonra yapılmasında da bir engel yoktur.<sup>[13]</sup>

[8] Nuray Kovancı, “Türk İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesi,” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, no. 31 (Temmuz, 2017): 773.

[9] Fatih Uşan, *İş Hukukunda İş Sırrının Korunması*, (İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2003), 48; Sabah Altay, “Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre İşçi ile İşveren Arasında Yapılan Rekabet Yasağı Sözleşmesi,” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi* 14, no. 3 (Temmuz, 2008): 178.

[10] Murat Demircioğlu ve Tankut Centel, *İş Hukuku*, 87; Doğan, *İş Sırrının Korunması*, 78.

[11] Savaş, *Rekabet Yasağı Sözleşmeleri*, 107.

[12] Yargıtay 11. Daire, E. 2013/18403, K. 2014/660, 13.01.2014 ([lexpera.com.tr](http://lexpera.com.tr)).

[13] Hizmet sözleşmesi kurulmadan önce görüşmelerin yapıldığı dönemde işçi işveren ya da işyeri ile ilgili birtakım bilgiler edinmiş olabilir. Bu bilgileri TMK m.2’de düzenlenen iyi niyet kurallarına aykırı olacak şekilde kullanırsa bu durumda culpa in contrahendo gündeme gelecektir. Culpa in contrahendo kısaca sözleşmenin kurulmasında önceki kusur sebebiyle ortaya çıkan sorumluluk hali olarak tanımlanabilir. Detaylı bilgi için bkz. Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler I*, 19. baskı (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2021), 511; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2. baskı (İstanbul: Yetkin Yayınları, 2021), 1277; Haluk N. Nomer,

TBK m. 444 vd. uyarınca fiil ehliyeti olan işçi, hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra işvereniyle herhangi bir biçimde rekabet etmekten kaçınmayı yazılı olarak üstlenebilir.<sup>[14]</sup> Madde uyarınca, işçinin üstlendiği rekabet etmeme yükümlülüğünün kapsamı işvereni ile rekabet teşkil edecek şekilde kendi hesabına çalışmak, rakip bir işletmede çalışmak ya da rakip işletmeyle eski işverenin haklı menfaatlerini ihlal edecek şekilde herhangi bir menfaat ilişkisine girmek şeklinde belirtilebilir. Ancak sözleşmeyle bunlardan başka haller de kararlaştırılabilir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 14.04.2016 tarihli bir kararında<sup>[15]</sup> işçi ve işveren arasında imzalanan rekabet yasağı sözleşmesindeki belirli firmalara teklif vermeme taahhüdüne ilişkin kaydı da sözleşme kapsamında değerlendirmiştir.

Rekabet yasağı sözleşmesinin düzenlenebilmesi için işverenin korunmaya değer haklı bir menfaatinin olması ve rekabet yasağı kaydıyla işçinin ekonomik geleceğinin tehlikeye düşürülmemesi gerekir.<sup>[16]</sup> İşverenin sözleşme çerçevesinde korunmaya değer haklı bir menfaatinden bahsedebilmek için ise işçinin hizmet sözleşmesi devam ederken işverenin müşteri çevresi, iş sırları ya da yaptığı işler hakkında bilgi edinebilecek ve bu bilgilerle işverene zarar verebilecek durumda olması gerekir.<sup>[17]</sup> Bunun belirlenmesinde işçinin işyerinde çalıştığı pozisyon, yetki ve sorumlulukları önemlidir. Örneğin vasıfsız

---

*Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 18. baskı (İstanbul: Beta Yayınları, 2021), 459; Rona Serozan, “Yürürlükteki İfa Engelleri ve Haksız Fiiller Hukukunun Yetersizlikleri ve Bunların Aşılmasında Giderek Önem Kazanan İki Kavram: Sözleşmenin Müspet İhlali ve Culpa in Contrahendo,” *Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi* 15, no. 18 (Haziran, 1990): 38; Mustafa Arıkan, “Culpa in Contrahendo Sorumluluğu,” *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 17, no. 1 (Temmuz, 2009): 70.

[14] Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, *İş Hukuku Dersleri*, 311; Mollamahmutoglu, Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku Ders Kitabı*, 163; Eyrenci, Taşkent, Ulucan ve Baskan, *İş Hukuku*, 136.

[15] Yargıtay 11. Daire, E. 2015/7378, K. 2016/4167, 14.04.2016 ([lexpera.com.tr](http://lexpera.com.tr)).

[16] Senyen Kaplan, *Bireysel İş Hukuku*, 165; Hatice Selin Pürselim Arning, *İş İlişkisi Yasağı Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022), 33; İbrahim Akdoğan, *İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı*, (İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2022), 66.

[17] Doğan, *İş Sırlarının Korunması*, 87; Hakan Keser, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Rekabet Yasağı,” *Sicil İş Hukuku Dergisi* 6, no. 24 (Aralık, 2011): 93; İşçinin sahip olduğu rekabet yasağı kapsamında değerlendirilebilecek bilgilerin rekabet

işçi niteliğinde çalışan bir işçinin rekabet yasağı sözleşmesine konu olabilecek bilgileri öğrenmesi mümkün olmadığından sözleşme geçerli olmayacaktır. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi bir kararında<sup>[18]</sup>, davalının, davacı şirkette dış ticaret yöneticisi olarak çalışmasını işletmenin ticari sırlarına vakıf olduğu hususunda yeterli görmüştür. 05.12.2017 tarihli başka bir kararında<sup>[19]</sup> ise Yüksek Mahkeme, bir işletmede pasta ustası olarak çalışan davalı işçiyle işvereni arasındaki rekabet yasağı sözleşmesini, işçinin üretim sırrı niteliğinde bilgilere haiz olacak bir pozisyonda çalışmıyor olması sebebiyle, kanaatimizce yerinde bir değerlendirmeye, geçersiz olarak kabul etmiştir.

## B) REKABET YASAĞI VE SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ İLİŞKİSİ

Rekabet etmeme yükümlülüğü ve sır saklama yükümlülüğü iş sözleşmesi bittikten sonra da devam edebilmeleri noktasında benzemektedirler.<sup>[20]</sup> İşçi ve işveren arasında akdedilecek rekabet yasağı sözleşmesi ile ya da iş sözleşmesine eklenecek bir hükümlerle işçiye hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra rekabet yasağı getirilebilir.<sup>[21]</sup> Ancak sır saklama yükümlülüğü işçiye sahip olduğu sırrı açıklamama borcu yüklerken, rekabet yasağı bu sırrı rekabet edici faaliyetlerde kullanmama borcu yükler. Bu ayrımı somutlaştırmak için bir markette paketleme bölümünde çalışan işçi örnek verilebilir. İşçi o iş yerinde, paketleme usulüne ilişkin iş sırrı öğrenmiş olabilir. Bunu açıklamaması iş sırrını açıklamama borcuna aykırılık teşkil edebilecekken başka bir işyerinde aynı usulde paketleme yapmaya devam etmesi rekabet yasağına aykırılık teşkil etmeyebilir. Zira paketleme tekniği, bir işyerini rekabet faaliyetlerinde öne geçirecek bir unsur değildir.<sup>[22]</sup> Rekabet yasağı kapsamında işçinin rekabet edici nitelikteki faaliyetleri yapması ve rekabet teşkil eden işlerde çalışması

yasağı sözleşmesinin akdedildiği değil hizmet sözleşmesinin bittiği tarihteki bilgiler çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir. Bkz. Kovancı, *Rekabet Yasağı Sözleşmesi*, 778

[18] Yargıtay 11. Daire, 2015/7354, K. 2016/1838, 22.02.2016 ([lexpera.com.tr](http://lexpera.com.tr))

[19] Yargıtay 11. Daire, E. 2016/4433, K. 2017/6926, 05.12.2017 ([lexpera.com.tr](http://lexpera.com.tr))

[20] Kovancı, *Rekabet Yasağı Sözleşmesi*, 772.

[21] Eyrenci, Taşkent, Ulucan ve Başkan, *İş Hukuku*, 135; Akdoğan, *İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı*, 18; Pürselim Arning, *İş İlişkisi Yasağı*, 21.

[22] Gülsevil Alpagut, “İşçinin Sadakat Borcu ve Türk Borçlar Kanunu ile Getirilen Düzenlemeler,” *Sicil İş Hukuk Dergisi* 7, no. 25 (Mart, 2012): 24; Eda Manav, “İş

yasaklanırken, sır saklama yükümlülüğünde çalışmanın değil, iş sırlarının açıklanması yasaklanmıştır.<sup>[23]</sup> Bu sebeple, özel olarak kararlaştırılmış bir düzenleme yoksa, işçinin sadece iş sırlarını açıklamış olması rekabet yasağı sözleşmesine aykırılık teşkil etmez.<sup>[24]</sup> Ancak Doktrinde bir görüşe göre sır saklama yükümlülüğü, rekabet yasağı sözleşmesinin özel bir türüdür ve sır saklama yükümlülüğünün ihlali halinde rekabet yasağına ilişkin düzenlemelere başvurulabilir.<sup>[25]</sup> Kanaatimizce sır saklama yükümlülüğü, ancak rekabet yasağı sözleşmesinde özel olarak düzenlediği takdirde sözleşme kapsamında korunabilir ve ilgili hükümlere başvurulabilir.<sup>[26]</sup> Aksi durumda işçinin dürüstlük kuralı çerçevesinde elde etmiş olduğu sırlardan yararlanması mümkündür.<sup>[27]</sup> İngiltere Yüksek Mahkemesi de kararlarında<sup>[28]</sup>, işçinin hizmet ilişkisi süresince öğrendiği bilgileri kasten ezberleyip sonrasında kullanamayacağını, ancak bilinçli olmadan hafızasında kalan bilgilerin kullanılmasının dürüstlük kuralına aykırı olmadığını ifade etmektedir. ABD Hukukunda ise kaçınılmaz ifşa görüşü kabul edilmektedir. Bu görüşe göre, eğer işçinin faaliyeti sonucunda kaçınılmaz olarak üretim ve iş sırlarının açıklanması söz konusu olacak ise sır tutma sözleşmesi olsun olmasın işveren,

---

Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları,” *TBB Dergisi* 22, no. 87 (Mart, 2010): 333.

- [23] Gaye Burcu Yıldız, *İş Hukukunda Sözleşmesel Kayıtlar*, (İstanbul: Yetkin Yayıncılık, 2014), 33; Alpagut, “İşçinin Sadakat Borcu,” 29.
- [24] Gülsevil Alpagut, “Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri.” *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Dergisi* 8, no. 31 (Eylül, 2011): 944.
- [25] Mehmet Arı, “İşçinin Sır Saklama Yükümlülüğü,” *Terazi Hukuk Dergisi* 11, no. 115 (Mart, 2016): 59.
- [26] Alpagut, “Rekabet Yasağı,” 24.
- [27] M. Polat Soyer, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Bazı Hükümleri Üzerine Düşünceler” içinde *Devrim Ulucan’a Armağan*, ed. Mehmet Uçum, (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2008), 153.
- [28] *Printers and Finishers Ltd v. Holloway*, 1965, RPC 239; *Faccenda Chicken v. Fowler*, 1986, 1 All ER 617; *Robb v. Green*, 1895, 2 Q.B.1. (casetext.com) Erişim Tarihi: 09.03.2023



işçinin rakip şirkette çalışmasını engelleyebilir.<sup>[29]</sup> Kanaatimizce kaçınılmaz ifşa görüşünün kabulü halinde işçi hareketliliğinin ve özgürlüğünün<sup>[30]</sup> engellenmesi söz konusu olacaktır ve bu aynı zamanda sözleşme serbestine aykırılık teşkil edecektir. Bu sebeple sır saklama yükümlülüğünün hizmet sözleşmesi bittikten sonra devam edebilmesi ancak buna ilişkin kayıt içeren bir rekabet yasağı sözleşmesinin ya da sır saklama sözleşmesinin bulunması halinde söz konusu olabilecektir.

Rekabet yasağı sözleşmesinde sır tutma kaydının yer alması halinde işçinin TBK m. 393'ten doğan sır saklama yükümlülüğü, hizmet sözleşmesi bittikten sonra da devam eder. Aksi durumda sır saklama yükümlülüğü hizmet sözleşmesi ile birlikte sona erecektir. Sır tutma kaydının varlığı halinde sır saklama sözleşmesi gündeme gelir ve sır saklama yükümlülüğüne ilişkin hükmün rekabet yasağı sözleşmesinin bir maddesi olarak düzenlenmiş olması ya da başkaca bir sözleşme olarak akdedilmiş olması arasında herhangi bir fark yoktur. İki halde de işçi ve işveren arasında hizmet sözleşmesinin sır saklamaya ilişkin yetersiz kalan tarafı bertaraf edilebilecektir.<sup>[31]</sup>

Sır saklama sözleşmesinin yapılabilmesi için işçinin sırı ulaşma ihtimalinin olması gerekmektedir. Burada rekabet yasağı sözleşmesine ilişkin düzenlemelerin sır saklama sözleşmesi için de uygulanabileceğini kabul etmek gerekir.<sup>[32]</sup> Zira mevzuatta sır saklama sözleşmesine ilişkin bir düzen-

[29] Cobble Hill v. Henry & Waren, 1989, 144 A.D. 2d 518. (casetext.com) Erişim Tarihi 09.03.2023

[30] Bu görüşü savunanlar serbest piyasa faaliyetlerinin dayanağının rekabet olduğunu ve bunun da işçinin hareketliliğine bağlı olduğu kabul ederler. İşçilerin şirketler arasında serbestçe işçi değiştirebilmeleri ya da kendi işlerini kurmaları rekabet ortamını olumlu anlamda geliştirecektir. Detaylı bilgi için bkz. Hugh Collins, *Employment Law, Clarendon Law Series*. 2. baskı. (Londra: Oxford University Press, 2003), 136; Kübra Doğan Yenisey ve Özgür Öztürk, "İşçinin Sözleşme Sonrası Ticari Sırları Saklama Yükümlülüğü," içinde *Devrim Ulucan'a Armağan*, ed. Mehmet Uçum (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2008), 428.

[31] Harlan M. Blake, "Employee Agreements Not To Compete," *Harvard Law Review* 73, no.4 (Şubat, 1960): 638.

[32] Başka bir görüşe göre, hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra işçinin sır saklama yükümlülüğünün ihlali halinde haksız fiil hükümleri uygulanmalıdır. Detaylı bilgi için bkz. Safa Reisoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (15th edn, Beta Yayınları 2002), 130.

leme yoktur. Alman Federal İş Mahkemesi de bir kararında<sup>[33]</sup> herhangi bir süreyle sınırlandırılmayan sır tutma kaydına ilişkin sözleşmeye uygulanacak hükümleri belirlerken rekabet yasağı sözleşmesi hükümlerinden yararlanmıştı. Dolayısıyla, sır saklama sözleşmesinin düzenlenebilmesi için rekabet yasağı sözleşmesine paralel olarak, işverenin korunmaya değer haklı bir menfaatinin olması ve rekabet yasağı kaydıyla işçinin ekonomik geleceğinin tehlikeye düşürülmemesi gerekir.<sup>[34]</sup> İşverenin sözleşme çerçevesinde korunmaya değer haklı bir menfaatten bahsedebilmek için ise işçinin hizmet sözleşmesi devam ederken işverenin müşteri çevresi, iş sırları ya da yaptığı işler hakkında bilgi edinebilecek ve bu bilgilerle işverene zarar verebilecek durumda olması gerekir.<sup>[35]</sup> Bunun belirlenmesinde işçinin işyerinde çalıştığı pozisyon, yetki ve sorumlulukları önemlidir. Herhangi bir üretim veya iş sırrını öğrenemeyecek pozisyonda çalışan işçiyle sır saklama sözleşmesi yapılamayacaktır.<sup>[36]</sup>

İşçinin sır saklama yükümlülüğü her zaman ayrı bir sözleşmeden kaynaklanmayabilir. İş sayılı Kanununun 396.maddesinin 4.fıkrası uyarınca işçinin işgörme esnasında öğrendiği iş sırlarını, işverenin haklı menfaati varsa iş sözleşmesi sona erdikten sonra da iş sırlarının açıklanmaması gerekir. Bu durumda, iş sözleşmesi sona ermişse bile işverenin haklı menfaati devam ettiği sürece işçinin iş sırlarını saklaması gerekmektedir. Ancak bir görüşe göre, bu düzenlemeyle birlikte sır saklama sözleşmesinin bir önemi

[33] AP BGB (Bürgerliches Gesetzbuch) § 611 Betriebsgeheimnis Nr. (Nummer) 1, BAG (Bundesarbeitsgericht) (3. Senat), Urteil vom 16.03.1982 - 3 AZR 83/79 (2. Instanz: LAG (Landesarbeitsgericht) Düsseldorf.

[34] Senyen Kaplan, *Bireysel İş Hukuku*, 165; Pürselim Arning, *İş İlişkisi Yasağı*, 33; Akdoğan, *İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı*, 66.

[35] Doğan, *İş Sırrının Korunması*, 87; Keser, *Rekabet Yasağı*, 93; İşçinin sahip olduğu rekabet yasağı kapsamında değerlendirilebilecek bilgilerin rekabet yasağı sözleşmesinin akdedildiği değil hizmet sözleşmesinin bittiği tarihteki bilgiler çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir. Detaylı bilgi için bkz. Kovancı, *Rekabet Yasağı Sözleşmesi*, 778.

[36] Uşan, *İş Hukukunda İş Sırrının Korunması*, 100. Örneğin vasıfsız işçi niteliğinde çalışan bir işçinin rekabet yasağı sözleşmesine konu olabilecek bilgileri öğrenmesi mümkün olmadığından sözleşme geçerli olmayacaktır.

kalmamıştır.<sup>[37]</sup> Bizim de katıldığımız başka bir görüşe göre ise, iş ilişkisi sona erdikten sonra devam eden sır saklama yükümlülüğünün sınırları belli olmadığından, işçinin sır saklamaya devam etmesi isteniyorsa ayrıca bir sözleşmenin yapılması gerekmektedir. Zira işverenin haklı menfaatinin devam edip etmediğini bu durumda ancak dürüstlük kuralıyla belirlemek mümkün olacaktır.<sup>[38]</sup>

## II. REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİ ÇERÇEVESİNDE ÜRETİM VE İŞ SIRLARININ HAKSIZ FİİL SURETİYLE İFŞASI

### A) REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİNE AYKIRI DAVRANIŞIN HAKSIZ FİİL NİTELİĞİNDE OLMASI

İşçinin rekabet kaydına uygun hareket edip etmediğini tespit ederken ilk olarak rakip işletmenin ne olduğunu belirlemek gerekecektir. Rakip işletme, işçinin eski işvereni ile müşteri çevresi, hedef kitlesi, hizmet alanı ya da iş sırları gibi unsurlarda rakip olan, genellikle aynı sektörde faaliyet gösteren işletmeler olarak belirtilebilir.<sup>[39]</sup> İşçinin kendi hesabına rakip bir işletme açması, TBK m. 444 kapsamında rekabet oluşturan hallerden biri olarak düzenlenmiştir. İşçinin kendi hesabına açtığı işletmenin eski işyeriyle aynı alanda faaliyet göstermesi, müşteri çevrelerinin aynı olması ya da aynı ürünü veya hizmeti ürettiği olması, bu madde kapsamında değerlendirilebilecektir.<sup>[40]</sup> İşçinin kendi hesabına olmasa bile başkasının adını kullanarak

[37] Hasan Kayırgan, “İş Hukukunda Sadakat Borcunun Genel Bir Değerlendirilmesi,” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi* 20, no. 1 (Haziran, 2014): 467.

[38] Sema Deniz Özkan Koç, *İşçinin Sır Saklama Yükümlülüğü*, (İstanbul: Adalet Yayınevi, 2022), 198.

[39] Uşan, *İş Hukukunda İş Sırrının Korunması*, 254; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi bir kararında, davalı işçinin davacı ile arasında rekabet yasağı sözleşmesi olmasına rağmen, işçinin nükleer tıp alanında faaliyet gösteren şirkette çalışmaya başlamasını davacı işletmenin tıbbi ve ortopedik ürünler alanında faaliyet göstermesi sebebiyle rakip işletme niteliğinde olmadıklarından bahisle rekabet etmeme yükümlülüğüne aykırı olarak değerlendirmemiştir. Bkz. Yargıtay 11. Daire, E. 2018/553, K. 2019/548, 27.11.2019 ([lexpera.com.tr](http://lexpera.com.tr)).

[40] Deniz Erdemoğlu, “İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmeleri,” *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi* 6, no. 21 (Temmuz, 2009): 773.

kendi hesabına açtığı rakip işletme de yine rekabet etmeme yükümlülüğüne aykırılık teşkil edecektir.<sup>[41]</sup> Önemli olan işçinin, eski işyerinde öğrendiği iş sırlarını ya da bilgileri kendi hesabına kurduğu işletmede kullanmasıdır.<sup>[42]</sup>

İşçinin rakip bir işletmede çalışması da yine rekabet yasağına aykırılık olarak değerlendirilir. Burada aranan işçinin eski işyeriyle aynı faaliyet alanında olan başka bir işyerinde çalışmaya başlamasıdır.<sup>[43]</sup> Yargıtay 9. Hukuk Dairesi bir kararında, eski işyerinde satış temsilcisi olarak çalışan işçinin davacı şirketle aynı konuda iş yapan başka bir şirkette çalışmasını, işçinin iş sırrına vakıf olacak nitelikte bir pozisyonda çalışması sebebiyle rekabet yasağı sözleşmesine aykırılık olarak kabul etmiştir.<sup>[44]</sup> İşçinin kendi hesabına rakip bir işletme açması ve başka bir rakip işletmede çalışması halleri dışında rakip işletmeyle başka türden bir menfaat ilişkisinde bulunması da rekabet etmeme yükümlülüğüne aykırılık teşkil edecektir.

Rekabetle ilgili mevzuatımızda düzenlenen kurumlardan bir diğeri de haksız rekabettir. Haksız rekabet her ne kadar hem TBK'da hem de TTK'da düzenlenmişse de haksız rekabetin amacı ve ilkeleri TTK kapsamında yer alır. TTK m. 54 uyarınca rakipler arasında ya da tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatici veya dürüstlük kuralına aykırı davranışlar haksız ve hukuka aykırıdır. Anılan düzenleme “iki taşıyıcı kolon”<sup>[45]</sup> içerir. Bunlar dürüst ve bozulmamış rekabet ortamı ve dürüst davranışlardır. Bu düzenlemeyle tüm katılanların<sup>[46]</sup> lehine dürüst ve bozulmamış reka-

[41] İşçinin rekabet yasağı hükümlerini dolanmak amacıyla başkası adına ancak kendi hesabına rakip işletme açması halinde ispat yükü işverendedir. Ancak doktrinde bir görüşe göre rekabet yasağı hükümlerinin dolanıldığı karine olarak kabul edilmelidir ve aksini ispat yükü işçide olmalıdır. Bkz. Doğan, *İş Sırrının Korunması*, 134.

[42] Savaş Taşkent ve Mahmut Kabakçı, “Rekabet Yasağı Sözleşmesi,” *Sicil İş Hukuku Dergisi* 4, no. 14 (Aralık, 2009): 24.

[43] İşçinin yeni işverenle arasındaki ilişkinin mutlaka hizmet sözleşmesinden kaynaklanması gerekmez. Bkz. Uşan, *İş Hukukunda İş Sırrının Korunması*, 255.

[44] Yargıtay 9. Daire, E. 2008/14902, K. 2010/1271, 25.01.2010 ([lexpera.com.tr](http://lexpera.com.tr))

[45] Hamdi Yasaman, *Haksız Rekabet ve Rekabet Yasağı*, 2. baskı (İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2021), 14.

[46] Buradaki katılan kelimesinden ne anlaşılması gerektiği konusu doktrinde tartışmalıdır. Bizim de katıldığımız çoğunluk görüşüne göre kastedilen, rekabet hukukunun ünlü

bet ortamı korunmaya çalışılır.<sup>[47]</sup> Rekabet yasağı sözleşmesinin rekabeti düzenleyici hükümleri ise sözleşmesel boyutta kaldığından yalnızca işçi ve işveren arasında hüküm doğuracaktır. Bu noktada haksız rekabet ve rekabet yasağı sözleşmesi amaçsal anlamda da birbirlerinden ayrılır. Haksız rekabet düzenlemelerinin amacı, rekabetin hukuka uygun gerçekleşmesini sağlayarak bütün katılanların menfaatine dürüst ve bozulmamış rekabet ortamını korumaktır.<sup>[48]</sup> Rekabet yasağı ise rekabetin sınırlanmasına ilişkin düzenlemeler içerir ve aslında sözleşme özgürlüğünün sınırlanması niteliğindedir.<sup>[49]</sup> Bu noktada Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 02.11.2015 tarihli kararındaki<sup>[50]</sup> rekabet yasağı sözleşmelerinin haksız rekabetin özel bir şekli olduğuna ilişkin ifadesine katılmadığımızı belirtmemiz gerekir.

Var olan rekabet hakkının kötüye kullanılması olarak da değerlendirilebilecek haksız rekabet, aslında haksız fiilin özel bir görünümüdür.<sup>[51]</sup> Haksız rekabet teşkil eden fiiller, haksız fiil anlamında hukuka aykırı fiiller iken, rekabet yasağı çerçevesinde yasaklanan fiiller, hukuka aykırı fiiller olmadıkları gibi aslında çalışma ve sözleşme özgürlüğü anlamında teşvik edilen fiillerdir.

---

üçlüsü ekonomi, tüketici ve kamudur. Diğer bir görüşe göre ise bu düzenlemeyle korunan yalnızca rakipler, alıcılar ve dar anlamda tüketicilerdir. Bkz. Tekin Memiş, “Türk Ticaret Kanunu'nun 55/1-F Hükümününün Yorumunda Gözden Kaçanlar,” içinde *Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü 60. Yıl Armağanı*, ed. Sabih Arkan (Ankara: Bankacılık Enstitüsü, 2015), 235; Yaşar Can Göksoy, “Yeni Alman Haksız Rekabet Kanunu ve Haksız Rekabet Alanında Getirdiği Yenilikler,” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 9*, no.2 (Aralık, 2007): 148.

[47] Engin Erdil, *Haksız Rekabet Hukuku*, 2. baskı (İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2020), 74.

[48] İsmet Sayhan, “Rekabet Kavramı ve Haksız Rekabet, Rekabet Yasağı ve Rekabetin Koruması Müesseselerinin Hukuki Temeli” *Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1*, no. 2 (Aralık, 2013): 105.

[49] Kovancı, *Rekabet Yasağı Sözleşmesi*, 774; Uşan, *İş Hukukunda İş Sırrının Korunması*, 120; Alpagut, “*Rekabet Yasağı*” 162.

[50] Yargıtay 11. Daire, E. 2014/4311, K. 2015/11343, 02.11.2015 ([lexpera.com.tr](http://lexpera.com.tr))

[51] Bünyamin Gürpınar ve Murat Oruç, “Haksız Rekabette Maddi Tazminatın Hesaplanmasında Yeni Yaklaşımlar,” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu* (Mayıs, 2009): 62; Sayhan, *Rekabet Müesseselerinin Hukuki Temeli*, 106.

Haksız rekabet hükümleri, hukuka aykırı fiili yapan herkes için söz konusu olabilecek iken, rekabet yasağı, sözleşmesel nitelik taşıdığından yalnızca sözleşmenin tarafı olan işçiyi ilgilendirecektir.<sup>[52]</sup> O halde, haksız rekabet ve rekabet yasağı hem amaç hem de uygulama alanı olarak ayrı nitelikte olduklarından, rekabet yasağı sözleşmesinin ihlali niteliğindeki davranış, haksız fiil olarak değerlendirilebiliyorsa ve TTK m. 54 veya 55'teki unsurları taşıyorsa, ancak bu durumda haksız rekabet hükümlerine başvurulabilecektir.

TTK m. 55 kapsamında işçinin üretim ve iş sırlarını hukuka aykırı olarak ifşa etmesi, işçilerin işverenlerinin üretim ve iş sırlarını ifşa etmeye yöneltmek, üçüncü kişilerin işçilerine işlerinin ifasında yükümlülüklerine aykırı davranmaya yöneltebilecek yararlar sağlayarak çıkar sağlamaya çalışmak, açıkça haksız rekabet hali olarak düzenlenmiştir. Bu sayılan haller dışında, işçinin tarafı olduğu rekabet yasağı sözleşmesine aykırılık hali haksız fiil niteliğinde ise haksız rekabet değerlendirmesi yapılabilir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi bir kararında bu görüşümüze paralel olarak, haksız rekabetin tespiti için açılan bir davada rekabet yasağına aykırı eylem aynı zamanda haksız fiil niteliğinde olduğundan, haksız rekabet tespiti yaparken öncelikle haksız fiilin unsurlarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.<sup>[53]</sup>

Kanaatimizce rekabet yasağı sözleşmesine aykırılık teşkil eden fiilin aynı zamanda haksız fiilin unsurlarını taşıması durumunda sözleşmesel sorumluluk ve haksız fiil sorumluluğunun yarışması gündeme gelecektir. Bu durumda işverenin hangi hükümlere başvurması gerektiği işçi lehine yorum ilkesine göre belirlenmelidir. Sözleşmesel sorumlulukta borçlu, sorumluluktan kurtulmak için kusursuzluğunu ispat etmek zorundadır. Haksız fiil sorumluluğunda ise ispat yükü zarar görenin üstündedir ve zarar verenin kusurunu ispat etmesi gerekir.<sup>[54]</sup> Kanaatimizce işçinin kusursuz olduğunu ispatlaması uygulama açısından oldukça zordur. Ayrıca sözleşmesel sorumlulukta zamanaşımı süresi 10 yıl iken haksız fiil sorumluluğunda bu süre 2 yıldır ve 2 yılın sonunda işverenin haksız fiilden doğan tazminat davası

[52] Sayhan, *Rekabet Müesseselerinin Hukuki Temeli*, 110.

[53] Yargıtay 11. Daire, E. 2018/5196, K. 2019/6627, 23.10.2019 ([lexpera.com.tr](http://lexpera.com.tr)).

[54] Oğuzman ve Öz, *Genel Hükümler I*, 464; Mustafa Ünlütepe, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2021)153; Mehmet Ayan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 12. baskı (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), 395.

açma hakkı sona erer.<sup>[55]</sup> Bu noktada işçinin rekabet yasağı sözleşmesine aykırılık teşkil eden fiili aynı zamanda haksız fiilin unsurlarını taşıyorsa, haksız fiilin özel bir görünümü olan haksız rekabet hükümlerine gidilmesi işçi lehine yorum ilkesi uyarınca daha yerinde olacaktır.

## **B) REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİNE AYKIIR DAVRANIŞIN HAKSIZ REKABET NİTELİĞİNDE OLMASI**

### **1- Genel Olarak Üretim ve İş Sırrı Kavramı**

TBK m. 393/4 uyarınca işçi, işgörme edimini gerçekleştirirken öğrendiği üretim ve iş sırrı gibi bilgileri, kural olarak, hizmet sözleşmesi süresince kullanamaz. Bu noktada işçinin iş sırlarını saklama yükümlülüğü ile rekabet etmeme yükümlülüğü arasındaki farktan bahsetmek gerekecektir. Mevzuatımızda üretim ve iş sırrının tanımı yapılmadığı için uygulamada aralarındaki farkı ve sınırları belirlemek çok zordur. İsviçre Federal Mahkemesi bazı kararlarında<sup>[56]</sup>, işverenin, üçüncü kişilere açıklanmasını istemediği ticari nitelikteki bilgileri iş sırrı olarak kabul etmiştir. Genel olarak iş ve işyeriyle ilgili sır niteliğindeki bilgilerin tamamı, iş sırrı olarak kabul edilebilir.<sup>[57]</sup> Bir tanım yapmak gerekirse, üçüncü kişiler tarafından öğrenilmemiş ve öğrenilmesi istenmeyen, yalnızca işyerinde çalışan kişi ya da kişiler tarafından bilinen, işle veya işyeriyle ilgili bilgiler, iş sırrı niteliğindedir.<sup>[58]</sup> Hammadde kaynakları, teknik iş araçları, metotlar ve fabrikasyon planları gibi unsurlar bu kapsamda

[55] Andreas Furrer, Markus Muller Chen ve Bilgehan Çetiner, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2. baskı, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022), 490; Pierre Tercier, Pascal Pichonnaz ve Murat Devocioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020), 536; Eren, *Genel Hükümler*, 947; Nomer, *Genel Hükümler*, 457.

[56] BGer in ZR 82/1983 Nr. 126 E.; BGE 77/1951 II 263. (gerichte-zh.ch)

[57] Salih Önder Yeşiltepe, “Ticari Sır-İş Sırrı,” içinde *Doç. Dr. Mehmet Somer’in Anısına Armağan*, ed. Murat Yusuf Akın (İstanbul: Beta Yayınları, 2002), 409; Çağla Kandıralıoğlu, *Türk Hukukunda Bankaların Sır Saklama Yükümlülüğü*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011), 82; Meliha Sermin Paksoy, *Sözleşmeyi İhlale Yönelme*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018), 226; Muhammed Sulu, *Ticari Sırların Korunması*, 3. baskı (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020), 23.

[58] Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku Ders Kitabı*, 159; Safiye Nur Bağrıaçık, *Üretim ve İş Sırlarının Korunması*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017), 18;

değerlendirilir. Rekabet yasağı sözleşmesi bakımından işçinin iş veya işyeriyle ilgili öğrendiği her türlü meslek sırrı,<sup>[59]</sup> iş sırrı niteliğindedir.<sup>[60]</sup> Üretim sırrı ise işletmenin üretimine ilişkin teknik sırlar olarak tanımlanabilir.<sup>[61]</sup> İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında<sup>[62]</sup> imalatla ilgili, herkes tarafından kolaylıkla bilinmeyen ve gizli kalmasında işverenin menfaatinin bulunduğu her çeşit yöntemi, üretim sırrı olarak değerlendirmiştir. Bu noktada üretim faaliyetine ilişkin tüm talimatların, yöntemlerin, ürünlerin ve stratejilerin üretim sırrına dahil olduğu kabul edilebilir.<sup>[63]</sup>

Üretim ve iş sırlarının saklı kalmasında işverenin menfaati vardır. İşin görülmesi sonucu bu bilgiyi öğrenen işçi dışında bir üçüncü kişinin bu bilgiye sahip olabilmesi için emek harcaması gerekir. İşçi iş sözleşmesi devam ederken iş sırlarını kendi yararına kullanamaz ve açıklayamaz.<sup>[64]</sup> Aksi durumda İş Kanunu m.25 uyarınca işverenin haklı sebeple fesih yapabilmesi mümkündür. İşverenin haklı menfaati iş sözleşmesi bittikten sonra

---

Deniz Açıkgoz, *Çalışanın Haksız Rekabet Eylemleri ve Tazminat Sorumluluğu*, (İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2023), 66.

- [59] Mesleki faaliyet sebebiyle öğrenilen bilgiler meslek sırrı olarak tanımlanabilir. Detaylı bilgi için bkz. Marisa Anne Pagnattaro, “Protecting Trade Secrets in China: Update on Employee Disclosures and the Limitations of the Law,” *American Business Law Journal* 45, no.2 (Mart, 2008): 401; Demet Belverenli, “İşçinin Sır Saklama Borcu (Karar İncelemesi).” *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku Dergisi* 13, no. 50 (Temmuz, 2016): 1002.
- [60] Bir görüşe göre işçilerin hizmet sözleşmesi kapsamında korumaları gereken yaptıkları işe olan sırlardır ve bu nedenle meslek sırrı ifadesi yerine iş sırrı ifadesi kullanılmalıdır. Detaylı bilgi için bkz. Uşan, *İş Hukukunda İş Sırlarının Korunması*, 28.
- [61] Sarper Süzek, “Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İşçinin Rekabet Etmeme Borcu,” *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 72, no. 2 (Haziran, 2014): 459; Bağrıaçık, *Üretim ve İş Sırlarının Korunması*, 17.
- [62] BGer (Bundesgericht) in ZR (Zürcher Obergericht) 57/1958 Nr: 6. (gerichte-zh.ch).
- [63] Norman D. Bishara ve Michelle Westermann-Behaylo, “The Law and Ethics of Restrictions on an Employee’s Post Employment Mobility,” *American Business Law Journal* 49, no. 1 (Eylül, 2012): 41
- [64] Aydın Zevkliler ve Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 14. baskı (Ankara: Turhan Kitabevi, 2014), 448.



da devam ediyorsa, işçinin sır saklama yükümlülüğü de buna bağlı olarak devam eder.<sup>[65]</sup>

Karşılaştırmalı hukuk bakımından incelediğimizde ABD Hukukunda üretim ve iş sırrının korunması için işverenin makul çaba göstermesi aranır. Bu noktada ticari sırrın gizli kalması gerektiğinin hatırlatılması yeterli görülmemiş, bu sırrarın korunması için gizlilik sözleşmesinin imzalanması gerektiği de ifade edilmiştir.<sup>[66]</sup> İngiliz Hukukunda ise üretim ve iş sırrı kavramı kullanılmamış, haksız rekabet hukukunda sırrarın ihlali açısından ticari sır, yüksek nitelikte gizli bilgi ve gizli bilgi olmak üzere üç farklı sınıfta bilgi olduğu kabul edilmiştir.<sup>[67]</sup> Alman Hukukunda iş ve işletme sırrı kavramları düzenlenmekte ancak mevzuatta bir tanım yapılmamaktadır.<sup>[68]</sup>

## 2- Üretim ve İş Sırrının Gizlice ve İzinsiz Olarak ya da Başkaca Hukuka Aykırı Bir Şekilde Ele Geçirilmesi

Üretim ve iş sırrarının ifşası niteliğindeki fiilin haksız fiilin unsurlarını taşıması halinde haksız rekabet hükümlerinin uygulanmasından bahsedilebilecektir. Eğer üretim ve iş sırrarı aldatıcı bir hareketle ya da iyi niyet kurallarına aykırı olarak dürüst ve bozulmamış rekabet ortamına aykırılık teşkil ediyorsa, bu durumda TTK m.55/1-d hükmünün incelenmesi gerekir. Bu hüküm uyarınca, üretim ve iş sırrının gizlice ve izinsiz olarak ya da başkaca hukuka aykırı bir şekilde ele geçirilmesi veya başkaca hukuka aykırı bir şekilde öğrenilen bilgilerin ve üretenin iş sırrarının değerlendirilmesi veya başkalarına bildirilmesi haksız rekabet niteliğindedir. Bu noktada gizlice ve izinsiz olarak elde edilen sırrar doğrudan doğruya hukuka aykırı olarak

[65] Hediye Bahar Sayın, “Haksız Rekabet Hukuku Açısından Üretim ve İş Sırrının Hukuka Aykırı Olarak İfşası” *Terazi Hukuk Dergisi* 12, no. 136 (Aralık, 2017), 40; Eda Manav, *İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları*, 329.

[66] Victoria A. Cundiff, “Reasonable Measures to Protect Trade Secrets in a Digital Environment,” *The Intellectual Property Law Review* 49, no. 3 (Aralık, 2009): 362.

[67] Michael J. Hunter, “Trade Secret Misappropriation: A Lawyer’s Practical Approach To the Case Law” *Western New England Law Review* 1, no.1 (Ocak, 1978): 5; *Faccenda Chicken Ltd v. Fowler and Others*, 1986, IRLR 69. (<https://www.ip4all.co.uk/wp-content/uploads/faccendachickenltdvfowler1987coa.pdf>)

[68] Friedrich Schoch ve Michael Kloepfer, *Informationsfreiheitsgesetz (IFG-ProfE)*, (Berlin: Duncker & Humboldt GmbH, 2019), 77.

kabul edilir. Görevi gereği sır niteliğindeki bilgileri öğrenen bir kişinin bu bilgileri değerlendirmesi bu kapsamda değerlendirilemeyecektir.<sup>[69]</sup> Zira kanaatimizce kanun koyucunun burada aradığı, işçinin yetki alanı dahilinde olmayan bilgileri elde etmesidir ve bu sebeple görevi gereği sır niteliğindeki bilgilere ulaşan kişilerin bu bilgileri gizlice veya izinsiz olarak elde etmiş olduklarından bahsedilemez.<sup>[70]</sup>

İşçi, daha önce öğrenmediği bir bilgiyi, sır sahibinin haberi olmadan öğrenmişse sırrın gizlice ele geçirildiğinden bahsedilebilir. Bu durumda aranan unsur, üretim ve iş sırrına, sır sahibinin rızası olmadan ulaşılmasıdır.<sup>[71]</sup> Ele geçirme eyleminin sırza zorla ulaşma şeklinde olması yeterlidir.<sup>[72]</sup> Bu bazen dürüstlük kuralına aykırı şekilde üretim ve iş sırrının elde edilmesi şeklinde olabileceği gibi bazen de üretim ve iş sırrından faydalanacak olan kişinin talimatıyla hareket eden başka bir kişinin elde etmesi şeklinde de olabilir.<sup>[73]</sup> İki halde de haksız rekabet gündeme gelecektir. Zira üretim ve iş sırrı iyi niyetli bir şekilde ele geçirilmiş dahi olsa işveren açısından tehlike taşıyacaktır.<sup>[74]</sup> İyi niyetli olmak yalnızca kişinin tazminat yükümlülüğünü etkileyecektir. Kusur, haksız rekabetin unsurlarından biri olmadığından

[69] Sayın, *Üretim ve İş Sırrının Hukuka Aykırı Olarak İfşası*, 41.

[70] Füsün Nomer Ertan, *Haksız Rekabet Hukuku*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016), 335.

[71] Gizlice ve izinsiz olarak bilgiyi ele geçiren kişi TTK m.55/1b-3 kapsamında işçi olabileceği gibi vekil ya da diğer yardımcı kişi de olabilir. Yani aslında bağımsız denetçiler il vergi ve işletme danışmanları dışındaki tüm bağımsız çalışanlar madde kapsamına girmektedir. Aynı zamanda bu kişilerin rakip olması da aranmaz. Detaylı bilgi için bkz. Sami Karahan, *Ticari İşletme Hukuku*, 27. baskı (Konya: Mimoza Yayıncılık, 2015), 245.

[72] Sarıkaya, *Sözleşmeyi İhlale ve Sona Erdirmeye Yönelme*, 134.

[73] Kemal Şenocak, “İşletme Personelinin Ayarılması Meselesinin Haksız Rekabet Hükümleri Çerçevesinde (TTK m. 56 vd.) Değerlendirilmesi,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 50, no.2 (Nisan, 2001): 234.

[74] Mehmet Emin Bilge, *Ticari Sırların Korunması*, 2. baskı (İstanbul: Asil Yayıncılık, 2005), 83.

üretim ve iş sırlarını ele geçiren kişinin hukuka aykırılığı bilmemesi durumu da madde kapsamına girecektir.<sup>[75]</sup>

### 3- Üretim ve İş Sırlarının Değerlendirilmesi ve Kaçınılmaz İfşa

Üretim ve iş sırrını gizlice, izinsiz olarak ya da hukuka aykırı şekilde ele geçiren kişinin bu sırları, sahibinin rızası dışında üçüncü kişilere bildirmesi, ifşa olarak kabul edilecektir. Ancak, önceden kamu ile paylaşılmış bir teknik bilgi söz konusuysa, bu sırrın ticari amaçlarla kullanılması ifşa niteliğinde değildir.<sup>[76]</sup> Yine bir meslek grubu tarafından bilinen sırların açıklanması da ifşa niteliği taşımaz.<sup>[77]</sup> İfşadan bahsedebilmek için üretim ve iş sırrının gizli nitelikte bir bilgi olması ve üçüncü kişilerin emek sarfetmeden bunları öğrenemeyecek olması gerekir. Bir işçinin, işyerinde öğrendiği hukuka aykırılıkları ya da ihmal teşkil eden eylem ve işlemlere ilişkin bilgileri açığa çıkarması “whistleblowing”<sup>[78]</sup> olarak değerlendirilmektedir. Bu bilgilerin öğrenilmesinde kamu yararı olduğundan haksız rekabet gündeme gelmeyecektir.<sup>[79]</sup>

[75] Damla Kayasoğlu, *Haksız Rekabet Hükümlerine Göre Üretim ve İş Sırlarının Korunması*, (İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2020), 105.

[76] Faisal Santiago, “Trade Secret Protection on Globalization Era,” *European Research Studies Journal* 20, no. 4 (Kasım, 2017): 73.

[77] Bağrıaçık, *Üretim ve İş Sırlarının Korunması*, 125.

[78] Whistleblowing bir işyerinde çalışan kişinin bu işyeri hakkında hukuka aykırı eylem ve işlemlerle ilgili bilgileri başka bir üçüncü kişi ya da kuruma uçurması olarak tanımlanabilir. İşçinin bu bilgiyi kendisine başvurulması durumunda paylaşması halinde de yine whistleblowing gerçekleşmiş olur. Türk hukukunda konuya ilişkin düzenleme olmadığından işçinin whistleblowing yapması halinde ne olacağı tartışmalıdır. Detaylı bilgi için bkz. Mustafa Alp, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Heinisch/Almanya Kararı Işığında Whistleblowing (İşçinin İfşa ve İhbarı) ve İş İlişkisinde İfade Özgürlüğü,” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, no. Özel Sayı (Temmuz, 2014): 386; Ufuk Aydın, “İş Hukuku Açısından İşçinin Bilgi Uçurması (Whistleblowing),” *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 2, no. 2 (Temmuz, 2002): 79.

[79] Nalan Demiral, “Blowing the Whistle in a Hospital,” *Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi* 7, no. 26 (Eylül, 2008): 130; Tanya Gibbs, “Whistleblowing: Protection or Discouragement,” *Journal of Money Laundering Control* 23, no. 3 (Temmuz, 2020): 594; Ali Baltacı, “Eğitim Çalışanlarının Bilgi Uçurma Davranışının Nedenlerine

Üretim ve iş sırlarının değerlendirilmesinin ya da başkalarına bildirilmesinin hangi noktada ifşa niteliği taşıyacağını tespit etmek oldukça zordur. Bu noktada aranan ilk koşul, üretim ve iş sırlarının kullanımının haksız olmasıdır.<sup>[80]</sup> Kullanımın haksız olup olmadığını tespit ederken işçinin bu bilgileri görevi gereği ya da görevi dışında öğrenip öğrenmemesi arasında bir fark yoktur.<sup>[81]</sup> Önemli olan bu sırları kullanma hakkının olmamasıdır. Sır tutma kaydı içeren rekabet yasağı sözleşmesinin varlığı halinde üretim ve iş sırlarının kullanılması haksız kullanım olarak kabul edilebilecektir.<sup>[82]</sup> Bu noktada işçinin ifşa karşılığında bir menfaat elde edip etmediği önem taşımaz.<sup>[83]</sup> Yine aynı şekilde haksız kullanım kapsamında üretim ve iş sırlarının hangi iletişim araçları vasıtasıyla ya da sözlü olarak aktarılmış olması da bir önem taşımayacaktır. Önemli olan üretim ve iş sırlarının kullanımının haksız olarak değerlendirilmesi ve başkalarına bildirilmesidir.<sup>[84]</sup>

*Core Labs. LP v. Spectrum Tracer Servs.*, davasında Amerikan Mahkemesi, ticari sırra sahip olan kişinin bunu kullanabilecek pozisyonda olması durumunda ticari sırrın sahibine zarar vermesinin kaçınılmaz olduğunu ifade ederek ifşa fiilini dahi aramadan yaptırıma hükmetmiştir.<sup>[85]</sup> Bu noktada Yargıtay ise ticari sır niteliğindeki bilgilerin elde edilmesini yeterli görmemekte, bunların hukuka aykırı olarak ifşasını aramaktadır.<sup>[86]</sup> Sırrı ifşa eden kişinin bundan bir yarar sağlayıp sağlamadığı önem taşımayacaktır.

İlişkin Görüşleri.” *İnönü Üniversitesi Eğitim Bilimleri Enstitüsü Dergisi* 4, no.7 (Nisan, 2017): 3.

- [80] Bağrıaçık, *Üretim ve İş Sırlarının Korunması*, 130; Karşı görüş için bkz. Şenocak, *İşletme Personelinin Ayartılması*, 233.
- [81] Murat Oruç, *Haksız Rekabette Maddi Tazminat Davası*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2009), 55.
- [82] Çağatay Yılmaz, “Ticaret Hukukunda Ticari Sır ve Korunması.” *Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, İstanbul Bilgi Üniversitesi, 2016, 70.
- [83] Sayın, *Üretim ve İş Sırlarının Hukuka Aykırı Olarak İfşası*, 41.
- [84] Bilge, *Ticari Sırların Korunması*, 94; Sarıkaya, *Sözleşmeyi İhlale ve Sona Erdirmeye Yöneltilme*, 127.
- [85] *Core Laboratories LP v. Spectrum Tracer Services, L.L.C.* 2013, 532 F. App’x 904.
- [86] Yargıtay 11. Daire, E. 2014/18325, K. 2015/3410, 12.03.2015. (lexpera.com.tr)

Bu bağlamda TTK m. 55/1-d kapsamında aranan ifşa eylemi, üretim ve iş sırlarının üçüncü kişilere hukuka aykırı olarak yayılmasıdır. İfşa eyleminin kusurlu bir davranış sonucu yapılması ya da bir zarara sebep olması aranmayacaktır. Zira haksız rekabet sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için kusur aranmadığı gibi, zarar tehlikesi de yeterli de görülmüştür.<sup>[87]</sup> Buna paralel olarak, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi bir kararında<sup>[88]</sup> üretim ve iş sırrı niteliğindeki bilgilerin, işten ayrılan işçi tarafından yayılmasını haksız rekabet kapsamında değerlendirmiştir.

İş sözleşmesi sona erdikten sonraki dönem için üretim ve iş sırlarının nasıl korunacağı sorunu Amerikan hukukunda kaçınılmaz ifşa doktriniyle çözülmeye çalışılmıştır.<sup>[89]</sup> Kaçınılmaz ifşa doktrini uyarınca, eğer işçinin faaliyeti sonucunda kaçınılmaz olarak üretim ve iş sırrının açıklanması söz konusu olacaksa sır tutma sözleşmesi olsun olmasın işveren, işçinin rakip şirkette çalışmasını engelleyebilir.<sup>[90]</sup> Ancak bu görüş işçi hareketliliğini kısıtlaması sebebiyle kesin bir kurala dönüştürülememiştir.<sup>[91]</sup> Yalnızca işçinin üretim ve iş sırlarını açıklamasının kaçınılmaz olduğu durumlarda gerekli önlemlerin alınmasını sağlamaktadır.

Kaçınılmaz ifşa doktrinini tartışıldığı ilk dava *PepsiCo v. Redmond* davasıdır. Redmond, PepsiCo'dan ayrılırken gizlilik antlaşması imzalamış bir işçi olmasına rağmen PepsiCo, Redmond'ın ticari sır niteliğindeki bilgileri ifşa etmesinin kaçınılmaz olduğunu iddia etmiştir. Mahkeme inceleme

[87] İsmail Doğanay, "Türk Ticaret Kanununun Haksız Rekabete Dair Hükümleri Yargıtay'ca Nasıl Uygulanıyor?," *BATİDER* 5, no. 1 (Mart, 1965): 532; Karahan, *Ticari İşletme Hukuku*, 223; Ayşe Nur Berzek, *Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri*, 12. baskı (İstanbul: Beta Yayınları, 2020): 85; Nihal Çınar Karabağ, *Türk Ticaret Kanununa Göre Haksız Rekabet ve Yaptırımları*, 2. baskı (İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2019), 48; Zeynelabidin Poyraz, *İş Şartlarına Uymamak Suretiyle Haksız Rekabet Hali*, (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2011), 44; Nomer Ertan, *Haksız Rekabet*, 122.

[88] Yargıtay 11. Daire, E. 2005/148, K. 2006/160, 16.01.2006. (lexpera.com.tr)

[89] Bishara ve Westermann-Behaylo, "Post Employment Mobility," 39.

[90] *EI DuPont De Nemours & Corporation v. American Potash & Chemical Corporation*, 1956, 351 U.S. 377. (casetext.com)

[91] Bir görüşe göre mahkemeler kaçınılmaz ifşa doktrinini işçinin kötü niyetli olduğu ve gerçekten üretim ve iş sırrının ifşasının kaçınılmaz olduğu hallerde dikkate almalıdır. Detaylı bilgi için bkz. Bilge, *Ticari Sırların Korunması*, 152.

sonucunda işçinin faaliyetinin ticari sırrı açıklamasına kaçınılmaz olarak yol açacağına ve bu sebeple Redmond'ın rakip şirkette çalışmasının engellenmesine karar vermiştir. Bu durumda kaçınılmaz ifşa doktrinine göre işten ayrılan işçinin, üretim ve iş sırlarını ifşa etmeden rakip işyerinde çalışabilmesi mümkün değil ise bu çalışma engellenebilir.<sup>[92]</sup>

Türk Hukuku açısından incelediğimizde kaçınılmaz ifşa doktrini, ancak sır tutma kaydının olduğu rekabet yasağı sözleşmesinin ya da sır saklama sözleşmesinin varlığı halinde mümkün olabilir.<sup>[93]</sup> Eğer böyle bir sözleşme varsa, işveren, işçinin rakip işletmede çalışmasını belirli sınırlandırmalarla<sup>[94]</sup> engelleyebilir. Zira işçinin hizmet sözleşmesi süresince edinmiş olduğu bilgi ve tecrübelerden hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra yararlanması kısıtlanamaz.<sup>[95]</sup> Aksi durum, işçinin çalışma özgürlüğünün kısıtlanmasına neden olur.<sup>[96]</sup> Kaldı ki üretim ve iş sırrından bahsedebilmek için bu nitelikteki bilginin sır niteliği taşıması gerekmektedir. Gizlilik unsurunu yitiren ve başkalarınca öğrenilmesi kolay olan bilgilerin paylaşılması bu bağlamda ifşa eyleminin konusunu oluşturmayacaktır.

[92] Eleanore R. Godfrey, *Inevitable Disclosure of Trade Secrets: Employee Mobility v. Employer's Rights* (2004) 3(1) Journal of HighTechnology Law, 168-170.

[93] Aslı E. Gürbüz Usluel, *Türk Özel Hukukunda Özellikle Anonim Şirketlerde Ticari Sırrın Korunması* (Vedat Kitapçılık 2009), 156.

[94] TBK m. 445 uyarınca rekabet yasağı sözleşmesinin yer zaman ve konu bakımından sınırlandırılması gerekir. Ancak bu sınırların işçiye mesleğini icra etme imkanı tanımayacak ölçüde olmamalıdır. Aksi durum hem çalışma ve sözleşme özgürlüğüne hem TMK m.2'ye aykırılık teşkil edecektir. Detaylı bilgi için bkz. Ayşe Acar Umut, *İşçinin Sadakat Borcu ile Rekabet Etmeme Borcuna Genel Bir Bakış* (2021) 18(72) İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku Dergisi, 1498; Erdemoğlu, *İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmeleri*, 149 .

[95] Sinan Sarıkaya, *Haksız Rekabet Hukukunda Sözleşmeyi İhlale veya Sona Erdirmeye Yönelme*, 2. baskı (İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2021), 120.

[96] Arzu Arslan Ertürk, *Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu* (On İki Levha Yayıncılık 2010), 325.

## SONUÇ

İş sözleşmesi işçiye sadakat borcunun bir uzantısı olarak rekabet etmeme yükümlülüğü yükler. Bu yükümlülük kural olarak hizmet sözleşmesiyle beraber sona erer. Ancak işçinin hizmet sözleşmesi bittikten sonra iradi olarak rekabet etmeme yükümlülüğü altına girmesi mümkündür. İşçilerin çalıştıkları pozisyonlara bağlı olarak işyeri veya işverenle ilgili bir takım sırlara sahip olabilecekleri düşünüldüğünde hizmet sözleşmesi bittikten sonra işçilerin bunları kullanmaması işveren açısından hayati önem taşır. Bu noktada rekabet yasağı sözleşmesi gündeme gelmektedir. İşverenin korunmaya değer haklı bir menfaati varsa ve işçinin ekonomik geleceği tehlikeye düşürülmüyorsa, rekabet yasağı sözleşmesi akdedilebilir.

Rekabet yasağı sözleşmesi ile işçi ve işveren arasında sözleşmesel bir ilişki kurulur. İşçi bu sözleşme ile işverenle aynı alanda faaliyet gösteren başka bir şirket kuramaz ya da orada çalışamaz. Önemli olan işçinin eski işyerinde öğrendiği bilgi ve tecrübeleri işverenin haklı menfaatine aykırılık teşkil edecek şekilde kullanmamasıdır. İşçiler rekabet yasağı sözleşmesiyle işverenle rakip olmama yükümlülüğü altına girerler ancak iş sırları veya üretim sırları için durum böyle değildir.

İşçinin sır saklama yükümlülüğü kural olarak hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra sona erer. Ancak istisnai olarak işverenin haklı menfaati varsa hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra işçinin bir süre daha sır saklama yükümlülüğü altında olduğu kabul edilebilir. Bunun dışında kanaatimizce, rekabet yasağı sözleşmesinin varlığı tek başına işçiye sır saklama yükümlülüğü altına sokmaz. Rekabet yasağı sözleşmesine sır tutma kaydının eklenmesi ya da ayrı bir sır tutma sözleşmesinin yapılması halinde işçinin hizmet sözleşmesi bittikten sonra da üretim ve iş sırlarını korumakla yükümlü olduğu söylenebilecektir.

Üretim ve iş sırrı kavramlarının tanımları mevzuatta yapılmamıştır. Bu sebeple aralarındaki farkın ne olduğunu belirlemek uygulamada çok kolay değildir. Doktrindeki genel kabule göre iş ve işyeriyle ilgili sır niteliğindeki bilgiler iş sırrı, üretime ilişkin teknik bilgiler ise üretim sırrı olarak tanımlanabilir.

Rekabet yasağı sözleşmesinin sır tutma kaydı içermesi ya da sır saklama sözleşmesinin yapılması halinde işçi, sözleşmesel sorumluluğu gereği işverene ait üretim ve iş sırlarını paylaşamayacaktır. Bu yükümlülüğün ihlali halinde

sözleşmesel sorumluluk gündeme gelecektir. Ancak işçinin üretim ve iş sırlarını ifşası aynı zamanda TTK m. 55 uyarınca haksız rekabet de teşkil ediyor olabilir. Bu durumda haksız rekabetin haksız fiilin özel bir görünümü olduğu kabul edilerek işçi lehine yorum gereği haksız fiil hükümlerinin yani haksız rekabet düzenlemesinin uygulanması yerinde olacaktır.

TTK m. 55/1-d'de düzenlenen üretim ve iş sırlarının ifşası fiilinin haksız rekabet teşkil edebilmesi için üretim ve iş sırlarının gizlice ve izinsiz olarak ya da başkaca hukuka aykırı bir şekilde ele geçirilmesi gerekir. Kanaatimizce kanun koyucu bu düzenlemeyle işçinin yetki alanı dışındaki bilgilere, bilgi sahibinin rızası olmadan erişmesini aramaktadır. Bu noktada gizlice elde etme fiilinin kendiliğinden hukuka aykırılık teşkil ettiğini kabul etmek gerekir. Bu şekilde elde edilen üretim ve iş sırlarının hangi hallerde ifşa edilmiş sayılacağı kanunda düzenlenmemiştir. Kanaatimizce haksız rekabet hukuku kapsamında kusur aranmadığından ve yalnızca zarar tehlikesinin meydana gelmesi yeterli olduğundan üretim ve iş sırlarının gizlice ve izinsiz olarak elde edilerek başkaca bir kişiye aktarılmış olması haksız rekabetin gündeme gelmesi için yeterli olacaktır.



**KAYNAKÇA**

- Acar Umut, Ayşe. “İşçinin Sadakat Borcu ile Rekabet Etmeme Borcuna Genel Bir Bakış.” *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku Dergisi* 18, no. 72 (Haziran, 2021): 1485-1510.
- Açıkgöz, Deniz. *Çalışanın Haksız Rekabet Eylemleri ve Tazminat Sorumluluğu*. İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Akdoğan, İbrahim. *İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı*. İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Alp, Mustafa. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Heinisch/Almanya Kararı Işığında Whistleblowing (İşçinin İfşa ve İhbarı) ve İş İlişkisinde İfade Özgürlüğü.” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, no. Özel Sayı (Temmuz, 2014): 385-422.
- Alpagut, Gülsevil. “İşçinin Sadakat Borcu ve Türk Borçlar Kanunu ile Getirilen Düzenlemeler.” *Sicil İş Hukuk Dergisi* 7, no. 25 (Mart, 2012): 25-43.
- Alpagut, Gülsevil. “Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri.” *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Dergisi* 8, no. 31 (Eylül, 2011): 124-166.
- Altay, Sabah. “Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre İşçi ile İşveren Arasında Yapılan Rekabet Yasağı Sözleşmesi.” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi* 14, no. 3 (Temmuz, 2008): 171-207.
- Arı, Mehmet. “İşçinin Sır Saklama Yükümlülüğü.” *Terazi Hukuk Dergisi* 11, no. 115 (Mart, 2016): 58-63.
- Arıkan, Mustafa. “Culpa in Contrahendo Sorumluluğu.” *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 17, no. 1 (Temmuz, 2009): 69-89.
- Ayan, Mehmet. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 12. Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Aydın, Ufuk. “İş Hukuku Açısından İşçinin Bilgi Uçurması (Whistleblowing).” *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 2, no. 2 (Temmuz, 2002): 79-100.

- Aydoğdu, Murat ve Nalan Kahveci. *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Sözleşmeler Hukuku*. 5. Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.
- Bağrıaçık Safiye Nur. *Üretim ve İş Sırlarının Korunması*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Baltacı, Ali. “Eğitim Çalışanlarının Bilgi Uçurma Davranışının Nedenlerine İlişkin Görüşleri.” *İnönü Üniversitesi Eğitim Bilimleri Enstitüsü Dergisi* 4, no.7 (Nisan, 2017): 1-28.
- Belverenli, Demet. “İşçinin Sır Saklama Borcu (Karar İncelemesi).” *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku Dergisi* 13, no. 50 (Temmuz, 2016): 989-1023.
- Berzek, Ayşe Nur. *Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri*. 12. Baskı. İstanbul: Beta Yayınları, 2020.
- Bilge, Mehmet Emin. *Ticari Sırların Korunması*. 2. Baskı. İstanbul: Asil Yayıncılık, 2005.
- Bishara, Norman D. ve Michelle Westermann-Behaylo. “The Law and Ethics of Restrictions on an Employee’s Post Employment Mobility.” *American Business Law Journal* 49, no. 1 (Eylül, 2012): 1-61.
- Blake, Harlan M. “Employee Agreements Not To Compete.” *Harvard Law Review* 73, no.4 (Şubat, 1960): 625-691.
- Collins, Hugh. *Employment Law, Clarendon Law Series*. 2. Baskı. Londra: Oxford University Press, 2003.
- Cundiff, Victoria A. “Reasonable Measures to Protect Trade Secrets in a Digital Environment.” *The Intellectual Property Law Review* 49, no. 3 (Aralık, 2009): 359-410.
- Çelik, Nuri, Nurşen Caniklioğlu, Talat Canbolat ve Ercüment Özkaraca. *İş Hukuku Dersleri*. 35. Baskı. İstanbul: Beta Yayınları, 2022.
- Çınar Karabağ, Nihal. *Türk Ticaret Kanununa Göre Haksız Rekabet ve Yaptırımları*. 2. Baskı. İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Demiral, Nalan. “Blowing the Whistle in a Hospital.” *Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi* 7, no. 26 (Eylül, 2008): 128-137.
- Demircioğlu, Murat ve Tankut Centel. *İş Hukuku*. 19. Baskı. İstanbul: Beta Yayınları, 2016.

- Doğan, Sevil. *İşçinin Rekabet Yasağı İş Sırrının Korunması*. İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Doğan Yenisey, Kübra ve Özgür Öztürk. “İşçinin Sözleşme Sonrası Ticari Sırları Saklama Yükümlülüğü.” içinde *Devrim Ulucan’a Armağan*, Editör Mehmet Uçum, 399-457. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2008.
- Doğanay, İsmail. “Türk Ticaret Kanununun Haksız Rekabete Dair Hükümleri Yargıtay’ca Nasıl Uygulanıyor?.” *BATİDER* 5, no. 1 (Mart, 1965): 531-561.
- Erdemoğlu, Deniz. “İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmeleri.” *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi* 6, no. 21 (Temmuz, 2009): 769-800.
- Erdil, Engin. *Haksız Rekabet Hukuku*. 2. Baskı, İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 2. Baskı. İstanbul: Yetkin Yayınları, 2021.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. 9. Baskı. İstanbul: Yetkin Yayınları, 2021.
- Ertürk, Arzu Aslan. *Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010.
- Ertürk, Şükran. *İş Hukuku Dersleri Bireysel İş Hukuku*. İstanbul: Yetkin Yayınları, 2022.
- Eyrenci, Öner, Savaş Taşkent, Devrim Ulucan ve Esra Başkan. *İş Hukuku*. 10. Baskı. İstanbul: Beta Yayınları, 2020.
- Furrer, Andreas, Muller Chenn ve Bilgehan Çetiner. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 2. Baskı. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022.
- Gibbs, Tanya. “Whistleblowing: Protection or Discouragement.” *Journal of Money Laundering Control* 23, no. 3 (Temmuz, 2020): 591-600.
- Godfrey, Eleanore R. “Inevitable Disclosure of Trade Secrets: Employee Mobility v. Employer’s Rights.” *Journal of High Technology Law* 3, no. 1 (2004): 161-178.

- Göksoy, Yaşar Can. “Yeni Alman Haksız Rekabet Kanunu ve Haksız Rekabet Alanında Getirdiği Yenilikler” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, no.2 (Aralık, 2007): 143-174.
- Gürbüz Usluel, Aslı E. *Türk Özel Hukukunda Özellikle Anonim Şirketlerde Ticari Sırrın Korunması*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009.
- Gürpınar, Bünyamin ve Murat Oruç. “Haksız Rekabette Maddi Tazminatın Hesaplanmasında Yeni Yaklaşımlar.” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu* (Mayıs, 2009): 61-97
- Hunter, Michael J. “Trade Secret Misappropriation: A Lawyer’s Practical Approach To the Case Law” *Western New England Law Review* 1, no.1 (Ocak, 1978): 1-45.
- Kandırallıoğlu, Çağla. *Türk Hukukunda Bankaların Sır Saklama Yükümlülüğü*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011.
- Karahan, Sami. *Ticari İşletme Hukuku*. 27. Baskı. Konya: Mimoza Yayıncılık, 2015.
- Kayasoylu, Damla. *Haksız Rekabet Hükümlerine Göre Üretim ve İş Sırlarının Korunması*. İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Kayırgan, Hasan. “İş Hukukunda Sadakat Borcunun Genel Bir Değerlendirilmesi” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi* 20, no. 1 (Haziran, 2014): 459-478.
- Keser, Hakan. “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Rekabet Yasağı” *Sicil İş Hukuku Dergisi* 6, no. 24 (Aralık, 2011): 88-106.
- Kovancı, Nuray. “Türk İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesi” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 8, no. 31 (Temmuz, 2017): 769-800.
- Manav, Eda. “İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları” *TBB Dergisi* 22, no. 87 (Mart, 2010): 322-364.
- Memiş, Tekin. “Türk Ticaret Kanunu’nun 55/1-F Hükümününün Yorumunda Gözden Kaçanlar,” içinde *Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü 60. Yıl Armağanı*, Editör Sabih Arkan, 195-224. Ankara: Bankacılık Enstitüsü, 2015.

- Mollamahmutoğlu, Hamdi, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal. *İş Hukuku Ders Kitabı I- Bireysel İş Hukuku*. 6. Baskı. Ankara: Lykeion Yayınları, 2022.
- Nomer Ertan, Füsün. *Haksız Rekabet Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016.
- Nomer, Haluk Nami. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 18. Baskı. İstanbul: Beta Yayınları, 2021.
- Oğuzman, Kemal ve Turgut Öz. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler I*. 19. Baskı. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2021.
- Oruç, Murat. *Haksız Rekabette Maddi Tazminat Davası*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2009.
- Özkan Koç, Sema Deniz. *İşçinin Sır Saklama Yükümlülüğü*. İstanbul: Adalet Yayınevi, 2022.
- Pagnattaro, Marisa Anne. “Protecting Trade Secrets in China: Update on Employee Disclosures and the Limitations of the Law.” *American Business Law Journal* 45, no.2 (Mart, 2008): 339-415.
- Paksoy, Meliha Sermin. *Sözleşmeyi İhlale Yönelme*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Poyraz, Zeynelabidin. *İş Şartlarına Uymamak Suretiyle Haksız Rekabet Hali*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2011.
- Pürselim Arning, Hatice Selin. *İş İlişkisi Yasağı Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022.
- Reisoğlu, Safa. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 15. Baskı. İstanbul: Beta Yayınları, 2002.
- Santiago, Faisal. “Trade Secret Protection on Globalization Era” *European Research Studies Journal* 20, no. 4 (Kasım, 2017): 66-76.
- Sarıkaya, Sinan. *Haksız Rekabet Hukukunda Sözleşmeyi İhlale veya Sona Erdirmeye Yönelme*. 2. Baskı. İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Savaş, Fatma Burcu. “Rekabet Yasağı Sözleşmeleri (Türk ve Fransız Hukuklarına İlişkin Mukayeseli. Hukuk Çalışması)” *Legal İş Hukuku Dergisi* 4, no. 13 (Ocak, 2017): 108-113.

- Sayhan, İsmet. “Rekabet Kavramı ve Haksız Rekabet, Rekabet Yasağı ve Rekabetin Koruması Müesseselerinin Hukuki Temeli.” *Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, no. 2 (Aralık, 2013): 101-115.
- Sayın, Hediye Bahar. “Haksız Rekabet Hukuku Açısından Üretim ve İş Sırlarının Hukuka Aykırı Olarak İfşası” *Terazi Hukuk Dergisi* 12, no. 136 (Aralık, 2017): 36-43.
- Schoch, Friedrich ve Michael Kloepfer. *Informationsfreiheitsgesetz (IFG-ProfE)*. Berlin: Duncker & Humboldt GmbH, 2019.
- Senyen Kaplan, Tuncay. *Bireysel İş Hukuku*. 11. Baskı. Ankara: Gazi Kitabevi, 2020.
- Serozan, Rona. “Yürürlükteki İfa Engelleri ve Haksız Fiiller Hukukunun Yetersizlikleri ve Bunların Aşılmasında Giderek Önem Kazanan İki Kavram: Sözleşmenin Müspet İhlali ve Culpa in Contrahendo.” *Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi* 15, no. 18 (Haziran, 1990): 27-42.
- Soyer, Polat. “Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Bazı Hükümleri Üzerine Düşünceler” içinde *Devrim Ulucan’a Armağan* Editör Mehmet Uçum, 149-167. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2008.
- Sulu, Muhammed. *Ticari Sırların Korunması*. 3. Baskı. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Sümer, Haluk Hadi. *İş Hukuku*. 6. Baskı. İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Süzek, Sarper. *İş Hukuku*. 21. Baskı. İstanbul: Beta Yayınları, 2021.
- Süzek, Sarper. “Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İşçinin Rekabet Etmeme Borcu.” *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 72, no. 2 (Haziran, 2014): 457-467.
- Şenocak, Kemal. “İşletme Personelinin Ayarılması Meselesinin Haksız Rekabet Hükümleri Çerçevesinde (TTK m. 56 vd.) Değerlendirilmesi.” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 50, no.2 (Nisan, 2001): 193-246.
- Taşkent, Savaş ve Mahmut Kabakçı. “Rekabet Yasağı Sözleşmesi.” *Sicil İş Hukuku Dergisi* 4, no. 14 (Aralık, 2009): 21-46.

- Tercier, Pierre, Pascal Pichonnaz ve Murat Devecioğlu. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Uşan, Fatih. *İş Hukukunda İş Sırrının Korunması*. İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2003.
- Ünlütepe, Mustafa. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Yasaman, Hamdi. *Haksız Rekabet ve Rekabet Yasağı*. 2. Baskı. İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Yeşiltepe, Salih Önder. “Ticari Sır-İş Sırrı” içinde *Doç. Dr. Mehmet Somer’in Anısına Armağan*, Editör Murat Yusuf Akın, 403-422. İstanbul: Beta Yayınları, 2002.
- Yıldız, Gaye Burcu. *İş Hukukunda Sözleşmesel Kayıtlar*. İstanbul: Yetkin Yayıncılık, 2014.
- Yılmaz, Çağatay. “Ticaret Hukukunda Ticari Sır ve Korunması.” *Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, İstanbul Bilgi Üniversitesi, 2016.
- Zevkliler, Aydın ve Emre Gökyayla. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. 14. Baskı. Ankara: Turhan Kitabevi, 2014.





# Limited Şirket Müdürler Kurulu Hakkında Bazı Değerlendirmeler

Temel GÜNER\*

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

\* Arş. Gör. Dr., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.  
[temelguner@hacettepe.edu.tr](mailto:temelguner@hacettepe.edu.tr) **ORCID:** 0000-0002-0446-9856.

**Makale geliş tarihi:** 17 Aralık 2023 **Makale kabul tarihi:** 30 Mart 2024

**Atıf önerisi:** Güner, Temel. "Limited Şirket Müdürler Kurulu Hakkında Bazı Değerlendirmeler." *Ankara Barosu Dergisi* 82, no. 2 (Nisan 2024): 119-146.  
**DOI:** 10.30915/abd.1406122.

## LİMİTED ŞİRKET MÜDÜRLER KURULU HAKKINDA BAZI DEĞERLENDİRMELER

### ÖZ

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda, limited şirket müdürler kurulu hakkında öngörülen düzenlemeler, anonim şirket yönetim kuruluna kıyasla birçok açıdan farklılık arz etmektedir. Nitekim anonim şirketlerde, yönetim kurulu üyelerinin tam ehliyetli ve iflas etmemiş olmaları şartı aranırken limited şirket müdürleri bakımından bu yönde bir şarta yer verilmemiştir. Yönetim kurulu üyelerinin üç yıllığına seçilebilecekleri öngörülürken müdürlerin görev süresine ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmalarını şart koşan bir düzenlemeye yer verilmezken, limited şirketlerde en az bir müdürün ortak olması şart kılınmıştır. Ayrıca gerek anonim şirketlerde gerekse limited şirketlerde, yöneticilerin şirketin faaliyet alanıyla ilgili bilgi ve tecrübe sahibi olmaları yönünde bir şarta yer verilmemiştir. Çalışmamızda, anonim şirket yönetim kurulu ile karşılaştırmalı olarak, limited şirket müdürler kurulu hakkında önem arz ettiği düşünülen bazı hususlar incelenmiştir.

### Anahtar Kelimeler:

müdürler kurulu

tam ehliyet

görev süresi

ortak olma şartı

yetkin olmak

## SOME EVALUATIONS ABOUT THE BOARD OF DIRECTORS OF LIMITED LIABILITY COMPANY

### ABSTRACT

The regulations stipulated in the Turkish Commercial Code No. 6102 regarding the limited company board of directors differ in many respects compared to the board of directors of a joint stock company. As a matter of fact, while in joint stock companies, the board members are required to be fully competent and not bankrupt, there is no such requirement for limited company managers. While it seems that board members can be elected for three years, there is no regulation regarding the term of office of limited company managers. While there is no regulation requiring board members to be partners, it is required that at least one director be a partner in limited companies. In addition, in both joint stock companies and limited companies, there is no requirement for managers to have knowledge and experience regarding the company's field of activity. In our study, the issues that are thought to be important about the board of directors of a limited company, in comparison with the board of directors of a joint stock company, were examined.

#### Keywords:

management board

fully competent

period of office

condition of partnership

be competent

## GİRİŞ

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu<sup>[1]</sup> (TTK)'nda, açıkça anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin tam ehliyetli olmaları ve iflas etmemiş olmaları şartı aranırken, limited şirket müdürler kurulu için bu yönde bir şarta yer verilmemiştir. Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin en çok üç yıl için görevlendirilebileceği düzenlenirken, limited şirket müdürler kurulu için bu yönde bir sınırlama öngörülmemiştir. Ayrıca yönetimde profesyonelliği sağlamak amacıyla, 6762 sayılı eski Ticaret Kanunu<sup>[2]</sup> (eTK) döneminde yönetim kurulu üyelerinin göreve başlayabilmeleri için pay sahibi olma şartını arayan eTK m. 312/2 hükmü yeni Kanuna alınmazken, TTK m. 623/1 hükmünde bir yenilik olarak en az bir limited şirket müdürünün ortak olması şart kılınmıştır.

6102 sayılı TTK tasarı halindeyken m. 359/3 hükmünde, anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin belirli düzeyde eğitim görmeleri şart koşulsa da, teşebbüs hürriyetine aykırılık teşkil edeceği yönünde gelen eleştiriler üzerine bu hüküm yasalaşmadan Kanun metninden çıkartılmıştır. Limited şirket müdürleri açısından ise tasarı halinde dahi eğitim ve tecrübe şartı öngören bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu nedenle TTK ne anonim ne de limited şirket yöneticilerinin şirketin faaliyet alanıyla ilgili bilgi ve tecrübe sahibi olmalarını gerektiren genel bir hüküm içermektedir. Dolayısıyla şirket yönetecek tecrübe ve bilgi birikimine sahip olmayan kişilerin de şirket yönetimine dâhil olması olasıdır. Hatta en az bir müdürün ortak olması şartı (TTK m. 623/1) dikkate alındığında, özellikle tek kişilik şirketlerde (limited şirketlerin yaklaşık %70'inde<sup>[3]</sup>) bu bir zorunluluktur.

[1] RG, T. 14.02.2011, S. 27846.

[2] RG, T. 09.07.1956, S. 9353.

[3] Bkz. <https://www.tobb.org.tr/BilgiErisimMudurlugu/Sayfalar/KurulanKapananSirketistatistikleri>.

## I. MÜDÜRLERİN EHLİYETLİ VE İFLAS ETMEMİŞ OLMA ŞARTI

TTK m. 359/3 hükmünde, anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin tam ehliyetli olması şart kılınmakla birlikte, limited şirket müdürler kurulu üyelerinin tam ehliyeti olmalarını öngören açık bir kanuni düzenlemeye yer verilmemiştir.

Öğretide, anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin hükümler müdürler bakımından da uygulanacağından, müdürlerin de tam ehliyetli olması gerektiği savunulmaktadır.<sup>[4]</sup> Ancak kanunda müdürlerin tam ehliyetli olmalarını şart kılan açık bir düzenleme bulunmadığından bu görüşün aksi de savunulabilir.<sup>[5]</sup> Nitekim buna benzer bir tartışma, eTK döneminde anonim şirket yönetim kurulu üyeleri için de geçerliydi. eTK döneminde yönetim kurulu üyeliği için tam ehliyetli olmayı gerektiren bir düzenlemeye yer verilmemişti. Bu durum karşısından öğretide bir görüş, yönetim kurulu üyelerinin tam ehliyetli olması gerektiğini savunurken,<sup>[6]</sup> aksi yöndeki görüş, tam ehliyetli olmayan kişilerin de yönetim kurulu üyesi

[4] Ersin Çamoğlu, “Limited Ortaklıkta Müdür Sıfatının Kazanılması ve Kaybedilmesi,” *Yargı Dünyası* 224 (2014): 12; Şükrü Yıldız, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Limited Şirketler Hukuku*, (İstanbul: Arıkan Basım Yayım, 2007), 250; Oruç Hami Şener, *Limited Ortaklıklar Hukuku*, (Ankara: Seçkin, 2017), 648; Mustafa İsmail Kaya, “Limited Şirkette Müdürler Kurulunun Oluşumu ve İşleyişi,” *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 22, no. 1 (2014): 65; Ali Haydar Yıldırım, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Limited Ortaklık Müdürünün Hukuki Durumu* (İzmir: Güncel Hukuk Yayınları, 2008), 11; İsmail Özgün Karaahmetoğlu, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Limited Şirketin Temsili*, 1. Baskı (Ankara: Seçkin, 2014) 30 vd.; Kemal Şenocak ve Işık Özer, *Şirketler Hukuku Şerhi* (Ankara: Seçkin, 2023), 4646; Abuzer Kendigelen ve İsmail Kırca, *Şirketler Hukuku III*, (İstanbul: Onikilevha, 2023), 99, Nr. 204.

[5] Temel Güner, *Limited Şirket Müdürlerinin Sorumluluğu* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2024), 27.

[6] Hayri Domaniç, *Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi II*, (İstanbul: Temel Yayınları, 1988), 467; Ömer Teoman, “Kendilerine Yasal Danışman Atanan Kişilerin Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyesi Olup Olamayacakları Sorunu,” *İktisat ve Maliye Dergisi* 26, no. 10 (1980): 416, 417; Necla Akdağ Güney, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu*, 2. Baskı (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010), 13; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 1986/6726, K. 1986/6565, 05.12.1986 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

seçilebileceğini, üyelik için ayırt etme gücünün yeterli olacağını kabul etmişti.<sup>[7]</sup> Nitekim İsviçre hukukunda da ayırtım gücüne sahip olmak yönetim kurulu üyesi olabilmek için yeterli kabul edilmekte, fiil ehliyetine sahip olma şartı aranmamaktadır.<sup>[8]</sup> Buna gerekçe olarak ise, tam ehliyetli olmayan küçük ve kısıtlıların sadece kendileri taahhüt altına girerken korunmaya ihtiyaç duydukları, bir tüzel kişiyi temsilen işlem yaptıklarında kendilerinin değil şirketin sorumluluk altına girdiği, dolayısıyla tam ehliyetli olmayan küçük ve kısıtlıların bir tüzel kişinin organı olarak görev almasında bir sakıncanın bulunmadığı ifade edilmektedir.<sup>[9]</sup>

Kanaatimizce Kanunda açıkça tam ehliyetli olma şartı aranmadığından, ayırtım gücüne sahip olmak kaydıyla tam ehliyetli olmayan küçük ve kısıtlıların da müdür seçilmesi mümkün olmalıdır. Zira yıllardır kendi aile şirketinde çalışan 17 yaşındaki bir kişinin, şirketin faaliyet alanıyla ilgili hiçbir tecrübesi olmayan 40 yaşındaki bir kişiye kıyasla müdürlük görevi açısından daha uygun olduğu açıktır. Elbette kanun koyucu bir tercih yaparak müdürlerin tam ehliyetli kişiler arasından seçilmiş olmalarını şart kılabilir. Ancak anonim şirketlerde tercih hakkını bu yönde kullanan kanun koyucu limited şirketler açısından bu yönde bir tasarrufta bulunmamıştır. Kanaatimizce kendileri için öngörülen ağır sorumluluk rejimi de müdürlerin tam ehliyetli olmalarını gerektirmez. Zira şirketin faaliyet alanıyla ilgili bilgi ve tecrübesi bulunmayan, dolayısıyla müdürlük görevlerinin gereklerini yerine getiremeyecek tam ehliyetli bir kişi açısından da benzer sorumluluk tehlikesi mevcuttur. Ancak kanun koyucu, müdür seçilebilmek için eğitim ve tecrübe şartı aramayarak şirket yönetimi için yetersiz olabilecek, dolayısıyla ağır sorumluluk rejimiyle karşılaşabilecek kişilerin müdür atanmasına izin

[7] Halil Arslanlı, *Anonim Şirketler II-III, Anonim Şirketlerin Organizasyonu ve Tahviller* (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1960), 99-101; Rıza Ayhan, "Anonim Şirketlerde Yönetim Kuruluna Üye Seçilebilmek İçin Ehliyet Şartı," *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, no. 1 (1988): 244-245; Bilge Öztan, *Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Fülllerinden Doğan Sorumluluk*, (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1970), 128.

[8] Peter Forstmoser, Arthur Meier-Hayoz ve Peter Nobel, *Schweizerisches Aktienrecht*, (Bern: Stämpfli Verlag, 1996), 280, Nr. 8; Oruç Hami Şener, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku*, (Ankara: Seçkin, 2019), 352, dn. 53.

[9] Rudolf Kunz, *Die Annahmeverantwortung von Mitgliedern des Verwaltungsrats*, (Zürich: Schulthess Verlag, 2004), 13 vd.

vermiştir. Dolayısıyla tam ehliyetli olmayan küçük ve kısıtlılar da müdür seçilebilmelidir. Ancak bu kişinin TTK m. 553 kapsamında sorumluluğu gündeme geldiğinde, Türk Borçlar Kanunu (TBK)<sup>[10]</sup> m. 52 kapsamında şirketin, tam ehliyetli olmayan küçük ve kısıtlı bir kişiyi müdür seçerek ortaya çıkan zarara rıza gösterdiği veya zararın ortaya çıkmasına katkı sağladığı kabul edilmeli ve bu durum tazminat belirlenirken hâkim tarafından dikkate alınmalıdır.

Yine Kanunda müdürler bakımından iflas etmemiş olma şartı aranmadığından, kanaatimizce iflas etmiş kişilerin de müdür seçilmeleri imkân dâhilindedir.<sup>[11]</sup> Hatta ifade edelim ki, anonim şirketlerde herhangi bir ayırım yapılmaksızın iflas etmiş kişilerin yönetim kurulu üyesi olamayacağını öngören düzenleme de isabetli değildir. Kanaatimizce sadece taksirli ve hileli iflas yönetim kurulu üyeliğine engel teşkil etmelidir. Kusur veya kastı olmaksızın adi iflas eden bir kişi, itibarın iadesine gerek olmaksızın yönetim kurulu üyesi seçilebilmelidir. Kanaatimizce TTK m. 363/2 hükmü mevcut haliyle Anayasa<sup>[12]</sup> m. 48 hükmünde güvence altına alınan teşebbüs hürriyetini orantısız bir şekilde kısıtlamaktadır. Bu nedenle TTK m. 363/2 hükmü, yapılacak bir kanun değişikliği ile taksirli ve hileli iflasa özgülenmeli, adi iflas durumunda, itibarın iadesine gerek olmaksızın kişinin yönetim kurulu üyesi olarak atanmasının önü açılmalıdır.

## II. MÜDÜRLERİN GÖREV SÜRESİ

TTK m. 362/1 hükmünde, yönetim kurulu üyelerinin en çok üç yıl görev yapmak üzere seçilebileceği düzenlenmiştir. Limited şirket müdürler kurulu üyelerinin görev süresi hakkında ise bir düzenleme yapılmamıştır. Bu durum, yönetim kurulu üyeleri için öngörülen üç yıllık sürenin müdürler bakımından da uygulanıp uygulanmayacağı sorusunu gündeme getirmiştir.

Öğretide Şener, yönetim kurulu üyeleri için öngörülen üç yıllık azami sürenin kıyasen limited şirket müdürler kurulu üyeleri bakımından da

[10] RG, T. 04.02.2011, S. 27836.

[11] Aynı yönde bkz. Halil Arslanlı ve Hayri Domaniç. *Limited Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi III*. 1989 Baskısından Tıpkı Baskı (İstanbul, 2011), 663-664. Aksi yönde bkz. Şenocak ve Özer, Şerh, 4647.

[12] RG, T. 9.11.982, S. 17863.

uygulanması gerektiğini savunurken,<sup>[13]</sup> aksi yöndeki hâkim görüş ise, yönetim kurulu üyeleri için öngörülen üç yıllık azami sürenin müdürler bakımından uygulanmayacağını, ömür boyu görev yapmak üzere dahi müdür seçilebileceğini belirtmektedir.<sup>[14]</sup> Kanaatimizce kanunda açık bir sınırlayıcı düzenleme bulunmadığından<sup>[15]</sup> ikinci görüşe üstünlük tanınmalıdır. Ancak bu noktada seçim yapılırken kısa sürelerin tercih edilmesinin şirketin yararına olacağına işaret etmek gerekir. Nitekim özellikle şirkete yabancı üçüncü kişilerin uzun süreli müdür seçilmeleri durumunda, bu kişilerin şirketle anlaşmazlık yaşaması ve görev süresi dolmadan genel kurulca azledilmesi olasıdır. Azil durumunda haklı sebebe dayanılmamışsa, şirketin tazminat ödemesi gerekecektir. Bu nedenle çok iyi tanınmayan kişilerin müdür seçilmeleri durumunda kısa sürelerin tercih edilmesi şirketin yararına olacaktır.<sup>[16]</sup>

[13] Şener, *Limited Ortaklık*, 649-650; Şener, *Ortaklıklar Hukuku*, 746. Yazar, müdürlere olan güvenin belli dönemlerde genel kurul tarafından yenilenmesinde fayda olduğunu, bu nedenle anonim şirketlerdeki üç yıllık sürenin limited şirketler bakımından da kıyasen uygulanması gerektiğini belirtmektedir.

[14] Şükrü Yıldız, “6102 sayılı TTK’ya Göre Limited Şirkette Müdürlerin Görev Süresi,” *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 26, no. 2 (2014): 48; Yıldız, *Limited Şirketler*, 246; Yıldırım, *Müdürlerin Hukuki Durumu*, 17, 25; Şenocak ve Özer, Şerh, 4660; Kendigelen ve Kırca, *Şirketler Hukuku III*, 100, Nr. 208.

[15] Nitekim yönetim (müdürler) kurulu üyeleri için azami bir süre öngörülüp öngörülmemesinin, şirketler hukuku politikasıyla ilgili bir konu olduğu, azami sürenin konulmasındaki amacın, şirketi iş başındaki üyelere mahkûm etmemek, ağır bir yük altına sokmamak olduğu, görev süresi bakımından bir üst sınır öngörülecekse genel kurulun azil yetkisinin haklı sebeplerle sınırlandırılması gerektiği, üst sınır öngörülmediyse genel kurulun azil konusunda serbest bırakılması gerektiği, bu noktada önemli olanın pay sahiplerinin menfaatleri ile yönetim kurulu üyelerinin ve şirketin çıkarları arasındaki dengenin kurulması olduğu yönünde bkz. İsmail Kırca, Feyzan Hayal Şehirli Çelik ve Çağlar Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku I*, (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, 2013), 447-448.

[16] Yıldız, “Görev Süresi,” 54; Şenocak ve Özer, Şerh, 4660. Aynı yönde bkz. Kırca, Şehirli Çelik ve Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku*, 448.



### III. EN AZ BİR MÜDÜRÜN ORTAK OLMASI ŞARTI

#### A) GENEL OLARAK

Yönetim organının tamamının şirkete yabancı kişilerden oluşmasının doğurabileceği olumsuzlukları önlemek ve üyenin şirkete karşı aidiyetini artırmak amacıyla üyenin aynı zamanda ortak olması şartı öngörülebilir. Ancak ortaklık şartının amacına hizmet edebilmesi için üyenin şirkette önemli oranda paya sahip olması gerekir.<sup>[17]</sup> Aksi takdirde, üye seçilecek kişiye göstermelik tek bir pay devredilerek ortak olma şartı ve bu şartla ulaşılmak istenen amaç dolanılabilir.<sup>[18]</sup> Nitekim bu nedenle, yönetim kurulu üyelerinin göreve başlayabilmeleri için pay sahibi olma şartını arayan eTK m. 312/2 hükmü ilga edilmiş, TTK m. 359 hükmünün gerekçesinde, pay sahibi olmayı şart kılan gereksiz uygulamanın terk edildiği, böylece profesyonel yönetim kurullarının oluşmasının önünün açıldığı ifade edilmiştir. Yine (mülga) İsvBK m. 707/2 hükmünde de yönetim kurulu üyelerinden en az birinin pay sahibi olması şartı öngörülmekle birlikte, öğretide bu şartın uygulamada sıklıkla ihmal edilen eski dönemden kalma gereksiz bir

[17] Rolf Watter ve Katja Roth Pellanda, “Die richtige Zusammensetzung des Verwaltungsrates,” içinde *Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht III*, ed. Rolf H. Weber (Zürich: Schulthess Verlag, 2006), 54, 55; Metzler ve Schmuki, “Aktionärseigenschaft des VR-Mitglieds,” 169; ayrıca bkz. Beşir Fatih Doğan, *Anonim şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri*, 2. Baskı (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011), 52; Mehmet Helvacı, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nın Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu (Organı) Konusunda Getirdiği Yenilikler,” içinde *Avrupa Birliği Perspektifinden Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Sermaye Piyasasına Etkileri, Uluslararası Konferans*, ed. Korkut Özkorkut (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, 2010), 186; Necla Akdağ Güney, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, 2. Baskı (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016), 14, dn. 17. Profesyonel yönetim anlayışı karşısında değerini yitiren ortak olma şartına ilişkin m. 312 hükmünün kaldırılması gerektiği, nitekim bu şartın göstermelik pay devri yapılarak kolayca dolanıldığı yönünde bkz. Mehmet Helvacı, “Yönetim Kurulu,” içinde *40. Yılında Türk Ticaret Kanunu* (İstanbul: Beta, 1997), 109-110.

[18] Lukas Metzler ve Markus Schmuki, “Die Aktionärseigenschaft des VR-Mitglieds– zur Bedeutung von Qualifikationsaktien in der Praxis,” *Aktuelle Juristische Praxis/ Pratique Juridique Actuelle* (2004): 170; İlyas Çeliktas, “Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Nitelikleri Konusunda Karşılaşılabilecek Sorunlar, 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’nu Beklerken,” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 18, no. 2 (2012): 602; Güner, *Sorumluluk*, 28.

şart olduğu ifade edilmiş, yöneltilen bu eleştiriler üzerine pay sahibi olma şartı kaldırılmıştır.<sup>[19]</sup>

Anonim şirketlerde üyelerin göreve başlayabilmeleri için pay sahibi olma şartını öngören uygulama işlevsel olmadığı gerekçesiyle terk edilirken, limited şirketlerde en az bir müdürün ortak olma şartı bir yenilik olarak ihdas edilmiştir. Dolayısıyla limited şirketlerde müdürlerden en az birinin ortak sıfatını taşıması gerekmektedir.<sup>[20]</sup> İfade edelim ki, tüzel kişinin müdür tayini durumunda (TTK m. 623/2), tüzel kişiyi temsil amacıyla atanan gerçek kişinin ortak olması, bu şartın sağlanması için yeterli değildir. Zira müdür sıfatı, gerçek kişi temsilciye değil tüzel kişiye aittir. Dolayısıyla ayrıca tüzel kişi müdürün ortak olması gerekir.<sup>[21]</sup> Bu noktada, ortak olma şartının müdür seçilen tüzel kişi tarafından sağlandığı durumda, tüzel kişiyi temsil eden gerçek kişinin ayrıca ortak olmasının gerekip gerekmediği sorusu gündeme gelmektedir. Zira öğretide, tüzel kişinin üye atanması durumunda, üyeler için aranan şartların tüzel kişiyi temsilen atanacak gerçek kişi açısından da aranması gerektiği, aksi takdirde üyelik için aranan şartların kolayca dolaşabileceği ifade edilmektedir.<sup>[22]</sup> Bu görüş genel olarak bizce de isabetli

[19] Metzler ve Schmuki, "Aktionärseigenschaft des VR-Mitglieds," 171, 174; Watter ve Pellanda, "Die richtige Zusammensetzung," 58; Peter R. Isler, "Das Übernahmeverschulden des Verwaltungsrates," içinde *Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht III*, ed. Rolf H. Weber (Zürich: Schulthess Verlag, 2006), 9, dn. 19.

[20] Yıldız, *Limited Şirketler*, 246, 250; Şener, *Limited Ortaklık*, 645; Yıldırım, *Müdürlerin Hukuki Durumu*, 13.

[21] Güner, *Sorumluluk*, 29.

[22] Şenocak ve Özer, Şerh, 4642. Anonim şirketler açısından aynı yönde bkz. Kırca, Şehirli Çelik ve Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku*, 406; İsmail Kırca, "Anonim Şirketlerde Tüzel Kişilerin Yönetim Kurulu Üyeliği," *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 28, no. 2 (2012): 55, 56; Hülya Çoştan, "Özel Hukuk Tüzel Kişilerinin ve Kamu Tüzel Kişilerinin Yönetim Kurulu Üyeliği," *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 29, no. 1 (2013): 122; Cafer Eminoğlu ve Fatma Betül Çakır, "Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilerin Yönetim Kurulu Üyesi Seçilmesi ve Kamu Tüzel Kişilerinin Yönetim Kuruluna Temsilci Ataması," *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 28, no. 3-4 (2014): 284. Yönetim kurulu üyeliği için aranan şartların, kanun veya şirket sözleşmesinde aksi öngörülmedikçe gerçek kişi temsilci bakımından aranmayacağı yönünde farklı görüş için bkz. Akdağ Güney, *Yönetim Kurulu*, 32, 33.

olmakla birlikte, kanaatimizce ortak olma şartı açısından bu görüşe istisna tanınması daha uygundur. Bu nedenle eğer en az bir müdürün ortak olması şartı, müdür seçilen tüzel kişi tarafından sağlanıyor ise, ayrıca tüzel kişi müdürün gerçek kişi temsilcisi açısından ortak olma şartı aranmamalıdır.<sup>[23]</sup>

## B) ORTAK OLMA ŞARTINA AYKIRILIĞIN YAPTIRIMI

TTK m. 623/1 hükmünde, müdürlerden en az birinin ortak olması şart kılınmakla birlikte bu şarta aykırılığın yaptırımına yer verilmemiştir. Bu noktada, ortak olma şartı hiç sağlanmamışsa veya sağlanmakla birlikte daha sonra bu şartı sağlayan üye şirketten ayrıldıysa bunun sonucunun ne olacağı sorusu gündeme gelmektedir. İlk ihtimalde üyelerin toplu olarak göreve hiç başlamadıkları ikinci ihtimalde ise bütün üyelerin görevinin sona erdiği söylenebilecek midir?

Konuyu eTK m. 312/2<sup>[24]</sup> bağlamında inceleyen Şenocak,<sup>[25]</sup> pay sahibi olma şartını öngören hükmün düzen hükmü (*leges minus quam perfecta*)<sup>[26]</sup> niteliği taşıdığını, bu şarta uyulmamasının yönetim kurulu üyeliği üzerinde

[23] Güner, *Sorumluluk*, 29, dn. 18. Tüzel kişinin gerçek kişi tarafından temsil durumunda, ortak olma şartının öngörülmesi ile elde edilmeye çalışılan amacın gerçekleşmesi için yeterli güvencenin sağlandığı, özellikle tüzel kişiyi temsilen atanan gerçek kişinin, aynı zamanda temsil edeceği tüzel kişinin yönetim kurulu üyesi olduğu durumlarda, ortak olma şartının aranmasını gerektirecek endişelerin ortadan kalkacağı, ancak tüzel kişi ile herhangi bir ilişkisi bulunmayan üçüncü kişilerin temsilci atanması durumunda bu güvencenin varlığının tartışılabilir olduğu yönünde bkz. Watter ve Pellanda, “Die richtige Zusammensetzung,” 53, 54, özellikle dn. 32; Metzler ve Schmuki, “Aktionärseigenschaft des VR-Mitglieds,” 171; Forstmoser, Meier-Hayoz ve Nobel, *Aktienrecht*, 280, Nr. 10.

[24] Hüküm şu şekildeydi: “İdare meclisi pay sahibi aza ortaklardan teşekkül eder. Ancak pay sahibi olmayan kimseler aza seçildikleri takdirde bunlar pay sahibi sıfatını kazandıktan sonra işe başlayabilirler.”

[25] Kemal Şenocak, “Anonim Ortaklıkta Iskat Kararının Sonuçları,” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, no. 1-2 (2007): 284.

[26] İfade etmek gerekir ki, devlet memurlarının (657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m. 28) ve noterlerin (1512 sayılı Noterlik Kanunu m. 50) şirket yöneticisi olmasını engelleyen hükümler de düzen hükmü niteliği taşıyıp bu şartlara uyulmaması -idari yaptırımlar bir tarafa- üyelik sıfatının kazanılması ve kaybı bakımından bir önem arz etmemektedir. Kavram hakkında ve örneklendirme için bkz. Kırca, Şehirli Çelik

bir etkisinin bulunmayacağını belirtmektedir. Nitekim İsviçre öğretisinde de, yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olması şartını öngören (mülga) İsvBK m. 707/2 hükmüne ilişkin benzer yönde görüş beyan edilmekte, üye sıfatının genel kurulun seçim kararı ile kazanıldığı, pay sahibi sıfatının kazanılması veya kaybedilmesinin üyelerin gerek iç gerekse dış ilişkideki faaliyetleri bakımından bir etkisinin bulunmadığı, bu durumun sadece ticaret siciline tescil aşamasında sorun yaratabileceği, onun dışında pay sahibi sıfatını taşımasa veya sonradan kaybetse dahi üyenin yaptığı işlerin geçerli olduğu, zira üyenin yetkilerini pay sahipliği sıfatı sebebiyle değil, yönetim kurulu üyeliği görevi sebebiyle kullandığı, dolayısıyla görev süresi esnasında ortak sıfatı sona erse dahi; ayrıca azil, istifa veya görev süresinin bitmesi gibi üyeliği sona erdiren bir durum gerçekleşmedikçe göreve devam edilebileceği ifade edilmiştir.<sup>[27]</sup>

Kanaatimizce bu tespit TTK m. 623/1 kapsamında limited şirket müdürler kurulu üyeliği açısından da geçerli olmalıdır. Dolayısıyla ortak olma şartının sağlanmaması, müdürlerin sorumluluğunu artırmak dışında, müdürlük görevi açısından bir önem arz etmemelidir.<sup>[28]</sup> Hatta ortak olma şartının sağlanmamasının tek başına herhangi bir zarara yol açmayacağı gerçeği karşısında, en az bir müdürün ortak olması şartının ihlali, tek başına sorumluluk sebebi de teşkil etmemelidir.<sup>[29]</sup>

---

ve Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku*, 412-413; Kendigelen ve Kırca, *Şirketler Hukuku III*, 98, Nr. 203. Aksi yönde bkz. Şenocak ve Özer, Şerh, 4648-4649.

[27] Metzler ve Schmuki, "Aktionärseigenschaft des VR-Mitglieds," 170-171.

[28] Güner, *Sorumluluk*, 30.

[29] Nitekim (mülga) İsvBK m. 707/2 kapsamında İsviçre öğretisinde de benzer yönde görüş beyan edilmiş, ortak olma şartının yerine getirilmemesinin üyelik sıfatı ve sorumluluk bakımından bir önem arz etmediği, bu hükmün bir düzen hükmü olduğu, hükme aykırılığın neredeyse hiçbir yaptırımının bulunmadığı, bu durumda başvurulabilecek yegâne yaptırım olarak İsvBK m. 754 kapsamında sorumluluğun gündeme gelebileceği, ancak (mülga) İsvBK m. 707/2'nin ihlali durumunda sorumluluk davası açılabilmesi için gerekli olan zarar şartı gerçekleşmeyeceğinden bu imkânın da önemsiz kalacağı, dolayısıyla hükme aykırılığın ilgili üye, diğer üyeler ve şirket bakımından bir sonucunun bulunmadığı belirtilmiştir. Bkz. Metzler ve Schmuki, "Aktionärseigenschaft des VR-Mitglieds," 169-170; Isler, "Übernahmeverschulden," 9, dn. 19.

Bu bağlamda düzen hükmü olması sebebiyle ortaklık şartının bir anlam ifade etmediği söylenebilir. Ancak ilk şirket sözleşmesiyle veya daha sonradan genel kurul kararıyla atanacak müdürler bakımından ortak olma şartının fiilen anlamlı olduğu göz ardı edilmemelidir. Zira her ne kadar düzen hükmü olsa da, şirket sözleşmesi tescil edilmek istendiğinde sicil müdürü muhtemelen, en az bir ortağın müdür olması şartı yerine getirilmediği gerekçesiyle şirket sözleşmesinin tescili talebini reddedecektir (TTK m. 32/1).<sup>[30]</sup> Şirket sözleşmesinin tescilinden sonraki aşamada ise, ortaklık sıfatının kaybı müdürlük görevi bakımından bir önem arz etmediğinden ve bu durum için sicilde herhangi bir işlem yapılması gerekmediğinden, bu aşamadan sonra ortak olma şartı, gerçek anlamda müeyyidesiz (*lex imperfecta*) hükme dönüşecektir. Ancak bu durumda da eksikliği tespit eden sicil müdürünün TTK m. 33/1 kapsamında ortak olma şartının yerine getirilmesini talep etmesi, talep yerine getirilmezse şirketin sicil işlemlerine ilişkin diğer taleplerini reddetmek suretiyle şirketi bu şartı sağlamaya zorlaması ihtimal dâhilindedir.<sup>[31]</sup> Yine sonradan genel kurul kararıyla müdür atanması durumunda, en az bir müdürün ortak olması şartının sağlanmaması söz konusu kararın geçersizliğine neden olabilecektir. Nitekim Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 19.04.2016 tarihli bir kararında, en az bir müdürün ortak olması şartına aykırı şekilde müdür tayin eden genel kurul kararının butlanla sakat olduğuna hükmetmiştir.<sup>[32]</sup>

Bu noktada ifade edelim ki, en az bir ortağın müdür olması şartının sağlanmamasının iyi niyetli üçüncü kişilerle yapılan işlemler bakımından zaten bir sonucu yoktur. Zira TTK m. 373/2 (TTK m. 629/1) hükmü gereği, temsil yetkisinin ticaret siciline tescilinden sonra, ilgili kişilerin seçimine veya

[30] Kendigelen ve Kırca, Şirketler Hukuku III, 98, Nr. 201.

[31] Esas sözleşmede yönetim kurulu üye sayısının belirtilmemesine (TTK m. 339/2-g) ilişkin olmakla birlikte aynı yönde bkz. Kırca, Şehirli Çelik ve Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku*, 398.

[32] Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E.2015/9297, K. 2016/4347, 19.04.2016: "...Bu kararla atanan temsilcilerin şirketin ortağı olmadıkları, TTK'nın 623. maddesi uyarınca ise en azından bir ortağa temsil yetkisinin verilmesinin gerektiği, söz konusu hükmün emredici nitelikte bulunduğu, iptali istenilen karar ile anılan emredici hükmün ihlal edildiği, bu aykırılığın TBK'nın 27/1. ve TTK'nın 447/1-a maddeleri uyarınca kararın butlanla sakat olması sonucunu doğurduğu gerekçesiyle söz konusu kararın geçersizliğinin tespitine..." (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası)

atanmalarına ilişkin herhangi bir hukuki sakatlık, şirket tarafından üçüncü kişilere, ancak sakatlığın bunlar tarafından bilindiğinin ispat edilmesi şartıyla ileri sürülebilir. Dolayısıyla ortaklık şartının sağlanmaması iyi niyetli üçüncü kişilerle yapılan işlemler bakımından bir sonuç doğurmayacaktır. Kanaati-mizce düzen hükmü olmasından ötürü ortak olma şartının sağlanmadığını bilen kişilerle yapılan işlemler bakımından da aynı sonuç doğmalıdır.

Öte yandan müdürlerin ortak sıfatını taşıyıp taşıyamamasının, şirkete borçlanma yasağı bakımından önem arz ettiğini belirtmek gerekir. Şöyle ki, TTK m. 395/2 hükmünde pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyelerinin [müdürlerin (TTK m. 644/1-b)] şirkete borçlanması tamamen yasaklanmışken, TTK m. 358 hükmünde pay sahibi olan müdürlerin, şirkete borçlanabileceği öngörülmüştür.<sup>[33]</sup>

Yine ortak olma şartı, ibra kararında oy hakkından yoksunluk açısından da önem arz etmektedir. Zira TTK m. 619/1 hükmü gereği, en az bir müdürün ortak olması şartını sağlamak için müdür olarak atanan kişi ne kendi ne de diğer üyelerin ibrasında oy hakkını kullanabilecektir.

#### IV. MÜDÜRLER İÇİN EĞİTİM VE TECRÜBE ŞARTI

TTK Tasarı m. 359/3 hükmünde, yönetim kurulu üyelerinin, yükseköğrenim görmesi şartı öngörülmekle birlikte, teşebbüs hürriyetine aykırı olduğu gerekçesiyle bu şart daha sonradan Kanun metninden çıkarılmıştır.<sup>[34]</sup> Nitekim öğretide de yükseköğrenim görme şartının ülkemizde yaygın bir uygulaması olan aile şirketlerinin yapısına uymadığı, kaldırılmasının yerinde olduğu ifade edilmiştir.<sup>[35]</sup> Limited şirket müdürleri açısından ise, ne mevcut durumda ne de tasarı halinde eğitim ve tecrübe şartı aranmıştır.

[33] Güner, *Sorumluluk*, 30.

[34] Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), TBMM Dönem 23, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 96, 22. Dönem Adalet Komisyonu Raporu (1/1138), 489, [www.kgm.adalet.gov.tr](http://www.kgm.adalet.gov.tr). (E.T: 15.10.2023)

[35] Rauf Karasu, *Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi*, 2. Baskı (Ankara: Yekin Yayınları, 2015), 196. İsviçre hukuku açısından benzer yönde bkz. Kunz, *Annahmeverantwortung*, 11-12. Üyelerin niteliğine ilişkin süreç hakkında detaylı bilgi için ayrıca bkz. Çelikaş, “Yönetim Kurulu Üyelerinin Nitelikleri,” 605-607.

TTK'nin mevcut halinde yöneticilerin niteliğine ilişkin genel durum yukarıda belirtilen şekilde olmakla birlikte, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun<sup>[36]</sup> m. 23 hükmünde ve 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu<sup>[37]</sup> m. 4/2 hükmünde, yönetim kurulu üyelerinin belli düzeyde eğitim sahibi kişiler arasından seçilmeleri şart kılınmıştır. Yine halka açık şirketler bakımından, Kurumsal Yönetim İlkelerinin Belirlenmesine ve Uygulanmasına İlişkin Tebliğ (Seri: IV, No: 56)<sup>[38]</sup> m. 4/5-1 ve 4/5-11a hükümlerinde, yönetim kurulunun görev ve sorumluluklarının sağlıklı bir biçimde yerine getirebilmesi için borsa şirketlerinde aday gösterme komitesinin kurulacağı, bu komitenin yönetim kuruluna uygun adayların saptanması, değerlendirilmesi ve eğitilmesi konularında şeffaf bir sistemin oluşturulması ve bu hususta politika ve stratejiler belirlenmesi konularında çalışmalar yapacağı ifade edilmiştir.

## V. MÜDÜRLER İÇİN ŞİRKET SÖZLEŞMESİ İLE ÖZEL ŞART ÖNGÖRME İMKANI

6102 sayılı TTK'de, müdürlerden en az birinin ortak olması dışında herhangi bir özel şarta yer verilmese de, şirket sözleşmesiyle bazı şartların aranması mümkündür. Emredici hükümler ilkesinin de, şirket sözleşmesi ile müdürlerin niteliğine ilişkin düzenleme yapmaya engel teşkil etmediği ifade edilmektedir.<sup>[39]</sup>

[36] RG, T. 01.11.2005, S. 25983.

[37] RG, T. 14.6.2007, S. 26552.

[38] RG, T. 30.12.2011, S. 28158.

[39] Aynı yönde bkz. Karasu, *Emredici Hükümler İlkesi*, 149 vd.; Kırca, Şehirli Çelik ve Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku*, 413; Güner, Sorumluluk, 31, dn. 24; Şenocak ve Özer, Şerh, 4650; Kendigelen ve Kırca, *Şirketler Hukuku III*, 100, Nr. 207. Nitekim anonim şirketlerde emredici hükümler ilkesini düzenleyen TTK m. 340 hükmünün gerekçesinde de aynı yönde şu ifadeler yer verilmiştir: "340'ıncı madde bu kanunun herhangi bir hükmünden açıkça anlaşılmasa bile, esas sözleşme ile yönetim kurulu üyeleri başta olmak üzere yöneticiler, denetçiler, işlem denetçileri ve benzeri kişiler için yaş, ek mesleki nitelikler ve kişisel şartlar konulmasına; komisyonlar ve kurullar oluşturulmasına; şeref başkanlıkları ve danışma konseyleri ihdas olunmasına, kurumsal yönetim ilkelerinin uygulanmasına engel değildir. Çünkü her anonim şirket, yöneticilerinde kanunda öngörülenlere ek olarak nitelikler aramak, yaş sınırları koymak ve danışma kurulları kurmak hakkına sahiptir." Limited şirketlerde emredici hükümler ilkesini düzenleyen TTK m. 579'un gerekçesinde de TTK m. 340 hükmünün gerekçesine atıf yapılmıştır.

Bu bağlamda şirket sözleşmesinde, müdür seçilecek kişinin, şirketin faaliyet alanı ile ilgili tecrübe sahibi olması,<sup>[40]</sup> eğitim seviyesinin belirli bir düzeyde olması, ortak olması, belirli yaşta olması gibi şartlar öngörülebilir.<sup>[41]</sup> Özellikle aile tipi şirketlerde müdürlerin aile bireyleri arasından seçilmesi yönünde şartlar da öngörülebilir. Ancak bu tür şartlar her ne kadar kişiselliğin ön planda olduğu aile tipi şirketler açısından yararlı olsa da, şirket sözleşmesine hüküm konurken gelecekteki aile bireylerinin şirket yönetiminin gerektirdiği nitelikleri taşıyıp taşımayacağını kestirmek oldukça zordur. Özellikle ikinci ve üçüncü kuşak aile bireyleri şirketi yönetim konusunda yetersiz veya

[40] Bu noktada üyelerin tamamının şirketin faaliyet alanında uzman olmasını beklemenin hayatın gerçekleriyle bağdaşmayacağını belirtmek gerekir. Zira özellikle yönetim organında görevli üye sayısı fazla olan ve işletme konusu üst düzeyde teknik bilgi gerektiren şirketlerde bu şartı sağlamak zor olacaktır. Dolayısıyla burada üyelerden en az bir veya birkaçının gerekli şartları sağlaması yeterli olacaktır. Nitekim bu gibi durumlarda diğer üyeler yetkin olan üyeye güvenerek hareket edebilecek, bu kişiye duyulan makul karşılanabilecek güven korunacağından üyelerden birisinin yetkin olması diğer üyelerin sorumluluk riskini azaltacaktır. Ancak üyelerden sadece bir veya birkaçının yetkin olduğu şirketlerde diğer üyelerin sorumluluk riskini azaltabilmek için ayrıca yönetim organizasyonunun da etkin bir şekilde oluşturulması gerekecektir. Gerçekten de, üyelerin çoğunluğu yetkin olsa dahi, bu tek başına şirketin başarısı için yeterli olmayacak, şirket organizasyonunun doğru oluşturulup oluşturulmaması şirketin başarısında önemli bir rol oynayacaktır. Dolayısıyla üyelerinin çoğunluğu yetkin olmayan bir şirkette doğru bir organizasyonla başarıya ulaşmak mümkün olabileceken, üyelerin çoğunluğunun yetkin olduğu ancak doğru organizasyonun kurulmadığı bir şirkette başarısızlık kaçınılmaz hale gelecektir. Bu hususta detaylı değerlendirme için bkz. Watter ve Pellanda, “Die richtige Zusammensetzung,” 86 vd. Nitekim İsviçre uygulamasında, şirketin yönetim organizasyonunun yanlış oluşturulmasının, sıklıkla sorumluluğa sebep olan haller arasında yer aldığı yönünde bkz. Daniel Jenny, “Abwehrmöglichkeiten von Verwaltungsratsmitgliedern gegen den Vorwurf der Pflichtverletzung,” *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* 1 (2018): 154.

[41] Bu hususta bkz. Çamoğlu, “Müdür Sıfatı,” 12; Yıldız, *Limited Şirketler*, 249; Yıldırım, *Müdürlerin Hukuki Durumu*, 14; Güner, *Sorumluluk*, 31; Kaya, “Müdürler Kurulunun Oluşumu,” 64; Domaniç, *Anonim Şirketler Hukuku*, 469; Akdağ Güney, *Yönetim Kurulu*, 12; Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku*, 167, 414; Şenocak ve Özer, Şerh, 4650. İsviçre hukuku bakımından aynı yönde bkz. Watter ve Pellanda, “Die richtige Zusammensetzung,” 82.



isteksiz olabilir ve bu durum şirketin yönetim işleyişini bozabilir. Bu sebeple şirket sözleşmesine bu yönde hükümler konurken itinalı davranılmalıdır.<sup>[42]</sup>

Ayrıca şirket sözleşmesiyle müdürlerin niteliğine ilişkin düzenleme yapılırken dürüstlük kuralına<sup>[43]</sup> ve kişilik haklarına riayet edilmelidir. Nitekim sebepsiz yere cinsiyet ayrımı yapan veya belli bir inanç çerçevesinde yaşamayı şart kılan şirket sözleşmesi hükümleri geçersizdir.<sup>[44]</sup>

## VI. MÜDÜR SEÇİLEBİLMEK İÇİN GEREKLİ OLAN ŞARTLARIN SORUMLULUK HUKUKU BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

### A) GENEL OLARAK

6102 sayılı TTK'de en az bir müdürün ortak olması dışında neredeyse başka bir şarta yer verilmemiş, bu şart sağlandığı takdirde herkesin şirket yönetimine katılmasına imkân tanınmıştır. Ancak ortak olma şartının sağlanması, seçilen kişilerin müdürlük görevinin gereklerini yerine getirebileceği anlamına gelmemekte, bu konuda bir güvence sağlamamaktadır.<sup>[45]</sup> Oysa ticari hayatta şirket yönetecek bir kişinin, şirketin faaliyet alanıyla ilgili asgari

[42] Anonim şirketlerde TTK m. 360 kapsamında yönetimde imtiyaz tanınmasına ilişkin olmakla birlikte aynı yönde bkz. Karasu, *Emredici Hükümler İlkesi*, 148-149.

[43] Akdağ Güney, *Sorumluluk*, 12. Yazar, genel kurulun seçim hakkını kullanırken esas sözleşme hükümleriyle bağlı olduğunu, dürüstlük kuralına aykırı kayıtların genel kurulun münhasır seçim yetkisine müdahale anlamına geleceğini ve bu nedenle dürüstlük kuralına aykırı kayıtların geçerli olmayacağını belirtmektedir. Esas sözleşme ile aranacak niteliklerin dar kapsamlı olmaması gerektiği, aksi takdirde genel kurulun seçim yetkisinin fiilen ortadan kalkacağı, bu tür esas sözleşme hükümlerinin geçersiz olacağı yönünde bkz. Karasu, *Emredici Hükümler İlkesi*, 150.

[44] Yıldırım, *Müdürlerin Hukuki Durumu*, 15; Akdağ Güney, *Sorumluluk*, 29 vd. İsviçre hukuku bakımından benzer yönde bkz. Watter ve Pellanda, "Die richtige Zusammensetzung," 82, 83, özellikle dn. 190.

[45] Güner, *Sorumluluk*, 41. Nitekim yatırım yapan ortakların çoğu durumda şirket yönetimi için gerekli olan bilgi ve tecrübeye sahip olmalarının mümkün olmadığı, ticari hayatta maddi ve beşerî sermayenin genellikle eşit olmayan şekilde dağıtıldığı ve nadiren bir kişinin bunların her ikisine de sahip olduğu yönünde bkz. Theresa N. Trautmann, *Die Legitimation der Beschränkten Haftung im Konzern* (Baden-Baden: Nomos, 2020), 120-121.

yeterliliğe sahip olması beklenir.<sup>[46]</sup> Ancak mevcut düzenlemeler dikkate alındığında şirket yönetimi konusunda yetersiz olan kişilerin de limited şirkete müdür atanması mümkündür.

Şüphesiz kanun koyucunun bu tercihi teşebbüs hürriyetini genişleten bir fonksiyona sahiptir. Ancak müdürlerin, şirketi yönetirken objektif özeni göstermeleri gerektiği (TTK m. 626), aksi takdirde sorumluluklarının doğacağı (TTK m. 549 vd.) dikkate alındığında, yetersizliği seçilmeden belli olan kişilerin müdür atanmasına imkân tanınmasının, beraberinde bazı olumsuzlukları getirmesi olasıdır.<sup>[47]</sup> Hatta tam aksine bir tutum sergilenmesi umulurken, ister yetkin olsun ister olmasın, ortaklardan en az birinin müdür sıfatına sahip olması şartı öngörülerek (TTK m. 623/1) ortaklardan hiç birinin şirketin faaliyet alanıyla ilgili bilgi ve tecrübe sahibi olmadığı ihtimalde, yönetim organında yetkin olmayan en az bir kişinin görev alması bir zorunluluk haline getirilmiştir. Özellikle tek kişilik şirketlerde, sermaye şirketlerinin sağladığı sorumluluk sınırlaması bir nevi göz ardı edilmiş, ortağın taahhüt ettiği sermaye miktarınca ve sadece şirkete karşı sorumlu olma (TTK m. 573/2) imkânından yararlanmasının önüne geçilmiştir. Gerçekten de Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği tarafından yayınlanan istatistiklere bakıldığında Türkiye’de kurulan limited şirketlerin ortalama %70’inin tek

[46] Aynı yönde bkz. Oliver Kälin, “Fehlerhafter Expertenrat–wann haften Verwaltungsratsmitglieder für beigezogene Fachpersonen?,” *Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht* 2, (2016): 214; Rolf Sethe, “Geschäftsentscheide, Expertenrat und Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats,” içinde *Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VI*, ed. Rolf Sethe ve Peter R. Isler (Zürich: Schulthess Verlag, 2014), 186; İsmail Doğanay, “Anonim Şirketlerde, Daha Önce Alınmış Bir Karar Olmadan İdare Meclisi Azaları Aleyhine Açılan Davalar İçin Şirket Genel Kurulunun Sonradan İcazet Vermesi Hali, Kararsız Olarak Açılan Davayı Muteber Hale Getirir mi?,” *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 5, no. 4 (1970): 718; Güner, *Sorumluluk*, 30. Nitekim yönetim ve gözetim (Aufsichtsrat/Supervisory) organı olmak üzere ikili yönetim kurulu yapısının benimsendiği Alman hukukunda, gözetim kurulu üyeleri hakkında benzer yönde görüş beyan edilmekte ve hatta gözetim kurulu üyelerinin bir kısmının daha önce yönetim organında görev almış, dolayısıyla şirketin faaliyet alanına ilişkin bilgi sahibi olan kişilerden oluşmasının, -bazı sakıncaları da bulunmakla birlikte- şirket menfaati açısından olumlu sonuç doğuracağı ifade edilmektedir. Bkz. Jean J. du Plessis, Bernhard Großfeld, Claus Luttermann, Ingo Saenger ve Otto Sandrock, *German Corporate Governance in International and European Context*, (Berlin: Springer, 2007), 69, 71.

[47] Güner, *Sorumluluk*, 24, 30.

ortaklı olduğu görülmektedir.<sup>[48]</sup> Dolayısıyla limited şirketlerin çoğunda ortaklar aynı zamanda müdür olmak, dolayısıyla müdürlük görevinden kaynaklanması muhtemel sorumluluk riskini üstlenmek zorundadır.

Oysa TTK m. 623 hükmünün gerekçesinde özden organ ilkesinin terk edilmesine ilişkin olarak şu ifadeler yer verilmiştir:

*Tasarı, İsvBK ile 6762 sayılı Kanuna hâkim olan, İsviçre Tasarısında da aynen korunan özden organ ilkesini terk etmiştir. Bu ilke tüm ortakların, şirketi birlikte yönetmesi dolayısıyla, şirketin yönetiminin ve temsilinin ortaklar için hem hak hem yüküm niteliği taşıması anlamına gelir. Özden/bünyeden yönetim ilkesi şirketi “şahıs şirketi” sınıfına sokar. İsviçre kanun koyucusu limited şirketi bir anlamda sınırlı sorumlu bir kollektif şirketmiş gibi mütalâa etmektedir. Bu yaklaşım modern öğretilerde pek taraftar bulmamakta, limited şirket anonim şirkete nazaran küçük ölçekli bir şirket olarak düşünülmektedir. Bu anlayış Türk limited şirketi için de geçerlidir. Limited şirketi kollektif şirkete çok yaklaştırmamanın “şirketleşme” politikasına uymadığı, böylelikle özellikle yönetimde profesyonelleştirmenin gereksinimlere daha iyi cevap vereceği düşüncesi ağır basmıştır. Bu sebeple özden organ ilkesinden ayrılarak 623’üncü maddede seçilmiş yönetim organı sistemi benimsenmiştir. Yapısı sermayeye dayalı olan şirketlerde, bu şirket kişisel öğeler taşısa da, yönetim, ortaklara kanunen bir hak ve yüküm olarak bırakılmaz, seçilmiş ortak olan veya olmayan kişilere ait olmalıdır. İsviçre öğretisinde üçüncüden organ diye Türkçeye çevireceğimiz bu sistem, hem üçüncü kişinin de organa seçilebileceğini hem de ortağa bu görevin seçikle verildiğini ifade eder[...].*

*Seçilmiş yönetim ilkesi, toplu yönetimin yani özden organ konseptinin uygulamada zorluklara yol açması ve yönetimin yetkin kişilerden ve profesyonellerden oluşmasının gerekli olduğu düşüncesiyle benimsenmiştir.*

TTK m. 623 hükmünün gerekçesinden anlaşıldığı üzere, kanun koyucunun amacı, özden organ ilkesinden vazgeçerek yönetimde profesyonelliği sağlamak ve ortakların yönetici olmalarını zorunlu kılan uygulamanın önüne geçmektir. Buna karşın özden organ ilkesinin uygulandığı eTK döneminden daha olumsuz bir durum yaratıldığını söylemek mümkündür. Zira eTK döneminde müdürlerin ortak olması şartı bulunmamakta, sadece kuruluşta

[48] Bkz. <https://www.tobb.org.tr/BilgiErisimMudurlugu/Sayfalar/KurulanKapananSirketistatistikleri>.

şirket sözleşmesi ile müdür atanmadığı takdirde genel kurul tarafından atama yapılabilecek olumsuzlukların önüne geçmek, sadece şirket sözleşmesiyle müdürlerin niteliğine ilişkin bazı özel şartlar öngörmek suretiyle mümkün olacak, bu konuda şirket sözleşmesiyle düzenleme yapabilme imkânı önemli bir işlev üstlenecektir. Hatta teşebbüs hürriyetine aykırılık teşkil edeceği yönündeki endişenin haklılık payı dikkate alındığında, üyelerin taşınması gereken niteliklere ilişkin düzenlemelerin kanun hükmü yerine ortakların iradesine, dolayısıyla şirket sözleşmesine bırakılması daha uygun düşecektir. Böylece bütün şirketler bakımından sabit/değişmeyen niteliksel şartlar aranması yerine, her şirketin kendi şartlarını dikkate alarak yöneticileri için bazı özel nitelikleri öngörebileceği, daha rasyonel bir sistem benimsenmiş olacaktır.<sup>[49]</sup>

Mevcut hükümler karşısında, müdürlerin niteliğinden kaynaklı ortaya çıkabilecek olumsuzlukların önüne geçmek, sadece şirket sözleşmesiyle müdürlerin niteliğine ilişkin bazı özel şartlar öngörmek suretiyle mümkün olacak, bu konuda şirket sözleşmesiyle düzenleme yapabilme imkânı önemli bir işlev üstlenecektir. Hatta teşebbüs hürriyetine aykırılık teşkil edeceği yönündeki endişenin haklılık payı dikkate alındığında, üyelerin taşınması gereken niteliklere ilişkin düzenlemelerin kanun hükmü yerine ortakların iradesine, dolayısıyla şirket sözleşmesine bırakılması daha uygun düşecektir. Böylece bütün şirketler bakımından sabit/değişmeyen niteliksel şartlar aranması yerine, her şirketin kendi şartlarını dikkate alarak yöneticileri için bazı özel nitelikleri öngörebileceği, daha rasyonel bir sistem benimsenmiş olacaktır.<sup>[50]</sup>

Şirket sözleşmesinde niteliksel bir şart öngörülmediği durumlarda ise yetersiz kişileri müdür seçmekten iradi olarak kaçınmak<sup>[51]</sup> veya müdür seçil-

[49] Benzer yönde bkz. Şenocak ve Özer, Şerh, 4639-4640; Yıldırım, *Müdürlerin Hukuki Durumu*, 13. Bu şartın, yeni düzenleme ile hedeflenen profesyonel yönetim anlayışıyla uyummadığı gibi pratik açıdan bir faydasının da olmadığı yönünde bkz. Abuzer Kendigelen, *Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*, 2. Baskı (İstanbul: Onikilevha, 2012), 536; Kendigelen ve Kırcı, *Şirketler Hukuku III*, 98, Nr. 201.

[50] Benzer yönde bkz. Kunz, *Annahmeverantwortung*, 11-12; Isler, "Übernahmeverantwortung," 9, 10. Yazar, İsviçre hukukunda yönetim kurulu üyeleri için kanunda belirli niteliklerin aranmamasının mantıklı gerekçelerinin olduğunu, zira bu tür şartların her şirketin işletme konusu, büyüklüğü ve mali durumu gibi bireysel koşullarına göre farklılık arz edeceğini ifade etmektedir. Bununla birlikte yazar, her ne kadar kanuni bir zorunluluk öngörülme de şirketin büyüklüğüne göre üyelerin bazı özellikleri taşınması gerektiğini de vurgulamaktadır.

[51] Benzer yönde bkz. Güner, *Sorumluluk*, 26. İsviçre hukukunda da üyelerin niteliğine ilişkin kanuni bir şart bulunmamakla birlikte, seçim yapılırken buna dikkat

mekten iradi olarak kaçınmak<sup>[52]</sup> suretiyle müdürlerin yetersizliği sebebiyle ortaya çıkması muhtemel yönetsel aksaklıklar önenebilecektir.

Bununla birlikte en az bir ortağın müdür olması şartı, ortaklarından hiçbirisinin yetkin olmadığı şirketlerde bu imkânlardan yararlanılmasına engel teşkil edecektir. Zira bu durumda ortaklardan en az birisini müdür seçmek gerekeceğinden şirket sözleşmesinde müdürlerin niteliğine ilişkin özel şartlar aransa dahi, bu şart ortak olma şartının önüne geçemeyecek, şirket sözleşmesindeki niteliksel şartı sağlamayan en az bir ortağın müdür seçilmesi gerekecektir. Yine yetersiz kişileri iradi olarak üye seçmekten kaçınmak veya iradi olarak üye seçilmekten kaçınmak bakımından da benzer sonuç doğacaktır. Ancak sahip olunması gereken pay miktarı önem arz etmediğinden, müdür atanması istenen yetkin bir kişiye göstermelik pay devri yapılmak suretiyle bu olumsuzluğun önüne geçmek mümkün olacaktır.

## **B) YETERSİZ BİR KİŞİNİN MÜDÜRLÜK GÖREVİNİ KABUL ETMESİNİN SORUMLULUK HUKUKU AÇISINDAN ÖNEMİ**

Müdürlerin belli özelliklere sahip olmasını gerektiren herhangi bir kanuni şart mevcut olmadığından, şirket sözleşmesinde aksi kararlaştırılmadıkça müdürlük görevinin fiili gerekliliklerini taşımayan kişiler de üye seçilebilecektir. Dolayısıyla yetersiz olmasına rağmen görevi kabul etmenin sorumluluk sebebi teşkil edip etmeyeceği sorusunun cevaplanması gerekir.

Öğretide şirket yönetiminin gerektirdiği bilgi ve tecrübeye sahip olmayan kişilerin müdürlük görevini kabul etmesinin (kabul kusurunun) tek başına sorumluluk için bir sebep teşkil etmeyeceği, ayrıca sorumluluğun şartlarının gerçekleşmiş olması gerektiği, yetersiz olunmasına rağmen görevi kabul edip

---

edilebileceği, seçimin yapılacağı genel kurulda yönetim kuruluna, kimin üye seçilmesi gerektiği konusunda söz hakkı verilmesi gerektiği, nitekim şirket açısından kimin uygun olacağına yönetim kurulu tarafından daha iyi bilineceği ifa edilmektedir. Bkz. Watter ve Pellanda, “Die richtige Zusammensetzung,” 58, özellikle dn. 58.

[52] Güner, *Sorumluluk*, 24. Nitekim İsviçre Hukuku’nda da yönetim kurulu üyelerinin niteliğine ilişkin kanuni bir şartın mevcut olmadığına dikkat çekilmekte, ancak üye seçilenlerin karşılaşması muhtemel sorumluluk riski nedeniyle, aday olmaktan kaçınıldığı belirtilmektedir. Bkz. Watter ve Pellanda, “Die richtige Zusammensetzung,” 52.

uzman kişilerden yardım almaktan kaçınılmasında olduğu gibi,<sup>[53]</sup> öncelikle kusurlu bir davranışın<sup>[54]</sup> ve bu kusurlu davranış sonucunda bir zararın ortaya çıkması gerektiği belirtilmektedir.<sup>[55]</sup>

Her ne kadar yetersiz olunmasına rağmen görevi kabul etmek tek başına sorumluluğa yol açmasa da müdür seçilecek kişinin, uzman üçüncü kişilerden yardım alarak şirketi yönetebilecek niteliği haiz olması gerekir. Aksi takdirde sorumluluğun gündeme gelmesi kaçınılmazdır. Zira üyenin şahsi yetersizliğini ileri sürerek sorumluluktan kaçınması mümkün değildir.<sup>[56]</sup> Bu noktada üyelerin seçildikten sonra edinecekleri tecrübeyle eksikliklerini gidermesi elbette mümkün ve gereklidir. Ancak özellikle acil durumlarda, sonradan öğrenilen bilgilerin, seçilmeden önce sahip olunması gereken bilgileri karşılaması mümkün olmayabilir. Nitekim bu gibi acil durumlarda üye tecrübe kazanır ancak bu tecrübe şirketin zarara uğraması pahasına elde edilir. Oysa üyelerin görevi, hata yaparak tecrübe kazanmak değil, daha önceki tecrübeleri ışığında şirketin zarara uğramasını önlemektir.<sup>[57]</sup> Kaldı ki bilgi eksikliğinin giderilmesi -uzman kişiler yardımıyla dahi- her zaman mümkün olmayabileceği gibi, mümkün olsa dahi uzmana başvurmak şirket açısından istenmeyen, gereksiz maliyetlere sebep olur.<sup>[58]</sup>

[53] Peter R. Isler, "Sorgfalt und Haftung des Verwaltungsrates," içinde *Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht*, ed. Rolf H. Weber (Zürich: Schulthess Verlag, 2003), 16.

[54] Watter ve Pellanda, "Die richtige Zusammensetzung," 82, özellikle dn. 181.

[55] Ersin Çamoğlu, "Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu," içinde *Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan*, ed. Ersin Çamoğlu, İlhan Helvacı, Veysel Başpınar, Halil Akkanat ve Zekeriya Kürşat (İstanbul: Filiz Kitapevi, 2011), 413, 414. Yetersiz bir kişinin görevi kabul etmesinin başlı başına bir sorumluluk sebebi teşkil edip etmeyeceği konusunda burada belirtilenler ve daha fazlası için bkz. Isler, "Übernahmeverschulden," 3 vd., özellikle 16; Kunz, *Annahmeverantwortung*, 1 vd.

[56] Hasan Pulaşlı, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Yükümlülüğü ve Müteselsil Sorumluluğu," *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 25, no. 11 (2009): 52, 53; Doğanay, "Kararsız Dava," 718.

[57] Aynı yönde bkz. Watter ve Pellanda, "Die richtige Zusammensetzung," 57, özellikle 78 vd.; Kälın, "Fehlerhafter Expertenrat," 214; Sethe, "Expertenrat," 186.

[58] Sethe, "Expertenrat," 193.

Bu başlık altında, görevin gereklerini yerine getiremeyeceği açık olmasına rağmen, en az bir ortağın müdür seçilmesi zorunluluğu sebebiyle müdür seçimine ilişkin icabı kabul eden kişinin durumu üzerinde ayrıca durmakta fayda vardır. Acaba en az bir müdürün ortak olması şartı sebebiyle müdürlük görevinin kabul edilmesi, sorumluluğun değerlendirilmesinde bir indirim sebebi olarak dikkate alınabilecek midir? Eğer şirkette müdürlük görevi için daha uygun bir ortak var ise, yetersiz kişinin en az bir ortağın müdür seçilmesi zorunluluğu sebebiyle görevi kabul etmesi bir indirim sebebi olarak kabul edilmemelidir. Ancak şirkette müdürlük görevi için daha uygun bir ortak mevcut değilse veya şirket tek ortaklı bir şirketse, en az bir müdürün ortak olması şartı sebebiyle görevi kabul etmek, sorumluluğun değerlendirilmesinde bir indirim sebebi olarak dikkate alınabilir (TTK m. 557). Özellikle şirketin davacı olduğu durumlarda, TBK m. 52 bağlamında zarar gören şirketin, zararı doğuran fiile razı olduğu veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olduğu söylenebilir.

## SONUÇ

Limited şirket müdürler kurulu üyeliği için müdürlerden en az birinin ortak olması dışında herhangi bir şart aranmamış, bu şart sağlandığı takdirde herkesin şirket yönetimine dâhil olmasına izin verilmiştir. Nitekim TTK'de anonim şirketlerden farklı olarak müdürler kurulu üyelerinin tam ehliyetli olmalarını veya iflas etmemiş olmalarını öngören bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Her ne kadar öğretilerde müdürler kurulu üyelerinin de tam ehliyetli kişiler arasında seçilmesi gerektiği ifade edilse de bu yönde açık bir düzenleme bulunmadığından tam ehliyetli olmayan küçük ve kısıtlıların da müdür atanması mümkün gözükmektedir. Yine kanunda yasaklayıcı bir düzenleme bulunmadığından iflas etmiş bir kişinin müdür atanması da mümkün olmalıdır.

Kanunda yönetim kurulu üyeliğinden farklı olarak müdürlerin görev süresine ilişkin bir üst sınır öngörülmemiştir. Dolayısıyla müdürlerin sınırsız olarak görev yapmak üzere atanması mümkündür. Ancak özellikle şirkete yabancı üçüncü kişilerin müdür tayini durumunda kısa sürelerin tercih edilmesinde fayda vardır. Zira süresiz olarak görevlendirilen üyeye anlaşmazlık yaşandığında, üyenin görevini sona erdirebilmek için haklı bir sebebin bulunması gerekir. Eğer bir haklı sebebe dayanmadan görev sonlandırılırsa şirketin üyeye tazminat ödemesi gerekir. Tazminat yükümlülüğünden kaçınmak adına görev süresinin kısa belirlenmesi şirketin yararına olacaktır.

6102 TTK'de, yönetim kurulu üyelerinin göreve başlayabilmeleri için pay sahibi olma şartını öngören düzenleme, işlevsizliğine ve profesyonel yönetim anlayışına aykırı olduğuna vurgu yapılarak ilga edilirken, limited şirket müdürler kurulu üyelerinden en az birisinin ortak olması şart kılınmıştır. Dolayısıyla özellikle tek kişilik limited şirketlerde yetkin olmasa dahi ortağın şirket yönetiminde görev alması bir zorunluluk haline getirilmiştir. Ülkemizde kurulan limited şirketlerin yaklaşık %70'inin tek ortaklı olduğu dikkate alındığında, limited şirketlerin çoğunda ortağın aynı zamanda yönetici olması gerekecektir. Kanaatimizce ortak olma şartını arayan bu düzenleme, TTK ile güdülen profesyonel yönetim anlayışıyla bağdaşmamaktadır. Dolayısıyla yapılacak bir kanun değişikliği ile bu düzenlemenin kaldırılmasında fayda vardır.



## KAYNAKÇA

- Akdağ Güney, Necla. *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu*. 2. Baskı. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010.
- Akdağ Güney, Necla. *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*. 2. Baskı. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016.
- Arslanlı, Halil ve Domanıç, Hayri. *Limited Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi, C. III*. 1989 Baskısından Tıpkı Baskı. İstanbul, 2011.
- Arslanlı, Halil. *Anonim Şirketler C. II-III, Anonim Şirketlerin Organizasyonu ve Tabviller*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1960.
- Ayhan, Rıza. “Anonim Şirketlerde Yönetim Kuruluna Üye Seçilebilmek İçin Ehliyet Şartı.” *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1 no. 1 (1988): 235-248.
- Çamoğlu, Ersin. “Limited Ortaklıkta Müdür Sıfatının Kazanılması ve Kaybedilmesi.” *Yargı Dünyası* 224 (2014): 11-20.
- Çamoğlu, Ersin. “Yeni Türk Ticaret Kanunu’nda Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu.” içinde *Prof. Dr. Şener Akyol’a Armağan*. ed. Ersin Çamoğlu, İlhan Helvacı, Veysel Başpınar, Halil Akkanat ve Zekeriya Kürşat, 407-417. İstanbul: Filiz Kitapevi, 2011.
- Çelikleş, İlyas. “Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Nitelikleri Konusunda Karşılaşılabilecek Sorunlar, 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’nu Beklerken”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 18, no. 2 (2012): 601-608.
- Çostan, Hülya. “Özel Hukuk Tüzel Kişilerinin ve Kamu Tüzel Kişilerinin Yönetim Kurulu Üyeliği.” *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 29, no. 1 (2013): 117-137.
- Doğan, Beşir Fatih. *Anonim şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri*. 2. Baskı. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011.

- Doğanay, İsmail. “Anonim Şirketlerde, Daha Önce Alınmış Bir Karar Olmadan İdare Meclisi Azaları Aleyhine Açılan Davalar İçin Şirket Genel Kurulunun Sonradan İcazet Vermesi Hali, Kararsız Olarak Açılan Davayı Muteber Hale Getirir mi?.” *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 5, no. 4 (1970): 710-727.
- Domaniç, Hayri. *Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi II*. İstanbul: Temel Yayınları, 1988.
- Du Plessis, Jean J., Großfeld Bernhard, Luttermann, Claus, Saenger, Ingo ve Sandrock Otto. *German Corporate Governance in International and European Context*. Berlin: Springer, 2007.
- Eminoğlu, Cafer ve Çakır, Fatma Betül. “Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilerin Yönetim Kurulu Üyesi Seçilmesi ve Kamu Tüzel Kişilerinin Yönetim Kuruluna Temsilci Ataması.” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 28, no. 3-4 (2014): 277-297.
- Forstmoser, Peter, Meier-Hayoz, Arthur ve Nobel, Peter. *Schweizerisches Aktienrecht*. Bern: Stämpfli Verlag, 1996.
- Güner, Temel. *Limited Şirket Müdürlerinin Sorumluluğu*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2024.
- Helvacı, Mehmet. “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nın Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu (Organı) Konusunda Getirdiği Yenilikler.” içinde *Avrupa Birliği Perspektifinden Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Sermaye Piyasasına Etkileri, Uluslararası Konferans*. ed. Korkut Özkorkut, 281-268. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, 2010.
- Helvacı, Mehmet. “Yönetim Kurulu.” içinde *40. Yılında Türk Ticaret Kanunu*, 109-121. İstanbul: Beta, 1997.
- Isler, Peter R. “Das Übernahmeverschulden des Verwaltungsrates.” içinde *Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht III*. ed. Rolf H. Weber, 1-23, Zürich: Schulthess Verlag, 2006.
- Isler, Peter R. “Sorgfalt und Haftung des Verwaltungsrates.” içinde *Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht*. ed. Rolf H. Weber, 1-18. Zürich: Schulthess Verlag, 2003.

- Jenny, Daniel. “Abwehrmöglichkeiten von Verwaltungsratsmitgliedern gegen den Vorwurf der Pflichtverletzung.” *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* 1 (2018): 151-179.
- Kälin, Oliver. “Fehlerhafter Expertenrat–wann haften Verwaltungsratsmitglieder für beigezogene Fachpersonen?.” *Zeitschrift für Gesellschafts-und Kapitalmarktrecht* 2 (2016): 214-220.
- Karaahmetoğlu, İsmail Özgün. *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Limited Şirketin Temsili*. 1. Baskı. Ankara: Seçkin, 2014.
- Karasu, Rauf. *Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi*. 2. Baskı. Ankara: Yekin Yayınları, 2015.
- Kaya, Mustafa İsmail. “Limited Şirkette Müdürler Kurulunun Oluşumu ve İşleyişi.” *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 22, no. 1 (2014): 61-101.
- Kendigelen, Abuzer ve Kırca, İsmail. *Şirketler Hukuku III*. İstanbul: Onikilevha, 2023.
- Kendigelen, Abuzer. *Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*, 2. Baskı, İstanbul: Onikilevha, 2012.
- Kırca, İsmail, Şehirli Çelik, Feyzan Hayal ve Manavgat, Çağlar. *Anonim Şirketler Hukuku I*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, 2013.
- Kırca, İsmail. “Anonim Şirketlerde Tüzel Kişilerin Yönetim Kurulu Üyeliği.” *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 28, no. 2 (2012): 51-59.
- Kunz, Rudolf. *Die Annahmeverantwortung von Mitgliedern des Verwaltungsrats*. Zürich: Schulthess Verlag, 2004.
- Metzler, Lukas ve Schmuki, Markus. “Die Aktionärseigenschaft des VR-Mitglieds–zur Bedeutung von Qualifikationsaktien in der Praxis.” *Aktuelle Juristische Praxis/Pratique Juridique Actuelle* (2004): 169-174.
- Öztañ, Bilge. *Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Fiillerinden Doğan Sorumluluk*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1970.

- Pulaşlı, Hasan. “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Yükümlülüğü ve Mütessesil Sorumluluğu.” *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 25, no. 11 (2009): 27-63.
- Sethe, Rolf. “Geschäftsentscheide, Expertenrat und Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats.” içinde *Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht* VI. ed. Rolf Sethe ve Peter R. Isler, 165-201. Zürich: Schulthess Verlag, 2014.
- Şener, Oruç Hami. *Limited Ortaklıklar Hukuku*. Ankara: Seçkin, 2017.
- Şener, Oruç Hami. *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku*. Ankara: Seçkin, 2019.
- Şenocak, Kemal ve Özer, Işık. *Şirketler Hukuku Şerhi IV*. Ankara: Seçkin, 2023.
- Şenocak, Kemal. “Anonim Ortaklıkta Iskat Kararının Sonuçları.” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, no. 1-2 (2007): 279-296.
- Teoman, Ömer. “Kendilerine Yasal Danışman Atanan Kişilerin Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyesi Olup Olamayacakları Sorunu.” *İktisat ve Maliye Dergisi* 26, no. 10 (1980): 416-422.
- Trautmann, Theresa N. *Die Legitimation der Beschränkten Haftung im Konzern*. Baden-Baden: Nomos, 2020.
- Watter, Rolf ve Pellanda, Katja Roth. “Die richtige Zusammensetzung des Verwaltungsrates.” içinde *Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht* III. ed. Rolf H. Weber, 47-95. Zürich: Schulthess Verlag, 2006.
- Yıldırım, Ali Haydar. *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Limited Ortaklık Müdürünün Hukuki Durumu*. İzmir: Güncel Hukuk Yayınları, 2008.
- Yıldız, Şükrü. “6102 sayılı TTK’ya Göre Limited Şirkette Müdürlerin Görev Süresi.” *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 26, no. 2 (2014): 47-56.
- Yıldız, Şükrü. *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Limited Şirketler Hukuku*. İstanbul: Arıkan Basım Yayım, 2007.

# Privately Contracted Armed Security Companies In Merchant Shipping

Sıdıka Deniz AKBAŞ\*

---

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

\* Avukat, Ankara Barosu.  
[akbasdeniz47@gmail.com](mailto:akbasdeniz47@gmail.com). **ORCID:** 0009-0007-9747-6361.

**Date of issue:** 24th November 2023 **Date of acceptance:** 15th April 2024

**Cite:** Akbaş, Sıdıka Deniz. “Privately Contracted Armed Security Companies In Merchant Shipping.” *Journal of Ankara Bar Association* 82, no. 2 (April 2024): 147-176. **DOI:** 10.30915/abd.1395634.

## PRIVATELY CONTRACTED ARMED SECURITY COMPANIES IN MERCHANT SHIPPING

### ABSTRACT

Armed private security companies have recently become a method used by maritime companies to combat piracy or attempted to do so if permitted by flag states. This issue has been regulated to a certain extent by the guiding regulations of the International Maritime Organization (IMO), but there are still clarification issues such as liability, jurisdiction, sovereignty, and insurance. On this page, the current situation has been identified and maintenance-related solutions have been researched.

#### Keywords:

shipping

piracy

International Maritime Organisation

privately armed guard companies

liability

## DENİZ TİCARETİNDE SİLAHLI ÖZEL GÜVENLİK ŞİRKETLERİ

### ÖZ

Silahlı özel güvenlik şirketleri deniz haydutluğu ile başa çıkmak amacıyla son dönemde denizcilik şirketleri tarafından başvurulmuş veya bayrak devletlerinin izin verdiği ölçüde başvurularına çalışılan bir yöntem haline gelmiştir. Uluslararası Denizcilik Örgütü (IMO)'nun rehber niteliğindeki düzenlemeleri ile bu konu hakkında belli ölçüde düzenlemeler yapılmış ancak sorumluluk, yargı yetkisi, egemenlik ve sigorta gibi konularda halen açıklığa kavuşturulması gereken sorunlar mevcuttur. Bu makalede mevcut sorunların tespitine çalışılmış ve bunlarla ilgili çözüm önerileri araştırılmıştır.

#### Anahtar Kelimeler:

denizcilik

deniz haydutluğu

Uluslararası Denizcilik Örgütü

silahlı özel güvenlik şirketleri

sorumluluk

## INTRODUCTION

Various measures are constantly being taken by states to combat piracy, which constitutes a major obstacle to global maritime trade. These measures are based on basically the self-defense of the crew within the means available to them and regional patrolling organizations formed by States. For example, manoeuvring, alarm systems, and physical barriers such as razor wires, water spray, and foam monitors are some anti-piracy methods recommended by the International Maritime Organization (IMO) in Best Management Practices (BMP). Non-violent self-defense measures and patrolling alleviated the issue, but it still threatens global maritime trade's continuousness and human life.

According to the International Maritime Bureau's official statistics, in the first half of 2022, 58 incidents of piracy and armed robbery against ships have been reported, which is the lowest total since 1994.<sup>[1]</sup> On the other hand, 96 % of the vessels attacked were boarded and 23 crew members were taken hostage. These statistics demonstrate that self-defense mechanisms need some supplements to prevent merchant ships from piracy. For this reason, the application of privately contracted armed security guards was improved by the shipping industry. Due to limited availability and the costly nature of patrolling activities, there is a rising demand among shipowners for services provided by private maritime security companies.<sup>[2]</sup> Increasing insurance costs due to piracy incidents and the expenses incurred to obtain hostage or boarded ships outweigh the costs of armed security companies. This situation makes the use of PCASP (Privately Contracted Armed Security Personnel) advantageous in recent years. But armed team presence on board does not mean removing other applications like BMPs or such.<sup>[3]</sup>

[1] "ICC Commercial Crime Services," accessed December 14, 2022, <https://www.icc-ccs.org/index.php/1320-global-piracy-and-armed-robbery-incidents-at-lowest-level-in-decades>.

[2] Ilja Van Hespén, "Protecting Merchant Ships from Maritime Piracy by Privately Contracted Armed Security Personnel: A Comparative Analysis of Flag State Legislation and Port and Coastal State Requirements," *Journal of Maritime Law & Commerce* 45, no. 3 (July 2014): 372.

[3] MSC.1/Circ.1443, "Interim Guidance To Private Maritime Security Companies Providing Privately Contracted Armed Security Personnel On Board Ships In The



The de facto practice of armed guards on board shipping has eventually been accepted by IMO and some States.<sup>[4]</sup> While IMO was strictly objecting to the use of force by private companies and their security personnel until May 2011, the Maritime Safety Committee of IMO at its 89th Session approved interim guidance to ship owners, ship operators, and shipmasters on the use of privately contracted armed security personnel on board ships in the high-risk area. This guidance stated that Private Maritime Security Companies (PMSC) should be operated consistent with the applicable law which means carrying, embarking, or disembarking of arms and deployment of armed personnel subject to the permission of the competent law. Even if every country in the world allows the use of force and regulates the rules for it, there are still questions about liability, jurisdiction, sovereignty, and insurance issues. This practice was born out of a de facto need, but the legal problems caused by the practice need to be resolved.

Since the private security companies aim to deter piracy at least so far, this article initiated with determining piracy activities conditions according to United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) provisions. Then this study starts up with other piracy measures until private security companies implement them. Its implementation is quite new, so the delicate balance between self-defense rights and the use of force against piracy attacks must be determined. In our study, the problems that might be encountered in practice are mentioned under the title of general principles of international law.

UNCLOS 1982 and SUA Convention, respecting primary resources near international principles of law, are mentioned in the second section. As a secondary resource, the IMO Guidelines are examined to identify all actors' obligations from flag States to ship operators in maritime trade.

Lastly, the research analyses the main problems, as to the jurisdiction and liability of main actors, regarding the use of force by private security companies. The countries, one by one, applications are not in the scope of

---

High Risk Area," (25 May 2012), para. 5.4.

[4] Mišo Mudrić, "Armed Guards on Vessels: Insurance and Liability," *Poredbeno Pomorsko Pravo* 165, (2011): 242. Even the UN Security Council advises enhancing communication between governments and the private sector on maritime security in the August 2021 Monthly Forecast.

this research. Additionally, subjects related to insurance will be mentioned only when it is necessary.

## **I. THE DEFINITION OF PIRACY AND PRECAUTIONS FOR PREVENT FROM PIRACY**

### **A) DEFINITION OF PIRACY**

According to Article 101 of UNCLOS, piracy is defined as, illegal acts of violence or detention or depredation committed by a private ship against another for private ends on high seas outside the jurisdiction of any State. The definition of piracy adopted in UNCLOS was insufficient in terms of scope since the act of violence is required on the high seas for piracy to occur. For this reason, IMO adopted the “Code of Practice for the Investigation of Crimes of Piracy and Armed Robbery Against Ships” by Resolution A.1025(26) on 2 December 2009, which introduces the acts of violence, detention and depredation committed for special purposes in the sovereignty areas of states are defined as the act of “armed robbery at sea”. The only thing that distinguishes the act of armed robbery at sea from piracy is the area where the act is committed. In addition to that, while universal jurisdiction has been accepted in piracy, armed robbery at sea is under the jurisdiction of states.

### **B) PRECAUTIONS FOR PREVENT FROM PIRACY**

Various measures are constantly being taken by states to combat piracy, which constitutes a major obstacle to global maritime trade. It can be said that the regulations accepted within the scope of maritime security are generally based on piracy. This is because piracy is often associated with various criminal organizations such as terrorism and smuggling. Looking at the piracy data between 2010 and 2021 in line with the measures taken, it is understood that there is a decrease from year to year (except a slight increase in 2018 and 2020) across the world.<sup>[5]</sup> While there were 445 attacks in 2010, this number decreased to 132 in 2021. This is a positive development for world maritime trade. This development also reveals the important contribution of global cooperation in the fight against maritime security.

---

[5] “Statista”, accessed December 17, 2022, <https://www.statista.com/statistics/266292/number-of-pirate-attacks-worldwide-since-2006/>.

In Global Integrated Shipping Information System (GISIS) of IMO publishes the location and time of the piracy activities simultaneously to guide the actors in maritime shipping. In addition, monthly and annual reports on current piracy data are published regularly.<sup>[6]</sup> It is understood from these reports that piracy activities are concentrated in certain parts of the world (Strait of Malacca and Singapore, South China Sea, West Indian Ocean, Arabian Sea, East Africa, Persian Gulf, East Africa, South America Caribbean). For this reason, establishing various regional organizations by IMO is aimed at ensuring maritime security in these areas within the understanding of regional cooperation.

Maritime Organization of West and Central Africa (WOMCA) in Africa, Regional Agreement on Combating Piracy and Armed Robbery against Ships in Asia (ReCAAP),<sup>[7]</sup> North Atlantic Coast Guard Forum (NACGF) in the North Atlantic and North Pacific Coast Guard Forum (NPCGF) are regional organizations established under the leadership of IMO. WOMCA was created with the participation of 25 states in Africa, which envisages cooperation between states in terms of piracy, maritime terrorism, unregistered and illegal fishing, drug smuggling, laying of illicit oil platforms and pipelines, and prevention of all kinds of smuggling activities at sea. The cooperation organization called ReCAAP was established in 2004 with the participation of 8 Asian countries to ensure maritime security. The agreement establishing this organization is the first multilateral international agreement to prevent piracy.

NPCGF and NACGF started their activities in 2000 and 2007 respectively. NPCGF carries out activities to increase regional security in the North Pacific region and aims to cooperate and exchange information between states to prevent piracy, drug trafficking, migrant smuggling, and illegal fishing activities. Both organizations are based on combining the experiences and intervention forces of the participating states at the time of crisis. In

[6] “IMO”, Piracy Reports, accessed December 17, 2022, <https://www.imo.org/en/OurWork/Security/Pages/Piracy-Reports-Default.aspx>.

[7] Marco Odello, “The Enrica Lexie Incident and the Status of Anti-piracy Security Personnel on Board,” *Journal of Conflict & Security Law* 26, no. 3, (Winter 2021): 571.

addition, funds were created for both organizations<sup>[8]</sup> within the framework of Article 43 of UNCLOS.

Those regional organizations' activities are based on mainly patrolling and inspecting the ships in the scope of "rights of visit", which are granted only to warships and regulated in Article 110 of UNCLOS. Unfortunately, this method of defeating piracy through interdiction alone cannot be successful. Because navy patrols have limited effectiveness and navies cannot be omnipresent.<sup>[9]</sup> Furthermore, states do not have a willingness to capture and punish pirates due to the prohibition of refolement.<sup>[10]</sup> Another important issue more political than legal, is the fear of asylum claims by the convicted pirates at the end of their sentence. UNCLOS art. 105 also follows the same approach, which gives jurisdiction to States to judge alleged pirates, but does not oblige them to do so. At the same time, naval forces focus on the conflict between countries, not preventing crime. Moreover, countries often reject naval escorts through merchant ships, because its cost is too high.<sup>[11]</sup>

One of the most important tools in the fight against piracy is BMP applications. BMP refers to passive and non-lethal measures vessels should take to protect themselves from a pirate attack. Most of the P&I Clubs insist on strict compliance with contemporary BMPs.<sup>[12]</sup> The last version of BMP, which is BMP5, was published in June 2018. Non-lethal force as prescribed under BMP5 should be the first resource used as a counter-piracy

[8] James Kraska, Raul Pedrozo, *International Maritime Security Law*, (Leiden Boston: Martinus Npizorijhoff Publishers, 2013): 20-21.

[9] Brittany E. Pizor, "Lending an "Invisible Hand" to the Navy: Armed Guards As a Free Market Assistance to Defeating Piracy," *Case Western Reserve Journal of International Law* 45, no. 1 and 2, (2012): 548.

[10] Matteo Tondini, "Some Legal and Non-Legal Reflections on the Use of Armed Protection Teams on Board Merchant Vessels: An Introduction to the Topic," *Military Law and Law of War Review* 51, no. 1, (2012): 12.

[11] Pizor, "Lending," 554.

[12] Gareth John Courtois, "Piracy and Privately Contracted Armed Security Personnel: A Comparative Analysis of The Global Response to the Deployment of Armed Guards on Board Merchant Vessels and South Africa's Policy as a Port and Coastal State," (Master's dissertation, University of Kwazulu-Natal, 2014), 24.

measure.<sup>[13]</sup> The BMP5 outlines the best ways to prevent and handle pirate attacks, and while adherence to its recommendations is not mandatory, their adoption is highly encouraged by the IMO.<sup>[14]</sup> According to BMP 5, The Maritime Security Center Horn of Africa (MSCHOA) is the planning and coordination center for the EU Naval Forces (EU NAVFOR). MSCHOA encourages companies to register their ships' movements before entering the High-Risk Area. Additionally, the ships are advised to report suspicious activity to the United Kingdom Maritime Trade Office (UKMTO).

## II. THE URGENT NEED FOR REGULATING ARMED SECURITY GUARDS ON BOARD

Especially between the years 2005 and 2009, there was a rise in piracy in the Western Indian Ocean and the Gulf of Aden. Some merchant vessels initiated to operate with armed guards, to protect ships against pirate attacks on that region due to the insufficient resistance of naval patrols and BMP applications. Although IMO has apprehension about this issue at first, the Maritime Safety Committee (MSC) approved a variety of recommendations for using security personnel on board for all of the actors in the maritime sector since 2011. Security companies can give service with armed or unarmed security personnel, which depends on the agreement acted with the shipowner.

Dated 26 June 2009 MSC.1/Circ.1333, ordered not to use privately contracted armed security personnel on board ships and strongly discouraged the carrying and use of firearms by seafarers due to the possible escalation of violence which could result from the carriage of armed personnel on board merchant ships.<sup>[15]</sup> Because the carriage of arms on board ships may encourage attackers to carry firearms or even more dangerous weapons. However, MSC at its eighty-ninth session (11 to 20 May 2011) approved interim guidance to the Flag States and to shipowners, ship operators, and shipmasters on the use of privately contracted armed security personnel

[13] Sony Vijayan, "The Use of Armed Forces on Merchant Vessels Without Strict Rules for the Use of Force," *Journal of Maritime Law & Commerce* 45, no. 1, (2014): 31.

[14] MSC.1/Circ.1601, "Revised Industry Counter Piracy Guidance," (8 December 2018).

[15] MSC.1/Circ.1333, "Recommendations to Governments for Preventing and Suppressing Piracy and Armed Robbery Against Ships," 12 June 2015. para. 5-7.

on board ships in the High-Risk Areas which is defined as some special measures in Indian Ocean, coast of east Africa and Arabian Peninsula.<sup>[16]</sup>

In addition to IMO, the approach of States on this issue began to change over time. IMO has taken the lead for States regulating standard rules in their domestic laws.<sup>[17]</sup> Increasing insurance and ransom expenses have an impact on the change of attitude.<sup>[18]</sup> According to Article 92 of UNCLOS (United Nations Convention on the Law of the Sea), flag States have exclusive jurisdiction on the high seas and Article 94 of UNCLOS refers to “duties of flag State”. Therefore, the decision to allow PCASP on board ships is a prerogative of flag States, and not all States may allow their use.<sup>[19]</sup> Moreover, coastal States could prohibit, or at least control, the carrying of arms by foreign-flagged ships in their exclusive economic zones or continental shelves under articles 58 or 78 of UNCLOS respectively.<sup>[20]</sup> For an effective application, only flag States’ consent might not be sufficient. Because laws governing the use of force may differ over time and according to location and the applicable national law being that not only of the flag State but may also include that of coastal, port, and other States.<sup>[21]</sup>

[16] High Risk Area defined in the Best Management Practices for Protection against Somalia-based Piracy, unless otherwise defined by the Flag State. MSC.1/Circ.1339, “Piracy and Armed Robbery Against Ships in Waters off the Coast of Somalia”, (September 2011).

[17] Clive R. Symmons, “Embarking Vessel Protection Detachments and Private Armed Guards on Board Commercial Vessels: International Legal Consequences and Problems under the Law of the Sea,” *Military Law and Law of War Review* 51, no. 1, (2012): 28.

[18] Tondini, “Some Legal,” 8. Hespén, “Protecting,” 365. Average amount of ransom paid has risen from 1.45 million USD in 2008, to over 1.9 million USD in 2009, 4.0 million USD in 2010, and 5.3 million USD in 2011.

[19] MSC.1/Circ.1443, para. 1.2.

[20] Symmons, “Embarking,” 32.

[21] MSC.1/Circ.1443, para. 3.3.

## A) PRIMARY SOURCES

### 1- General Principles of International Law and International Regulations Regarding Use of Force

The monopoly of using force ought to belong to States only according to the conventional view in international law.<sup>[22]</sup> However, when a state is unable to protect its citizens, the law of self-defense must be applicable. International law recognizes self-defense as a human right, but there is no unified definition of it.<sup>[23]</sup> It depends on the situation and perspective. Some decisions on this issue are still controversial. For example, in the *Enrica Lexie* incident, the armed forces on the Italian ship opened fire on a boat approaching the ship on suspicion of piracy, and two innocent Indian fishermen were killed. Italy advocated that the warning light be turned on there and the necessary warnings be made, but the boat continued to approach.<sup>[24]</sup> Nevertheless, the Indian court decided to arrest two Italian marines.<sup>[25]</sup> At this point, the necessity of a common definition of self-defense emerges.<sup>[26]</sup> The IMO needs to define common rules regarding the intervention of suspicious ships. Because special forces cannot always determine how they should behave.

[22] This understanding based on John Locke's idea which is written in "*Letter Concerning Toleration*". He argued that individuals in the state of nature have both a right to preserve themselves and a right to punish wrongdoing. But having private persons exercise these rights creates problems. In any dispute, private persons will favor their own interests, they are liable to punish too much, and, even if their claims are rightful, they may lack the raw power to see justice done over a stronger adversary. Robert Leider, "The State's Monopoly of Force and the Right to Bear Arms," *Northwestern University Law Review* 116, no. 1 (2021): 35-80.

[23] Pizor, "Lending," 558. Article 51 of the UN Charter acknowledges a right to self-defence, but the Human Rights Council advocates for a restriction the private use of firearms, hindering the ability of people defend themselves. And the limits of self-defence right vary greatly from country to country.

[24] Symmons, "Embarking," 29.

[25] Hespen, "Protecting," 374.

[26] Pizor, "Lending," 561.

Some States such as the Netherlands only allow to use of their military forces on merchant vessels,<sup>[27]</sup> to overcome the problems that may arise from self-defense right interpretation. These teams known as Vessel Protection Detachments (VPD) operate under their State of nationality's formal rules of engagement.<sup>[28]</sup> Those are special domestic rules for military forces that define the circumstances, conditions, degree, and manner in which the use of force, or actions.<sup>[29]</sup> VPDs are also subject to the relevant laws on the use of force and self-defense like Private Security Armed Guards (PSAG). They should act in moderation and avoid excessive use of force.

In customary international law, the use of force is restricted to cases of necessity or self-defense<sup>[30]</sup>. The use of force must be in the cases in which there is no other way out and in which the requirements of necessity, reasonableness, and proportionality. In *M/V Saiga (No. 2) Case*<sup>[31]</sup> para. 155 states that “*International law . . . requires that the use of force must be avoided as far as possible, and, where the force is unavoidable, it must not go beyond what is reasonable and necessary in the circumstances. Considerations of humanity must apply to the law of the sea, as they do in other areas of international law*”. However, it is hard to define whether the action is more than the limits of self-defense or appropriate to international law. For example, there is a traditional rule regarding the application of non-lethal methods primarily in case of piracy attacks.<sup>[32]</sup> However, the UN Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials regulates

[27] France, Spain, Israel, and Italy provide VPDs to guard commercial vessels flying their flag, but nowadays they allow to use PCASP. Hesperen, p. 382.

[28] Symmons, “Embarking,” 23.

[29] Britannica, <https://www.britannica.com/topic/rules-of-engagement-military-directives>, accessed March 3, 2024.

[30] Anna Petrig, “The Use of Force and Firearms by Private Maritime Security Companies Against Suspected Pirates,” *International and Comparative Law Quarterly* 62, no. 3, (2013): 683.

[31] The *M/V “Saiga” (No.2)*, (*Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea*) 1999. [https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case\\_no\\_2/published/C2-J-1\\_Jul\\_99.pdf](https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_2/published/C2-J-1_Jul_99.pdf).

[32] Symmons, “Embarking,” 48.



that “*Law enforcement officials shall not use firearms against persons except in self-defense or defense of others against the imminent threat of death or serious injury, or to prevent the perpetration of a particularly serious crime involving grave threat to life*”. Therefore, in some situations of an imminent and serious threat, warning shots are not an absolute requirement.<sup>[33]</sup> As a result of that, MSC.1/Circ.1405/Rev.2 advises Private Maritime Security Companies (PMSC) to access competent maritime legal advice on a 24/7 basis.

Besides the principles of international law, the Montreux Document<sup>[34]</sup> regulates private security companies in an armed conflict situation, so that is a part of international humanitarian law. The International Code of Conduct for Private Military and Security Providers (ICoC),<sup>[35]</sup> which is based on the Montreux Document, is also a set of principles relating to private military and security companies. However, both of them are not applicable for private maritime security companies, because they are regulated only for land-based companies.

[33] Symmons, “Embarking,” 44.

[34] <https://www.montreuxdocument.org/about/montreux-document.html>, accessed March 11, 2024. Pınar Akarçay and İrem Şevval Akbaş, “Montrö Dokümanı’nın Uluslararası Örf ve Adet Hukuk Kuralı Olarak Uygulanabilirliği” in *Uluslararası Sistem, Konjonktürel Değişim ve Güvenlik Trendleri*, ed. Dr. Suat Dönmez (İstanbul: Atı Yayınları, 2023), 199-226. The Montreux Document, prepared by the Swiss Government and the International Red Cross Organization, entered into force on 17 September 2008. Today, 58 states and three international organizations are parties to the Montreux Document. The Montreux document is not a binding international agreement but is a guideline that aims to develop good practices for states related to operations of private military and security companies during armed conflict. However, it is an important document in terms of defining the actors related to private security companies (contracting, home states and territorial states) for the first time and determining their obligations in the context of international law.

[35] Akarçay and Akbaş, “Montrö Dokümanı’nın Uluslararası Örf ve Adet Hukuk Kuralı Olarak Uygulanabilirliği”, 222. This regulation was signed by 58 private security companies with the initiative of the Swiss Government in 2010, and the number of signatory companies increased to more than seven hundred within 3 years. With this regulation, the obligations of private security companies and good practices are regulated, not the liabilities of states arising from private security companies, as in the Montreux Document.

## 2- United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS–1982)

UNCLOS is generally silent on the use of force at sea and it orders that *“high seas shall be reserved for peaceful purposes”* in Article 88. Likewise, according to Article 301 of UNCLOS, *“In exercising their rights and performing their duties under this Convention, States Parties shall refrain from any threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any State, or in any other manner inconsistent with the principles of international law embodied in the Charter of the United Nations.”* Those provisions ought to be evaluated with general principles of international law which has been mentioned above. Self-defence is an inherent right that gives any vessel to apply a degree of allowable force when they are under piracy attack. In addition to that non-aggressive military uses of seas are presumed non-prohibited in international law because maritime security is principally based on protection against unlawful and deliberate acts.<sup>[36]</sup>

Additionally, it is worth to mention that whether the UNCLOS provisions, which provide for intervention in the event of suspected piracy, can be applied to the VPDs and PCASPs. According to article 107 of UNCLOS, only military vessels are authorized to seize ships involved in piracy, which means both VPDs and PCASPs cannot seize a suspected ship with piracy. This is also valid for patrolling the suspected vessel, VPDs and PSAGs embark on an individual ship and are only able to protect that ship. In Article 110 of UNCLOS, the “right of visit” is regulated. According to this provision, when there is a reasonable ground for suspecting that the ship engaged in piracy, a warship is justified to boarding. Underlining a warship, the right of visit cannot apply to VPDs.<sup>[37]</sup> Because Article 29 of UNCLOS defines warships as *“For this Convention, “warship” means a ship belonging to the armed forces of a State bearing the external marks distinguishing such ships of its nationality, under the command of an officer duly commissioned by the government of the State and whose name appears in the appropriate service list or its equivalent, and manned by a crew which is under regular armed*

[36] Natalie Klein, Joanna Mossop and Donald Rothwell, *Maritime Security: International Law and Policy Perspectives from Australia and New Zealand* (London: Routledge, 2010), 22.

[37] However, some writers defend its opposite. They see VPDs as a state-controlled military personnel. Therefore, the right of visit can be extended for VPDs. Symmons, “Embarking,” 37.

*forces discipline*”. In the VPDs application, there is an armed or unarmed security team collected with state-controlled military personnel, but the ship is owned by a private shipping company.

### **3- Convention for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Maritime Navigation (SUA Convention)**

In March 1988, adopted the Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Maritime Navigation by IMO.<sup>[38]</sup> The 1988 SUA Convention is the first international convention that includes penal provisions for secure navigation at sea. In this Convention, some crimes are defined and the states are obliged to prosecute or extradite alleged offenders. Among the unlawful acts covered by the SUA Convention in Article 3 are the seizure of ships by force, acts of violence against persons on board ships, and the placing of devices on board a ship that is likely to destroy or damage it. The 2005 Protocol to the SUA Convention was adopted by the Diplomatic Conference on the Revision of the SUA Treaties held from 10 to 14 October 2005. Within the adoption of articles 3bis, 3ter, and 3 quarter of the 2005 Protocol, the number of criminal acts is increased.

### **B) GUIDELINES OF IMO**

MSC at its eighty-ninth session (11 to 20 May 2011) approved interim guidance to Flag States and shipowners, ship operators, and shipmasters on the use of privately contracted armed security personnel on board ships in the High Risk Area. The guidance for ship owners, ship operators, and ship masters, MSC.1/Circ.1405/Rev.2, was revised in May 2012. MSC.1/Circ.1406/Rev.3, the guidance for flag States, revised in June 2015. Similarly, the MSC adopted MSC.1/Circ.1408 in September 2011, which has interim recommendations for port and coastal states regarding the use of privately contracted armed security personnel on board ships in the High-Risk Area.

Above mentioned IMO regulations are advisory. The recommendations are not intended in any manner to override or otherwise interfere with the

[38] IMO Website, <https://www.imo.org/en/About/Conventions/Pages/SUA-Treaties.aspx>, accessed December 25, 2022.

implementation and enforcement of the national legislation of a State or to interfere with that State's rights under international law.<sup>[39]</sup>

The recommendations do not address all the legal issues that might be associated with the use of privately contracted armed security personnel (PCASP) on board ships. They provide considerations on the use of PCASP if and when a flag State determines that such a measure would be appropriate and lawful.<sup>[40]</sup>

According to IMO Recommendations determine the aspects that need to be covered by a State's legal framework to actively permit the use of PCASP on board the merchant ships flying its flag. Until flag States constitute legal barriers, merchant ships will be unable to hire armed guards.<sup>[41]</sup> Ships are also subject to coastal states' regulations to carry guns for protection against pirates because coastal countries exercise jurisdiction over ships that innocent passage through territorial waters. Security companies should give the services within the confines of the law. For example, if coastal states do not allow to carrying of guns, security companies can use unarmed personnel in that territory or one company can use a helicopter to drop a bundle of guns on a ship once the ship reaches international waters.<sup>[42]</sup> Port states can also protect their interests by controlling whether security companies or security guards obtain licenses. Countries may introduce a law such as requiring ships to place guns in a locker when a ship pulls into port.<sup>[43]</sup>

[39] MSC.1/Circ.1408, "Revised Interim Recommendations for Port and Coastal States Regarding The Use of Privately Contracted Armed Security Personnel on Board Ships in The High Risk Area", (25 May 2012), Annex para. 2.

[40] MSC.1/Circ.1406/Rev.3, "Revised Interim Recommendations for Flag States Regarding The Use of Privately Contracted Armed Security Personnel on Board Ships in The High Risk Area," (12 June 2015), Annex, page 1, para.1.

[41] Pizor, "Lending," 556. MSC.1/Circ.1406/Rev.3 Annex, page 1, annex para. 5. However, in open registry countries neither there is a legal prohibition towards the use of armed security guards, nor they have a regulation regarding the requirements with respect to carriage and usage of firearms. Only Cyprus has adopted specific legislation towards their use, including particular provisions about the issuance of certificates.

[42] Pizor, "Lending," 557.

[43] Pizor, "Lending," 569.

### III. THE ACTORS OBLIGATIONS IN SHIPPING SECTOR

#### A) FLAG STATE'S OBLIGATIONS

Flag States should have a policy on whether the use of PCASP will be authorized.<sup>[44]</sup> It seems that explicit authorization is required from IMO recommendations. Because there must be an authorization process that is granted the PCASP meets flag State's requirements. It is a requirement of the principle that regulated by UNCLOS Article 91, ships must comply with the rules of the flag state.

The carriage of such personnel and their firearms and security-related equipment is subject to flag State legislation and policies. That is recommended in IMO guidance, flag States should take into account the possible escalation of violence that could result from the use of firearms when deciding on their policy.<sup>[45]</sup> This obligation is quite important to understand whether private security companies have caused excessive use of force over time. Because in the beginning, flag States and other actors in maritime trade had concerns about this. While some writers claim using PCASP on boards will augment the violence in seas<sup>[46]</sup>, others believe private companies behave more backward concerning the use of firearms.<sup>[47]</sup> MSC.1/Circ.1405/Rev.2 regulates in Annex 5.15. paragraph, PMSC should require that their personnel not use firearms against persons except in self-defense or defense of others. Flag States should provide to hold their control on their own.

Flag State should determine the minimum criteria or minimum requirements with which PCASP should comply. Flag States should issue certificates that demonstrate that the security company meets the requirements.

[44] MSC.1/Circ.1406/Rev.3 Annex, page 1, annex para. 5.

[45] MSC.1/Circ.1406/Rev.3 Annex, page 1, annex para. 3.

[46] Tondini, "Some Legal," 15.

[47] Pizor, "Lending," 566.

## **B) PORT AND COASTAL STATE'S OBLIGATIONS**

MSC.1/Circ.1408 regulates IMO recommendations for port and coastal states regarding the use of privately contracted armed security personnel on board ships. This document is not intended to override or otherwise interfere with the implementation and enforcement of the national legislation of port and coastal States.<sup>[48]</sup> According to IMO Guidance, Member States should facilitate the movement of PCASPs and their firearms and security-related equipment. The recommendation also warns States to communicate with IMO and share information with the shipping industry and the PCASP service providers.<sup>[49]</sup> Port and coastal States are needed to regulate the embarkation and disembarkation of PCASP, firearms, and security-related equipment and the requirements related to vessel calling. Yet, their measures should not hinder the continuation of maritime trade or interfere with the navigation of ships and States should ensure that all measures are consistent with international law.<sup>[50]</sup> Additionally, MSC published a questionnaire, MSC-FAL.1/Circ.2, to guide port and coastal States on 22 September 2011.

## **C) SHIPOWNERS, SHIP OPERATORS AND SHIPMASTER'S OBLIGATIONS**

The risk assessment is the most important part of the shipowner's obligation because it is in the basement of the contract which between the shipowner and the security company. The risk assessment should include, according to MSC.1/Circ.1405/Rev.2;

- “Ship and crew security, safety and protection,
- whether all practical means of self-protection have been effectively implemented in advance,
- the potential misuse of firearms resulting in bodily injury or death,
- the potential for unforeseen accidents,
- liability issues,
- the potential for escalation of the situation at hand, and

---

[48] MSC.1/Circ.1408, Annex, p. 1., para. 2.

[49] MSC.1/Circ.1408, Annex, p. 1., para. 5.

[50] MSC.1/Circ.1408, Annex, p. 1., para. 6.

- compliance with international and national law.”

The use of PCASPs shouldn't be considered as an alternative to BMPs and other protective measures by shipowners.<sup>[51]</sup> Shipowners should contract with a company that provides the requirements of selection criteria in IMO Guidance. PMSC should have maritime experience and it must be documented in certificates. In addition to this, PMSC should prove with documents its management and team-leading skills, chain of authority, and understanding of flag State, port State, and coastal State requirements concerning carriage and usage of firearms with certificates. The company should have written references from previous clients, an understanding of the Somalia-based piracy threat and maintain current knowledge, an understanding of BMP and ship protection measures, and access to competent maritime legal advice on a 24/7 basis.<sup>[52]</sup>

Security companies should comply with the selection criteria of their personnel and provide necessary education to their personnel. PMSC maintains insurance cover for shipowners, security company personnel, and third-party liability cover.<sup>[53]</sup> This coverage should be verified by shipowners and the terms of the agreement signed between the shipowner and security company do not prejudice or potentially prejudice the shipowner's insurance cover. Security companies should also have liability insurance coverage and insurance for personal accidents, medical expenses, hospitalization, and repatriation insurance. Additionally, PMSC should ensure their personnel carry and use firearms on such voyages for accident, injury, and damage arising from the use and carriage of firearms.<sup>[54]</sup>

The contract which signed with PMSC should include *“a clear statement recognizing that at all times the Master remains in command and retains the overriding authority on board, and an agreed procedure in the event of*

[51] MSC.1/Circ.1405/Rev.2, “Revised Interim Guidance to Shipowners, Ship Operators and Shipmasters on The Use of Privately Contracted Armed Security Personnel on Board Ships in The High-Risk Area,” (25 May 2012), Annex, para. 1.5.

[52] MSC.1/Circ.1405/Rev.2, Annex, para. 4.3.

[53] MSC.1/Circ.1405/Rev.2, Annex, para. 5.1.

[54] MSC.1/Circ.1405/Rev.2, Annex, para. 5.4.

*the Master being unavailable*”.<sup>[55]</sup> IMO Guidance highlights the master’s control obligation maintains all times. Despite the master’s overall obligation for his ship, a lethal threat in such circumstances may deprive the master of any final decision to use force. In the case of VPD deployment, there is no obligation of the ship’s master, since obligation for any use of force is normally clarified in an agreement between shipowners and the State of VPDs.<sup>[56]</sup> Even such military agents hired out, they bound to the instructions of the master concerning navigation and safety issues.<sup>[57]</sup>

When a PCASP is employed, the superior authority of the master is another debating issue. IMO Guidance indicates that it is important to involve the Master in the decision-making process<sup>[58]</sup> in risk assessments, however, there might be some unimagined situation that requires the PCASP team leader to have a full-command capability to give an immediate response. It is suggested that security service contracts may include clauses under which the master of the vessel is under an obligation to follow the instructions coming from the PCASP team leader.<sup>[59]</sup> Therefore, the contract between the security company and the shipowner is the primary source of order prioritization for the master and PCASP team leader.

#### IV. MAIN PROBLEMS REGARDING JURISDICTION AND LIABILITY

##### A) JURISDICTION

Justification of legal cases regarding the use of force by PCASPs or VPDs might be in the jurisdiction of different countries because of different nationalities coming together in the same event. According to Article 92 of UNCLOS, ships shall focus on the exclusive jurisdiction of the flag state while on the high seas. This provision is easily understandable when a single ship is involved in the event or crime. When the scenario alters to the use of force from one ship against persons on board another ship, there

[55] MSC.1/Circ.1405/Rev.2 Annex, para. 5.9.1.

[56] Symmons, “Embarking,” 36. The article refers to *Enrica Lexie* case.

[57] Symmons, “Embarking,” 38.

[58] MSC.1/Circ.1405/Rev.2, Annex, para. 1.5.

[59] Mudrić, “Armed Guards,” 245.



is no absolute prohibition on concurrent jurisdiction being permissible like that of *Enrica Lexie*.<sup>[60]</sup> Multiple jurisdiction or concurrent jurisdiction no matter what we call, it is inevitable in some situations.

In the *Enrica Lexie* case, India claimed criminal jurisdiction according to its domestic law and the Bozkurt-Lotus Case of ICJ (1928).<sup>[61]</sup> In the Bozkurt-Lotus Case, in an incident involving collusion between a French mail steamer and a Turkish vessel on the high sea, the sinking of the Turkish vessel led to the death of 8 Turkish seamen on board. Turkish Court justified the captain of the French vessel and sentenced him, then he was released on bail. France objected to Türkiye's jurisdiction and took a case against Türkiye to the Permanent Court of International Justice,<sup>[62]</sup> this Court held that Türkiye was justified in its exercise of jurisdiction because "*there is no rule of international law prohibiting the State to which the ship on which the effects of the offense have taken place belongs from regarding the offense as having been committed in its territory*".

Italy objected to Indian court jurisdiction, citing the Article 97 of UNCLOS.<sup>[63]</sup> This provision states that "*In the event of a collision or any other incident of navigation concerning a ship on the high seas, involving the penal or disciplinary responsibility of the master or any other person in the service of the ship no penal or disciplinary proceedings may be instituted against such person except before the judicial or administrative authorities either of the flag State or of the State of which such person is a national*". Italy defend the acts which committed deliberately or intentionally includes the term "collusion or any other incident" in this provision, which is claimed gives exclusive jurisdiction to Italy beside Article 92 of UNCLOS.

Principally, as indicated Bozkurt-Lotus Case, jurisdiction can be claimed by the flag State of the vessel from which the use of force emanated or

[60] Symmons, "Embarking," 55.

[61] ITLOS, The "*Enrica Lexie*" Incident (Italy v. India), no. 24: 199, para. 94.

[62] [http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927.09.07\\_lotus.htm](http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927.09.07_lotus.htm), accessed March 11, 2024. Case of the S.S. Lotus (France v. Türkiye) (PCIJ 1927).

[63] ITLOS, The "*Enrica Lexie*" Incident (Italy v. India), no. 24: 190, para. 41.

the flag State of the victim vessel.<sup>[64]</sup> Similarly, the SUA Convention gives jurisdiction to both flag states; for the ship where the crime was committed under Articles 6(1)(a) and 6(1)(c), for the ship affected by crime under Articles 6(1)(a) and 6(2)(b). Eventually, the Indian court rejected Italy's claims on account of both of the parties of the SUA Convention.<sup>[65]</sup> Italy advocated continuously both marines should be allowed to return to their homes. In July 2015, Italy took the case to the International Tribunal for the Law of the Ocean (ITLOS). The Tribunal could decide if they ought to be prosecuted in India or not. The matter was then referred to the Permanent Court of Arbitration.<sup>[66]</sup>

Whilst most of the commentators object Indian court's jurisdiction about the principle, accepted in the *Bozkurt-Lotus Case*, which has become questionable nowadays,<sup>[67]</sup> there is a reality of the inexistence of any provision still abolishing nationality of victim ship country's jurisdiction. Article 97 of UNCLOS does not intend to prohibit one of the flag State's jurisdiction in case of captain of both ships was at fault in the accident. Additionally, there is no intentional act in the *Bozkurt-Lotus Case*, it's different than in *Enrica Lexie*. It is worth mentioning that, the SUA Convention gives

[64] Symmons, "Embarking," 55.

[65] Odello, "The *Enrica Lexie*," 554.

[66] Permanent Court of Arbitration, <https://pca-cpa.org/en/cases/117/>, accessed December 27, 2022.

[67] Valeria Eboli, Jean Paul Pierini, "The "Enrica Lexie Case" and the Limits of the Extraterritorial Jurisdiction of India," *Online Working Paper*, no. 39 (March 2012): 14-26. [https://www.researchgate.net/publication/329216960\\_The\\_Enrica\\_Lexie\\_case\\_and\\_the\\_limits\\_of\\_the\\_extraterritorial\\_jurisdiction\\_of\\_India/link/5bfd4652299bf1c2329d5d8b/download](https://www.researchgate.net/publication/329216960_The_Enrica_Lexie_case_and_the_limits_of_the_extraterritorial_jurisdiction_of_India/link/5bfd4652299bf1c2329d5d8b/download), accessed 27 December 2022. The Article says "in the *Lotus case*, does not provide directly jurisdictional link", "...the so called *Lotus Case* which has been baldly invoked as "good law" in the present case. The decision in the *Lotus Case* and common misperceptions on its real meaning..". Symmons, "Embarking," 54. Writer mentions under footnote 158, with refers to A. Raman and The Petition to the EU Commission, "some commentators have taken very global view that reliance on the *Lotus* principle is wrong because the law has now changed and UNCLOS specifically derogates from this in giving exclusive jurisdiction to the flag State".

jurisdiction to more than one State Party to ensure that crimes do not remain unpunished.<sup>[68]</sup>

The jurisdiction of India was also controversial due to the immunity status of VPDs regarding “*ratione materiae*”. This might be defensible because of the different status of VPDs which are subject to flag State’s rules of engagement. This position is in line with the prevailing opinion in international law. The fact that the Tribunal recognized the immunity of Italian military personnel deployed as VPD on a merchant ship raises several questions about similar situations that may occur when private contractors and security companies may be deployed to protect private vessels from pirate attacks.<sup>[69]</sup>

## B) LIABILITY

IMO guidelines determine the obligations of flag States, security companies, and whatever, but it is unspecified when those duties are not accomplished. If there are deficiencies in authorization and certification, the States Parties will pass over the problems within the supervisory mechanism of applicants over time. However, if any accident or incident occurs due to the current use of PCASP, the result of this might be fatality, injury, or only financial loss, it should be determined who and to what extent can be held liable. The issue becomes very complex when charterers get involved.

First of all, when an incident occurs due to PCASP activities, many actors in maritime trade, especially the flag state, can be held responsible. The obligation of the flag State, as mentioned above, may arise from Article 92 of UNCLOS and its other relevant provisions or from the SUA Convention. Besides flag State, shipowner (or operator) and security company might be held liable for acts of PCASP concerning misuse of force. Unfortunately, their obligations are intertwined with each other. IMO Guidance seems to have somewhat circumvented this issue by seeking insurance from both parties, however, the issue is not fully covered in IMO recommendations.

Currently, the marine insurance industry introduced “*knock-for-knock*” clauses in security contracts to solve the difficulties that remain out of

[68] SUA Convention, article 6/1-2. Kraska and Pedrozo, “International Maritime Law,” 810.

[69] Odello, “The *Enrica Lexie*,” 573.

contract in cases of pirate attacks.<sup>[70]</sup> In other respects, the liability of PSCs from that of the shipowner is separated by stipulating that the risk is borne where it occurs, which means the PSCs will cover damage suffered by their personnel, whereas the shipowners will cover their liability.<sup>[71]</sup> This principle is valid also for ship operators and cargo interests. On the other hand, the parties of legal cases might be held responsible according to the domestic rules of applicable law.

---

[70] Mudrić, “Armed Guards,” 245.

[71] Mudrić, “Armed Guards,” 245.

## CONCLUSION

20 years of de facto and approximately 10 years of legal implementation of PMSCs, helped to understand this way of fighting piracy is relatively low costly than insurance premiums due to piracy risk, which include primary risks (occurring damages to hull and cargo during pirate attack), secondary risks (the costs related breach of some contracts such as charter and carriage contracts, the insurance coverage and the investment in security equipment) and tertiary costs (when piracy attack results successfully the ransom and vessel hijacking payments).<sup>[72]</sup> Because armed guard teams seem to eliminate piracy attacks as long as they exist on board. The cost of insurance is about 10 times more than the cost of having armed personnel on board.<sup>[73]</sup>

Similarly, there is a tolerant and even supportive approach settled by the international community in general. Although the International Court of Justice did not address the use of force by non-State actors on the high seas,<sup>[74][74]</sup> the UN Security Council emphasized the need to enhance channels of communication between governments and the private sector on maritime security in the August 2021 Monthly Forecast.<sup>[75]</sup>

On the other hand, although the idea that private companies will make fewer murder attempts outweighs, security companies might be a reason for a variety of troubles for states as the use of force might cause fatalities and injuries, the flag State will be responsible for the actions of the PCASP and VPD teams, the lack of unity in international regulations related armed security guards might cause political crisis between states in such situations like that of *Enrica Lexie*, vetting and certification process brings another obligation for states and there must be a standardization among states' application in this regard.

Regarding the exercise of the self-defense right, when different nations exist in the same event, for example security team might be from a different

[72] Mudrić, "Armed Guards," 253.

[73] Mudrić, "Armed Guards," 242.

[74] Pizor, "Lending," 559.

[75] <https://www.securitycouncilreport.org/monthly-forecast/2021-08/maritime-security.php>, accessed December 26, 2022. UN Security Council Report, Monthly Forecast, (August 2021).

country than the flag State of the ship and the operation might be on the coast of a third State, the domestic law of each may bring a different regulation. Private armed security guards ensure the continued lack of a coherent global strategy for providing a balance between the use of force and self-defense rights. Giving only legal support will not be able to address the confusion regarding applicable law.

Despite the summarized challenges, private security companies will alleviate and share the obligation of fighting against the piracy of states. The shipping industry's willingness to benefit private security guards albeit adding an extra cost for them cannot be disregarded. Use of force in the maritime environment needs the fine balance of sovereign rights and obligations, the international community in general and flag states may improve the standardization. Unified rules and codification may be provided under the leadership of IMO. Besides, as recommended by all, collaboration between companies can be increased with navies.

**BIBLIOGRAPHY**

- Akarçay, Pınar and İrem Şevval Akbaş. “Montrö Dokümanı’nın Uluslararası Örf ve Adet Hukuk Kuralı Olarak Uygulanabilirliği.” in *Uluslararası Sistem, Konjonktürel Değişim ve Güvenlik Trendleri*, ed. Dr. Suat Dönmez (İstanbul: Atı Yayınları, 2023).
- Courtois, Gareth John. “Piracy And Privately Contracted Armed Security Personnel: A Comparative Analysis of The Global Response to the Deployment of Armed Guards on Board Merchant Vessels and South Africa’s Policy as a Port and Coastal State.” Masters dissertation, University of Kwazulu-Natal, 2014.
- Eboli, Valeria and Jean-Paul Pierini. “The “Enrica Lexie Case” and the Limits of the Extraterritorial Jurisdiction of India.” *Online Working Paper*, no. 39 (March 2012): 1-28. [https://www.researchgate.net/publication/329216960\\_The\\_Enrica\\_Lexie\\_case\\_and\\_the\\_limits\\_of\\_the\\_extraterritorial\\_jurisdiction\\_of\\_India/link/5bfd4652299bf1c2329d5d8b/download](https://www.researchgate.net/publication/329216960_The_Enrica_Lexie_case_and_the_limits_of_the_extraterritorial_jurisdiction_of_India/link/5bfd4652299bf1c2329d5d8b/download).
- Hespen, Ilja Van. “Protecting Merchant Ships from Maritime Piracy by Privately Contracted Armed Security Personnel: A Comparative Analysis of Flag State Legislation and Port and Coastal State Requirements.” *Journal of Maritime Law & Commerce* 45, no. 3 (July 2014): pp. 361-400.
- Klein, Natalie, Joanna Mossop and Donald Rothwell. *Maritime Security: International Law and Policy Perspectives from Australia and New Zealand*. (London: Routledge, 2010).
- Kraska, James and Raul Pedrozo. *International Maritime Security Law*. (Leiden Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2013).
- Leider, Robert. “The State’s Monopoly of Force and the Right to Bear Arms.” *Northwestern University Law Review* 116, no. 1 (2021): 35-80.
- Mudrić, Mišo. “Armed Guards on Vessels: Insurance and Liability.” *Poredbeno Pomorsko Pravo* 165, (2011): 217-268.
- Odello, Marco. “The Enrica Lexie Incident and the Status of Anti-piracy Security Personnel on Board.” *Journal of Conflict & Security Law* 26, no. 3, (Winter 2021): 551–576.

- Petrig, Anna “The Use of Force and Firearms by Private Maritime Security Companies Against Suspected Pirates.” *International and Comparative Law Quarterly* 62, no. 3, (2013): 667-701.
- Pizor, Brittany E. “Lending an “Invisible Hand” to the Navy: Armed Guards As a Free Market Assistance to Defeating Piracy.” *Case Western Reserve Journal of International Law* 45, no. 1 and 2, (2012): 545-578.
- Symmons, Clive R. “Embarking Vessel Protection Detachments and Private Armed Guards on Board Commercial Vessels: International Legal Consequences and Problems under the Law of the Sea.” *Military Law and Law of War Review* 51, no. 1, (2012): 21-72.
- Tondini, Matteo. “Some Legal and Non-Legal Reflections on the Use of Armed Protection Teams on Board Merchant Vessels: An Introduction to the Topic.” *Military Law and Law of War Review* 51, no. 1, (2012): 7-20.
- Vijayan, Sony. “The Use of Armed Forces on Merchant Vessels Without Strict Rules for the Use of Force.” *Journal of Maritime Law & Commerce* 45, no. 1, (2014): 15-34.

## Web Resources

- “ICC Commercial Crime Services.” accessed December 14, 2022, <https://www.icc-ccs.org/index.php/1320-global-piracy-and-armed-robbery-incidents-at-low-est-level-in-decades>.
- “Statista.” accessed December 17, 2022, <https://www.statista.com/statistics/266292/number-of-pirate-attacks-worldwide-since-2006/>.
- Wikipedia, [https://en.wikipedia.org/wiki/Rules\\_of\\_engagement](https://en.wikipedia.org/wiki/Rules_of_engagement), accessed December 17, 2022.
- IMO Website, <https://www.imo.org/en/About/Conventions/Pages/SUA-Treaties.aspx>, accessed 25 December 2022.
- UN Security Council Report, Monthly Forecast, (August 2021). <https://www.securitycouncilreport.org/monthly-forecast/2021-08/maritime-security.php>, accessed December 26, 2022.



## Main Sources

United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982.

Convention for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Maritime Navigation, Protocol for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Fixed Platforms Located on the Continental Shelf, 1 March 1992, adopted in March 1988 in Rome.

IMO Maritime Safety Committee Decisions

MSC.1/Circ.1443, “*Interim Guidance To Private Maritime Security Companies Providing Privately Contracted Armed Security Personnel On Board Ships In The High Risk Area*”, (25 May 2012).

<https://wwwcdn.imo.org/localresources/en/OurWork/Security/Documents/MS-C.1-Circ.1443.pdf>

MSC.1/Circ.1601, “*Revised Industry Counter Piracy Guidance*”, (8 December 2018).

<https://wwwcdn.imo.org/localresources/en/OurWork/Security/Documents/MS-C.1-CIRC.1601.pdf>

MSC.1/Circ.1333, “*Recommendations to Governments for Preventing and Suppressing Piracy and Armed Robbery Against Ships*”, (12 June 2015).

<https://wwwcdn.imo.org/localresources/en/OurWork/Security/Documents/MS-C.1-Circ.1333-Rev.1.pdf>

MSC.1/Circ.1408, “*Revised Interim Recommendations For Port And Coastal States Regarding The Use of Privately Contracted Armed Security Personnel on Board Ships in The High Risk Area*”, (25 May 2012).

[https://www.liscr.com/sites/default/files/liscr\\_imo\\_resolutions/MS-C.1-Circ.1408-Rev.1.pdf](https://www.liscr.com/sites/default/files/liscr_imo_resolutions/MS-C.1-Circ.1408-Rev.1.pdf)

MSC.1/Circ.1406/Rev.3, “*Revised Interim Recommendations For Flag States Regarding The Use of Privately Contracted Armed Security Personnel on Board Ships in The High Risk Area*”, (12 June 2015).

<https://wwwcdn.imo.org/localresources/en/OurWork/Security/Documents/MS-C.1-Circ.1406-Rev.3.pdf>

MSC.1/Circ.1405/Rev.2, “*Revised Interim Guidance to Shipowners, Ship Operators And Shipmasters on The Use of Privately Contracted Armed Security Personnel on Board Ships in The High Risk Area*”, (25 May 2012).

<https://wwwcdn.imo.org/localresources/en/OurWork/Security/Documents/MS.C.1-Circ.1405-Rev2.pdf>

### **Court Decisions**

ITLOS, The “*Enrica Lexie*” Incident (Italy v. India) List of cases: No. 24

ITLOS, The M/V “*Saiga*” (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea)  
List of cases: No. 2

ICJ, Case of the S.S. *Lotus* (France v. Türkiye) (PCIJ 1927).

# Cinsel Yönelim ve Cinsiyet Kimliği Açısından Adalete Erişim: Bağlayıcı Olmayan Uluslararası İnsan Hakları Metinleri Çerçevesinde Bir İnceleme

E. İrem AKI\*

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

\* Dr. Araştırma Görevlisi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı.  
[iremaki@gmail.com](mailto:iremaki@gmail.com). ORCID: 0000-0002-2824-9444.

**Makale geliş tarihi:** 25 Şubat 2024 **Makale kabul tarihi:** 15 Nisan 2024

**Atıf önerisi:** Akı, E. İrem. “Cinsel Yönelim ve Cinsiyet Kimliği Açısından Adalete Erişim: Bağlayıcı Olmayan Uluslararası İnsan Hakları Metinleri Çerçevesinde Bir İnceleme.” *Ankara Barosu Dergisi* 82, no. 2 (Nisan 2024): 177-207. DOI: 10.30915/abd.1442850.

## CİNSEL YÖNELİM VE CİNSİYET KİMLİĞİ AÇISINDAN ADALETE ERİŞİM: BAĞLAYICI OLMAYAN ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI METİNLERİ ÇERÇEVESİNDE BİR İNCELEME

### ÖZ

Adalete erişim hukuk sistemlerince güvence altına alınmıştır. Bununla birlikte cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğine dayalı hak ihlallerinde adalete erişim mekanizmaları etkili bir şekilde işlememektedir. Hukuk sistemlerinin bu tür hak ihlalleri karşısında etkili olamamasının önündeki en büyük engellerden bir tanesi hukukun heteronormativitenin ve ikili cinsiyet rejiminin bir aracı olmasıdır. Heteronormativite ve ikili cinsiyet rejiminin bir aracı olarak hukuk cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğine dayalı ayrımcılık ve ihlalleri görmezden gelmekte ve bu durum adalete erişimde problemlere yol açmaktadır. Bu makalede ilk olarak adalet erişim kavramı üzerinde durulacak, ardından hukukun heteronormatif yapısı ve bu yapının adalete erişim mekanizmalarına ulaşmada yol açtığı adaletsiz durumlar ortaya konacak ve son olarak, adalete erişim mekanizmalarının cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği çeşitliliği göz önünde bulundurularak düzenlenmesi konusunda uluslararası kurumlarca devletlere verilen tavsiyeler üzerinde durulacaktır.

### Anahtar Kelimeler:

adalete erişim

ikili cinsiyet rejimi

heteronormativite

cinsel yönelim

cinsiyet kimliği

## ACCESS TO JUSTICE IN TERMS OF SEXUAL ORIENTATION AND GENDER IDENTITY: AN ANALYSIS WITHIN THE FRAMEWORK OF NON-BINDING INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS TEXTS

### ABSTRACT

Access to justice is assured by legal systems; however, access to justice mechanisms often fail to operate effectively in cases involving violations of rights based on sexual orientation and gender identity. One of the most important reasons behind the ineffectiveness of legal systems to face such violations of rights is that the law is an instrument of heteronormativity and the binary gender regime. As a tool of heteronormativity and the binary gender regime, the law ignores discrimination and violations based on sexual orientation and gender identity. This causes problems regarding access to justice. This article, firstly, examines the concept of access to justice. Secondly, it looks at the heteronormative structure of the law and how it produces injustices in the functioning of the mechanisms that are supposed to facilitate access to justice. Finally, it discusses a number of recommendations by international organizations regarding the organization of access to justice mechanisms in consideration to diverse sexual orientations and gender identities.

### Keywords:

access to justice

gender binary regime

heteronormativity

sexual orientation

gender identity

## GİRİŞ

Adalete erişim, hukuk devleti idealinin ve aynı zamanda uluslararası insan hakları hukukunun en önemli gerekliliklerinden bir tanesidir. Bir hukuk devleti çatısı altında yaşayan *tüm* yurttaşların hukuk kurallarının güvencesi altında olduğu varsayılır. Buna göre *herkes* hak ve özgürlüklere, hak ve özgürlüklerinin ihlali durumunda da yetkili mercilere başvurma hakkına sahiptir. Bununla birlikte, hukuk metinlerinde güvence altına alınan haklar, pratikte özellikle belirli gruplar tarafından kullanılamamakta, hakkın ihlali hâlinde de ilgili mercilere ve mahkemelere başvurulamamakta,<sup>[1]</sup> dolayısıyla adalete erişimde büyük zorluklarla karşılaşmaktadır.<sup>[2]</sup> Bu gruplara örnek olarak yoksullar, kadınlar, işçiler, yaşlılar, tüketiciler, sığınmacılar, göçmenler, LGBTİQ+'lar<sup>[3]</sup> verilebilir.

Bu makalenin konusu da cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği temelli ayrımcılık ve hak ihlali durumunda adalete erişimde karşılaşılan problemlerdir. Pek çok raporun ortaya koyduğu gibi Türkiye'de cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğine dayalı yoğun insan hakları ihlalleri (yaşama hakkı, çalışma hakkı, eğitim hakkı, barınma hakkı vb.) yaşanmaktadır.<sup>[4]</sup> Dahası heteroseksüelliğin

[1] Mustafa Özbek, “Sosyal Devletin Gereği: Adalete Erişim,” *Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, no. 4 (2006): 907-908.

[2] Akın Çakın, *Adalete Erişim*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016), 131.

[3] Lezbiyen, Gay, Biseksüel, Trans, İnterseks ve Queer kelimelerinin baş harflerinden oluşan LGBTİQ+ kısaltması çok yaygın olarak kullanılan ve kabul görmüş bir kavramdır. Bununla birlikte bu makalede, LGBTİQ+ kısaltması/terimi yerine olabildiğince cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği terimleri kullanılacaktır. Zira LGBTİQ+ terimi belirli gruplara atıfta bulunurken, *tüm insanlar* cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğine sahiptir. Ayrıca LGBTİQ+ kısaltması daha çok Batı'da kullanılmaktadır. Bu konuda bkz. Daigle Megan ve Henri Myrntinen, “Bringing Diverse Sexual Orientation and Gender Identity (SOGI) into Peacebuilding Policy and Practice,” *Gender and Development* 26, no. 1 (Mart 2018): 103-120.

[4] Kerem Dikmen, *Her Şeye Rağmen! Lgbti+'Ların İnsan Hakları 2021 Yılı Raporu* (Ankara: Kaos GL Derneği, 2022); Dicle Çakmak, *Ayrımcılıktan Yoksulluğa: Türkiye'de LGBTİ+'Lar* (Ankara: 17 Mayıs Derneği, 2022); *2023 Türkiye Raporu* (Strazburg: Avrupa Komisyonu, 2023), 7,16,31,42.

dışındaki cinsel yönelimler ve cis-kadın/erkek<sup>[5]</sup> dışındaki cinsiyet kimlikleri, sadece Türkiye’de değil, dünyanın pek çok yerinde de hukuk sistemlerince tanınmamaktadır.<sup>[6]</sup>

Hukuk sistemleri her ne kadar herkesin hukuk kuralları önünde eşit olduğu idealine dayansa da feminist hukuk teorisyenlerinin ortaya koyduğu gibi *herkes* teriminden anlaşılan uzun bir süre erkekler olmuştur. Bu durum ise hukukun ve dolayısıyla hak ihlallerinin sadece ataerkinin ihtiyaçlarının gözetilerek düzenlenmesine sebebiyet vermiştir. Feminist hukuk

[5] Cis veya natrans: “Sahip olduğu cinsiyet kimliği, doğumda kendisine atanan cinsiyetle örtüşen kişilere denilir.” Deniz Gedizlioğlu, *LGBTİ+ Hakları Alanında Çeviri Sözlüğü* (Ankara: Kaos GL Derneği, 2020), 17.

[6] Türkiye’de transların cinsiyet geçiş sürecinin hukuki olarak başlatılması için gereken şartlar Medeni Kanun’un 40’inci maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, cinsiyet geçiş sürecini başlatmaya mahkemenin izin vermesi için aranan şartlar on sekiz yaşını doldurmuş olmak, evli olmamak, transseksüel yapıda olmak ve cinsiyet geçiş operasyonunun ruh sağlığı açısından zorunlu olmasıdır. Bu maddede üreme yeteneğinden sürekli yoksunluk da mahkemenin cinsiyet geçiş ameliyatına izin vermesi için gerekli şartlardandı. Ancak “...ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu...” ibaresi Anayasa Mahkemesi’nin E. 2017/130, K. 2017/165, Kt. 29.11.2017, RG.20.03.2018-30366 kararıyla, oyçokluğuyla, iptal edilmiştir. Medeni Kanun’un 40’inci maddesine göre mahkemeden cinsiyet geçiş ameliyatı için izin alındıktan sonra “cinsiyet değişikliği” ameliyatı olunabilir ve ameliyat sonrasında nüfus kaydının düzeltilmesi için de dava açılması gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi adı geçen kararında her ne kadar cinsiyet geçiş ameliyatı için “üreme yeteneğinden sürekli yoksunluk” şartını iptal etmiş olsa da cinsiyetin hukuki olarak tanınması için gerekli olan cinsiyet geçiş ameliyatı şartının kaldırılması istemini, E. 2015/79, K. 2017/164, Kt. 29.11.2017, RG.20.03.2018-30366 kararıyla, oyçokluğuyla, reddetmiştir. Anayasa Mahkemesi’nin E. 2017/130, K. 2017/165 sayılı kararının “üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksunluk” ibaresini kaldırması olumlu bir adım olmakla birlikte yeterli değildir. Medeni Kanun’un 40’inci maddesinin AİHM (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi) kararlarına ve Avrupa Konseyi’nin ilgili organlarının tavsiye kararlarına aykırılığı konusunda bkz. Sinem Hun, “Trans Bireylerin Geçiş Süreci ve Hukuka Genel Bir Bakış,” *Yeniden Doğum* içinde (Ankara: Trans Dayanışma Merkezi, 2014), 23-24; Serhat, Özkan, “Cinsiyet Geçiş Sürecinin Hukuki ve Toplumsal Boyutu: Haklar ve İhlaller,” *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 14, no. 1 (Aralık 2017): 70; Özge Yücel, “Cinsiyet Kimliğinin ve Cinsel Yönelimin Medeni Hukukta Statüsü,” *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, no. 2 (2022): 1826-1830.

teorisyenleri hukukun ataerkil yapısını ve bunun yol açtığı adaletsizlikleri ortaya koymuşlardır.<sup>[7]</sup>

Son yıllarda queer hukuk teorisi<sup>[8]</sup> üzerine çalışanlar, hukukun sadece ataerkil yapısının değil, aynı zamanda heteronormatif yapısının da adaletsizliklere sebep olduğunun altını çizmişler ve heteroseksüel ve cis-kadın/erkekler dışındaki varoluşları yok sayan bu yapıya dair eleştiriler dile getirmişler ve hukukun ikili cinsiyet rejiminin bir aracı olduğunu vurgulamışlardır.<sup>[9]</sup> İkili cinsiyet rejimine indirgenmiş ve heteronormatif kabullere dayanan bir hukuk sistemi cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğine dayalı ayrımcılık ve ihlalleri görmezden gelebilecek bu durum da adalete erişim mekanizmalarına ulaşmada sıkıntılara yol açacaktır.

Bu çerçevede, herkes için adalete erişimden bahsediliyorsa eğer, hukuk sistemleri cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğine dayalı ihtiyaçları ve hak taleplerini göz önünde bulundurmalı ve cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğine dayalı ihlallere karşı da etkili adalete erişim mekanizmalarına sahip olmalıdır. Bunun gerçekleşmesi için de öncelikle heteronormatif kabullere ve ikili cinsiyet rejimine sıkışmamış bir hukuk sisteminin *olanaklılığı* ortaya

[7] Gülriz Uygur ve F. İrem Çağlar, “Hukuk,” *Toplumsal Cinsiyet Sosyolojisi* içinde, der. Yıldız Ecevit, Nadide Karkıner (Eskişehir: T.C. Anadolu Üniversitesi Yayını No: 2307, Açıköğretim Fakültesi Yayını No: 1304, 2011), 154-177.

[8] Queer teori, cinsiyet, toplumsal cinsiyet ve cinsel arzu arasındaki kabul edilmiş ilişkiyi sorgular. Annamari Jagose, *Queer Teori*, çev. Ali Toprak (İstanbul: Notabene, 2012), 11. Queer hukuk teorisinin olanaklı olup olmadığı literatürde tartışmalıdır. Bununla birlikte queer hukuk teorisinin queer teorisinin hukuka uygulanmasıyla ilgili olduğu belirtilebilir. Jena McGill ve Amy Salzyn, “Queer Insights on Women in the Legal Profession,” *Ottawa Faculty of Law Working Paper*, no.14 (2014): 11. Bu bağlamda, queer hukuk teorisi cinsiyetin, toplumsal cinsiyetin ve cinselliğin hukuk aracılığıyla nasıl kurulduğunu ve devam ettirildiğini sorgular ve eleştirir. Güneş Çap, “Queer Hukuk Çalışmaları,” *Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk 3* içinde, der. Zeynep Özlem Üskül Engin, Doğan Kara ve Dilşad Kuşuoğlu Altınışık (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022), 124.

[9] Carl F. Stychin, *Law's Desire Sexuality and the Limits of Justice*, (New York: Routledge, 2004); Damian A González-Salzburg, *Sexuality & Transsexuality under the European Convention on Human Rights A Queer Reading of Human Rights Law*, (Oxford: Hart Publishing, 2020); Yücel, “Cinsiyet Kimliğinin ve Cinsel Yönelimin Medeni Hukukta Statüsü,” 1817-1840; Özkan, “Cinsiyet Geçiş Sürecinin Hukuki ve Toplumsal Boyutu: Haklar ve İhlaller,” 55-84.



koyulmalıdır. Zira ikili cinsiyet rejimi ve heteronormativite toplumsal ilişkilerin her alanına içkindir ve neredeyse görünmezdir. Hukuk da ikili cinsiyet rejiminin ve heteronormatif kabullerin sürdürülmesine olanak sağlayan en önemli kontrol araçlarından biridir.<sup>[10]</sup> Her ne kadar hem uluslararası hem de ulusal hukuk düzeyinde toplumsal cinsiyet eşitsizliği büyük oranda yer bulsa da toplumsal cinsiyet denilince ilk akla gelen genellikle cis ve heteroseksüel kadınlar olmaktadır. Bu çerçevede, böylesi yerleşik ve içkin normları ters yüz etmek sanıldığı kadar kolay olmayabilir. Bu nedenle, bu makalede, heteronormatif kabullere ve ikili cinsiyet rejimine sıkışmamış bir hukuk sisteminin olanaklı olup olmadığının insan haklarına ilişkin belirli (hukuki bağlayıcılığı olmayan) belgeleri inceleyerek ortaya konulabileceği ileri sürülmektedir.<sup>[11]</sup> Bu belgeler Yogyakarta İlkeleri, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin CM/Rec(2010)5 Sayılı Tavsiye Kararı ve Birleşmiş Milletler tarafından hazırlanan Herkes Eşit ve Özgür Doğar metnidir. Bu çerçevede öncelikle, adalete erişim kavramı üzerinde kısaca durulacak, ardından hukukun heteronormatif yapısının anlamı ve adalete erişim mekanizmalarına ulaşmada yol açtığı problemlere odaklanılacaktır. Son olarak, heteronormatif kabullere ve ikili cinsiyet rejimine sıkışmamış hukuki metinlerin imkânları olarak yukarıda belirtilen belgeler çerçevesinde, cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği temelli ayrımcılık ve eşitsizlikten kaynaklanan problemleri göz önünde bulunduran adalete erişim mekanizmalarının düzenlenmesi konusunda devletlere verilen tavsiyeler üzerinde durulacaktır.

## I. ADALETE ERİŞİM KAVRAMI

Hukuki girdilerin otomatik olarak hukuki çıktıkları yani mahkeme kararlarını belirlediği anlayışına dayanan hukuki formalizm akımına hukuki realistler 1920'li yıllarda eleştirilerini dile getirmişlerdir.<sup>[12]</sup> 1960'lı yıllarda başlayan adalete erişim hareketi de hukukun sadece kurallardan oluştuğu

[10] González-Salzberg, *Sexuality & Transsexuality*, 23.

[11] Cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğine dayalı eşitsizlik, ayrımcılık ve şiddeti önlemeye ve yasaklamaya dair hukuki olarak bağlayıcılığı olan bir uluslararası sözleşme olmadığı için tavsiye niteliğindeki metinlere bakılacaktır.

[12] Hukuki Realizm Akımı hakkında bkz. Ülker Gürkan, *Hukuki Realizm Akımı* (Ankara: Sevinç Matbaası, 1967).

ve politikadan bağımsız olduğu düşüncesini eleştirmektedir.<sup>[13]</sup> Adalete erişim, Hukuk ve Toplum Hareketi'nin de ana gündem maddelerinden biri olmuştur.<sup>[14]</sup> Adalete erişim akımı, vatandaşların haklarını etkili bir şekilde kullanamadığını ve toplumsal ihtiyaçların tespit edilerek bu konuda reformlar yapılması gerektiğini ileri sürmüştür.<sup>[15]</sup> Sosyal devletin bir gereği olarak mahkemelere, idari mercilere, avukatlara ve yargı dışı uyuşmazlık çözüm mekanizmalarına ulaşmanın önündeki engellerin kaldırılması ve bunlara ulaşma imkânı olmayan kişilerin korunması, hak sahiplerinin gündelik hayatlarında değişiklikler gerçekleştirilmesi, mahkemelerin iş yükünün hafifletilmesi ve uyuşmazlıkların makul sürelerde çözüme kavuşturulması adalete erişim akımının hedefleri arasındadır.<sup>[16]</sup>

Adalete erişim kavramı, genel anlamıyla, bir bireyin bir uyuşmazlık veya hak ihlali durumunda mahkemelere ulaşabilmesiyle, mahkemelere başvurusuyla ilgilidir.<sup>[17]</sup> Bu çerçevede, adalete erişim mekanizmalarına erişim, ilk olarak hakkı ihlal edilen kişinin gerekli mercilere ulaşabilmek için bilgi sahibi olmasıyla ilgilidir. Yani kişinin kolluk kuvvetlerine ve adliyelere ulaşmak için belirli bir bilgiye sahip olması gerekmektedir. Bu bilginin yoksunluğu, örneğin şiddete uğrama hâlinde, kişinin ilk olarak nereye başvurulacağını bilmemesi veya yargılama diline yabancı oluşu, adalete erişimin önündeki engellerden bazılarıdır. Ayrıca, kişinin yetkili mercilere ulaşmada karşılaşılabilecek maddi külfet (yol parasından, avukat ücretine ve mahkeme harçlarına kadar)

[13] Gökçeçişek Ayata, "Kadınların Adalete Erişimi: Mevzuat, Engeller, Uygulamalar ve Sivil Toplumun Rolü" (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi, 2009), 14-15; Seda Kalem Berk, *Türkiye'de "Adalete Erişim": Göstergeler ve Öneriler*, (İstanbul: TESEV Yayınları, 2012), 15-16.

[14] Duygu Hatipoğlu Aydın, "Kadınların Adalete Erişimi," *Ankara Barosu Dergisi*, no. 4 (Temmuz 2015): 81.

[15] Ayata, "Kadınların Adalete Erişimi," 16.

[16] Özbek, "Sosyal Devletin Gereği: Adalete Erişim," 907-914.

[17] Özbek, "Sosyal Devletin Gereği: Adalete Erişim," 908; Francesco Francioni, "The Rights of Access to Justice under Customary International Law," *Access to Justice as Human Right* içinde, der. Francesco Francioni (Oxford: Oxford University Press, 2007), 64.

adalete erişimde karşılaşılan güçlüklerden bir diğeridir.<sup>[18]</sup> Bu nedenle, kişinin avukatla temsil edilmesi ve mahkeme masraflarının üstesinden gelebilmesinde etkili bir adli yardım sisteminin varlığı büyük önem taşımaktadır.<sup>[19]</sup> Bununla birlikte uyumsuzluk karşısında başvurulacak yolları sadece mahkemelere ve avukatlara erişim olarak anlamamak gerekir. Adalete erişim, aynı zamanda sosyal, ekonomik, çevresel ve mekâna dair bütün engellerin kaldırılmasını da içerir.<sup>[20]</sup> Ayrıca, kolluk kuvvetlerinin, savcının, savcı ve mahkeme (özel mahkemeler de dahil olmak üzere) kalemlerinin kişinin cinsel yönelim veya kimliğinden ötürü ayrımcı bir davranışta bulunması kişilerin adalete erişim mekanizmalarına başvurmak istememelerine sebep olabilir. Dolayısıyla adalet erişim kavramının adliye alt kültürüyle de yakından ilişkili olduğunu göz önünde bulundurmak gerekmektedir.<sup>[21]</sup>

Adalet erişim, daha geniş anlamıyla, bir bireyin sadece mahkemeye ulaşabilmesi veya davasını mahkeme önüne getirebilmesiyle değil, aynı zamanda davasının adaletin ve hakkaniyetin gereklerine uygun görülmesi ve karara bağlanmasıyla ilgilidir.<sup>[22]</sup> Özetle adalet erişim kavramı, kişinin davasını mahkeme önüne getirebilmesinin yanında adil bir yargılama süreci içinde adil karara erişmesini de içerir.<sup>[23]</sup>

Adalet erişim 1982 Anayasası'nın 36'ncı maddesi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 27'inci maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı maddesinde düzenlenmiştir.<sup>[24]</sup> Her ne kadar adalet erişim hem ulusal hem de uluslararası mevzuat tarafından güvence altına alınmış olsa da uygulamada birçok problemle karşılaşmaktadır. Dahası adalet erişimin önündeki

[18] Ayata, "Kadınların Adalet Erişimi," 15.

[19] Gülriz Uygur ve Nadire Özdemir, *Adalet Erişimde Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Haritalama ve İzleme Çalışması* (Ankara: Cinsiyet Eşitliği İzleme Derneği (CEİD) Yayını, 2021), 204.

[20] Ayata, "Kadınların Adalet Erişimi," 13.

[21] Çakın, *Adalet Erişim*, 70.

[22] Francioni, "The Rights of Access to Justice," 64.

[23] Uygur ve Özdemir, *Adalet Erişimde Toplumsal Cinsiyet Eşitliği*, 31.

[24] Ulusal ve uluslararası mevzuatta adalet erişim kavramını düzenleyen ve güvence altına alan düzenlemeler için bkz. Ayata, "Kadınların Adalet Erişimi," 12-54.

engeller sadece alt yapı veya kaynak eksikleriyle de ilgili değildir. Bu doğrultuda adalete erişimin önündeki en büyük engeller yapısal eşitsizliklerden kaynaklanmaktadır ki toplumsal cinsiyet eşitsizliği bunlardan biridir.<sup>[25]</sup> Bununla birlikte toplumsal cinsiyeti sadece kadın ve erkeğe, cinsiyet kimliğini sadece natrans/cis varoluşlara, cinsel yönelimi de sadece heteroseksüellüğe indirgemeyecek bir bakış açısıyla adalete erişim kavramı düşünülmeli ve cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği çeşitliliği de göz önünde bulundurularak adalete erişim mekanizmalarında karşılaşılabilecek problemlere ve bu problemlerin üstesinden gelinecek politikalara odaklanılmalıdır. Zira aksi durum adaletsiz durumlara ve insan hakları ihlallerine sebep olmaktadır. Bu bağlamda, adalete erişimin önündeki en büyük engellerden biri toplumsal cinsiyet eşitsizliğinin yanında, cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğine dayalı eşitsizlik ve ayrımcılıktır.<sup>[26]</sup> Her ne kadar cis ve heteroseksüel kadınların deneyimleri ve ihtiyaçları literatürde ve sivil toplumun hazırlamış olduğu adalete erişimle ilgili raporlarda genişçe yer bulsa da aynı şey ne yazık ki LGBTİQ+lar için geçerli değildir.<sup>[27]</sup>

Bu kapsamda adalete erişimi, toplumun *bütün kesimlerinin* erişebilirliği çerçevesinde etkili adalete erişim olarak anlamak gerekmektedir. Bu tür bir anlayış da sadece etkili bir adli yardım sistemi değil, yargılamaya başvuranların ihtiyaçlarının anlaşıldığı ve karşılandığı etkili bir adalete erişim sistemi gerektirmektedir.<sup>[28]</sup> Bu çerçevede, yukarıda belirtildiği gibi, yargılama sırasında yaşanan deneyimler de önemlidir. Yargılama sürecinin veya soruşturma ve kovuşturma aşamalarının nasıl deneyimlendiği kişinin cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğine göre farklılık göstermektedir. Bu durum da adalete erişim mekanizmalarına erişimde karşılaşılan zorluklardan kaynaklanmaktadır. Diğer bir ifadeyle adalete erişim mekanizmalarında yaşanan deneyimler

[25] Uygur ve Özdemir, *Adalete Erişimde Toplumsal Cinsiyet Eşitliği*, 23.

[26] Uygur ve Özdemir, *Adalete Erişimde Toplumsal Cinsiyet Eşitliği*, 23.

[27] Uygur ve Özdemir, *Adalete Erişimde Toplumsal Cinsiyet Eşitliği*, 181.

[28] Robert McClelland, "Foreword," *A Strategic Framework for Access to Justice in the Federal Civil Justice System* içinde, hazırlayan Access to Justice Taskforce Attorney-General's Department (Barton: Commonwealth of Australia, 2009), ix, erişim 24 Şubat 2024, <https://www.ag.gov.au/legal-system/publications/strategic-framework-access-justice-federal-civil-justice-system>; Uygur ve Özdemir, *Adalete Erişimde Toplumsal Cinsiyet Eşitliği*, 32.

kişinin toplumsal cinsiyetinin yanında, cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğine göre değişmektedir. Bu tür problemler, adalete erişim mekanizmalarının ikili cinsiyet rejimine ve heteroseksizme sıkışmış bir şekilde inşa edilmemesi gerekliliğini de ortaya koymaktadır.

Cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğine dayanan ihlaller ve ayrımcı muamelelerin farkında olan bir yaklaşım adalete erişim ve nihayetinde adil bir yargılama bakımından önem taşımaktadır. Bu tür bir yaklaşım edinebilmek için de hukukun heteronormatif yapısının farkında olunmalıdır. Zira bu yapı adalete erişimin önündeki en büyük engeldir.

## II. HUKUKUN HETERONORMATİF YAPISI

Heteronormativite “[i]kili cinsiyet rejimine dayanarak heteroseksüelliğin, cinsel yönelimin asli biçimi ve normu olduğu düşüncesi” ne dayanır.<sup>[29]</sup> İkili cinsiyet rejimi ise kadın ve erkek olmak üzere sadece iki cinsiyetin olduğu, bu iki cinsiyetin birbirinden biyolojik olarak tamamen farklı olduğu ve bunun doğal olarak böyle olduğu varsayımına dayanır.<sup>[30]</sup> Heteronormativite (heteroseksüel hegemonya) belirli normlara dayanır. Judith Butler bu normlar ağını ya da dizisini “heteroseksüel matris” olarak adlandırır. Heteroseksüel matris modelinde, “zorunlu heteroseksüellik pratiği üzerinden karşıt toplumsal ve hiyerarşik bir şekilde tanımlanan istikrarlı bir toplumsal cinsiyetin ifade ettiği istikrarlı bir cinsiyetin (eril erkeği, dişil kadını ifade eder) şart olduğu,

[29] Gedizlioğlu, *LGBTİ+ Hakları Alanında Çeviri Sözlüğü*, 31.

[30] İkili cinsiyet rejimi: “Cinsiyetin, toplumsal bir sistem aracılığıyla maskülen/ erkek ve feminen/kadın şeklinde birbirine karşıt olarak konumlandırılan iki form ile sınıflandırılması. Bu model yalnızca non-binary insanları yok saymakla kalmaz; aynı zamanda beden cinsi, cinsiyet ve cinsellik arasında doğrusal bir bağ olduğunu varsayarak toplumun olağan işleyişinde cinsiyetçilik, cis-seksizm ve heteroseksizmin sürekli yeniden üretilmesini sağlar.” Gedizlioğlu, *LGBTİ+ Hakları Alanında Çeviri Sözlüğü*, 23.

Cis-seksizm, “Cis insanların trans insanlardan üstün olduğuna, cis insanların özünde daha gerçek, daha doğal vb. olduğuna yönelik inanç ve eğilimler bütünü. Toplumsal hayatı cis insanlara göre tasarlayarak cis insanları trans insanlardan daha ayrıcalıklı kılan sistematik bir yaklaşıma işaret eder.” Gedizlioğlu, *LGBTİ+ Hakları Alanında Çeviri Sözlüğü*, 18.

bedenlerin ancak bu koşulda tutarlı ve akla yatkın olabileceği varsayılır.”<sup>[31]</sup> Daha açık bir ifadeyle, ikili cinsiyet rejimiyle birlikte düşünürsek, heteroseksüel matris ya da bu normlar ağı erkekliğin ve dişiliğin biyolojik olarak tamamen birbirinden farklı olduğunu ve hiyerarşik olarak erkeğin kadından üstün olduğunu kabul eder. Dahası bu birbirinden ayrılan iki cinsiyete de belirli davranışlar yükler: Erkekler eril davranmalıdır, kadınlar da dişil. Buna göre erkekler dişil davranışlarda bulunursa veya kadınlar eril davranışlarda bulunursa toplumdan dışlanabilecek, dahası şiddete ve hak ihlallerine uğrayabileceklerdir. Bu normlar ağı ve ikili cinsiyet rejimi sadece bu iki cinsin birbirlerine duygusal ve cinsel çekimde bulunabileceği ve bunun ezeli ve ebedi olarak böyle olduğu anlayışına dayanır ve bu anlayışı hukuk, medya, sinema, edebiyat gibi çeşitli araçlarla sürdürür.<sup>[32]</sup> Yani etrafımız bu tür normlarla sarılıdır. Bu anlamda heteroseksüel ilişki *normal* olandır ve hukuk sisteminin de merkezini oluşturur. Diğer bir ifadeyle, hukuk cinsiyet, cinsellik ve cinsel arzu üzerinde söz sahibidir. Hukukun bu anlamda nasıl bir etkisi olduğuna dair de literatürde farklı düşünceler bulunmaktadır. Nicola Lacey, hukukun, toplumsal cinsiyetlendirilmiş kimlikler üzerindeki rolü üzerine, literatürdeki üç farklı düşünce şeklini açıklar. Buna göre ilk düşünce şekli analitiktir. Bu düşünce şekli, öznelerin kadın/erkek, eşcinsel/heteroseksüel gibi kimliklerle hukuk alanına girdiği, hukukun sadece var olan bu kimlikleri onayladığı düşüncesine karşı çıkar. Bu yaklaşıma göre hukuk, öznelerin cinsiyetlendirilmesinde yani cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği gibi kimliklerin biçimlendirilmesinde aktif bir rol oynamaktadır. Diğer bir ifadeyle, “cinsiyetlendirilmiş kimlikler, önemli oranda hukuk gibi güçlü toplumsal söylemlerin bir sonucudur.”<sup>[33]</sup>

İkinci yaklaşım ise hukukun cinsiyetlendirilmiş kimliklerin oluşumundaki rolünü ve feminizmin politik taahhütlerini bir arada ele alır. Yani hukukun kendisinin cinsiyetlendirilmiş kimlikleri oluşturduğu önermesine bu

[31] Judith Butler, *Cinsiyet Belası*, çev. Başak Ertür, (İstanbul: Metis Yayınları, 2014), 49.

[32] Alison Stone, *Feminist Felsefeye Giriş*, çev. Yonca Cingöz ve Bilge Tanrısever, (İstanbul: Otonom Yayıncılık, 2019), 100-101; E. İrem Akı, “İkili Cinsiyet Rejimi,” *Feminist Bellek* (blog), 23 Ağustos 2021, <https://feministbellek.org/ikili-cinsiyet-rejimi/>.

[33] Nicola Lacey, “Kimliğin İnşası: Toplumsal Cinsiyet, Feminist Hukuk Teorisi ve Hukuk ve Toplum Hareketi,” çev. F. Ceren Akçabay, *Hukuk ve Toplum El Kitabı* içinde, der. Austin Sarat, (İstanbul: Isık Yayınları, 2021), 657.

oluşturulan kimliklere eleştirel bir açıdan bakmayı ekler. Örneğin hukukun yarattığı “kadın” veya “gey” kategorisi analiz edilir ve bu kimliğin baskılanması, susturulması, haysiyetsizleştirilmesi eleştiri konusu yapılır.<sup>[34]</sup>

Üçüncü yaklaşım ise yeniden inşacı görüştür. Bu görüşe göre hukuki kurumlar ve hukuk dili ters yüz edilip, toplumsal cinsiyet ve cinselliğe dair yeni bakış açıları ve yeni cinsiyetlendirilmiş kimlikleri inşa etmekte kullanılabilir. Lacey, bu noktada normatif/kavramsal yeniden inşa ve kurumsal inşa olmak üzere ikili bir ayrım yapılması gerektiğini öne sürer. Normatif/kavramsal yeniden inşa hak, egemenlik, taciz gibi hukuki kavramların ve sınıflandırmaların yeniden yorumlanmasını öngörürken, kurumsal yeniden inşa hukuk kuralları ve kurumlarının yeniden tasarlanmasını öngörür. Bununla birlikte bu ayrımın çok kesin olmadığı farkında olmak gerekmektedir.<sup>[35]</sup>

Özetle, hukuk heteronormatif toplumun bir aracıdır ve heteroseksüel bir matris yaratmak ve sürdürmek, cinsiyetli ve cinsel hukuki özneleri şekillendirmek ve adlandırmak için kullanılan bir araçtır, güçlü bir sosyal söylemdir.<sup>[36]</sup> Bu bağlamda, hukuki metinlerin ve mahkeme kararlarının vakaları veya olguları nasıl tanımladığı, sınıflandırdığı veya adlandırdığı, hukuk sistemi altında yaşamak zorunda olan hukuki öznelerin yaşamlarını ciddi bir biçimde etkiler. Lucinda M. Finley’in<sup>[37]</sup> belirttiği gibi:

Hukuk, bir şeyin ne olduğunu ya da olmadığını ve bir durum ya da olayın nasıl anlaşılması gerektiğini kesin olarak söyleyebilir. Hukukun kullandığı kavramlar, kategoriler ve terimler ile hukukun kendisini ifade ettiği, uygulamalarını düzenlediği ve anlamlarını inşa ettiği muhakeme yapısı, durumların popüler ve otoriter anlayışlarını şekillendirmek için özellikle güçlü bir yeteneğe sahiptir. Hukuk dili düşünceleri ifade etmekten daha fazlasını yapar. Belirli dünya görüşlerini ve olaylara ilişkin anlayışları güçlendirir. ... Hukuk, tanımları ve olaylar hakkında konuşma biçimi aracılığıyla, alternatif anlamları susturma – diğer hikayeleri bastırma – gücüne sahiptir.

[34] Lacey, “Kimliğin İnşası,” 658.

[35] Lacey, “Kimliğin İnşası,” 658.

[36] Stychin, *Law’s Desire*, 156; González-Salzberg, *Sexuality & Transsexuality*, 23.

[37] Lucinda M. Finley, “Breaking Women’s Silence in Law: The Dilemma of the Gendered Nature of Legal Reasoning,” *Notre Dame Law Review* 64 (1989): 888.

Bastırılmış hikâyeler, heteroseksist ve ikili cinsiyet rejimine dayanan hukuk sisteminin dışında bırakılanların hikâyeleridir. Bu nedenle, bu seslerin ortaya çıkmasına olanak tanıyan hukuki metinlere ve adalete erişim mekanizmalarına ihtiyaç vardır. Bu çerçevede bir sonraki bölümde hukukun heteronormatif yapısını kıran ve bu yolla bastırılan seslerin ve taleplerin duyulmasına olanak sağlayan uluslararası insan hakları belgelerine (bağlayıcı olmayan) yer verilecektir.

## II. ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI KORUMA MEKANİZMLARINDA VE TAVSİYE KARARLARINDA CİNSEL YÖNELİM VE CİNSİYET KİMLİĞİ AÇISINDAN ADALETE ERİŞİM

Yukarıda belirtildiği gibi, ulusal mevzuatta adalete erişim anayasa ve kanunlar düzeyinde korunmuş olsa da bu düzenlemeler cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğine duyarlı değildir. Uluslararası düzeyde ise, cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğine dayalı ayrımcılığı ve şiddeti önlemeyi ve korumayı amaçlayan CEDAW<sup>[38]</sup> (*The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*) veya İstanbul Sözleşmesi benzeri bir antlaşma olmaması büyük bir eksikliktir.

Dahası uluslararası insan hakları sözleşmelerinde cinsel yönelim, cinsiyet kimliği ve cinsiyet özellikleri çoğu zaman bir ayrımcılık sebebi olarak (cinsiyet ve toplumsal cinsiyet gibi) belirtilmemiştir.<sup>[39]</sup> Dolayısıyla cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğine dayalı insan hakları ihlallerine karşı uluslararası müdahalelerin parçalı olduğunu göz önünde bulundurmak gerekmektedir.<sup>[40]</sup>

Bununla birlikte her ne kadar böyle bir antlaşma olmasa da cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğine dayalı ayrımcılığı ve şiddeti önlemek ve bu ihlallerle

[38] Kadına Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi

[39] Bu durumun bir istisnası İstanbul Sözleşmesi'dir. Sözleşme'nin 4'üncü maddesinin 3'üncü paragrafı ayrımcılık nedenlerini sayarken cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğine de yer vermiştir. Bununla birlikte, 20 Mart 2021 tarihinde Resmî Gazetede yayımlanan, 3718 sayılı Cumhurbaşkanı kararıyla İstanbul Sözleşmesi'nin "*Türkiye Cumhuriyeti bakımından feshedilmesine*" karar verilmiştir.

[40] *Cinsel Yönelim, Cinsiyet Kimliği, Cinsiyet İfadesi ve Cinsiyet Özellikleri ile İlişkili Olarak Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Uygulanmasına Dair Yogyakarta İlkeleri*, çev. Aylin Eti ve Işıl Demirakın (Ankara: Kaos GL Derneği, 2020), 6. (Buradan itibaren *Yogyakarta İlkeleri*).



mücadele etmek için uluslararası düzeyde çeşitli tavsiye kararları mevcuttur. İnsan hakları ihlallerini denetleme mekanizmalarında da cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğine dayalı şiddet ve ayrımcılığa yer veren raporlar ve sonuç gözlemleri bulunmaktadır. Örneğin Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'ye gösterilen uyumu denetleyen İnsan Hakları Komitesi pek çok sonuç gözleminde “cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğine bakılmaksızın herkesin eşit haklardan yararlanmasını teminat altına almaları için Taraf Devletlere defalarca çağrıda bulunmuş ve LGBTİ kişilere yönelik şiddet ve ayrımcılığın üzerine gitmeleri için Devletleri teşvik etmiştir.”<sup>[41]</sup> Ayrıca, Komite, 2012 yılında Türkiye'ye ilişkin Sonuç Gözlem Raporu'nda Türkiye'de LGBTİQ+'lara yönelik şiddet ve ayrımcılığa karşı derin bir endişe duyduğunu belirtmiş ve Hükümet'e bu konuda gerekli yasal ve politik tedbirleri almasına dair tavsiyede bulunmuştur.<sup>[42]</sup>

Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi'ne uyumu denetleyen Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, “sözleşmenin ayrımcılık yasasına ilişkin sağladığı teminatın cinsel yönelim, cinsiyet kimliği ve interseks statüsünü de kapsadığını teyit etmiştir.”<sup>[43]</sup>

Kadınlara Karşı Şiddete İlişkin Özel Raportör de cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğine dayalı şiddet ve ayrımcılığa dikkat çekmiştir.<sup>[44]</sup> CEDAW Komitesi ülkeler hakkındaki sonuç gözlemlerinde de cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğine dayalı şiddet ve ayrımcılık vakalarının varlığına dikkat çekmiştir. Örneğin Güney Afrika hakkında sonuç gözleminde “cinsel yönelimleri nedeniyle cinsel şiddete maruz kalan kadınlara ilişkin ciddi endişe duyduğunu belirtmiştir.”<sup>[45]</sup>

[41] Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, *Herkes Özgür ve Eşit Doğar Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Cinsel Yönelim, Cinsiyet Kimliği ve Cinsiyet Özellikleri*, (Ankara: Kaos GL Derneği, 2019), 10. (Buradan itibaren: *Herkes Özgür ve Eşit Doğar*).

[42] Salih Şahin, *Adalet Bakanlığı için LGBT Hakları El Kitabı*, (Ankara: Kaos GL Derneği, 2015), 23.

[43] *Herkes Özgür ve Eşit Doğar*, 10.

[44] *Herkes Özgür ve Eşit Doğar*, 15-18.

[45] *Herkes Özgür ve Eşit Doğar*, 18.

İnsan hakları ihlallerini denetleme mekanizmalarının yanında, tavsiye kararları da kesişimsel (çoklu) ayrımcılıklara dikkat çekmiştir. Örneğin CEDAW Komitesi 28 ve 33 sayılı tavsiye kararlarında<sup>[46]</sup> bu hususa vurgu yapmıştır: “Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi, tüm ayrımcılık biçimlerinin kesişimsel olma niteliğini vurgulayarak, lezbiyen, bi, trans ve interseks kadınlara karşı insan hakları ihlalleri üzerinde durmuştur.”<sup>[47]</sup>

18 Aralık 2008 tarihinde Birleşmiş Milletler (BM) genel kurulunda 66 devlet ortak bir bildiri kaleme alınmış ve “(...) öldürme, işkence, keyfi tutuklama ve ‘sağlık hakkından ve ekonomik, sosyal ve kültürel haklardan mahrum bırakma’ benzeri cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğine dayalı insan hakkı ihlallerini” kınamıştır.<sup>[48]</sup> 2016 yılında BM İnsan Hakları Konseyi cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğine dayalı şiddet ve ayrımcılığa karşı korumaya ilişkin Bağımsız Uzman atama kararı almıştır.<sup>[49]</sup>

Yukarıda verilen örnekler çoğaltılabilir ve bu örnekler her ne kadar bağlayıcı olmasalar da BM insan hakları koruma mekanizmaları tarafından hazırlanmışlardır. Uluslararası insan hakları sözleşmeleri, cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğini bir ayrımcılık nedeni olarak saymasa da ülke sonuç gözlemleri ve tavsiye kararlarının cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğine dayalı ayrımcılık ve şiddetin altını çizmesi bu ayrımcılık ve şiddet türleriyle mücadele etmede uluslararası topluma verdiği mesaj bakımından önemlidir. Bununla birlikte yukarıda verilen örneklerin parçalı yapısı göz önünde bulundurulmalıdır. Bu çerçevede, bir sonraki başlıkta, cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğinden kaynaklanan eşitsizlikleri göz önünde bulundurarak ve çözüm önerilerinde bulunarak bütünlüklü bir şekilde adalete erişim kavramı üzerinde duran

[46] *Herkes Özgür ve Eşit Doğar*, 11; Şahin, *Adalet Bakanlığı için LGBT Hakları El Kitabı*, 25.

[47] *Herkes Özgür ve Eşit Doğar*, 11.

[48] “Cinsel yönelim veya cinsiyet kimliği temelli ayrımcılıkla mücadele etmek için [alınacak] önlemler üzerine Bakanlar Komitesi’nin üye devletlere yönelik CM/Rec(2010)5 sayılı Tavsiye Kararı,” *Cinsel Yönelim Veya Cinsiyet Kimliği Temelli Ayrımcılıkla Mücadele Avrupa Konseyi standartları* içinde (Ankara: Avrupa Konseyi Yayıncılık, Kaos GL Derneği, 2018), 8-9. (Buradan itibaren: “CM/Rec(2010)5 sayılı Tavsiye Kararı”).

[49] *Herkes Özgür ve Eşit Doğar*, 1.

belgeler olan Yogyakarta İlkeleri, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin, (2010)5 Sayılı Tavsiye Kararı ve BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği'nin hazırladığı Herkes Özgür ve Eşit Doğar metni üzerinde durulacaktır.

Bu üç metin, hukuk metinlerinde (ulusal ve uluslararası) alışkın olmadığımız bir biçimde, insan hakları hukukunun uygulanmasını cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği temelinde yeniden yorumlamamızı sağlaması açısından önemlidir. Daha açık bir ifadeyle bu metinler yeni bir haklar dizisi getirmekte, uluslararası insan hakları hukuku çerçevesinde çeşitli cinsel yönelim ve cinsiyet kimliklerinin deneyimlerini göz önünde bulundurarak insan hakları uygulamasına ışık tutmaktadır. Ele alınan üç metin, ikili cinsiyet rejimi ve heteronormatif kabullere dayanan hukuk sistemlerine eleştirel bir gözle bakarak bu sistemlerin baskıladığı cinsel yönelim ve cinsiyet kimliklerinin uluslararası insan hakları hukuku çerçevesinde sahip olduğu hakları devletlere hatırlatmakta ve gerekli önlemleri almaya davet etmektedirler. Bu çerçevede, bu metinler, herhangi bir cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğinin diğerinden üstün olmadığını altını çizerek, adalete erişimin temel gereği olan adil yargılanma hakkının kişilerin cinsel yönelimi ve cinsiyet kimliği ne olursa olsun korunması ve cezasızlıkla mücadele edilmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Ayrıca her üç metin de cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğine dayalı önyargılarla mücadele edilmesi ve bu konuda gerekli önlemlerin alınması gerektiğini belirtmektedir. Yargılamada cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğine dayalı deneyim ve ihtiyaçların göz önünde bulundurulması adalete erişim mekanizmalarının düzenlemesi gerektiği de altı çizilen bir diğer husustur.

Bu metinler ayrıca hukuk diline *müdahalede bulunmakta* ve cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğini insan hakları hukukunun terminolojisine yerleştirmektedirler. Bu metinler çerçevesinde özet olarak, kişilerin cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği ne olursa olsun etkili bir şekilde adalete erişim mekanizmalarına ulaşmaları sağlanmalıdır.

## A) YOGYAKARTA İLKELERİ

Yogyakarta İlkeleri, cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğine dayanan yoğun insan hakları ihlalleri karışında, devletlere uyması gereken hukuki standartları hatırlatmak amacıyla, 6-9 Kasım 2006 tarihleri arasında Endonezya'nın Yogyakarta kentinde bir araya gelmiş insan hakları uzmanları tarafından hazırlanmıştır. Yogyakarta İlkeleri olarak anılan bu metnin tam adı "Cinsel

Yönelim ve Cinsiyet Kimliğiyle İlişkili Olarak Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Uygulanmasına Dair Yogyakarta İlkeleri” dir.

Her şeyden önce Yogyakarta İlkeleri'nin uluslararası insan hakları belgeleri tarafından korunan haklardan farklı haklar getirmediğini belirtmek gerekmektedir. İlkeler, yeni bir haklar dizisi getirmeyip, devletlere uluslararası sözleşmelerden doğan yükümlülüklerini hatırlatmakta ve 29 ilkeden oluşmaktadır. Yogyakarta İlkeleri'nin 9'uncu maddesi zaman içerisinde gelişen ihtiyaçlara göre İlkeler'in güncelleneceğini belirtir. Dolayısıyla 9'uncu maddeden hareketle 2017 yılında, Yogyakarta+10 hazırlanmıştır.

İlkelerin temel vurgusu cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği gerekçe gösterilerek hiç kimsenin ayrımcılığa, eşitsiz muameleye, şiddete maruz bırakılmayacağıdır. Yogyakarta İlkeleri, herkesin, cinsel yönelimleri veya cinsiyet kimlikleri ne olursa olsun, insan haklarının tamamından yararlanması gerektiğinin ve herhangi bir cinsel yönelim veya cinsiyet kimliğinin bir diğerinden üstün olmadığını altını çizer. İlkeler insan haklarını koruma mekanizmalarının heteroseksüeller ve natranslar dışındaki kişilerin kendilerine has durumlarını ve deneyimlerini dikkate alması gerektiğini vurgular. Dolayısıyla adalete erişim mekanizmaları da cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğinden kaynaklanan ayrımcılık ve eşitsizlikler göz önünde bulundurularak inşa edilmelidir. İlkeler ayrıca devletlerin, herhangi bir cerrahi operasyona veya tıbbi tedaviye zorlamaksızın bireylerin cinsel kimliğini kabul etmesi gerektiğini belirtir.<sup>[50]</sup>

İlke 7, 8, 28, 29 ve 30 adalete erişim kavramıyla ilgilidir. Keyfi olarak özgürlüğünden mahrum bırakılmama hakkını düzenleyen İlke 7'ye göre cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği temelli tutuklama ve gözaltı kabul edilemez. Devletler bu konuda yasal ve idari önlemleri almakla yükümlüdürler. Cinsel yönelimi ve cinsel kimliği ne olursa olsun herkes eşitlik ilkesi çerçevesinde tutuklama nedenini bilme ve derhal mahkeme önüne çıkarılma hakkına sahiptir. Ayrıca kolluk kuvvetlerine cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğine dayalı önyargılarla mücadele etmek amacıyla gerekli eğitimler verilecektir. Kolluk kuvvetlerinin cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğine dayalı olarak yaptığı tutuklama ve gözaltıları tespit edebilmek için de gerekli denetimler yapılmalıdır.<sup>[51]</sup>

[50] Bu konuda bkz. İlke 3, *Yogyakarta İlkeleri*, 20.

[51] *Yogyakarta İlkeleri*, 26.

İlke 8, adil yargılanma hakkını düzenlemektedir. İlke 8'e göre, “[h]erkesin cinsel yönelim veya cinsiyet kimliği esaslı ayrımcılık olmaksızın yasa ile kurulmuş yetkin, bağımsız ve tarafsız bir mahkemede, bir davada veya kendilerine yönelik bir cezai suçlama durumunda adil ve kamuya açık bir mahkeme oturumunda bulunma hakkı mevcuttur.”<sup>[52]</sup> Devletler taraf, tanık veya avukatların cinsel yönelim ve cinsiyet kimlikleri nedeniyle ayrımcı bir muameleye maruz kalmamalarını güvence altına alacaklardır. Devletler, yargılamanın tüm aşamalarında cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğine dayanan önyargıları önlemek veya kişileri bu tür önyargılardan korumak için gerekli tüm önlemleri almakla yükümlüdürler. Bu çerçevede hâkimler, savcılar, mahkeme kalemi personelleri, avukatlar ve diğer ilgili kişilere bu önyargılarla mücadele etmek için gerekli eğitimler verilecektir.<sup>[53]</sup>

İlke 28 etkili çözüm ve tazminat hakkını düzenlemektedir. Buna göre “[c]insel yönelim veya cinsiyet kimliğine dayalı bir ihlal de dâhil olmak üzere, tüm insan hakları ihlali mağdurlarının etkili, yeterli ve uygun çözüm hakkı vardır. Çeşitli cinsel yönelimleri ve cinsiyet kimlikleri olan kişilere tazminat sağlamak veya bu kişilerin yeterli ölçüde gelişimini güven altına almak amacıyla alınan önlemler, etkili çözüm ve tazminat hakkının bütünleyicisidir.”<sup>[54]</sup> Cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğine dayalı insan hakları ihlallerinin gerçekleşmesi durumunda devletlerin zamanında zararı telafi etme, eski duruma getirme, rehabilitasyon sağlama ve ihlalin tekrar olmayacağını garanti etme gibi yükümlülükleri bulunmaktadır. Bu yükümlülükleri yerine getirebilmek için devletler gerekli politika değişikliklerini gerçekleştireceklerdir. Çözümlere ve tazminat hakkına nasıl ulaşılabacağına dair gerekli bilgilere herkesin erişimi sağlanmalıdır. Ayrıca zararın tazminini talep etmek için yeterli ekonomik güce sahip olmayanlara da gerekli yardımlar sağlanmalıdır.<sup>[55]</sup>

İlke 29, hesap verebilirlikle ilgilidir: İnsan hakları ihlallerini gerçekleştiren herkesin, devlet yetkilileri olup olmamalarına bakılmaksızın eylemlerinden sorumlu tutulması gerekmektedir. Cinsel yönelim veya cinsiyet kimliğine dayalı insan hakları ihlallerini gerçekleştiren failer cezadan muaf olmamalı,

[52] *Yogyakarta İlkeleri*, 28.

[53] *Yogyakarta İlkeleri*, 28.

[54] *Yogyakarta İlkeleri*, 63.

[55] *Yogyakarta İlkeleri*, 63.

cezasıyla mücadele edilmelidir. Cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğine dayalı ihlalleri gerçekleştirenlerin hesap verebilirliğini sağlamak üzere etkili ve erişilebilir bir yargılama (idari yargı, hukuk ve ceza yargısı olmak üzere) güvence altına alınmalıdır. Cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğine dayalı suçların işlenmesi hâlinde bu suçlar etkili bir şekilde soruşturulmalı ve kovuşturulmalıdır. Devletler bu tür suçların işlenmesini önlemek için gerekli politika değişikliklerini yapmalıdır. Ayrıca bu politika değişikliklerini izleyecek ve denetleyecek bağımsız mekanizmalar oluşturulmalıdır.<sup>[56]</sup>

İlke 30 devlet tarafından korunma hakkıyla ilgilidir. Cinsel yönelimi ve cinsiyet kimliği ne olursa olsun herkes, devlet yetkilileri veya herhangi bir birey tarafından uygulanan şiddet ve ayrımcılık durumunda devlet tarafından korunma hakkına sahiptir. Devletler, kamu görevlisi veya vatandaş tarafından gerçekleştirilmiş olmasına bakılmaksızın cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği temelli insan hakları ihlallerini önlemeli, soruşturmalı ve kovuşturmalıdır. Devletler, ayrıca, cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği temelli ayrımcılık ve düşmanlığa teşvik eden her türlü nefret savunuculuğu ve diğer zarar verme biçimleriyle mücadele etmek için gerekli önlemleri alacaklardır. Dahası, devletler cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğine yönelik şiddet ve ayrımcılığın devam etmesine sebebiyet veren her türlü tutum, inanç ve değer yargısıyla mücadele edecekler ve alınan tedbirlerin etkili olup olmadığını denetleyecekler, gerekli istatistikleri tutacaklardır.<sup>[57]</sup>

İlke 30 ayrıca devletlere cinsel taciz ve cinsel saldırı suçları konusunda da birtakım yükümlülükler getirir. Buna göre cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğine bakılmaksızın herkesin cinsel saldırı ve cinsel tacizden korunması için gerekli tüm önlemler alınmalıdır. Cinsel taciz ve cinsel saldırı suçunun cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği temelli olması durumunda mağdurları/hayatta kalanları desteklemek amacıyla gerekli önlemler alınacaktır.<sup>[58]</sup>

Yogyakarta İlkeleri'nin hukuki olarak bağlayıcılığı yoktur, ancak az sayıda da olsa AİHM kararında İlkeler'e atıf yapıldığı ve uluslararası insan hakları koruma mekanizmalarını cinsel yönelim ve cinsel kimliğine dayalı ayrımcılık ve şiddetle mücadele etmek konusunda etkilediği sürülebilir. BM İnsan

[56] *Yogyakarta İlkeleri*, 65.

[57] *Yogyakarta İlkeleri*, 66.

[58] *Yogyakarta İlkeleri*, 67.

Hakları Yüksek Komiserliği'nin "Herkes Özgür ve Eşit Doğar, Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Cinsel Yönelim ve Cinsiyet Kimliği" global kampanyası ve beraberinde gelen aşağıda üzerinde durulacak metni, Yogyakarta İlkeleri'nin uluslararası insan hakları hukukuna etkisi olarak yorumlamak mümkündür.<sup>[59]</sup>

## **B) CİNSEL YÖNELİM VEYA CİNSİYET KİMLİĞİ TEMELLİ AYRIMCILIKLA MÜCADELE ETMEK İÇİN [ALINACAK] ÖNLEMLER ÜZERİNE AVRUPA KONSEYİ BAKANLAR KOMİTESİ'NİN ÜYE DEVLETLERE YÖNELİK CM/REC(2010)5 SAYILI TAVSİYE KARARI**

Bakanlar Komitesi'nin 31 Mart 2010 tarihli, CM/Rec(2010)5 Sayılı Tavsiye Kararı üye devletlerin cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğine yönelik ayrımcılıkla mücadelelerinde alınacak önlemlere yöneliktir. Karar, "ayrımcılığın en sürekli ve zor biçimlerinden birine özellikle değinen dünyadaki ilk belge" olması bakımından önem taşımaktadır.<sup>[60]</sup>

CM/Rec(2010)5 Sayılı Karar, adalete erişim alanında da tavsiyelerde bulunmaktadır. Tavsiye Kararı, cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğine dayalı önyargılarla işlenen yasal tedbirlerin çıkarılmasının topluma bir mesaj göndermek bakımından önemli olduğunu vurgular.

*Bu suçlarla mücadele etmek için yasal tedbirler hayati önemdedir. [Bunlar] ayrımcı saikleri cezalandırarak faillere, adil ve insancıl bir toplumun böylesi davranışları hoş görmeyeceğine ilişkin bir mesaj gönderir. Mağdurlara verilen zararı tanıyarak, bu kişilere ve onların topluluklarına, adalet sistemi tarafından korunmanın teminatını verirler. Bununla beraber, böylesi yasaların varlığı, nefret suçlarını ya da diğer nefret saikli vakaları daha görünür kılmaktadır; istatistiksel veri toplamayı kolaylaştırmaktadır; üstelik bunları önleyecek ve giderecek önlemlerin tasarlanması için önemlidir.*<sup>[61]</sup>

[59] M O'Flaherty, "The Yogyakarta Principles at Ten," *Nordic Journal of Human Rights* 33, no. 4 (Ekim 2015): 280-298; E. İrem Akı, "Yogyakarta İlkeleri," *Feminist Bellek* (blog), 08 Temmuz 2022, <https://feministbellek.org/yogyakarta-ilkeleri/>.

[60] "CM/Rec(2010)5 sayılı Tavsiye Kararı," 5.

[61] "CM/Rec(2010)5 sayılı Tavsiye Kararı," 29.

Tavsiye Kararı hukuki düzenlemeler ve siyasi beyanların yanında özellikle eğitim alanında ve kültürel anlamda farkındalığı artırıcı çalışmaların yapılması gerektiğinin altını çizer.<sup>[62]</sup> Tavsiye Kararı ayrıca geleneklerin, din kurallarının, egemen kültür kurallarının yani toplumsal değer yargılarının cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğine dayalı ayrımcılığın gerekçesi olamayacağını vurgular.<sup>[63]</sup> Bu genel çerçeveyi ortaya koyduktan sonra CM/Rec(2010)5 sayılı Tavsiye Kararı şunları tavsiye etmektedir:

1. Cinsel yönelim ya da cinsiyet kimliği temelli herhangi bir doğrudan ya da dolaylı ayrımcılığı izlemek ve tazmin etmek amacıyla, var olan yasal ve diğer önlemleri incelemek, gözden geçirmeyi sürdürmek, ilgili verileri toplamak ve analiz etmek;
2. Cinsel yönelim ya da cinsiyet kimliği temelli ayrımcılıkla mücadele etmek için yasal ve diğer önlemlerin alındığını ve etkin şekilde uygulandığını temin etmek; lezbiyen, gey, biseksüel ve trans kişilere saygı gösterilmesini sağlamak ve onlara yönelik hoşgörüyü teşvik etmek;
3. Ayrımcılık mağdurlarının, ulusal yetkililerin ve etkili yasal yolların farkında ve bunlara erişebilir olmalarını güvence altına almak; ve yeri geldiğinde, ayrımcılıkla mücadele etme tedbirlerinin ihlallere yönelik yaptırım ve ayrımcılık mağdurları için yeterli telafi temin etmesini sağlamak;
4. Yasa, politika ve uygulamalarda, bu tavsiye kararının ekinde bulunan ilkeleri ve tedbirleri rehber edinmek;
5. Bu tavsiye kararı ile ekinin tercüme edilmesini, elverişli araç ve etkinlikler aracılığıyla olabilecek en iyi şekilde yaygınlaşmasını sağlamak.
6. Yukarıda belirtilen üçüncü tavsiye adalete erişimle ilgilidir. Devlete ayrımcılık mağdurlarının etkili yasal yollara başvurmalarının güvence altına alınması ve ihlal durumunda yaptırımların uygulanmasını ve mağdurlarının zararlarının telafi edilmesini tavsiye eder.<sup>[64]</sup>

[62] “CM/Rec(2010)5 sayılı Tavsiye Kararı,” 6.

[63] “CM/Rec(2010)5 sayılı Tavsiye Kararı,” 8.

[64] “CM/Rec(2010)5 sayılı Tavsiye Kararı,” 9.



Tavsiye Kararı özellikle ceza hukuku alanında devletlere bir dizi yükümlülük getirmektedir. Buna göre, devletler hayatta kalanın veya mağdurun cinsel yöneliminin veya cinsiyet kimliğinin fail için gerekçe oluşturduğu durumlarda, davanın hızlı ve etkili soruşturulmasını güvence altına almakla yükümlüdürler. Devletler ayrıca, cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğine dayalı suçların önyargılar veya değer yargıları sebebiyle işlenmesi hâlinde de bunun ağırlaştırıcı neden olarak kabul edilmesi konusunda gerekli düzenlemeleri yapmalıdırlar.<sup>[65]</sup>

Kuşkusuz bu öneriler adalete erişimle ilgilidir. Dahası, bu gibi suçların kolluk kuvvetlerince ya da resmi yetkiye dayanarak hareket eden diğer kişiler tarafından işlenmesi hâlinde soruşturmaya özel ilgi gösterilmelidir ve sorumlular hâkim karşısına çıkarılmalı, cezasızlığa hiçbir şekilde müsamaha gösterilmemelidir.<sup>[66]</sup> Zira pek çok rapor göstermektedir ki cinsel yönelimi ve cinsiyet kimliği nedeniyle insan hakları ihlaline uğrayanlar karakolda görebileceği düşmanca muamele yüzünden şikâyette bulunmamaktadır.<sup>[67]</sup>

Üye devletler, ayrıca cinsel yönelim veya cinsiyet kimliği nedeniyle nefret saikli vakalara maruz kalan mağdurların/hayatta kalanların, adalete erişim mekanizmalarına başvurması konusunda teşvik edici önlemleri almalıdırlar. Yargı ve kolluk bu tür suçların adil bir şekilde takibini yapabilmek için gerekli bilgiye sahip olmalıdır. Yargı mensuplarının ve kolluk kuvvetlerinin mağdurlara/hayatta kalanlara gerekli desteği verebilmesi konusunda devletler çalışmalarda bulunmalıdırlar.<sup>[68]</sup> Tavsiye Kararı ayrıca, ceza kanunlarının gözden geçirilmesini, ayrımcı uygulamaya yol açabilecek ifadelerin değiştirilmesini veya kaldırılmasını da üye devletlere tavsiye eder.<sup>[69]</sup>

[65] “CM/Rec(2010)5 sayılı Tavsiye Kararı,” 10.

[66] “CM/Rec(2010)5 sayılı Tavsiye Kararı,” 10.

[67] “CM/Rec(2010)5 sayılı Tavsiye Kararı,” 30.

[68] “CM/Rec(2010)5 sayılı Tavsiye Kararı,” 10.

[69] “CM/Rec(2010)5 sayılı Tavsiye Kararı,” 13.

### C) HERKES ÖZGÜR VE EŞİT DOĞAR

BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği tarafından 2012 yılında hazırlanan “Herkes Özgür ve Eşit Doğar, Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Cinsel Yönelim, Cinsiyet Kimliği ve Cinsiyet Özellikleri” metni LGBTİQ+’ların insan hakları mekanizmalarının korumasından daha etkili bir şekilde yararlanabilmeleri için devletlere yönelik tavsiyelerde bulunmaktadır.<sup>[70]</sup> Metnin temel vurgularından bir tanesi LGBTİQ+’lara yönelik yeni ya da özel hakların gerekli olmadığı, hâlihazırdaki uluslararası insan hakları sözleşmeleri gereğince devletlerin LGBTİQ+’ların insan haklarını korumak bakımından yasal yükümlülükleri olduğudur.<sup>[71]</sup> Bu yükümlülükler, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, uluslararası insan hakları sözleşmeleri ve uluslararası teamül hukukunca belirlenmiştir. Buna göre:

Cinsel yönelim, cinsiyet kimliği ya da cinsiyet özelliklerine bakılmaksızın herkesin, yaşam hakkı, kişi güvenliğinin ve özel yaşamının korunması hakkı, işkenceye, keyfi tutuklama ve gözaltına maruz bırakılmama hakkı, ayrımcılığa uğramama hakkı, kanun önünde eşit olma hakkı ve ifade, örgütlenme ve barışçıl toplanma özgürlüğü hakkı gibi uluslararası insan hakları hukukunda tanımlanan korumalardan yararlanma hakkı vardır.<sup>[72]</sup>

Metin, yirmi yılı aşkındır LGBTİQ+’lara yönelik insan hakları ihlallerini belgeleyen uluslararası insan hakları sözleşmeleri denetim mekanizmalarının ülke sonuç gözlemleri ve özel raportörlerin raporlarından yola çıkılarak hazırlanmıştır. Metnin amacı devletlerin LGBTİQ+’lara karşı yükümlülüklerini ortaya koymak ve aynı zamanda BM insan hakları koruma mekanizmalarının nasıl işlediğini göstermektir.<sup>[73]</sup> Metnin özü devletlere yönelik beş tavsiyeye dayanmaktadır. Buna göre ilk olarak, LGBTİQ+’lar şiddetten korunmalıdır. Devletler cinsel yönelim, cinsiyet kimliği ve cinsiyet özelliklerini nefret suçunu düzenleyen kanunlarda özel bir kategori olarak düzenlemelidirler. Şiddet eylemleri kayıt altına alınmalı, soruşturulmalı ve mağdurun tazmin edilmesi sağlanmalıdır. Cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğine dayalı şiddet

[70] *Herkes Özgür ve Eşit Doğar*, 2.

[71] *Herkes Özgür ve Eşit Doğar*, 2-3.

[72] *Herkes Özgür ve Eşit Doğar*, 2.

[73] *Herkes Özgür ve Eşit Doğar*, 2.

ve zulüm sığınma talepleri için kabul edilebilir bir neden olmalıdır. İkinci olarak, LGBTİQ+'lara yönelik işkence ve kötü muamele engellenmelidir. Buna göre, onur kırıcı fiziksel muayeneler, sözde onarım terapileri, interseks çocuklara rızaları olmaksızın yapılan gereksiz tıbbi müdahaleler, transların zorla kısırlaştırılması gibi işkence ve kötü muamele fiilleri yasaklanmalı, ihlaller cezalandırılmalı, mağdurlar tazmin edilmelidir. Özgürlükten yoksun bırakılma yerlerinin düzenli olarak denetlenmesi sağlanmalı, kolluk kuvvetlerine ve sağlık personeline bu konu üzerine eğitimler verilmelidir. Üçüncü olarak, LGBTİQ+'ları suçlu sayan kanunlar iptal edilmelidir. Aynı cinsler arasındaki rızaya dayalı ilişki ve kişinin cinsiyet kimliği ifadesi suç olmaktan çıkarılmalıdır. Cinsel yönelim, cinsiyet kimliği ve cinsiyet özellikleri tutuklama veya gözaltına almanın gerekçesi olmamalıdır. Dördüncü olarak, cinsel yönelim, cinsiyet kimliği ve cinsiyet özelliklerine dayalı ayrımcılık yasaklanmalıdır. Aynı cinsiyete sahip çiftler ve onların çocukları tanınmalı ve ayrımcılığa maruz bırakılmamalıdır. Transların basit bir idari süreçle cinsiyet kimlikleri hukuki olarak tanınmalıdır. Eğitim, barınma, istihdam, sağlık hizmetlerine erişimde cinsiyet kimliği, cinsel yönelim ve cinsiyet özelliklerine dayanan ayrımcılık yapılmamalıdır. Kamu görevlileri ve hatta toplum için bilinç artırıcı eğitimler düzenlemelidir. Beşinci olarak LGBTİQ+'ların ifade ve toplanma ve örgütlenme özgürlüğü korunmalıdır. Bu haklara ve özgürlüklere uluslararası insan haklarının getirdiği sınırlamalar uygulanmalıdır. İnsan hakları savunucuları kamu görevlileri veya vatandaş tarafından uygulanan şiddete karşı korunmalıdır. İnsan hakları savunucularına şiddet uygulayanlar kovuşturulmalı ve cezasız kalmamalıdır.<sup>[74]</sup>

Özetle devletlerin, cinsel yönelim ve cinsel kimlik şiddet temelli ayrımcılık ve şiddete izin veren kanunlar ve politikalara son verme ve LGBTİQ+'lara karşı şiddet ve ayrımcılığı önleme ve suç hâlinde bunları kovuşturma ve cezasızlıkla mücadele etme yükümlülüğü vardır. Devlet ya da devlet dışı aktörler tarafından yapılan her türlü insan hakkı ihlali kapsamlı ve hızlı bir şekilde soruşturulmalı, failer mahkeme huzuruna çıkarılmalıdır. Ayrıca devletlerin adil bir sonuca ulaşabilmek için adalete erişim mekanizmalarına ulaşımında kişilere kolaylaştırıcı usulleri sunma yükümlülüğü bulunmaktadır.<sup>[75]</sup>

[74] *Herkes Özgür ve Eşit Doğan*, 7.

[75] *Herkes Özgür ve Eşit Doğan*, 76.

## SONUÇ

Hukuk devleti çatısı altında yaşayan herkesin haklarının ihlali hâlinde gerekli mercilere yani adalete erişim mekanizmalarına ulaşması gerekmektedir. Adalete erişim ulusal ve uluslararası hukuk metinleri tarafından güvence altına alınmıştır. Dolayısıyla bu haklardan cinsel yönelimi ve cinsiyet kimliği ne olursa olsun herkesin yararlanması gerekmektedir. Bununla birlikte ikili cinsiyet rejimine ve heteronormatif bir anlayışa dayanan hukuk sistemleri bu anlayışın dışında kalan kimlikleri bastırmakta ve bu kimliklere ilişkin ihlalleri yok saymaktadır. Bu durum da adalete erişimde büyük sıkıntıların ortaya çıkmasına sebebiyet vermektedir.

Cinsel yönelimi ve cinsiyet kimliği ne olursa olsun herkes için adalete erişim ve adil bir yargılama için öncelikle hukukun cinsiyet, cinsellik ve cinsel arzular üzerindeki kontrol gücünü açığa çıkarmak daha sonra ikili cinsiyet rejimi ve heteronormatif bir anlayışa sıkışmamış bir hukuk sisteminin olanaklılığı üzerine düşünmek gerekmektedir. Bunu yapabilmek için de özellikle hukuk kurumları ve hukuk diline eleştirel bir şekilde bakmak ve cinsiyet kimliği ve cinsel yönelim çeşitliliğini gözeten hukuki metinler oluşturmak gerekmektedir. Bu tür hukuki metinlerin örneği olarak, bu makalede, Yogyakarta İlkeleri, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin (2010)5 Sayılı Tavsiye Kararı ve BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği'nin hazırladığı Herkes Özgür ve Eşit Doğar metni üzerinde durulmuştur. Bu üç metin öncelikle hukuk diline müdahalede bulunarak cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği ifadelerini insan hakları hukuku terminolojisine dahil etmektedir. Bu üç metinde devletlere verilen tavsiyeler çerçevesinde LGBTIQ+'lar insan hakları hukukunun tanıdığı tüm haklardan (yaşama hakkı, düşünce özgürlüğü, çalışma hakkı, özel ve aile hayatına saygı hakkı, kişinin kendi kaderini tayin etme hakkı vb.) eşit bir şekilde faydalanabilmelidir. Adil yargılanma hakkına cinsel yönelimi ve cinsiyet kimliği ne olursa olsun kişiler eşit bir şekilde erişebilmelidir. Daha açık bir ifadeyle, ulusal veya uluslararası hukuk metinleri tarafından güvence altına alınan hakları ihlal edilenler adalete erişim mekanizmalarına ulaşabilmeli, bu konuda ihtiyaç duyulması hâlinde bilgi ve finans desteği alabilmeli ve makul bir sürede adil bir sonuca ulaşabilmelidir. Cezasızlıkla mücadele edilmeli; cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğine dayalı insan hakları ihlallerini gerçekleştirenler her kim olursa olsun cezadan muaf tutulmamalıdır. Yargılamanın tüm aşamalarında cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğine dayanan önyargılar çerçevesinde gerçekleştirilen

davranışlar engellenmelidir. Bu tür önyargılarla mücadele edilmelidir. Yargı ve kolluk mensupları bu konuda gerekli eğitimleri almalıdır. Elbette ki bu tür eğitimlerin gerçekleştirilebilmesi ve gerekli adımların atılabilmesi devletlerin bir takım politika değişikliklerine gitmesine ve bu önyargılarla kararlılıkla mücadele etme isteğine bağlıdır.

## KAYNAKÇA

- Akı, E. İrem. “İkili Cinsiyet Rejimi.” *Feminist Bellek* (blog). 23 Ağustos 2021. <https://feministbellek.org/ikili-cinsiyet-rejimi/>.
- Akı, E. İrem. “Yogyakarta İlkeleri.” *Feminist Bellek* (blog). 8 Temmuz 2022. <https://feministbellek.org/yogyakarta-ilkeleri/>.
- Ayata, Gökçeçiçek. “Kadınların Adalete Erişimi: Mevzuat, Engeller, Uygulamalar ve Sivil Toplumun Rolü.” Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi, 2009.
- Berk, Seda Kalem. *Türkiye’de “Adalete Erişim”: Göstergeler ve Öneriler*. İstanbul: TESEV Yayınları, 2012.
- Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği. *Herkes Özgür ve Eşit Doğar Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Cinsel Yönelim, Cinsiyet Kimliği ve Cinsiyet Özellikleri*. Ankara: Kaos GL Derneği, 2019.
- Butler, Judith. *Cinsiyet Belası*. Çev. Başak Ertür. İstanbul: Metis Yayınları, 2014.
- Cinsel Yönelim, Cinsiyet Kimliği, Cinsiyet İfadesi ve Cinsiyet Özellikleri ile İlişkili Olarak Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Uygulanmasına Dair Yogyakarta İlkeleri*. Çev. Aylin Eti ve Işıl Demirakın. Ankara: Kaos GL Derneği, 2020.
- “Cinsel yönelim veya cinsiyet kimliği temelli ayrımcılıkla mücadele etmek için [alınacak] önlemler üzerine Bakanlar Komitesi’nin üye devletlere yönelik CM/Rec(2010)5 sayılı Tavsiye Kararı.” *Cinsel Yönelim veya Cinsiyet Kimliği Temelli Ayrımcılıkla Mücadele Avrupa Konseyi standartları* içinde, der. Avrupa Konseyi, 7-63. Ankara: Avrupa Konseyi Yayıncılık, Kaos GL Derneği, 2018.
- Çakın, Akın. *Adalete Erişim*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Çakmak, Dicle. *Ayrımcılıktan Yoksulluğa: Türkiye’de LGBTİ+’lar*. Ankara: 17 Mayıs Derneği, 2022.
- Çap, Güneş. “Queer Hukuk Çalışmaları.” *Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk 3* içinde, der. Zeynep Özlem Üskül Engin, Doğan Kara ve Dilşad Kuşuoğlu Altınışık, 113-142. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022.

- Dikmen, Kerem. *Her Şeye Rağmen! Lgbti+ 'Ların İnsan Hakları 2021 Yılı Raporu*. Ankara: Kaos GL Derneği, 2022.
- Francioni, Francesco. "The Rights of Access to Justice under Customary International Law." *Access to Justice as Human Right* içinde, der. Francesco Francioni, 64-138. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- Gedizlioğlu, Deniz. *LGBTİ+ Hakları Alanında Çeviri Sözlüğü*. Ankara: Kaos GL Derneği, 2020.
- González-Salzburg, Damian A. *Sexuality & Transsexuality under the European Convention on Human Rights A Queer Reading of Human Rights Law*. Oxford: Hart Publishing, 2020.
- Gürkan, Ülker. *Hukuki Realizm Akımı*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1967.
- Hatipoğlu Aydın, Duygu. "Kadınların Adalete Erişimi." *Ankara Barosu Dergisi*, no. 4 (Temmuz 2015): 79-107.
- Hun, Sinem. "Trans Bireylerin Geçiş Süreci ve Hukuka Genel Bir Bakış." *Yeniden Doğum* içinde, 21-31. Ankara: Trans Dayanışma Merkezi, 2014.
- Jagose, Annamarie. *Queer Teori*. Çev. Ali Toprak. İstanbul: Notabene, 2012.
- Lacey, Nicola. "Kimliğin İnşası: Toplumsal Cinsiyet, Feminist Hukuk Teorisi ve Hukuk ve Toplum Hareketi." Çev. F. Ceren Akçabay, *Hukuk ve Toplum El Kitabı* içinde, der. Austin Sarat, 655-674. İstanbul: Isık Yayınları, 2021.
- Mcclelland, Robert. "Foreword." *A Strategic Framework for Access to Justice in the Federal Civil Justice System* içinde, hazırlayan Access to Justice Taskforce Attorney-General's Department, ix. Barton: Commonwealth of Australia, 2009. Erişim 15 Ekim 2023. <https://www.ag.gov.au/legal-system/publications/strategic-framework-access-justice-federal-civil-justice-system>.
- McGill, Jena, ve Amy Salyzyn. "Queer Insights on Women in the Legal Profession." *Ottawa Faculty of Law Working Paper*, no.14 (2014): 1-40.
- Megan, Daigle, ve Henri Myrntinen. "Bringing Diverse Sexual Orientation and Gender Identity (SOGI) into Peacebuilding Policy and

Practice.” *Gender and Development* 26, no. 1 (Mart 2018): 103-120.

M. Finley, Lucinda. “Breaking Women’s Silence in Law: The Dilemma of the Gendered Nature of Legal Reasoning.” *Notre Dame Law Review* 64 (1989): 886-910.

O’Flaherty, M. “The Yogyakarta Principles at Ten.” *Nordic Journal of Human Rights* 33, no. 4 (Ekim 2015): 280-298.

Özbek, Mustafa. “Sosyal Devletin Gereği: Adalete Erişim.” *Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, no. 4 (2006): 907-927.

Özkan, Serhat. “Cinsiyet Geçiş Sürecinin Hukuki ve Toplumsal Boyutu: Haklar ve İhlaller.” *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 14, no. 1 (Aralık 2017): 55-84.

Stone, Alison. *Feminist Felsefeye Giriş*. Çev. Yonca Cingöz ve Bilge Tanrısever. İstanbul: Otonom Yayıncılık, 2019.

Stychin, Carl F. *Law’s Desire Sexuality and the Limits of Justice*. New York: Routledge, 2004.

Şahin, Salih. *Adalet Bakanlığı için LGBT Hakları El Kitabı*. Ankara: Kaos GL Derneği, 2015.

Uygun, Gülriz, ve F. İrem Çağlar. “Hukuk.” *Toplumsal Cinsiyet Sosyolojisi* içinde, ed. Yıldız Ecevit, Nadide Karkıner, 154-177. Eskişehir: T.C. Anadolu Üniversitesi Yayını No: 2307, Açıköğretim Fakültesi Yayını No: 1304, 2011.

Uygun, Gülriz, ve Nadire Özdemir. *Adalete Erişimde Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Haritalama ve İzleme Çalışması*. Ankara: Cinsiyet Eşitliği İzleme Derneği (CEİD) Yayını, 2021.

Yücel, Özge. “Cinsiyet Kimliğinin ve Cinsel Yönelimin Medeni Hukukta Statüsü.” *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, no. 2 (2022): 1817-1840.

*2023 Türkiye Raporu*. Strazburg: Avrupa Komisyonu, 8 Kasım 2023.  
[https://neighbourhood-enlargement.ec.europa.eu/document/download/eb90aefd-897b-43e9-8373-bf59c239217f\\_en?filename=SWD\\_2023\\_696%20T%C3%BCrkiye%20report.pdf](https://neighbourhood-enlargement.ec.europa.eu/document/download/eb90aefd-897b-43e9-8373-bf59c239217f_en?filename=SWD_2023_696%20T%C3%BCrkiye%20report.pdf)



**Anayasa Mahkemesi Kararları**

E. 2017/130, K. 2017/165, Kt. 29.11.2017, RG.20.03.2018-30366.

E. 2015/79, K. 2017/164, Kt. 29.11.2017, RG.20.03.2018-30366.



# Belirli Süreli İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haksız Feshi Halinde İşçinin Bakiye Süre Ücreti Tutarında Tazminat ile Ceza Koşulunu Birlikte Talep Edip Edemeyeceği Meselesi: İşçi Yararına Çözüm Arayışı

Tuba BİRİNCİ UZUN\*

İrem Banu BAŞER ÖCAL\*\*

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

\* Doç. Dr., Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.  
tbirinciuzun@akdeniz.edu.tr. **ORCID:** 0000-0002-0185-0619.

\*\* Arş. Gör., Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı.  
irembaser@sdu.edu.tr. **ORCID:** 0000-0002-4014-1997.

**Makale geliş tarihi:** 19 Şubat 2024 **Makale kabul tarihi:** 29 Nisan 2024

**Atf önerisi:** Birinci Uzun, Tuba ve İrem Banu Başer Öcal. “Belirli Süreli İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haksız Feshi Halinde İşçinin Bakiye Süre Ücreti Tutarında Tazminat ile Ceza Koşulunu Birlikte Talep Edip Edemeyeceği Meselesi: İşçi Yararına Çözüm Arayışı.” *Ankara Barosu Dergisi* 82, no. 2 (Nisan 2024): 209-263. **DOI:** 10.30915/abd.1439244

## BELİRLİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİNİN İŞVEREN TARAFINDAN HAKSIZ FESHİ HALİNDE İŞÇİNİN BAKİYE SÜRE ÜCRETİ TUTARINDA TAZMİNAT İLE CEZA KOŞULUNU BİRLİKTE TALEP EDİP EDEMEYECEĞİ MESELESİ: İŞÇİ YARARINA ÇÖZÜM ARAYIŞI

### ÖZ

Belirli süreli iş sözleşmesinde, sözleşmenin işveren tarafından haksız olarak feshedilmesi halinde ödenmek üzere ceza koşulu kararlaştırılmış olabilir. Böyle bir durumda ceza koşulunun, bakiye süre ücreti tutarında tazminatla birlikte istenip istenemeyeceği meselesi gündeme gelir. Kanaatimizce, belirli süreli iş sözleşmesi işveren tarafından haksız olarak feshedilen işçi hem bakiye süre ücreti tutarında tazminatı hem de ceza koşulunu talep edebilmelidir. Bireysel iş sözleşmesi söz konusu olduğunda ve taraflar arasındaki sözleşmede, sözleşmenin işveren tarafından haksız olarak feshedilmesi halinde ödenmek üzere kararlaştırılan bir ceza koşulu bulunduğu, bunun TBK m. 438 f. 3'te düzenlenen haksız fesih tazminatına ilişkin taraflarca yapılmış bir götürü tazminat anlaşması olarak kabul edilmesi gerekir. Tip iş sözleşmesi söz konusu olduğunda da aynı durum geçerli olmakla birlikte işçi yararına başka bir çözüm yolu daha ortaya çıkar. Tip iş sözleşmesi hükümleri genel işlem koşulu niteliğinde olduğundan, ceza koşulunun türünde tereddüt edilmesi halinde ceza koşulunun türünün işveren aleyhine ve işçi yararına olmak üzere ifaya eklenen ceza koşulu olarak yorumlanabilmesi de mümkündür.

### Anahtar Kelimeler:

Belirli süreli iş sözleşmesi

bakiye süre ücreti tutarı tazminat

ceza koşulu

haksız fesih tazminatı

götürü tazminat

**THE QUESTION OF WHETHER THE EMPLOYEE IS ENTITLED  
TO CLAIM BOTH THE COMPENSATION EQUAL TO THE  
SALARY FOR THE REMAINING PERIOD OF THE CONTRACT  
AND THE PENALTY CLAUSE IN THE EVENT OF WRONGFUL  
TERMINATION OF A DEFINITE TERM EMPLOYMENT CONTRACT:  
A SEARCH FOR A SOLUTION IN FAVOUR OF THE EMPLOYEE**

**ABSTRACT**

A definite term employment contract may include a penalty clause to be paid in the event of wrongful termination of the contract by the employer. In such a case, the question is whether the penalty clause can be claimed together with the compensation equal to the salary for the remaining period of the contract. In our opinion, the employee whose definite term employment contract is terminated wrongfully by the employer should be able to claim both the compensation equal to the salary for the remaining period of the contract and the penalty clause. In the case of an individual employment contract, if the contract between the parties includes a penalty clause to be paid in the event of wrongful termination of the contract by the employer, this should be regarded as a liquidated damages agreement between the parties on the compensation for wrongful termination of the contract, regulated by Art. 438, para. 3 TCO. The same situation applies in the case of a standard employment contract. In addition, there is another solution in favour of the employee. Since the provisions of the standard employment contract are in the nature of general terms and conditions, if there is any doubt as to the nature of the penalty clause, it is also possible to interpret the nature of the penalty clause as a penalty clause added to the performance to the detriment of the employer and in favour of the employee.

**Keywords:**

Definite term employment contract

compensation equal to the salary for the remaining period of the contract

penalty clause

compensation for wrongful termination

liquidated damages

## GİRİŞ

Belirli süreli iş sözleşmesi, kurulduğu anda tarafların sona erme anını bildiği veya öngörebildiği sözleşmedir.<sup>[1]</sup> Aslında belirli süreli iş sözleşmesinin süreli (bildirimli) fesihle sona ermesi mümkün değildir.<sup>[2]</sup> Çünkü belirli süreli iş sözleşmesinin karakteristik özelliği, karşılaştırılan sürenin bitiminde sözleşmenin feshe gerek olmaksızın kendiliğinden sona ermesidir.<sup>[3]</sup> Bu sözleşmeler ancak haklı bir fesih sebebi bulunduğu anda, sürenin bitiminden önce feshedilebilir.<sup>[4]</sup> Haklı bir sebep bulunmaması halinde ise haksız fesih söz konusu olur.<sup>[5]</sup>

[1] Kenan Tunçomağ, *Türk İş Hukuku I*, 2. Baskı, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1975), 455-56; Turhan Esener, *İş Hukuku*, Yeniden Gözden Geçirilmiş 3. Baskı (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1978), 134; Gülsevil Alpagut, *Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi* (İstanbul: Türk Ağır Sanayii ve Hizmet Sektörü İşverenleri Sendikası, 1998), 7; Hamdi Mollamahmutoğlu, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal.

[2] Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu, Talat Canbolat ve Ercüment Özkaraca, *İş Hukuku Dersleri*, Yenilenmiş 35. Baskı (İstanbul: Beta, 2022), 463; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku*, 901; Tunçomağ, *Türk İş Hukuku I*, 456; Esener, *İş Hukuku*, 136; Alpagut, *Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi*, 32; Devrim Ulucan, “Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Sürenin Dolmasından Önce Feshi, Haklı Nedenle Feshe Süre Konması ve Aynı İş İlişkinin İki Ayrı Sözleşme ile Düzenlenmesi,” *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 1 (2007): 511; Emine Tuncay Kaplan, “Bildirim Sürelerinin Sözleşmelerle Artırılmasının Üst Sınırı Sorunu,” *Sicil Dergisi* 1, no. 9 (2008): 10; Sarper Süzek, *İş Hukuku*, Yenilenmiş 19. Baskı (İstanbul: Beta, 2020), 521; Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Türk İş Hukuku’nda Belirli Süreli İş Sözleşmesi* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012), 294; Öner Eyrenci, Savaş Taşkent ve Devrim Ulucan, *Bireysel İş Hukuku*, 7. Baskı (İstanbul: Beta, 2016), 172. Bunun istisnasını 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 430 f. 3 hükmü teşkil eder. Bu düzenlemeye göre “Taraflardan her biri, on yıldan uzun süreli hizmet sözleşmesini on yıl geçtikten sonra, altı aylık fesih bildirim süresine uyarak feshedebilir. Fesih, ancak bu süreyi izleyen aybaşında hüküm ifade eder”.

[3] Alpagut, *Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi*, 7, 31.

[4] Esener, *İş Hukuku*, 136; Alpagut, *Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi*, 32; Emine Tuncay Kaplan, *Bireysel İş Hukuku*, Gözden Geçirilmiş-Güncelleştirilmiş 12. Baskı (Ankara: Yetkin, 2022), 376.

[5] Esener, *İş Hukuku*, 243; Münir Ekonomi, *İş Hukuku I*, (İstanbul: Teknik Üniversite Matbaası, 1976), 166; Süzek, *İş Hukuku*, 725; Senyen Kaplan, *Bireysel İş Hukuku*, 471.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na<sup>[6]</sup> tabi belirli süreli hizmet sözleşmesinin işveren tarafından haksız feshinde uygulanan hüküm TBK m. 438'dir. Bu hüküm, 4857 sayılı İş Kanunu'na<sup>[7]</sup> ve diğer iş kanunlarına tabi olan belirli süreli iş sözleşmelerinin haksız feshinde de uygulanır.<sup>[8]</sup> Çünkü İş Kanunu'nda, iş güvencesi hükümleri kapsamı dışındaki işçilerin iş sözleşmelerinin haksız feshinin sonuçları düzenlenmemiştir.<sup>[9]</sup> Yargıtay<sup>[10]</sup> tarafından da belirli süreli iş sözleşmesinin haksız feshi halinde TBK m. 438'in uygulanacağı kabul edilmektedir.

TBK m. 438 f. 1 uyarınca “İşveren, haklı sebep olmaksızın hizmet sözleşmesini derhâl feshederse işçi, belirsiz süreli sözleşmelerde, fesih bildirim süresine; belirli süreli sözleşmelerde ise, sözleşme süresine uyulmaması durumunda, bu sürelere uyulmuş olsaydı kazanabileceği miktarı, tazminat olarak isteyebilir”. Buna göre, belirli süreli iş sözleşmesi haksız olarak feshedilen

[6] RG, 04.2.2011 S. 27836.

[7] RG, 10.6.2003 S. 25134.

[8] Emine Tuncay Kaplan, “Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Haksız Feshi ve Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Getirilen Yeni Düzenlemeler,” içinde *Osman Güven Çankaya'ya Armağan* (Ankara: Kamu-İş, 2010), 218; Can Tuncay, “Belirli Süreli İş Sözleşmesinin İşverence Feshi Kararın İncelenmesi,” *LEGAL İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi* 8, no. 31 (2011): 907; Polat Soyer, “Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin ‘Yeni’ Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi,” *Sicil İş Hukuku Dergisi* 11, no. 22 (2011): 14; Sabahattin Yürekli, *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi*, Güncellenmiş 3. Baskı (Ankara: Seçkin, 2016), 306; Mollamahmutoglu, Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku*, 902; Gülsevil Alpagut, “Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart Ve İbranameye İlişkin Hükümleri,” *LEGAL İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi* 8, no. 31 (2011): 931-32; Süzek, *İş Hukuku*, 727; Seracettin Göктаş, *Türk İş Hukukunda Haksız Fesih* (Ankara: Seçkin, 2020), 274.

[9] Süzek, *İş Hukuku*, 725; Kübra Doğan Yenisey, “Türk Borçlar Kanunu'nun Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri ve İş Hukuku Açısından Önemi,” içinde *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu* (İstanbul: Legal, 2014), 102; Göктаş, *Haksız Fesih*, 274,278.

[10] Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2016/22164, K. 2019/15464, 10.9.2019, (<https://lib.kazanci.com.tr>, 04.11.2023); Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2017/5587, K. 2018/7643, 04.4.2018, (<https://lib.kazanci.com.tr>, 11.12.2023).

işçi, sözleşme süresine uyulmuş olsaydı kazanabileceği miktarı tazminat olarak işverenden isteyebilir.<sup>[11]</sup> Öğretide<sup>[12]</sup> ve uygulamada<sup>[13]</sup> bu tazminat genellikle *bakiye süre ücreti tutarında tazminat* olarak adlandırılmaktadır.

Belirli süreli iş sözleşmesinde, sözleşmenin işveren tarafından haksız olarak feshedilmesi halinde ödenmek üzere ceza koşulu kararlaştırılmış olabilir. Böyle bir durumda ceza koşulunun, bakiye süre ücreti tutarında tazminatla birlikte istenip istenemeyeceği meselesi gündeme gelir. Bu noktada öğretide görüş birliği bulunmamaktadır. Bazı Yargıtay kararlarına göre,<sup>[14]</sup> işçi bakiye süre ücreti tutarı tazminat ile ceza koşulunu birlikte talep edebilir. Buna karşılık Yargıtay'ın yakın tarihli kararlarına göre,<sup>[15]</sup> bakiye süre ücreti tutarı tazminat ile ceza koşulunun birlikte talep edilebilmesi mümkün değildir; bunların birlikte talep edilebilmesi için sözleşmede buna ilişkin açık bir düzenlemenin bulunması gerekir.

Kanaatimizce, belirli süreli iş sözleşmesi işveren tarafından haksız olarak feshedilen işçi hem bakiye süre ücreti tutarında tazminatı hem de ceza koşulunu talep edebilmelidir. Bu çalışmanın amacı da belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce işveren tarafından haksız olarak feshedilmesi halinde,

[11] Göktaş, *Haksız Fesih*, 257.

[12] Alpagut, “TBK Hizmet Sözleşmesi,” 934; Ali Güzel, “Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Hukuki Nitelemesi-Haksız Feshe Bağlı Tazminat ve Cezai Şart,” *Çalışma ve Toplum* 3, no. 73 (2022): 1717; İstar Urhanoglu, “Yargıtay Kararları Çerçevesinde Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Süresi İçerisinde Haksız Fesih İle Sona Ermesi,” *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, no. 1 (2022): 110; Hasan Kayırgan, “İş Hukukunda Cezai Şart ve Kıdem Tazminatı Tavanı ile İlişkilendirilmesi Sorunu,” *Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, no. 20 (2022): 449.

[13] Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, E. 2017/17729, K. 2018/26597, 10.12.2018, (<https://legalbank.net>, 04.11.2023); Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2022/15900, K. 2022/16315, 08.12.2022, (<https://legalbank.net>, 04.11.2023).

[14] Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, E. 2018/11644, K. 2018/19715, 24.9.2018, (<https://www.lexpera.com.tr>, 10.01.2024); Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, E. 2016/614, K. 2018/26911, 11.12.2018, (<https://www.lexpera.com.tr>, 10.01.2024).

[15] Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2016/16974, K. 2018/22888, 11.12.2018; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2016/15172, K. 2018/22247, 04.12.2018; Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, E. 2017/16377, K. 2019/6511, 25.03.2019, (<https://www.lexpera.com.tr>, 10.01.2024).



işçinin sözleşmede öngörülen ceza koşulu ile bakiye süre ücreti tutarında tazminatı birlikte talep edemeyeceği meselesine işçi yararına bir çözüm yolu geliştirmektedir. Bu kapsamda bu çalışmada öncelikle, bakiye süre ücreti tutarında tazminat ile iş hukukunda ceza koşuluna ilişkin açıklamalara yer verilmiştir. Çalışmanın devamında, uygulamada ve öğretide bakiye süre ücreti tutarında tazminat ile ceza koşulu ilişkisi incelenmiştir. Daha sonra sırasıyla bireysel iş sözleşmesi ile genel işlem koşulu niteliğindeki tip iş sözleşmesi yönünden işçi yararına çözüm yolları üzerinde durulmuştur.

## I. BAKİYE SÜRE ÜCRETİ TUTARINDA TAZMİNAT

### A) GENEL OLARAK

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girmeden önce mevzuatımızda, belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce haklı bir sebep olmaksızın işveren tarafından feshedilmesi halinde uygulanacak hüküm belirsizdi.<sup>[16]</sup> 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'nda<sup>[17]</sup> konuya ilişkin açık bir hüküm bulunmadığından, feshin hukuki niteliği ile fesih bildiriminin sözleşmeyi sona erdirip erdirmediği konuları tartışmalıydı.<sup>[18]</sup> Haklı bir sebep olmaksızın belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce işveren tarafından feshedilmesi, bazı yazarlar tarafından işverenin alacaklı temerrüdüne düşmesi olarak değerlendirilirken, bazı yazarlar tarafından sonraki kusursuz imkânsızlık olarak değerlendirilmiştir; başka bir görüşe göre ise bu durum haksız fesih niteliğindedir.<sup>[19]</sup> 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle işverenin fesih bildiriminin sonuçları hakkındaki tartışmalar sona ermiştir.<sup>[20]</sup> TBK m. 438 uyarınca, belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden

[16] Nüvit Gerek, "İşveren Tarafından Gerçekleştirilen Haksız Fesih-Usulsüz Fesih-Kötü Niyetli Fesih," *KARATAHTA / İş Yazıları Dergisi*, no. 26 (Ağustos 2015): 6; Göktaş, *Haksız Fesih*, 252.

[17] RG, 08.5.1926 S. 366.

[18] Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Belirli Süreli İş Sözleşmesi*, 335.

[19] Bu görüşler için bakınız: Serkan Ayan, "Belirli Süreli İş Sözleşmesi," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 54, no. 4 (2005): 471-74; Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Belirli Süreli İş Sözleşmesi*, 335-42; Göktaş, *Haksız Fesih*, 252-54.

[20] Nuri Çelik, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'ndaki Hizmet Sözleşmesinin İsabetli Olmayan Bazı Düzenlemeleri," *Sicil İş Hukuku Dergisi*, no. 25 (Mart 2012): 6;

önce haklı bir sebep olmaksızın işveren tarafından feshedilmesi halinde sözleşme fesih bildiriyle sona erer.<sup>[21]</sup>

TBK m. 438 f. 1 hükmü uyarınca, belirli süreli iş sözleşmesi haksız olarak feshedilen işçi, sözleşme süresine uyulmuş olsaydı kazanabileceği miktarı tazminat olarak işverenden isteyebilir. Bu düzenlemenin temel amacı, işçinin ücret kaybının karşılanmasıdır.<sup>[22]</sup> Maddenin gerekçesinde de bu düzenlemeyle işçinin uğramış olduğu müspet zararın giderilmesinin amaçlandığı açıkça belirtilmiştir.<sup>[23]</sup> Buna göre belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce haklı bir sebep olmaksızın işveren tarafından feshedilmesi halinde, TBK m. 438 f. 1 hükmü uyarınca işçiye yapılacak ödemenin hukuki niteliği tazminattır.<sup>[24]</sup> Kaldı ki kanunda da tazminat ifadesine yer verilmiştir. Bu nedenle bu çalışmada TBK m. 438 f. 1 hükmü uyarınca belirli süreli

Doğan Yenisey, “TBK Hükümleri,” 102; Göktaş, *Haksız Fesih*, 254.

[21] Manfred Rehbinder ve Jean-Fritz Stöckli, *Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Obligationenrecht, Der Arbeitsvertrag, Art. 331-355 und Art. 361-362 OR*, 2. Auflage (Bern: Stämpfli Verlag AG, 2014), Art. 337c, N. 2; Boris Etter ve Marcel Stucky, *SHK-Stämpflis Handkommentar, Arbeitsvertrag*, 1. Auflage, (Bern: Stämpfli Verlag AG, 2021), Art. 337c, N. 5; Frank Emmel, *CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft Art. 319-529 OR*, 3. Auflage, (Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2016), Art 337c, N. 1; Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Belirli Süreli İş Sözleşmesi*, 342-43.

[22] Ullin Streiff, Adrian von Kaenel ve Roger Rudolph, *Arbeitsvertrag Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR*, 7. Auflage (Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2012), Art. 337c, N. 2; Adrian Staehelin, *Zürcher Kommentar Band/Nr. V/2c, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), Der Arbeitsvertrag: Art. 330b-355 OR, Art. 361-362 OR*, 4. Auflage (Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2014), Art. 337c, N. 7; Güzel, “Haksız Feshe Bağlı Tazminat ve Cezai Şart,” 1717; Kaplan, “Haksız Fesih ve TBK,” 223.

[23] <https://www.muglabarosu.org.tr/Upload/files/pdf/BK%20Madde%20Gerek%C3%A7leri.pdf>, 03.12.2023.

[24] Doğan Yenisey, “TBK Hükümleri,” 103; Başak Güneş ve Faruk Barış Mutlay, “Yeni Borçlar Kanununun ‘Genel Hizmet Sözleşmesi’ne İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 Sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi,” *Çalışma ve Toplum* 3, no. 30 (2011): 279-80.

iş sözleşmesi haksız olarak feshedilen işçiye yapılacak ödemeyi ifade etmek üzere *bakiye süre ücreti tutarı tazminat* ifadesi kullanılmıştır.<sup>[25]</sup>

4857 sayılı İş Kanunu, 854 sayılı Deniz İş Kanunu<sup>[26]</sup> ve 5953 sayılı Baskın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun'da<sup>[27]</sup> (Baskın İş Kanunu'nda), belirli süreli iş sözleşmesinin haksız feshinin hukuki yaptırımını düzenlenmediğinden, TBK m. 438 f. 1 hükmü bu kanunlara tabi olarak çalışanlar bakımından da uygulama alanı bulur.<sup>[28]</sup>

## B) HESAPLANMASI

Bakiye süre ücreti tutarında tazminatın hesaplanmasında hangi ücretin esas alınacağı noktasında kanunda açıklık bulunmamaktadır. Öğretide,<sup>[29]</sup> işçinin geniş anlamda (giydirilmiş) ücretinin esas alınması gerektiği kabul edilmektedir. Çünkü hükümde, işçinin kalan sürede çalışmış olsaydı *kaza-*

[25] TBK m. 438 f. 1 hükmü uyarınca belirli süreli iş sözleşmesi haksız olarak feshedilen işçiye yapılacak ödemeyi ifade etmek üzere, öğreti ve uygulamada farklı kavramlar kullanılmaktadır. Örneğin bazı yazarlar tarafından *bakiye süre ücreti* ifadesi tercih edilmektedir. Bkz. Mahmut Kabakçı, "Belirli Süreli İş Sözleşmesini Haklı Nedenle Fesheden İşçinin Bakiye Süre Ücreti Talebi," *Sicil İş Hukuku Dergisi*, no. 21 (2011): 129 vd.; Süzek, *İş Hukuku*, 728. Bazı Yargıtay kararlarında da *bakiye süre ücreti* ifadesine yer verilmiştir. Bkz. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, E. 2014/34840, K. 2015/9084, 05.3.2015, (<https://legalbank.net>, 04.11.2023); Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2021/9-762, K. 2022/840, 07.6.2022, (<https://lib.kazanci.com.tr>, 04.11.2023). Bazı yazarlar tarafından *boşta geçen süreler tazminatı* ifadesi tercih edilmektedir. Bkz. Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku*, 902. Bazı yazarlar tarafından ise *haksız fesih tazminatı* kavramı kullanılmaktadır. Bkz. Yürekli, *Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi*, 308; Göktaş, *Haksız Fesih*, 257.

[26] RG, 29.4.1967 S. 12586.

[27] RG, 20.6.1952 S. 8140.

[28] Alpagut, "TBK Hizmet Sözleşmesi," 931-32; Ender Gülver, "Türk Borçlar Kanunu'nda İş Sözleşmesinin Derhâl Feshi," *LEGAL İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi* 8, no. 31 (2011): 1016; Yürekli, *Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi*, 309; Göktaş, *Haksız Fesih*, 274, 330, 335.

[29] Göktaş, *Haksız Fesih*, 257; Güzel, "Haksız Feshe Bağlı Tazminat ve Cezai Şart," 1717.

*nabileceği ücreti yerine kazanabileceği miktarı* denilerek ücreti de içine alan geniş bir tutar ifade edilmiştir. Buna göre, bakiye süre ücreti tutarı tazminatın hesaplanmasında yalnızca işçinin bakiye sürede doğacak ücreti değil, ücret artışları ve ücret ekleri de dikkate alınmalıdır.<sup>[30]</sup> Başka bir deyişle bakiye süre ücreti tutarı tazminat yalnızca ücretten ibaret değildir; kanuni ve sözleşmesel ikramiyeler, yemek, yakacak ve giyim yardımı gibi olağan çalışma süresi içinde iş görmeye bağlı ve parayla ölçülebilen diğer menfaatler de bu tazminat kapsamında yer alır.<sup>[31]</sup>

TBK m. 438 f. 2'de bakiye süre ücreti tutarında tazminat hesaplanırken kanunda sayılan hallerde indirim yapılacağı öngörülmüştür. Düzenlemeye göre, “*Belirli süreli hizmet sözleşmesinde işçinin hizmet sözleşmesinin sona ermesi yüzünden tasarruf ettiği miktar ile başka bir işten elde ettiği veya bilerek elde etmekten kaçındığı gelir, tazminattan indirilir*”. Tazminattan indirilebilecek kalemler, kanunda sayılanlarla sınırlıdır; kanunda sayılanlar dışında hâkimin takdir yetkisini kullanarak tazminattan indirim yapması mümkün değildir.<sup>[32]</sup> Tazminattan indirim için davalının bu yönde bir talebinin olması gerekli değildir. Hâkim, öncelikle somut olayda kanunda sayılan indirim sebeplerinden birinin veya birkaçının bulunup bulunmadığını değerlendirmeli, kanunda sayılan hallerden birinin somut olayda

[30] Hazal Tolu, *İş Sözleşmesinin Haksız Feshi* (İstanbul: Beta, 2017), 208; Güzel, “Haksız Feshe Bağlı Tazminat ve Cezai Şart,” 1717; Ücret artışlarının dikkate alınmaması yönünde bkz. Mikdat Güler, “Belirli Süreli İş Sözleşmesi,” *LEGAL İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, no. 5 (2005): 74-75.

[31] Streiff, Kaenel ve Rudolph, Art. 337c, N. 2; Staehelin, Art. 337c, N. 8; Rehbinder ve Stöckli, Art. 337c, N. 3; Etter ve Stucky, Art. 337c, N. 11; Kaplan, “Haksız Fesih ve TBK,” 223; Güler, “Derhâl Fesih,” 1019; Göktaş, *Haksız Fesih*, 258.

[32] Staehelin, Art. 337c, N. 8; Muhittin Astarlı, “İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı,” içinde *Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 2015* (İstanbul: On İki Levha, 2017), 240-41; Süzek, *İş Hukuku*, 728; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku*, 903; Güzel, “Haksız Feshe Bağlı Tazminat ve Cezai Şart,” 1719; Urhanoğlu, “Haksız Fesih,” 93. Ayrıca bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2022/15900, K. 2022/16315, 08.12.2022, (<https://legalbank.net>, 05.11.2023); Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2013/14765, K. 2015/9464, 09.3.2015, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, 05.11.2023).

söz konusu olması halinde ise tazminattan gerekli indirimi yapmalıdır.<sup>[33]</sup> Somut olayda kanunda sayılan indirim sebeplerinin bulunup bulunmadığını değerlendirmeden hâkim tazminata oransal indirim uygulamamalıdır.<sup>[34]</sup> Öğretide<sup>[35]</sup> TBK m. 438 hükmünün birinci ve ikinci fıkralarının ayrı konuları düzenlemediği, aksine bunların bir bütün oluşturduğu ifade edilmekte ve bunlardan birinin diğerinden ayrı tutularak uygulanması halinde, bu durumun kanuna aykırılık oluşturacağı ileri sürülmektedir.

Bakiye süre ücreti tutarında tazminattan indirilecek kalemlerin başında iş sözleşmesinin sona ermesi üzerine işçinin tasarruf ettiği miktar gelir. İşçinin giysi masrafı, yol masrafı, temin etmekle yükümlü olduğu alet ve edevat için yapacağı masraf iş sözleşmesinin sona ermesi üzerine işçinin tasarruf ettiği miktar kapsamında yer alır.<sup>[36]</sup> Bu ve benzeri masrafların indirime konu olabilmesi için bunların işçinin çalıştığı işe ilişkin olması gerekir.<sup>[37]</sup> İşçi işe gitmese dahi yapılacak olan masraflar örneğin yemek masrafı tazminattan indirilemez.<sup>[38]</sup>

[33] Güler, “Belirli Süreli İş Sözleşmesi,” 76; Güzel, “Haksız Feshe Bağlı Tazminat ve Cezai Şart,” 1719-20; Urhanoglu, “Haksız Fesih,” 93. Ayrıca bkz. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, E. 2017/36292, K. 2020/8906, 07.7.2020; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2021/12285, K. 2022/532, 18.1.2022, (<https://legalbank.net>, 05.12.2023).

[34] Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2016/34034, K. 2019/16615, 24.9.2019; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2021/12285, K. 2022/532, 18.1.2022, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, 05.11.2023).

[35] Ali Güzel, “İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı,” içinde *Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri'nin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 2019-2020* (İstanbul: On İki Levha, 2022), 19; Güzel, “Haksız Feshe Bağlı Tazminat ve Cezai Şart,” 1720.

[36] Streiff, Kaenel ve Rudolph, Art. 337c, N. 6; Staehelin, Art. 337c, N. 12; Rehbindler ve Stöckli, Art. 337c, N. 5; Etter ve Stucky, Art. 337c, N. 20; Alpagut, *Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi*, 186; Kaplan, “Haksız Fesih ve TBK,” 223-24; Güzel, “Haksız Feshe Bağlı Tazminat ve Cezai Şart,” 1720. Aynı yönde bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 1981/9-761, K. 1984/52, 01.2.1984, (<https://lib.kazanci.com.tr>, 16.01.2024).

[37] Alpagut, *Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi*, 186; Güler, “Belirli Süreli İş Sözleşmesi,” 75.

[38] Gökteş, *Haksız Fesih*, 258.

Bakiye süre içinde işçi başka bir iş bulabilir. Bakiye süre içinde işçinin başka bir iş bulması halinde, işçinin bu işten elde ettiği gelir de tazminattan indirilir. Bakiye süre içinde başka bir iş bulan işçinin bu işten elde ettiği gelir, eskisiyle aynı hatta eskisinden daha yüksek olabilir. Böyle bir durumda işçi tazminat talep edemez.<sup>[39]</sup>

İşçinin bilerek elde etmekten kaçındığı gelir de tazminattan indirilir. Bu noktada öncelikle işçinin niteliklerine göre ne kadar süre içinde iş bulabileceği hesaplanır, bu süreden sonra işçinin iş bulamaması veya çalışmaması, işçinin bilerek elde etmekten kaçındığı gelir olarak değerlendirilir.<sup>[40]</sup> Elbette burada, işçinin dürüstlük kuralına uygun davranışı esas alınır. Zira mesleki nitelikleri ile sosyal durumuna uygun olmayan işleri kabul etmesi işçiden beklenemez.<sup>[41]</sup> Örneğin bakiye süre içinde işçinin asgari ücret ödenen bir iş bulabileceği varsayımından hareketle tazminattan indirim yapılmamalıdır.<sup>[42]</sup>

Yargıtay'a göre, bakiye süre içinde işçiye ödenen işsizlik ödeneği<sup>[43]</sup> veya emekli aylığı<sup>[44]</sup> da tazminattan indirilmelidir. Bir görüşe göre<sup>[45]</sup> işsizlik ödeneği kanunda sayılmadığından tazminattan indirilmemelidir. Bunun

[39] Rehbinden ve Stöckli, Art. 337c, N. 5; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, *İş Hukuku Dersleri*, 46; Güzel, "Haksız Feshe Bağlı Tazminat ve Cezai Şart," 1722. Aynı yönde bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2007/16098, K. 2008/15750, 16.6.2008, (<https://lib.kazanci.com.tr>, 17.01.2024).

[40] Rehbinden ve Stöckli, Art. 337c, N. 5; Güler, "Belirli Süreli İş Sözleşmesi," 76; Şahin Çil, *İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (2019-2021 Yılları)*, 8. Baskı (Ankara: Yetkin, 2021), 358; Güzel, "Haksız Feshe Bağlı Tazminat ve Cezai Şart," 1722.

[41] Hermann Becker, *İsviçre Medenî Kanunu Şerhi, Borçlar Hukuku, II. Bölüm, 1943*, çev. Suat Duna (Ankara, 1993), art. 332; Streiff, Kaenel ve Rudolph, Art. 337c, N. 7; Etter ve Stucky, Art. 337c, N. 25; Alpagut, *Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi*, 187-88; Kaplan, "Haksız Fesih ve TBK," 224.

[42] Göktaş, *Haksız Fesih*, 258.

[43] Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2007/41429, K. 2009/13673, 21.5.2009, (<https://lib.kazanci.com.tr>, 07.12.2023).

[44] Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 1997/21060, K. 1997/22846, 29.12.1997, (<https://lib.kazanci.com.tr>, 07.12.2023).

[45] Serkan Elmas, *Türk İş Hukukunda Haksız Fesih* (Ankara: Lykeion, 2018), 257.

dışında bazı Yargıtay kararlarında<sup>[46]</sup> belirli süreli iş sözleşmesi olmasına rağmen işveren tarafından işçiye ihbar tazminatı ödenmiş olması halinde bunun da tazminattan indirileceği belirtilmiştir.

Yargıtay'a göre<sup>[47]</sup> somut olayda kanunda sayılan tazminattan indirim sebeplerinin bulunup bulunmadığı mahkeme tarafından araştırılması gereken konulardandır. Buna karşılık öğretide bazı yazarlar<sup>[48]</sup> tarafından ispat yükünün işveren üzerinde olduğu ileri sürülmektedir.

### C) HUKUKİ NİTELİĞİ

Sözleşmeden doğan borç ilişkisinin içerdiği yükümlülüklerin borçlu tarafından ihlal edilmesi halinde, alacaklının malvarlığında meydana gelen eksilmenin giderilmesine yönelik olarak borçlu tarafından ödenecek tazminatın,

[46] Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2007/16098, K. 2008/15750, 16.6.2008; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2007/41429, K. 2009/13673, 21.5.2009, (<https://lib.kazanci.com.tr>, 07 Aralık 2023).

[47] Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2021/12488, K. 2022/115, 11.1.2022; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2021/9-762, K. 2022/840, 7.6.2022; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2022/4763, K. 2022/5449, 27.4.2022, (<https://lib.kazanci.com.tr>, 07.12.2023); Mahkemenin delil toplaması gerektiğine işaret eden bir bozma sebebi olarak: “*Dolayısıyla salt tanık beyanları ile değerlendirme yapılması yeterli bulunmayıp, İl Millî Eğitim Müdürlüğünden davacının haftalık ders programı istenilerek, davacının sınıf öğretmeni olarak girdiği haftalık ders saatinin usulünce tespit edilerek alacak hakkında yeniden karar verilmesi gerektiği anlaşıldığından kararın bozulması gerekir*” Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, E. 2017/36292 K. 2020/8906, 07.7.2020, (<https://lib.kazanci.com.tr>, 07.12.2023).

Eski tarihli bir Yargıtay kararında, somut olayda tazminattan indirim sebebinin bulunup bulunmadığı hususunun işçi tarafından ispatlanması gerektiği belirtilmiştir. Bu karara göre işçi sözleşmenin feshinden sonra iş aradığını ve bulamadığını ispat etmelidir. Bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2004/12120, K. 2004/27469, 13.12.2004, (<https://lib.kazanci.com.tr>, 07.12.2023). Yakın tarihli bir Yargıtay kararında ise ispat yükünün işveren üzerinde olduğu belirtilmiştir. Bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2022/1952, K. 2022/2732, 02.3.2022, (<https://lib.kazanci.com.tr>, 07.12.2023).

[48] Kaplan, “Haksız Fesih ve TBK,” 224; Gökteş, *Haksız Fesih*, 258; Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Belirli Süreli İş Sözleşmesi*, 356.



tarafarca önceden belirlenmesine götürü tazminat denir.<sup>[49]</sup> Götürü tazminatın kararlaştırıldığı işleme ise götürü tazminat anlaşması denir.<sup>[50]</sup>

Götürü tazminatın hukuki dayanağı, sözleşme olabileceği gibi kanuni bir düzenleme de olabilir. Yürürlükte bulunan bazı kanunlarda, meydana gelmesi muhtemel zarara ilişkin ödenmesi gereken tazminat miktarı hakkında birtakım hükümler mevcuttur. Hukuki dayanağını kanuni bir düzenlemeden alan götürü tazminata ise kanundan doğan götürü tazminat denir. Kanundan doğan götürü tazminat, sözleşmesel götürü tazminattan farklı olarak, taraflar arasında bu konuya ilişkin ayrıca bir anlaşma olmaksızın geçerlidir. Bu tür götürü tazminat, ilgili kanuni düzenlemenin uygulama alanına giren bütün taraflar bakımından uygulanır.<sup>[51]</sup> Kanundan doğan götürü tazminatın amacı, tazminat alacaklısını zararın kapsamını ispat yükünden kurtarmak ve tazminatın hesaplanmasını kolaylaştırmaktır.<sup>[52]</sup>

Belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce haklı bir sebep olmaksızın işveren tarafından feshedilmesi halinde, işçinin bakiye süre ücreti tutarında tazminat talep edebilmesi için taraflar arasında bu konuda bir anlaşma olmasına gerek yoktur; işçi TBK m. 438 f. 1 uyarınca bakiye süre ücreti

[49] Theres Oertli, *Der vertraglich pauschalierte Schadenersatz: unter Berücksichtigung der Abgrenzung zur Konventionalstrafe* (Luzern, 2004), N. 20; Charles T. McCormick, "Liquidated Damages," *Virginia Law Review* 17, no. 2 (1930): 103; Alvin C. Brightman, "Liquidated Damages," *Columbia Law Review* 25, no. 3 (1925): 277; Köksal Kocağa, "İnşaat Sözleşmelerinde İş Zamanında Teslim Etmeyen Yüklenicinin Ödemesi Kararlaştırılan Meblağ Cezai Şart mı Yoksa Götürü Tazminat Mıdır?" *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 74 (2008): 150; Berk Kapancı, "Götürü Tazminat Anlaşması ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi," içinde *Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan* (İstanbul: Filiz 2013), 656-57; Mehmet Erdem, "Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi," içinde *Gazi Üniversitesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu (28-29 Mayıs 2009)* (Ankara, 2009), 98; Bahar Öcal Apaydın ve Nurten İnce Akman, "Götürü Tazminatın Hâkim Tarafından İndirilmesi Meselesi," *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 25, no. 1 (Haziran 2019), 222. Götürü tazminat kurumu hakkında detaylı bilgi için bkz. Tuba Birinci Uzun, *Götürü Tazminat*, (Ankara: Yetkin, 2015).

[50] Birinci Uzun, *Götürü Tazminat*, 68; Öcal Apaydın ve İnce Akman, "Götürü Tazminatın Hâkim Tarafından İndirilmesi Meselesi," 224.

[51] Birinci Uzun, *Götürü Tazminat*, 204.

[52] Oertli, *Der vertraglich pauschalierte Schadenersatz*, N. 104.



tutarında tazminat talep edebilir. Çünkü bu tazminatın kaynağı taraflar arasındaki anlaşma değil, kanuni bir düzenlemedir. Bu tazminatın kaynağı kanuni bir düzenleme olduğundan, bakiye süre ücreti tutarında tazminat yalnızca münferit bir iş sözleşmesi ve bu sözleşmenin tarafları bakımından değil; bütün belirli süreli iş sözleşmeleri bakımından uygulama alanı bulur. Bunun dışında bu tazminatı talep edebilmesi için işçinin zarara uğradığını ve işverenin kusurunun bulunduğunu ispat etmesine de gerek yoktur.<sup>[53]</sup> Bu hususlar dikkate alındığında, kanaatimizce hukuki niteliği itibarıyla bakiye süre ücreti tutarında tazminat, kanundan doğan götürü bir tazminattır.<sup>[54]</sup>

## II. İŞ HUKUKUNDA CEZA KOŞULU

### A) GENEL OLARAK

Türk hukukunda ceza koşulu, TBK m. 179 ve devamında düzenlenmiştir ancak kanunda ceza koşulunun tanımı yapılmamıştır.<sup>[55]</sup> Öğretide<sup>[56]</sup> ceza koşulu, borçlunun borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde alacaklıya yerine getirmeyi taahhüt ettiği ekonomik değeri olan bir edim olarak tanımlanmaktadır.

[53] Gökteş, *Haksız Fesih*, 275.

[54] Aynı yönde bkz. Elmas, *Türk İş Hukukunda Haksız Fesih*, 237.

[55] Talat Canbolat ve Ebru Erener, “Asgari Süreli İş Sözleşmelerinde Cezai Şart,” *İş ve Hayat* 3, no. 5 (2017): 230.

[56] Kenan Tunçomağ, *Türk Hukukunda Cezai Şart* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1963), 47; Necip Bilge, “Cezai Şart,” içinde *Prof. Dr. Esat Arsebük'e Armağan* (Ankara: Güzel İstanbul Matbaası, 1958), 39; Hasan Seçkin Ozanoğlu, “İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlı İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları,” *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, no. 2 (1999): 60-118; Erol Cansel ve Çağdaş Özel, “Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu,” *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi*, Özel Sayı (Haziran 2013), 713-714; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 27. Baskı (Ankara: Yetkin, 2022), N. 3676; Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler II*, 17. Baskı, (İstanbul, 2022), 547; Birinci Uzun, *Götürü Tazminat*, 137.

Ceza koşulunun başlıca üç amacı vardır. Bunlar; teminat amacı, tazminat amacı ve sözleşmeden dönme amacıdır.<sup>[57]</sup> Öncelikle ceza koşulu borçluyu ifaya zorlar. Çünkü TBK m. 180 f. 1 uyarınca alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa bile, cezanın ifası gerekir. Ayrıca taraflarca kararlaştırılan ceza miktarı, genellikle asıl borcun ihlal edilmesi halinde mahkeme tarafından hükmedilecek tazminat miktarından daha fazladır. Asıl borcu hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi halinde daha ağır bir yükümlülükle karşılaşacağı için borçlu asıl borcu ifa etmeye çalışır. Böylece ceza koşulunun teminat amacı gerçekleşir.<sup>[58]</sup> Asıl borcun ihlal edilmesi durumunda borçlu tarafından ceza koşulunun ödeneceğinin kararlaştırılması, alacaklıyı zararın varlığını ve miktarını ispat yükünden kurtarır. Bu yönüyle ceza koşulu, asıl borcun ihlal edilmesi halinde meydana gelen zararın giderilmesi amacıyla da hizmet eder. Buna ceza koşulunun tazminat amacı denir.<sup>[59]</sup> Ceza koşulu, bazen borçlunun sözleşmeden kolayca dönmesine imkân tanır. TBK m. 179 f. 3'te dönme cezası düzenlenmiştir. Dönme cezasının kararlaştırıldığı hallerde, borçlu cezayı ödeyerek sözleşmeden dönebilir veya sözleşmeyi feshedebilir. Bu yönüyle ceza koşulu, borçlunun dilediği zaman sözleşmeden dönebilmesi amacıyla da hizmet eder.<sup>[60]</sup>

TBK m. 179'da seçimlik ceza koşulu, ifaya eklenen ceza koşulu ve dönme cezası olmak üzere üç tür ceza koşulu düzenlenmiştir.<sup>[61]</sup> TBK m. 179 f. 1 uyarınca sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde ödenmek üzere bir ceza kararlaştırılmışsa, aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça alacaklı, ya borcun ifasını ya da cezanın ödenmesini isteyebilir. Buna, seçimlik ceza koşulu denir. TBK m. 179 f. 1 kapsamına giren ihlaller *borçlunun sorumlu*

[57] Tunçomağ, *Türk Hukukunda Cezai Şart*, 51-52; Köksal Kocaağa, *Ceza Koşulu (Sözleşme Cezası)*, 2. Baskı (Ankara: Yetkin, 2018), 31.

[58] Tunçomağ, *Türk Hukukunda Cezai Şart*, 49; Kocaağa, *Ceza Koşulu*, 33; Cansel ve Özel, "Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu," 715; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler II*, 548.

[59] Tunçomağ, *Türk Hukukunda Cezai Şart*, 48-49; Kocaağa, *Ceza Koşulu*, 36; Cansel ve Özel, "Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu," 715.

[60] Tunçomağ, *Türk Hukukunda Cezai Şart*, 50-51; Kocaağa, *Ceza Koşulu*, 38.

[61] Bu ifadeler kanunda yer almayıp, esasen öğreti tarafından kullanılan ifadelerdir (Kocaağa, *Ceza Koşulu*, 133).

*olduğu sonraki imkânsızlık ile gereği gibi ifa etmeme* halleridir.<sup>[62]</sup> Ancak TBK m. 179 f. 1 emredici nitelikte olmadığından, tarafların sayılan haller dışında da seçimlik ceza koşulu kararlaştırabilmesi mümkündür.<sup>[63]</sup> Seçimlik ceza koşulunda alacaklı seçimlik bir yetkiye sahiptir. Asıl borcun hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesi halinde ya asıl borcun ifasını talep edebilir ya da bundan vazgeçerek ceza koşulunun ödenmesini ister. Seçimlik ceza koşulunda alacaklı hem asıl edimin ifasını hem de ceza koşulunun ödenmesini isteyemez. Öte yandan hükümde geçen *aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça* ifadesinden tarafların hükmün aksine sözleşme yapabileceği sonucuna ulaşılmaktadır. O halde taraflar, asıl borcun ifasıyla birlikte ceza koşulunun da ödeneceğini kararlaştırabilirler.<sup>[64]</sup>

TBK m. 179 f. 2 uyarınca ceza borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılmışsa, alacaklı, hakkından açıkça feragat etmiş veya ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olmadıkça, asıl borçla birlikte cezanın ifasını da isteyebilir. Bu hüküm ifaya eklenen ceza koşuluna ilişkindir. İfaya eklenen ceza koşulunda, alacaklı hem ifanın yerine getirilmesini hem de cezanın ödenmesini talep edebilir.<sup>[65]</sup> Burada taleplerin yığılması başka bir deyişle toplanması söz konusudur.<sup>[66]</sup>

TBK m. 179 f. 3'te, dönme cezası (ifayı engelleyen ceza koşulu) düzenlenmiştir. Buna göre, borçlunun kararlaştırılan cezayı ifa ederek sözleşmeyi dönme veya feshetme suretiyle sona erdirmeye yetkili olduğunu ispat etme hakkı saklıdır. Dönme cezasının kararlaştırıldığı hallerde borçlu, cezayı ödeyerek sözleşmeden dönebilir veya sözleşmeyi feshedebilir. Alacaklı da

[62] Roland Bentele, *Die Konventionalstrafe nach Art. 160-163 OR* (Freiburg, 1994), 88; Ozanoğlu, "İfaya Eklenen Cezai Şart," 94; Kocaağa, *Ceza Koşulu*, 133.

[63] İrem Yayvak Namlı, *İş Hukuku'nda Cezai Şart*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Doktora Tezleri Dizisi No:10 (İstanbul: On İki Levha, 2019), 108.

[64] Kocaağa, *Ceza Koşulu*, 136-37; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler II*, 559.

[65] Kocaağa, *Ceza Koşulu*, 137; Cansel ve Özel, "Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu," 724; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, N. 3694; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler II*, 559.

[66] Tunçomağ, *Türk Hukukunda Cezai Şart*, 45-46; Kocaağa, *Ceza Koşulu*, 137; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, N. 3694.

yalnızca cezanın ödenmesini isteyebilir; alacaklı, borçludan asıl edimin ifasını isteyemez.<sup>[67]</sup> Dönme cezası, gerçek anlamda bir ceza koşulu değildir.<sup>[68]</sup> Çünkü burada, dilerse cezayı ödeyerek sözleşmeden dönme veya sözleşmeyi feshetme imkânının tanınmasıyla borçlunun durumu kolaylaştırılmaktadır.<sup>[69]</sup>

## B) KOŞULLARI

4857 sayılı İş Kanunu'nda, ceza koşuluna ilişkin özel hüküm bulunmadığından, genel hükümler esas alınır. Bununla birlikte, iş hukukunun özel hukuk ve kamu hukukunu içeren karma yapısı ve işçiyi koruyucu özelliği nedeniyle ceza koşuluna ilişkin kuralların işçi lehine uyarlanması ihtiyacı ortaya çıkmıştır.<sup>[70]</sup> İşçiyi koruyucu bu uyarılmanın sonuçlarından biri de karşılıklılık ilkesidir. Bu ilke, salt işçi aleyhine ceza koşulu kararlaştırılmasını ve ceza koşulu nedeniyle işçinin, işverene göre daha zayıf bir duruma düşmesini engellemeye yöneliktir. TBK m. 420'de "*Hizmet sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulu geçersizdir*" denmektedir. Buna göre, iş sözleşmesinde yalnızca işçi aleyhine ceza koşulu bulunması halinde bu koşul geçersiz olur.<sup>[71]</sup> Öte yandan iş sözleşmesinde, yalnızca işveren aleyhine ceza koşulu bulunabilir.<sup>[72]</sup>

[67] Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, N. 3696; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler II*, 562.

[68] Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, N. 3697; Kocaağa, *Ceza Koşulu*, 144-45; Cansel ve Özel, "Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu," 725; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler II*, 562.

[69] Kocaağa, *Ceza Koşulu*, 145; Cansel ve Özel, "Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu," 726.

[70] Canbolat ve Erener, "Asgari Süreli İş Sözleşmelerinde Cezai Şart," 233; Kayırgan, "Cezai Şart," 437.

[71] Kayırgan, "Cezai Şart," 440.

[72] Kübra Doğan Yenisey, "İş Hukukunda Cezai Şart," içinde *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş Hukukunda Güncel Sorunlar Semineri 1* (İstanbul: Kadir Has Üniversitesi, 2012), 36; Hande Bahar Aykaç, "Bireysel İş Sözleşmesinde Düzenlenen Cezai Şart," *LEGAL İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi* 13, no. 50 (2016): 724; Yayvak Namlı, *İş Hukuku'nda Cezai Şart*, 317-18; Kayırgan, "Cezai Şart," 441; Ekmekçi ve Yiğit, *Bireysel İş Hukuku*, 415.

İş sözleşmesinde her iki taraf aleyhine ceza koşulu bulunması halinde, bazı hususlara dikkat edilmesi gerekir. İşçi aleyhine kararlaştırılan ceza, işveren aleyhine kararlaştırılan cezadan gerek miktar gerekse koşullar yönünden daha ağır olmamalıdır.<sup>[73]</sup> Böyle bir durumda işçi aleyhine öngörülen ceza, miktar ve koşullar yönünden işverenin sorumluluğuyla sınırlandırılarak asgari düzeyde eşitlik sağlanır.<sup>[74]</sup> Başka bir deyişle iş sözleşmesinde karşılıklı ceza koşulu bulunmakla birlikte işçi aleyhine bir eşitsizlik söz konusu olduğunda, ceza koşulu tamamen geçersiz değildir ancak işçi aleyhine öngörülen ceza, miktar ve koşullar yönünden işverenin sorumlu olduğu miktar ve koşulları aşamaz.<sup>[75]</sup>

Yalnızca işçi aleyhine ceza koşulu düzenlenmemesi esas olmakla birlikte bu ilkenin istisnası kabul edilen haller de mevcuttur. Bunlar; işçinin sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranışı için kararlaştırılan ceza koşulu,<sup>[76]</sup> işçinin rekabet yasağına aykırı davranışı için kararlaştırılan ceza koşulu<sup>[77]</sup> ve işçinin eğitim giderleri için kararlaştırılan<sup>[78]</sup> ceza koşuludur.

[73] Canbolat ve Erener, “Asgari Süreli İş Sözleşmelerinde Cezai Şart,” 235.

[74] Polat Soyer, “Hizmet Akdinin İşçi Tarafından Feshi İçin Öngörülen Cezai Şartın Geçerliliği Sorunu,” *Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan* (Ankara: İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, 2000), 368-70; Gaye Baycık, “İş Hukukunda Cezai Şart,” içinde *İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III*, ed. Tankut Centel (İstanbul: On İki Levha, 2018), 9; Kayırgan, “Cezai Şart,” 442.

[75] Ekmekçi ve Yiğit, *Bireysel İş Hukuku*, 415-16; Kayırgan, “Cezai Şart,” 442; Doğan Yenisey, “İş Hukukunda Cezai Şart,” 29; Yayvak Namlı, *İş Hukuku’nda Cezai Şart*, 321-22. Aynı yönde bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2022/7357, K. 2022/8220, 23.6.2022, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, 11.01.2024). Bu durumda işçi aleyhine düzenlenen ceza koşulunun geçersiz olması gerektiği yönünde bkz. Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku*, 915; Fevzi Şahlanan, “İş Sözleşmelerine Konulan Cezai Şart,” *Tekstil İşveren Dergisi, Hukuk Eki*, no. 437 (Ağustos 2018): 4-5.

[76] Ekmekçi ve Yiğit, *Bireysel İş Hukuku*, 416.

[77] Ekmekçi ve Yiğit, *Bireysel İş Hukuku*, 417; Göktaş, *Haksız Fesih*, 397; Yayvak Namlı, *İş Hukuku’nda Cezai Şart*, 636. Ayrıca bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2021/11-477, K. 2023/179, 08.3.2023, (<https://lib.kazanci.com.tr/> 11.01.2024).

[78] Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku*, 924-25. Ayrıca bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2008/9-430, K. 2008/438, 18.6.2008, ([https://lib.kazanci.com.tr](https://lib.kazanci.com.tr/), 10.01.2024).

Belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce işçi veya işveren tarafından haksız olarak feshedilmesi halinde ödenmek üzere ceza koşulu kararlaştırılabilir. Buna karşılık, belirsiz süreli iş sözleşmesinde kural olarak işçi aleyhine ceza koşulu kararlaştırılmaz.<sup>[79]</sup> Bunun nedeni, işçinin bildirimli fesih hakkının sınırlandırılmasının Anayasa ile koruma altına alınan çalışma özgürlüğüne ve angarya yaşağına aykırılık teşkil etmesidir.<sup>[80]</sup> Belirli süreli olarak yapılmış ancak objektif şartları taşımadığı için sözleşmenin, belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak kabul edilmesi halinde ise süresinden önce haksız feshine bağlı ceza koşulu sözleşmede kararlaştırılan süreyle sınırlı olarak geçerlidir.<sup>[81]</sup>

TBK m. 182 f. 1 uyarınca, ceza koşulunun miktarını taraflar serbestçe belirleyebilir. Bununla birlikte, aynı maddenin son fıkrasında, hâkimin aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirebileceği düzenlenmiştir (TBK m. 182 f. 3). Ceza koşulunun aşırı olup olmadığının tespiti ve ne oranda indirim tabi tutulacağı noktasında kanun koyucu hâkime takdir yetkisi tanımıştır. Hâkim; taraflar arasındaki menfaat dengesini, borcun ihlali ile borçlunun kusurunun ağırlığını ve tarafların ekonomik durumunu göz

[79] A. Murat Demircioğlu, “İş Hukukunda Cezai Şart,” *Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan I*, (İstanbul: Beta, 2010): 162-63; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku*, 918.

[80] Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku*, 918.

[81] Objektif bir sebep bulunmaksızın yapılan belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce feshedilmesi halinde, diğer tarafın ceza koşulu talep edip edemeyeceği noktasında Yargıtay’ın 9. Hukuk Dairesi ile 22. Hukuk Dairesi arasında içtihat farklılığı bulunmaktaydı. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’ne göre, objektif bir sebep bulunmaksızın yapılan belirli süreli iş sözleşmesinin belirsiz süreli sayılması halinde sözleşmede kararlaştırılan ceza koşulunun talep edilebilmesi mümkün değildi. Bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2012/2674, K. 2014/6598, 03.3.2014, (<https://www.lexpera.com.tr>, 10.01.2024). Buna karşılık Yargıtay 22. Hukuk Dairesi tarafından ceza koşulu geçerli sayılmaktaydı. Bkz. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, E. 2015/18939, K. 2016/26066, 29.11.2016, (<https://www.lexpera.com.tr>, 10.01.2024). Daireler arasındaki bu içtihat farklılığı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu tarafından giderilmiştir. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu, belirli süreli olarak yapılmış ancak objektif bir sebep bulunmadığı için belirsiz süreli olarak kabul edilen iş sözleşmesinde bulunan süresinden önce haksız feshine bağlı ceza koşulunun, sözleşmeyle belirlenen süreyle sınırlı olarak geçerli olduğuna karar vermiştir. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu, E. 2017/10, K. 2019/1, 08.3.2019, RG, 18.7.2019 S. 30835.

önünde bulundurarak ceza koşulunun somut olay yönünden aşırı olup olmadığını ve ceza koşuluna uygulanacak indirim miktarını belirler.<sup>[82]</sup> Genel hüküm niteliğinde olması sebebiyle TBK m. 182 f. 3 hükmü iş sözleşmeleri bakımında da uygulama alanı bulur ancak iş sözleşmesinde yer alan ceza koşulunun aşırı olup olmadığının tespitinde ve ceza koşuluna uygulanacak indirim miktarının belirlenmesinde iş hukukunun kendine özgü yapısı ile işçiyi koruyucu özelliği de dikkate alınır.<sup>[83]</sup> Örneğin iş sözleşmesinde işçi aleyhine konulan ceza koşulunu hâkim; işverenin uğradığı zararı, işçinin borca aykırı davranışını, bu davranışın süresini ve ağırlığını, işçinin kusurunu, tarafların ekonomik durumunu ve işçinin ücreti ile sözleşmenin süresini dikkate alarak indirebilir.<sup>[84]</sup>

İşverenin tacir olması durumunda ise işveren aleyhine konulan ceza koşulunun indirilip indirilemeyeceği hususu tartışmalıdır. Önemle belirtmek gerekir ki Türk Ticaret Kanunu'nun 22. maddesi uyarınca, tacir sıfatı taşıması halinde borçlu aşırı olduğu iddiasıyla ceza koşulunun indirilmesini talep edemez. Bu hükmün uygulama alanı bulabilmesi için borçlunun tacir sıfatı taşıması yeterli değildir; ayrıca ceza koşulunun tacirin ticari işletmesiyle ilgili bir borca ilişkin olması gerekir.<sup>[85]</sup> Yargıtay'a göre,<sup>[86]</sup> tacir işveren ile işçi arasındaki ilişki Türk Ticaret Kanunu anlamında bir ticari iş niteliğinde değildir, bu ilişkiyi İş Kanunu hükümlerine tabi kendine özgü bir hizmet sözleşmesi olarak kabul etmek gerekir, dolayısıyla ceza koşulu

[82] Kocaağa, *Ceza Koşulu*, 341-51.

[83] Veli Karagöz, "İşverenin Tacir Olması Durumunda Cezai Şartın İndirilmesi," *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 18, no. 3-4 (2014): 119.

[84] Karagöz, "İşverenin Tacir Olması," 117-18.

[85] Kocaağa, *Ceza Koşulu*, 382-83; Karagöz, "İşverenin Tacir Olması," 121; Aydın Başbuğ, "Tacir İşveren ve İş Hukukunda Cezai Şarttan İndirim," *Kamu-İş, Prof. Dr. Kamil Turan'a Armağan*, 7, no. 2 (2003): 14; Rıza Ayhan, "Ticari İş Kavramı ve Tacir Sıfatına Bağlı Ücret ve Sözleşme Cezalarının İndirilmesini İsteyememe," *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 17, no. 2 (2013): 310.

[86] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 1997/9-486, K. 1997/822, 15.10.1997, (<https://hukuki.net>, 25.04.2024); Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2015/22-330, K. 2017/132, 25.1.2017; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2017/22993, K. 2017/13687, 19.9.2017, (<https://lib.kazanci.com.tr>, 25.04.2024).



ödeme yükümlüsü işverenin tacir sıfatı taşıması, Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan kuralın işveren hakkında uygulanmasını gerektirmez. Sonuç olarak, Yargıtay'a göre işveren tacir olsa dahi ceza miktarı indirilebilir. Yakın tarihli kararlar<sup>[87]</sup> da aynı yöndedir. Buna karşılık öğretide,<sup>[88]</sup> işverenin tacir sıfatı taşıması halinde iş sözleşmesinin ticari iş olarak değerlendirilmesi gerektiği ve buna bağlı olarak tacir işverenin cezadan indirim talep edemeyeceği ileri sürülmektedir. Kanaatimizce, bu noktada Yargıtay uygulaması hatalıdır. Çünkü işçi lehine sözleşmeye konmuş ceza koşulunun indirilmesi, esasen işçi aleyhine bir sonuç meydana getirir. Oysa iş hukukunda işçi yararına yorum ilkesi geçerlidir. İş hukuku kurallarının çoğunun amacı, ekonomik bakımdan güçlü olan işverene karşı geçimini emeği ile sağlayan zayıf durumdaki işçiyi korumaktır; bu kuralların yorumunda başvurulacak işçi yararına yorum yöntemi de esasen amaçsal yorumun iş hukukundaki karşılığıdır.<sup>[89]</sup> Buna

[87] “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 3. maddesinde, Ticaret Kanunu'nda düzenlenen hususlarla bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiillerin ticari iş sayılacağı, düzenlenmiştir. İşveren ile işçi arasındaki ilişki, Türk Ticaret Kanunu'nun 3. maddesinde tanımlanan ticari iş niteliğinde olmayıp, 4857 Sayılı İş Kanunundan kaynaklanan ve İş Kanunu hükümlerine bağlı ve bu çerçevede içinde kendine özgü bir iş sözleşmesidir. İşçi işveren ilişkisinin kamu düzeni ile ilgili olmasının yanında, iş hukukunun temel ilkelerinden biri olan “ tarafların dengeli tutulması” ilkesi de bu kabulü doğrulamaktadır. O halde sözleşmede hüküm altına alınan cezai şartın Türk Ticaret Kanunu hükümlerinin öngördüğü anlamda bir ticari ilişkiden kaynaklanmadığı çok açıktır. Hal böyle olunca; “tacir sıfatını haiz borçlunun Türk Borçlar Kanunu'nun 182. maddesinin 3. fıkrasında yazılı hallerde aşırı ceza kararlaştırılmış olduğu iddiasıyla sözleşme cezasının indirilmesini isteyemeyeceğine” ilişkin Türk Ticaret Kanununun 22. maddesinin somut uyuşmazlıkta uygulanmasına imkân yoktur. Nitekim Hukuk Genel Kurulunun 15.10.1997 gün ve 1997/9-486, 822 sayılı kararında da aynı ilkelere vurgu yapılmak suretiyle, tacir statüsünde olmasının, iş sözleşmesindeki cezai şart bakımından Türk Ticaret Kanununun 22. maddesindeki kuralın işveren hakkında uygulanmasını gerektirmeyeceği kabul edilmiştir” Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2021/498, K. 2021/6992, 25.3.2021, (<https://lib.kazanci.com.tr>, 25.04.2024).

[88] Başbuğ, “Tacir İşveren ve Cezai Şart,” 18; Ayhan, “Ticari İş Kavramı,” 312-14; Karagöz, “İşverenin Tacir Olması,” 132.

[89] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2015/7-1828, K. 2018/1093, 16.5.2018, (<https://www.lexpera.com.tr>, 10.01.2024).



göre, tacir işveren karşısında korunması gereken işçidir.<sup>[90]</sup> Şu durumda, Yargıtay uygulamasının işçi yararına olduğundan bahsedilemez.

### III. UYGULAMADA VE ÖĞRETİDE BAKİYE SÜRE ÜCRETİ TUTARINDA TAZMİNAT İLE CEZA KOŞULU İLİŞKİSİ

Belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce işveren tarafından haksız olarak feshedilmesi halinde ödenmek üzere ceza koşulu kararlaştırılabilir.<sup>[91]</sup> Ancak bu durumda, işçinin bakiye süre ücreti tutarı tazminat ile ceza koşulunu birlikte talep edip edemeyeceği tartışmalıdır. Konuya ilişkin farklı görüşler mevcuttur.

Bazı Yargıtay kararlarına göre,<sup>[92]</sup> işçi bakiye süre ücreti tutarı tazminat ile ceza koşulunu birlikte talep edebilir. Bu yöndeki kararlara göre, sözleşmenin kalan süresi veya bunun katları tutarında bir ceza kararlaştırılmışsa, artık bakiye süre ücreti tutarında tazminattan farklı bir ceza koşulu söz konusudur ve kalan süreye ait ücret ile ceza koşulu birlikte talep edilebilir.

[90] Karagöz, “İşverenin Tacir Olması,” 129.

[91] Alpagut, *Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi*, 193-94; Haklı nedenle feshe yönelik ceza koşulu kararlaştırılmaz. Sarper Süzek, “İş Akdini Fesih Hakkının Sınırlandırılması,” *Yargıç Dr. Aydın Özkul’a Armağan, Kamu-İş* 6, no. 4 (2002): 92; Yayvak Namlı, *İş Hukuku’nda Cezaî Şart*, 377.

[92] “Buna göre belirli süreli iş sözleşmesinin kalan süresine ait ücretlerinin ya da bunun katlarının ödenmesi gerektiği yönünde ceza miktarı belirlenmesi mümkündür. Böyle bir cezai şart hükmü, Borçlar Kanunu’nun 325. maddesine göre talep konusu yapılabilecek olan sözleşmenin kalan süresine ait ücret isteğinden farklıdır. Bu durum, konuya dair yasal düzenlemenin tekrarı mahiyetinde de değildir. Gerçekten tarafların iradesi özel biçimde cezai şart düzenlemesi yönünde ortaya çıkmış olmakla, iradeye değer verilmeli ve cezai şart hükümlerine göre çözüme gidilmelidir. İşçinin bakiye süre ücreti ölçüt alınarak kararlaştırılmış olan cezai şarttan başka, sözleşmenin kalan süresine ait ücretlerin de Borçlar Kanunu’nun 325. maddesine göre talep edilip edilemeyeceği sorununa değinmek gerekir ki, koşulların varlığı halinde sözleşmenin kalan süresine ait ücretlerin ayrıca talep edilebileceği kabul edilmelidir. Gerçekten, Borçlar Kanununun 158/II maddesine göre, borcun belli zaman ve yerde ifa edilmemesi hali için cezai şart kararlaştırılmışsa, alacaklı hem ifa hem de cezai şartı talep edebilecektir” Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, E. 2018/11644, K. 2018/19715, 24.9.2018, (<https://www.lexpera.com.tr>, 10.01.2024); Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, E. 2016/614, K. 2018/26911, 11.12.2018, (<https://www.lexpera.com.tr>, 10.01.2024).

Öte yandan Yargıtay'ın yakın tarihli kararlarına göre,<sup>[93]</sup> bakiye süre ücreti tutarı tazminat ile ceza koşulunun birlikte talep edilebilmesi mümkün değildir; bunların birlikte talep edilebilmesi için sözleşmede buna ilişkin açık bir düzenlemenin bulunması gerekir aksi takdirde her ikisinin birden istenmesi mükerrer yararlanma niteliğindedir. Yine yakın tarihli Yargıtay kararlarında,<sup>[94]</sup> sözleşmede açık hüküm bulunmaması halinde davacı işçinin ya bakiye süre ücreti tutarında tazminatı ya da ceza koşulunu talep edebileceği, bu noktada işçinin seçimlik hakkının bulunduğu ifade edilmiş ve davacı işçiye seçim hakkını kullanması için süre verilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Bu konuda öğretide de görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre,<sup>[95]</sup> belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce işveren tarafından haksız olarak feshedilmesi halinde ödenmek üzere kararlaştırılan ceza koşulu, TBK m. 179

[93] “İş sözleşmesinin süresinden önce feshine bağlı olarak kalan süreye ait ücret ve diğer hakları yanında, aynı süre hakları ölçüt alınarak belirlenmiş olan cezai şartın hüküm altına alınması, mükerrer yararlanma mahiyetindedir. Taraflarca kararlaştırılan ve sözleşmenin süresinden önce feshine bağlı olarak ödenmesi gereken cezai şart, sözleşmenin süresi zarfında uygulanmamasına bağlı olarak mahrum kalınan hakların telafisi yönündedir. İş sözleşmesinde açıkça ifaya eklenen cezai şart kararlaştırılmadığından, cezai şart yanında ayrıca bakiye süre ücretine hak kazanılamaz” Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2016/16974, K. 2018/22888, 11.12.2018; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2016/15172, K. 2018/22247, 04.12.2018; Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, E. 2017/16377, K. 2019/6511, 25.3.2019, (<https://www.lexpera.com.tr>, 10.01.2024).

[94] “Dosya kapsamına göre, davacının iş akdinin davalı işveren tarafından haksız feshedildiği ortaya çıkmıştır. Davacı tarafca hem bakiye süre ücreti hem de cezai şart talep edilmiş, mahkemece her iki talep yönünden de davacı lehine hüküm kurulmuştur. Ancak, yukarıda belirtilen T.B.K. 179. maddesine göre, davacı tarafca bakiye süre ücreti ile cezai şart hususunda seçimlik hakkının kullanılması yönünden beyanının alınması ve neticesine göre değerlendirme yapılması gerekirken her iki talep hakkında da hüküm kurulması hatalı olup kararın bozulması gerekmiştir” Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, E. 2017/14212, K. 2019/6788, 27.3.2019; Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, E. 2017/27181, K. 2020/1368, 03.2.2020; Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, E. 2016/29534, K. 2020/2899, 12.2.2020; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2022/6065, K. 2022/7555, 13.6.2022, (<https://www.lexpera.com.tr>, 10.01.2024).

[95] Yürekli, *Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi*, 315; Tolu, *İş Sözleşmesinin Haksız Feshi*, 221; Yayvak Namli, *İş Hukuku'nda Cezai Şart*, 384; Göktaş, *Haksız Fesih*, 399; Urhanoglu, “Haksız Fesih,” 110-13; Mollamahmutoglu, Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku*, 919; Ekmekçi ve Yiğit, *Bireysel İş Hukuku*, 589.

f. 1 uyarınca seçimlik ceza koşulu niteliğindedir. Bakiye süre ücreti tutarı tazminat ise ifa yerine geçen edim niteliğindedir.<sup>[96]</sup> Sözleşmenin haksız feshi, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi anlamına gelir<sup>[97]</sup> ve TBK m. 179 f. 2 hükmü değil, TBK m. 179 f. 1 hükmü uygulanır.<sup>[98]</sup> Kaldı ki ifaya eklenen ceza koşulu istisnadır ancak sözleşmede açıkça kararlaştırılmışsa bakiye süre ücreti tutarı tazminat ile ceza koşulu birlikte talep edilebilir.<sup>[99]</sup>

Başka bir görüşe göre,<sup>[100]</sup> belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce işveren tarafından haksız olarak feshedilmesi halinde, işçi hem ceza koşulu hem de bakiye süre ücreti tutarı tazminatı talep edebilir. Çünkü bakiye süre ücreti tutarı tazminat ile ceza koşulunun koruduğu menfaatler birbirinden farklıdır.<sup>[101]</sup> Ceza koşulu, ortaya çıkacak zararı karşılamaktan ziyade borçlunun sözleşmeye uymasını temin etmeye yöneliktir. Bu nedenle borca aykırı davranış başlı başına ceza koşulunun ödenmesini gerektirir.<sup>[102]</sup> Bakiye süre ücreti tutarı tazminatın temel amacı ise işçinin ücret kaybının karşılanmasıdır.<sup>[103]</sup> Bunun dışında bakiye süre ücreti tutarı tazminat ile ceza koşulunun hukuki dayanakları da birbirinden farklıdır. Şöyle ki bakiye süre ücreti tutarı tazminat, kanunun emredici düzenlemesinin bir sonucuken

[96] Doğan Yenisey, “İş Hukukunda Cezai Şart,” 30; Fevzi Şahlanan, “İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay’ın 2012 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi” (Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2012, Ankara: Kamu-İş, 2014), 85; Tolu, *İş Sözleşmesinin Haksız Feshi*, 221.

[97] Tolu, *İş Sözleşmesinin Haksız Feshi*, 221.

[98] Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku*, 919.

[99] Alpagut, *Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi*, 196-97; Doğan Yenisey, “İş Hukukunda Cezai Şart,” 30.

[100] Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Belirli Süreli İş Sözleşmesi*, 363-64; Canbolat ve Erener, “Asgari Süreli İş Sözleşmelerinde Cezai Şart,” 247-48; Elmas, *Türk İş Hukukunda Haksız Fesih*, 253; Kayırgan, “Cezai Şart,” 450-51; Güzel, “Haksız Feshe Bağlı Tazminat ve Cezai Şart,” 1723-24.

[101] Canbolat ve Erener, “Asgari Süreli İş Sözleşmelerinde Cezai Şart,” 247.

[102] Güzel, “Haksız Feshe Bağlı Tazminat ve Cezai Şart,” 1723.

[103] Güzel, “Haksız Feshe Bağlı Tazminat ve Cezai Şart,” 1717; Kaplan, “Haksız Fesih ve TBK,” 223.

ceza koşulu, sözleşmesel bir yaptırımdır.<sup>[104]</sup> Buna göre, sözleşmede ceza koşulu öngörülmesi dahi işçi bakiye süre ücreti tutarı tazminatı isteyebilir. Bu görüşe göre,<sup>[105]</sup> konuya bu yönden yaklaşıldığında, ceza koşulunun ifaya eklenen ceza koşulu olarak kabul edilmesi gerekir. Aksi takdirde, işverene yalnızca ceza koşulunu ödeyerek sözleşmede belirlenen süreye uymama imkânı tanınmış olur ve ceza koşulu aslında dönme cezası haline gelir.<sup>[106]</sup>

Kanaatimizce, ikinci görüşe üstünlük tanınmalı, belirli süreli iş sözleşmesi işveren tarafından haksız olarak feshedilen işçi hem bakiye süre ücreti tutarında tazminatı hem de ceza koşulunu talep edebilmelidir. Biz bu noktada, işçi yararına çözüm arayışımızda meselenin bireysel iş sözleşmesi ile genel işlem koşulu niteliğindeki tip iş sözleşmesi bakımından ayrı ayrı ele alınması gerektiğini düşünüyoruz.

#### IV. İŞÇİ YARARINA ÇÖZÜM ARAYIŞI

##### A) BİREYSEL İŞ SÖZLEŞMESİ YÖNÜNDEN

###### 1- Genel Olarak

Kanaatimizce, belirli süreli iş sözleşmesi işveren tarafından haksız olarak feshedilen işçi hem bakiye süre ücreti tutarında tazminatı hem de ceza koşulunu talep edebilir. Bu noktada detayları aşağıda incelendiği üzere, TBK m. 438 f. 3'ten yola çıkarak, iş hukukundaki işçi yararına yorum ilkesini de gözeterek, sözleşmedeki ceza koşulunun götürü haksız fesih tazminatı anlaşması olarak yorumlanabileceğini düşünüyoruz.

Bu kapsamda, çalışmamızın bu bölümünde öncelikle haksız fesih tazminatının düzenleniş biçimi, hukuki niteliği ve uygulama alanı ile haksız fesih tazminatının takdirinde dikkate alınması gereken hususlar üzerinde durulmuştur. Daha sonra bakiye süre ücreti tutarında tazminat ile haksız fesih tazminatı ilişkisi ele alınmıştır. Son olarak, sözleşmedeki ceza koşulunun neden götürü haksız fesih tazminatı anlaşması olarak kabul edilmesi gerektiği çeşitli yönlerden açıklanmıştır.

[104] Güzel, “Haksız Feshe Bağlı Tazminat ve Cezai Şart,” 1724.

[105] Canbolat ve Erener, “Asgari Süreli İş Sözleşmelerinde Cezai Şart,” 247.

[106] Kayırgan, “Cezai Şart,” 450-51.

## 2- Haksız Fesih Tazminatının Düzenleniş Biçimi, Hukuki Niteliği ve Uygulama Alanı

TBK m. 438 f. 3'te belirli süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından haksız feshi halinde işveren aleyhine hükmedilebilecek bir tazminat düzenlenmiştir. Öğretide<sup>[107]</sup> ve yargı kararlarında,<sup>[108]</sup> bu tazminatı ifade etmek üzere genellikle *haksız fesih tazminatı* kavramı kullanılmaktadır.<sup>[109]</sup> TBK m. 438 f. 3 c. 1'de "*Hâkim, bütün durum ve koşulları göz önünde tutarak, ayrıca miktarını serbestçe belirleyeceği bir tazminatın işçiye ödenmesine karar verebilir*" denmektedir.

Bu tazminatın aynı maddenin birinci fıkrasında düzenlenen bakiye süre ücreti tutarında tazminattan ayrı ve ek bir tazminat niteliğinde olduğu kabul edilmektedir.<sup>[110]</sup> Kaldı ki kanunda açıkça *ayrıca* ifadesi kullanılmıştır.<sup>[111]</sup> Buna göre, haksız feshе maruz kalan işçinin her iki tazminatı birden talep etmesi mümkündür.

[107] Soyer, "Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi-TBK," 17; Hamdi Mollamahmutoglu, "Türk Borçlar Kanunu'nun Kabulünden Sonra İş Sözleşmesinin Haklı Nedenle Feshi," içinde *Erzurumluoğlu Armağanı*, ed. Emel Badur (Ankara: Ankara Barosu, 2012), 590; Doğan Yenisey, "TBK Hükümleri," 103; Gülsevil Alpagut, "Yorum," içinde *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu* (İstanbul: Legal, 2014), 117; Gerek, "Haksız Fesih," 7; Tolu, *İş Sözleşmesinin Haksız Feshi*, 213; Elmas, *Türk İş Hukukunda Haksız Fesih*, 236-37; Süzek, *İş Hukuku*, 729.

[108] Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2018/7554, K. 2018/17440, 04.10.2018; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2017/5587, K. 2018/7643, 04.4.2018; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2022/18750, K. 2023/2557, 20.2.2023, (<https://lib.kazanci.com.tr>, 11.12.2023).

[109] Öğretide "hâkim tarafından belirlenen tazminat" ifadesi de kullanılmıştır. Kaplan, "Haksız Fesih ve TBK," 224; Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Belirli Süreli İş Sözleşmesi*, 357; "Ek tazminat" ifadesi kullanımı için bkz. Yürekli, *Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi*, 311.

[110] Polat Soyer, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısının 'Genel Hizmet Sözleşmesi'ne İlişkin Bazı Hükümleri Üzerine Düşünceler," içinde *Prof Dr. Devrim Ulucan'a Armağan* (İstanbul: Legal, 2008), 165; Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Belirli Süreli İş Sözleşmesi*, 357; Tuncay, "Belirli Süreli İş Sözleşmesinin İşverence Feshi Kararın İncelenmesi," 909; Doğan Yenisey, "TBK Hükümleri," 103.

[111] Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Belirli Süreli İş Sözleşmesi*, 357-58; Gülver, "Derhâl Fesih," 1020; Mollamahmutoglu, Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku*, 905-6.□

Bakiye süre ücreti tutarında tazminat (TBK m. 438 f. 1) ile haksız fesih tazminatının (TBK m. 438 f. 3) amaçları birbirinden farklıdır. Bakiye süre ücreti tutarında tazminatın amacı, işçinin ücret kaybının karşılanması,<sup>[112]</sup> müspet zararının giderilmesidir.<sup>[113]</sup> Haksız fesih tazminatının amacı ise sözleşmenin haksız feshini engellemek, sözleşme haksız olarak feshedilmişse işvereni cezalandırmak ve işçide bir tatmin duygusu oluşturmaktır.<sup>[114]</sup> Buna göre haksız fesih tazminatı, işverenin hukuka aykırı davranışının yaptırımıdır.<sup>[115]</sup>

Öncelikle haksız fesih tazminatı, işverenin haklı bir sebep olmaksızın sözleşmeyi derhal feshetmesini engellemeye yöneliktir. Bu yönden, haksız fesih tazminatının önleyici bir işlevi bulunmaktadır.<sup>[116]</sup> Bunun dışında haksız fesih tazminatının tazmin edici işlevi de vardır.<sup>[117]</sup> Son olarak, haksız fesih tazminatının işvereni cezalandırma işlevi de mevcuttur.<sup>[118]</sup> Öğretide<sup>[119]</sup> haksız fesih tazminatının *medeni ceza* niteliğinde olduğu kabul edilmekte

[112] Güzel, “Haksız Feshe Bağlı Tazminat ve Cezai Şart,” 1717; Kaplan, “Haksız Fesih ve TBK,” 223.

[113] Mollamahmutoglu, Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku*, 905-6. □ Maddenin gerekçesinde de bu düzenlemeyle işçinin uğramış olduğu müspet zararın giderilmesinin amaçlandığı açıkça belirtilmiştir. Bkz. <https://www.muglabarosu.org.tr/Upload/files/pdf/BK%20Madde%20Gerek%C3%A7leri.pdf>, 03.12.2023.

[114] Etter ve Stucky, Art. 337c, N. 27.

[115] Mollamahmutoglu, Astarlı ve Baysal, 905.

[116] Staehelin, Art. 337c, N. 14; Rehbinder ve Stöckli, Art. 337c, N. 9; Emmel, Art. 337c, N. 3; Etter ve Stucky, Art. 337c, N. 27; Doğan Yenisey, “TBK Hükümleri,” 104.

[117] Alpagut, “TBK Hizmet Sözleşmesi,” 932.

[118] Rehbinder ve Stöckli, Art. 337c, N. 9; Etter ve Stucky, Art. 337c, N. 27; Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Belirli Süreli İş Sözleşmesi*, 358.

[119] Alpagut, “TBK Hizmet Sözleşmesi,” 932; Gülver, “Derhâl Fesih,” 1024; Senyen Kaplan, *Bireysel İş Hukuku*, 482; Tolu, *İş Sözleşmesinin Haksız Feshi*, 214; Mollamahmutoglu, Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku*, 906; Göktaş, *Haksız Fesih*, 260.

ve bazı yazarlar<sup>[120]</sup> tarafından kanundan doğan bir ceza koşulu olduğu ileri sürülmektedir.

TBK hükümleri, iş ilişkilerini düzenleyen diğer kanunlar karşısında genel hüküm niteliğinde olduğundan,<sup>[121]</sup> haksız fesih tazminatına ilişkin düzenlemenin iş ilişkilerini düzenleyen diğer kanunlar bakımından uygulanıp uygulanamayacağı meselesi tartışmalıdır. Öğretideki hâkim görüşe göre,<sup>[122]</sup> haksız fesih tazminatına ilişkin düzenleme Deniz İş Kanunu ile Baskın İş Kanunu'na tabi belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmeleri bakımından da uygulama alanı bulur. İş Kanunu'na tabi olanlar arasında ise haksız fesih tazminatına ilişkin düzenleme yalnızca belirli süreli iş sözleşmeleri ile iş güvencesi kapsamı dışında kalan belirsiz süreli iş sözleşmeleri bakımından uygulama alanı bulur; iş güvencesi kapsamındaki iş sözleşmelerine ise İş Kanunu'ndaki özel hükümler uygulanır.<sup>[123]</sup>

Bazı Yargıtay kararlarında,<sup>[124]</sup> yalnızca TBK hükümlerine tabi olan işçilerin haksız fesih tazminatı talep edebileceği belirtilmiştir. Öte yandan bazı

[120] Staehelin, Art. 337c, N. 14; Rehbinder ve Stöckli, Art. 337c, N. 8; Polat Soyer, “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Yer Alan ‘Genel Hizmet Sözleşmesi’ne İlişkin ‘Bazı’ Hükümlerin İş Hukuku Açısından Önemi,” içinde *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş Hukukunda Güncel Sorunlar 2* (İstanbul: Kadir Has Üniversitesi, 2012), 44. Bir görüşe göre, haksız fesih tazminatı *sui generis* bir tazminattır. Bkz. Alpagut, “TBK Hizmet Sözleşmesi,” 932.

[121] Mollamahmutoglu, Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku*, 65.

[122] Senyen Kaplan, *Bireysel İş Hukuku*, 484; Mollamahmutoglu, Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku*, 904; Tuncay, “Belirli Süreli İş Sözleşmesinin İşverence Feshi Kararın İncelenmesi,” 909; Nurşen Caniklioğlu, “Türk Borçlar Kanunu-İş Kanunu İlişkisi ve Türk Borçlar Kanununun Bazı Hükümlerinin İş Kanunu Açısından Değerlendirilmesi,” içinde *Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu 10. Yılında İş Kanunu Semineri* (İstanbul: TİSK 2014), 113; Tolu, *İş Sözleşmesinin Haksız Feshi*, 207; Göktaş, *Haksız Fesih*, 283-84. Öğretideki diğer görüşler için ayrıca bkz. Göktaş, *Haksız Fesih*, 282-83; Yürekli, *Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi*, 307.

[123] Mollamahmutoglu, “Haklı Nedenle Fesih,” 590; Senyen Kaplan, *Bireysel İş Hukuku*, 484-85; Mollamahmutoglu, Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku*, 950.

[124] Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, E. 2017/22274, K. 2019/10577, 14.5.2019; Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, E. 2017/19413, K. 2019/1651, 23.1.2019, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, 11.12.2023).

Yargıtay kararlarında,<sup>[125]</sup> İş Kanunu'na tabi iş ilişkilerinde de bu tazminatın istenebileceği ifade edilmiştir. Bu noktada Yargıtay kararlarında birlik olduğunu söylemek mümkün değildir.

### 3- Haksız Fesih Tazminatının Belirlenmesi

Haksız fesih tazminatına hükmetme ve işçinin altı aylık ücretini aşmamak koşuluyla tazminat miktarını belirleme noktasında kanun koyucu hâkime geniş bir takdir yetkisi tanımıştır. İlgili düzenlemeye göre, hâkim *bütün durum ve koşulları* dikkate alarak, işçiye haksız fesih tazminatı ödenmesine karar verebilir. Bu noktada öncelikle *bütün durum ve koşullar* ifadesi üzerinde durulmalıdır. İlgili düzenlemenin gerekçesine göre, haksız fesih tazminatının takdirinde tarafların sosyal ve ekonomik durumları, sözleşmenin devam süresi ve fesih için ileri sürülen sebep dikkate alınır. Tazminatın takdirinde hâkim tarafından dikkate alınacak *bütün durum ve koşullar* elbette gerekçede sayılanlar ile sınırlı değildir. Tazminatın takdirinde işverenin kötünietli olup olmaması da önemlidir.<sup>[126]</sup> Bunun dışında tarafların tutumu, işçinin birlikte kusurunun bulunup bulunmadığı, işçinin yaşı, işçinin işyerindeki durumu ve duyarlılığı da tazminatın takdirinde dikkate alınabilecek hususlardandır.<sup>[127]</sup>

Bir görüşe göre,<sup>[128]</sup> yalnızca işçinin kişilik haklarının zedelenmesi halinde haksız fesih tazminatına hükmedilebilir. Bu görüşe göre, kişilik hakları zedelenen işçi gerek maddi gerekse manevi zarara uğradığını ispat etmesine gerek olmaksızın bu tazminata hak kazanır. Öte yandan bu görüşü benimseyen yazarlar tarafından haksız fesih tazminatıyla birlikte manevi tazminat istenip istenemeyeceği hususunda farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bir görüşe göre,<sup>[129]</sup> işçinin zararı haksız fesih tazminatı miktarını aşıyorsa işçi manevi

[125] Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2020/4650, K. 2021/5684, 08.3.2021; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2017/5587, K. 2018/7643, 04.4.2018, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, 11.12.2023).

[126] Soyer, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı,” 165.

[127] Kaplan, “Haksız Fesih ve TBK,” 225.

[128] Alpagut, “TBK Hizmet Sözleşmesi,” 932; Yürekli, *Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi*, 312-13; Doğan Yenisey, “TBK Hükümleri,” 104.

[129] Doğan Yenisey, “TBK Hükümleri,” 107.



tazminat da talep edebilir. Başka bir görüşe göre,<sup>[130]</sup> haksız fesih tazminatı ile manevi tazminat birlikte istenemez.

Bir görüşe göre,<sup>[131]</sup> haksız fesih tazminatına hükmedilebilmesi için mutlaka işçinin kişilik haklarının ihlal edilmesine gerek yoktur çünkü ilgili düzenlemede böyle bir koşuldan bahsedilmemektedir.

Bir Yargıtay kararında<sup>[132]</sup> haksız fesih tazminatının takdirinde, “*taraf- ların sosyal ve ekonomik durumları, sözleşmenin devam süresi, fesih için ileri sürülen sebepler, haksız feshin hukuka aykırılık bakımından ağırlığı, işçinin kişilik haklarının zedelenmesinin derecesi, işçinin birlikte kusuru*” hususlarının dikkate alınacağı belirtilmiştir. Başka bir Yargıtay kararında,<sup>[133]</sup> “*İşçinin işten çıkarılırken tartaklanması, kolundan tutularak veya gerekmediği halde güvenlik aracılığıyla işyerinden uzaklaştırılması, arkadaşları veya ailesi önünde rencide edici şekilde fesih iradesinin açıklanması, fesih öncesi psikolojik baskıya maruz bırakılması gibi davranışlar söz konusu tazminatın takdir edilmesinde ve dikkate alınabilecektir. Ancak tazminatın hüküm altına alınmasında göz önünde tutulacak durum ve koşullar belirtilenlerle sınırlı değildir*” ifadesine yer verilmiştir. Bazı Yargıtay kararlarında<sup>[134]</sup> ise haksız fesih tazminatına hükmedilebilmesi için somut olayda özel sebeplerin bulunması gerektiği belirtilmiştir.

İlgili düzenlemede, hâkimin bütün durum ve koşulları göz önünde tutarak, miktarını serbestçe belirleyeceği bir tazminatın işçiye ödenmesine karar verebileceği belirtilmektedir. Buna göre, haksız fesih tazminatının miktarı da hâkimin takdirindedir. Ancak yine aynı düzenlemede, tazminatın miktarının işçinin altı aylık ücretinden fazla olamayacağı belirtilmektedir. Haksız fesih

[130] Alpagut, “Yorum,” 117.

[131] Tolu, *İş Sözleşmesinin Haksız Feshi*, 215.

[132] Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2017/5587, K. 2018/7643, 04.4.2018, (<https://kazanci.com.tr>, 17.01.2024).

[133] Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2022/18750, K. 2023/2557, 20.2.2023, (<https://kazanci.com.tr>, 17.01.2024).

[134] Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2017/5587, K. 2018/7643, 04.4.2018; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2018/7554, K. 2018/17440, 04.10.2018; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2019/4078, K. 2019/11306, 16.5.2019, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, 11.12.2023).

tazminatının hesabında dikkate alınacak ücret ise işçinin çıplak ücretidir<sup>[135]</sup>. Öğretide<sup>[136]</sup>, altı aylık ücret sınırının nispi emredici nitelikte olduğu, bu nedenle tazminat miktarının sözleşmeyle artırılabilmesi ileri sürülmektedir.

#### 4- Bakiye Süre Ücreti Tutarında Tazminat ile Haksız Fesih Tazminatı İlişkisi

TBK m. 438'de, belirli süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı sebep olmaksızın feshedilmesi hali için iki ayrı tazminat öngörülmüştür. TBK m. 438 f. 1 uyarınca, belirli süreli iş sözleşmesi haksız olarak feshedilen işçi, sözleşme süresine uyulmuş olsaydı kazanabileceği miktarı tazminat olarak işverenden isteyebilir. Buna bakiye süre ücreti tutarında tazminat denir. Bunun dışında, TBK m. 438 f. 3'te belirli süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından haksız feshi halinde işveren aleyhine hükmedilebilecek bir tazminat daha düzenlenmiştir. Buna da haksız fesih tazminatı denir.

Haksız fesih tazminatı, bakiye süre ücreti tutarında tazminattan ayrı ve ek bir tazminat niteliğindedir.<sup>[137]</sup> Buna göre, belirli süreli iş sözleşmesinin haklı bir sebep olmaksızın işveren tarafından feshedilmesi halinde, işçi hem bakiye süre ücreti tutarında tazminatı hem de haksız fesih tazminatı talep edebilir.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, bakiye süre ücreti tutarında tazminat ile haksız fesih tazminatının amaçları birbirinden farklıdır. Bakiye süre ücreti tutarında tazminatın amacı, işçinin ücret kaybının karşılanması,<sup>[138]</sup> müspet zararın giderilmesidir.<sup>[139]</sup> Haksız fesih tazminatının amacı ise sözleşmenin haksız feshini engellemek, sözleşme haksız olarak feshedilmişse işvereni

[135] Mollamahmutoglu, Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku*, 907; Urhanoğlu, "Haksız Fesih," 96.

[136] Rehbindler ve Stöckli, Art. 337c, N. 14; Etter ve Stucky, Art. 337c, N. 37; Göktaş, *Haksız Fesih*, 262; Mollamahmutoglu, Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku*, 907.

[137] Etter ve Stucky, Art 337c, N. 4; Polat Soyer, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısı," 165; Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Belirli Süreli İş Sözleşmesi*, 357; Tunçay, "Belirli Süreli İş Sözleşmesinin İşverence Feshi Kararın İncelenmesi," 909; Doğan Yenisey, "TBK Hükümleri," 103.

[138] Güzel, "Haksız Feshe Bağlı Tazminat ve Cezai Şart," 1717; Kaplan, "Haksız Fesih ve TBK," 223.

[139] Mollamahmutoglu, Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku*, 905-6. □ Maddenin gerekçesinde de bu düzenlemeyle işçinin uğramış olduğu müspet zararın giderilmesinin amaçlandığı

cezalandırmak ve işçide bir tatmin duygusu oluşturmaktır. Buna göre haksız fesih tazminatı, işverenin hukuka aykırı davranışının yaptırımıdır.<sup>[140]</sup>

Son olarak, bakiye süre ücreti tutarı tazminat, yalnızca belirli süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı bir sebep olmaksızın feshedilmesi halinde talep edilebilir. Buna karşılık haksız fesih tazminatı hem belirli hem de belirsiz süreli sözleşmelerin işveren tarafından haklı bir sebep olmaksızın feshedilmesi halinde talep edilebilir.<sup>[141]</sup>

### 5- Sözleşme Kaydının Götürü Haksız Fesih Tazminatı Anlaşması Olarak Yorumlanması

Kişilerin, özel borç ilişkilerini, hukuk düzeninin sınırları içinde yapacakları sözleşmelerle özgürce düzenleme yetkisine sözleşme özgürlüğü denir.<sup>[142]</sup> Anayasamızın 48. maddesine göre herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Bu düzenleme ile sözleşme özgürlüğü anayasal güvence altındadır. TBK m. 26 uyarınca taraflar bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler. TBK m. 27'de ise kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmelerin kesin hükümsüz olacağı hükme bağlanmış ve sözleşme özgürlüğünün sınırları tayin edilmiştir. Sözleşme özgürlüğü geniş bir kavramdır. Bu kavram, sözleşme yapma, sözleşmenin diğer tarafını seçme, sözleşmenin içeriğini düzenleme, sözleşmenin şeklini seçme ve sözleşmeyi ortadan kaldırma veya sözleşmenin içeriğini değiştirme özgürlüklerini de kapsar<sup>[143]</sup>. Yine sözleşme özgürlüğü çerçevesinde borçlu

---

açıkça belirtilmiştir. Bkz. <https://www.muglabarosu.org.tr/Upload/files/pdf/BK%20Madde%20Gerek%C3%A7leri.pdf>, 03.12.2023.

[140] Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, 905.

[141] Tolu, *İş Sözleşmesinin Haksız Feshi*, 214-15.

[142] Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme (Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt)*, 6. Baskı (İstanbul: Filiz, 2014), 526-527; Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler I*, 20. Baskı, (İstanbul: Vedat, 2022), 24; Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler V/1, 1, 2*. Baskı (Ankara: Seçkin, 2019), N. 1888; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, N. 954.

[143] Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukukuna Giriş*, 526-527; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler I*, 24; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, N. 956;

tarafından sözleşmenin ihlal edilmesi halinde alacaklının malvarlığında meydana gelen eksilmenin giderilmesine yönelik olarak borçlunun alacaklıya ödeyeceği tazminatı taraflar aralarında yapacakları bir anlaşma ile baştan belirleyebilirler.<sup>[144]</sup> İşte bu anlaşmaya götürü tazminat anlaşması denir.<sup>[145]</sup>

Taraflar, götürü tazminat anlaşması yaparken birtakım amaçlar güderler. Esasen bu amaçlar, somut götürü tazminat anlaşmasının yorumlanmasıyla belirlenir.<sup>[146]</sup> Götürü tazminat anlaşması, her şeyden önce sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle alacaklının malvarlığında rızası dışında meydana gelen eksilmenin giderilmesi, alacaklının malvarlığının iyileştirilmesi amacına hizmet eder. Ayrıca götürü tazminat ile sözleşmenin ihlal edilmesiyle meydana gelen tipik zarar tespit edildiğinden tazminat alacaklısı, zararı ispat yükünden kurtulur; yani zararın kapsamını ispat etmesine gerek kalmaz. Alacaklının, zararın varlığını ortaya koyması yeterlidir. Bu da sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle alacaklının malvarlığında iradesi dışında meydana gelen eksilmenin giderilmesini kolaylaştırır.<sup>[147]</sup> Götürü tazminat, taraflar arasında söz konusu olan sözleşmesel borç ilişkisi bakımından şeffaflığın ve hukuki güvenliğin sağlanması amacına da hizmet eder. Çünkü taraflar, götürü tazminat anlaşması yaparken, asıl sözleşmenin içerdiği olası riskleri önceden tespit etmeye çalışırlar; bu da onlara bir menfaat-risk analizi, başka bir deyişle kâr-zarar hesabı yapma imkânı tanır.<sup>[148]</sup> Ayrıca götürü tazminat

---

Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, N. 1891.

[144] Haluk Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku*, 2. Baskı (İstanbul: Vedat, 2010), 434-35.

[145] Birinci Uzun, *Götürü Tazminat*, 68.

[146] Oertli, *Der vertraglich pauschalierte Schadenersatz*, N. 69.

[147] Oertli, *Der vertraglich pauschalierte Schadenersatz*, N. 194, 358; Erdem, "Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi," 102; Kapancı, "Götürü Tazminat Anlaşması," 666; Birinci Uzun, *Götürü Tazminat*, 101; Öcal Apaydın ve İnce Akman, "Götürü Tazminatın Hâkim Tarafından İndirilmesi Meselesi," 227.

[148] McCormick, "Liquidated Damages," 107; Kapancı, "Götürü Tazminat Anlaşması," 666.; Erdem, "Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi," 102; Birinci Uzun, *Götürü Tazminat*, 101- 102.

anlaşması ile taraflar, olası bir ihtilaf durumunda söz konusu olabilecek yargılama masraflarını da en aza indirmiş olurlar.<sup>[149]</sup>

Genel hükümlere bakıldığında, tazminatın kapsamının ve ödenme biçiminin belirlenmesinin tamamen hâkimin takdirinde olduğu görülür. TBK m. 51 ve 52’de bazı haller, tazminattan indirim sebebi olarak kabul edilmiştir. Somut olayda bu sebeplerin bulunması halinde hâkim tazminattan indirim yapabilir hatta tazminatı tamamen kaldırabilir. Bu noktada hâkime son derece geniş bir takdir yetkisi tanındığı söylenebilir. Hâkimin tazminatı tamamen kaldırmaya kadar giden geniş takdir yetkisi nedeniyle, borçlunun borca aykırı davranışı yüzünden zarara uğrayan alacaklının tazminat alıp alamayacağı belirsizdir. Götürü tazminat anlaşmasıyla taraflar hâkimin takdir yetkisini dışlayarak, bu belirsizliği gidermeyi amaçlarlar.<sup>[150]</sup>

Haksız fesih tazminatı da hâkim tarafından belirlenen, takdiri bir tazminattır<sup>[151]</sup>. TBK m. 438 f. 3 c. 1’de “*Hâkim, bütün durum ve koşulları göz önünde tutarak, ayrıca miktarını serbestçe belirleyeceği bir tazminatın işçiye ödenmesine karar verebilir*” denmektedir. O halde sözleşmesi haksız olarak feshedilen işçiye bu tazminatın ödenip ödenmeyeceği belirsizdir.

İlgili düzenlemede, hâkimin *bütün durum ve koşulları* dikkate alarak, işçiye haksız fesih tazminatı ödenmesine karar verebileceği belirtilmiştir. Tarafların sosyal ve ekonomik durumu, sözleşmenin devam süresi, fesih için ileri sürülen sebep, tarafların kusuru, borca aykırılığın ağırlığı gibi haller elbette haksız feshin takdirinde dikkate alınacak *bütün durum ve koşullar* kapsamında yer alır. Bununla birlikte, şüphesiz taraflar arasındaki sözleşme de *bütün durum ve koşullar* kapsamına dâhildir. Hatta kanaatimizce, hâkimin ilk bakması gereken şey taraflar arasındaki sözleşmede, sözleşmenin işveren tarafından haksız olarak feshedilmesi halinde ödenmek üzere kararlaştırılan bir meblağ bulunup bulunmadığıdır. Kanaatimizce, sözleşmede böyle bir kayıt bulunması halinde, taraflar buna sözleşmede ceza koşulu da demiş

[149] Kapancı, “Götürü Tazminat Anlaşması,” 666; Birinci Uzun, *Götürü Tazminat*, 102; Öcal Apaydın ve İnce Akman, “Götürü Tazminatın Hâkim Tarafından İndirilmesi Meselesi,” 227-228.

[150] Oertli, *Der vertraglich pauschalierte Schadenersatz*, N. 32; Birinci Uzun, *Götürü Tazminat*, 63.

[151] Gülver, “Derhâl Fesih,” 1019; Kaplan, “Haksız Fesih ve TBK,” 224; Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Belirli Süreli İş Sözleşmesi*, 357.

olabilir, artık haksız fesih tazminatının hâkimin takdirinde olduğundan bahsedilemez. Çünkü taraflar bu konuya ilişkin bir anlaşma yapmışlar ve hâkimin haksız fesih tazminatına hükmedip hükmetmeyeceği konusundaki belirsizliği de bu yolla gidermişler demektir. TBK m. 438 f. 3'te düzenlenen haksız fesih tazminatının götürü nitelikte olduğu belirtilmektedir.<sup>[152]</sup> O halde taraflar arasındaki sözleşmede, sözleşmenin işveren tarafından haksız olarak feshedilmesi halinde ödenmek üzere kararlaştırılan bir meblağ bulunduğu, bu sözleşme kaydının götürü haksız fesih tazminatı anlaşması olarak yorumlanması gerekir. Kaldı ki öğretide,<sup>[153]</sup> altı aylık ücret sınırının da nispi emredici nitelikte olduğu, tazminat miktarının sözleşmeyle artırılabilmesi ileri sürülmektedir.

Sözleşmede, sözleşmenin işveren tarafından haksız olarak feshedilmesi halinde ödenmek üzere kararlaştırılan bir meblağ bulunduğu, bu sözleşme kaydının götürü haksız fesih tazminatı anlaşması olarak yorumlanması esasen haksız fesih tazminatının işleviyle de örtüşür. Şöyle ki haksız fesih tazminatının *medeni ceza* niteliğinde olduğu kabul edilmekte<sup>[154]</sup>, hatta bazı yazarlar<sup>[155]</sup> tarafından kanundan doğan bir ceza koşulu olduğu ileri sürülmektedir. O halde sözleşmedeki ceza koşulunu da TBK m. 438 f. 3'te düzenlenen haksız fesih tazminatına ilişkin taraflarca baştan yapılmış bir anlaşma olarak kabul etmek gerekir. Kaldı ki bazı yazarlar tarafından<sup>[156]</sup> haksız fesih halinde ödenecek meblağa ilişkin taraflarca bir anlaşma yapılabileceği ve altı aylık ücret tutarı üzerinde *sözleşmesel ceza koşulu* kararlaştırılabileceği açıkça ifade edilmiştir. Bu yazarlara göre, haksız fesih tazminatına ilişkin hüküm nispi emredici nitelikte olduğundan, taraflarca sözleşmesel ceza koşulu öngörülmesine engel bir durum söz konusu değildir.

[152] Gökteş, *Haksız Fesih*, 411.

[153] Rehbinder ve Stöckli, Art. 337c, N. 14; Gökteş, *Haksız Fesih*, 262; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku*, 907.

[154] Alpogut, 932; Gülver, “Derhâl Fesih,” 1024; Senyen Kaplan, *Bireysel İş Hukuku*, 482; Tolu, *İş Sözleşmesinin Haksız Feshi*, 214; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku*, 906; Gökteş, *Haksız Fesih*, 260.

[155] Staehelin, Art. 337c, N. 14; Rehbinder ve Stöckli, Art. 337c, N. 8; Soyer, “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu,” 44.

[156] Staehelin, Art. 337c, N. 26-28; Rehbinder ve Stöckli, Art. 337c, N. 14; Etter ve Stucky, Art. 337c, N. 27.

İş hukukundaki işçi yararına yorum ilkesi de bizi bu sonuca ulaştırmaktadır. İş hukuku kurallarının çoğunun amacı, ekonomik bakımdan güçlü olan işverene karşı geçimini emeği ile sağlayan zayıf durumdaki işçiyi korumaktır; bu kuralların yorumunda başvurulmuş işçi yararına yorum yöntemi de esasen amaçsal yorumun iş hukukundaki karşılığıdır.<sup>[157]</sup> Haksız fesih tazminatı da işverenin haklı bir sebep olmaksızın sözleşmeyi derhal feshetmesini engellemeye yöneliktir. Bu yönden, haksız fesih tazminatının önleyici bir işlevi bulunmaktadır.<sup>[158]</sup> Öte yandan ceza koşulunun amacı da borçluyu baskı altında tutarak, ifaya zorlamaktır. Buradan hareketle bir kez daha sözleşmedeki ceza koşulunun TBK m. 438 f. 3'te düzenlenen haksız fesih tazminatına ilişkin taraflarca yapılmış bir anlaşma olarak kabul edilmesi gerektiği kanaatine ulaşıyoruz.

Haksız fesih tazminatı, bakiye süre ücreti tutarında tazminattan ayrı ve ek bir tazminat niteliğinde olup, belirli süreli iş sözleşmesinin haklı bir sebep olmaksızın işveren tarafından feshedilmesi halinde, işçi hem bakiye süre ücreti tutarında tazminatı hem de haksız fesih tazminatı talep edebilir.<sup>[159]</sup> Sonuç olarak, sözleşmedeki ceza koşulunun götürü haksız fesih tazminatı anlaşması olarak yorumlanması halinde, işçi bakiye süre ücreti tutarında tazminat ile ceza koşulunu başka bir deyişle taraflarca baştan götürü olarak belirlenen haksız fesih tazminatını isteyebilir.

Son olarak, bir hususa açıklık getirmek istiyoruz. Kanaatimizce, taraflar arasındaki sözleşmede, sözleşmenin işveren tarafından haksız olarak feshi üzerine ödenmesi kararlaştırılan bir ceza koşulunun bulunması halinde, haksız fesih yönünden artık hâkimin takdiri söz konusu değildir. Çünkü haksız fesih tazminatının takdirinde *bütün durum ve koşulları* dikkate alması gereken hâkimin, ilk bakması gereken şey taraflar arasındaki sözleşmedir ve taraflar da zaten ödenecek haksız fesih tazminatını kendileri belirlemiştir. Ceza koşulu bulunmayan sözleşmelerde ise hâkim TBK m. 438 f. 3 uyarınca

[157] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2015/7-1828, K. 2018/1093, 16.5.2018, (<https://www.lexpera.com.tr>, 10.01.2024).

[158] Doğan Yenisey, "TBK Hükümleri," 104.

[159] Soyer, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısı," 165; Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Belirli Süreli İş Sözleşmesi*, 357; Tuncay, "Belirli Süreli İş Sözleşmesinin İşverence Feshi Kararın İncelenmesi," 909; Doğan Yenisey, "TBK Hükümleri," 103.

*bütün durum ve koşulları* dikkate alarak işveren aleyhine haksız fesih tazminatına hükmedebilir veya hükmetmeyebilir.

## B) GENEL İŞLEM KOŞULU NİTELİĞİNDEKİ TIP İŞ SÖZLEŞMESİ YÖNÜNDEN

### 1- Genel Olarak

İşçi ile işveren arasında imzalanan belirli süreli iş sözleşmesi işveren tarafından önceden hazırlanmış tip iş sözleşmesi olabilir. Tip iş sözleşmesi söz konusu olduğunda da sözleşmedeki ceza koşulunun götürü haksız fesih tazminatı anlaşması olarak yorumlanması gerektiği yönündeki görüşümüz geçerli olmaya devam etmekle birlikte bu ihtimalde, işçi yararına başka bir çözüm yolu daha ortaya çıkmaktadır.

Genel işlem koşulları,<sup>[160]</sup> bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir (TBK m. 20 f. 1). Bu koşulların, sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli, nitelendirmede önem taşımaz. Ayrıca aynı amaçla düzenlenen sözleşme metnlerinin özdeş olmaması, bu sözleşmelerin içerdiği hükümlerin genel işlem koşulu sayılmasını engellemez (TBK m.20 f. 2). Genel işlem koşullarına ilişkin TBK m. 20 ve devamı hükümleri emredici niteliktedir. Burada kanun koyucunun amacı, sözleşmenin zayıf tarafını

[160] Genel işlem koşulları hakkında detaylı bilgi için bkz. Yeşim Atamer, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi* (İstanbul: Beta, 1999); Yeşim Atamer, “Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar”. içinde *Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan*, 291-332 (Ankara: Seçkin, 2004); Yeşim Atamer, “Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Genel İşlem Şartları”. İçinde *Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu Bildiriler-Tartışmalar 8 Nisan 2011*, 7-73 (Ankara: BATİDER, 2012); Ayşe Havutçu, *Açık İçerik Denetim Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması* (İzmir: Güncel, 2003); Lale Sirmen, “Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartları”. içinde *Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar, 8 Nisan 2011*, 107-34 (Ankara: BATİDER, 2012); Murat Aydoğdu, *Türk Borçlar Hukukunda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku’nda Haksız Şartların Denetimi* (Ankara: Seçkin, 2014).



korumaktır.<sup>[161]</sup> Bu hükümler, hâkime genel işlem koşullarını denetleme yetkisi tanımaktadır.<sup>[162]</sup>

Uygulamada, genellikle işveren tarafından işçinin işe alınmasından önce iş sözleşmesi örnekleri hazırlanır. İşe alım sürecinin sonunda genelde işçinin önüne örnek bir sözleşme gelir ve işçinin bu sözleşmedeki koşulları kabul etmesiyle taraflar arasında bir iş ilişkisi başlar. Koşulları işveren tarafından önceden hazırlanan aynı içerikli iş sözleşmelerine tip iş sözleşmesi denir<sup>[163]</sup>. Genel işlem koşullarına ilişkin hükümler kural olarak tip iş sözleşmesine de uygulanır.<sup>[164]</sup> Başka bir deyişle tip iş sözleşmesi hükümleri de genel işlem koşulları bakımından söz konusu olan denetime tabi olur.

Bu kapsamda, çalışmamızın bu bölümünde öncelikle genel işlem koşullarının denetimi hakkında açıklamalara yer verilmiş, devamında işçi ile işveren arasında kurulan belirli süreli iş sözleşmesinin tip iş sözleşmesi olması halinde, yorum denetiminin uygulanmasıyla ortaya çıkan ek çözüm yolu üzerinde durulmuştur.

## 2- Genel İşlem Koşullarının Denetimi

Birinci aşama, genel işlem koşullarının, sözleşmenin içeriğine dâhil olup olmadığının tespiti aşamasıdır (TBK m. 21). Buna, yürürlük denetimi de denmektedir. TBK m. 21 f. 1 uyarınca, karşı tarafın menfaatine aykırı genel

[161] Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, N. 636; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler I*, 166-167; Kocayusufoğlu, *Borçlar Hukukuna Giriş*, 226; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, N. 2115. Genel işlem koşullarının yarar ve sakıncaları hakkında ayrıca bkz. Aydoğdu, *Türk Borçlar Hukukunda Genel İşlem Koşulları*, 26-28.

[162] Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, N. 637; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler I*, 166-167; Kocayusufoğlu, *Borçlar Hukukuna Giriş*, 232; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, N. 2112, 2117 vd.

[163] Veli Karagöz, “Tip İş Sözleşmelerinde Öngörülen Cezai Şartın Genel İşlem Şartları Bağlamında Denetlenmesi”. *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi* 8, no. 1-2 (2004): 594; Şükran Ertürk, “Genel İş Koşulları ve Genel İş Koşullarının Denetlenmesi,” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, Özel Sayı (2013), 91.

[164] Karagöz, “Tip İş Sözleşmelerinde Öngörülen Cezai Şart,” 593; Ertürk, “Genel İş Koşulları ve Genel İş Koşullarının Denetlenmesi,” 91.

işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, düzenleyen tarafın sözleşmenin yapılması sırasında karşı tarafa bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi vermesine, bu koşulların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır. Buna göre, karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin içeriğine dâhil olabilmesi için, bazı şartların gerçekleşmesi gerekir. Öncelikle, sözleşmenin yapılması sırasında, sözleşmeyi düzenleyen tarafın, karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi vermesi gerekir. Yani sözleşmenin yapılması sırasında, sözleşmeyi düzenleyen taraf, karşı tarafı, ilgili sözleşmede genel işlem koşullarının bulunduğu/yer aldığı konusunda açıkça uyarmalıdır. Ayrıca sözleşmeyi düzenleyen taraf, karşı tarafa, bu koşulların içeriğini öğrenme imkânı sağlamalıdır. Son olarak, karşı taraf, bu koşulları kabul etmelidir. Bu şartların gerçekleşmemesi halinde genel işlem koşulları yazılmamış sayılır. Yani, bu şartların gerçekleşmemesi halinde, genel işlem koşulları *yok* hükmündedir<sup>[165]</sup>. Ayrıca TBK m. 21 f. 2 uyarınca, sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır. Sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri ise geçerliliğini korur. Bu durumda düzenleyen, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez (TBK m. 22). Burada kanun koyucunun, *kısmi yokluk* yaptırımını benimsemiş olduğu ifade edilmektedir.<sup>[166]</sup> Bunun dışında TBK m. 24 uyarınca, genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede

[165] Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler I*, 170-171; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, N. 645. Antalya'ya göre, yazılmamış sayılma kesin hükümsüzlükten daha ağır bir geçersizliktir, hatta yokluk halinin pozitif düzenlemesi olduğu ileri sürülebilir. Bkz. Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, N. 2280-81. Yelmen'e göre ise yazılmamış sayılmanın yokluk olarak nitelendirilebilmesi mümkün değildir; yazılmamış sayılma diğer geçersizlik türlerinden farklı bir niteliğe sahiptir. Bkz. Adem Yelmen, *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Şartları* (Ankara: Yekin, 2014), 105-106. Tuzcuoğlu'na göre ise yaptırımın yazılmamış sayılma olarak değil, açık bir şekilde kesin hükümsüzlük olarak belirtilmesi gerekir ancak mevcut yazılmamış sayılır ifadesinden yokluk yaptırımı anlaşılmalıdır. Bkz. Tuğçe Tuzcuoğlu, *Avrupa Birliği ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Işığında Genel İşlem Şartları* (Ankara: Seçkin, 2020), 242.

[166] Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, N. 646; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, N. 2282. Aydoğdu'ya göre, genel işlem koşulunun yazılmamış sayılması, ilgili genel işlem koşulu bakımından yokluk, sözleşme bakımından ise kısmi yokluktur. Bkz. Aydoğdu, *Türk Borçlar Hukukunda Genel İşlem Koşulları*, 76.

veya ayrı bir sözleşmede yer alan ve düzenleyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtlar da yazılmamış sayılır. Değiştirme yasağı, yalnızca düzenleyen lehine karşı taraf aleyhine değişiklik veya düzenleme yapma yetkisi veren genel işlem koşulları bakımındandır. Buna karşılık, karşı taraf lehine yapılacak değişiklik veya yeni düzenlemeler geçerlidir.<sup>[167]</sup> Değiştirme yasağının yaptırımını da bu yasağı içeren kayıtların yazılmamış sayılmasıdır.<sup>[168]</sup>

İkinci aşamada yürürlük denetiminden geçerek sözleşmenin içeriğine dâhil olduğu tespit edilen genel işlem koşulu niteliğindeki sözleşme hükümlerinin geçerli olup olmadığına bakılır (TBK m. 25). Buna, içerik denetimi denmektedir. TBK m. 25 uyarınca, genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz. Buna göre, dürüstlük kurallarına aykırı ve karşı tarafın aleyhine olan genel işlem koşulları, kesin hükümsüzdür. Ayrıca dürüstlük kurallarına aykırı ve karşı tarafın durumunu ağırlaştırıcı genel işlem koşulları da kesin hükümsüzdür.<sup>[169]</sup> TBK m. 25 uyarınca, genel işlem koşullarının kesin hükümsüz olması için, bu koşulların yalnızca karşı taraf aleyhine olması veya karşı tarafın durumunu ağırlaştırması yeterli değildir. Karşı taraf aleyhine olan veya karşı tarafın durumunu ağırlaştırıcı genel işlem koşulunun, ayrıca dürüstlük kuralına da aykırı olması gerekir.<sup>[170]</sup> Örneğin, yedek hukuk kuralına aykırı bir düzenleme yapılmış olması yeterli değildir;

[167] Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, N. 647; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, N. 2356.

[168] Aydoğdu, *Türk Borçlar Hukukunda Genel İşlem Koşulları*, 109; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, N. 648; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler I*, 174; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, N. 2352.

[169] Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, N. 651; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler I*, 172.

[170] Atamer, "Genel İşlem Şartları," 49; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler I*, 172; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, N. 672; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, N. 2335.

tarafı arasında menfaat dengesinin ve tarafların korunma ihtiyacının da dikkate alınması gerekir.<sup>[171]</sup>

Son aşama ise, geçerli genel işlem koşullarının yorumlanmasıdır (TBK m. 23). Buna, yorum denetimi de denmektedir. TBK m. 23 uyarınca, genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır. Buna göre, açık ve anlaşılır olmayan veya birden çok anlama gelen bir genel işlem koşulu, bu genel işlem koşulunu düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır.<sup>[172]</sup>

### 3- Tip İş Sözleşmesindeki Ceza Koşulunun İşveren Aleyhine ve İşçi Lehine Yorumlanması

İşveren tarafından belirli süreli iş sözleşmesinin haksız olarak feshedilmesi halinde, işçinin bakiye süre ücreti tutarı tazminat ile ceza koşulunu birlikte talep edip edemeyeceği noktasında öğretide görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre,<sup>[173]</sup> belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce işveren tarafından haksız olarak feshedilmesi halinde ödenmek üzere kararlaştırılan ceza koşulu, TBK m. 179 f. 1 uyarınca seçimlik ceza koşulu niteliğindedir ve aksi kararlaştırılmadıkça işçi bakiye süre ücreti tutarı tazminat ile ceza koşulunu birlikte talep edemez. Başka bir görüşe göre,<sup>[174]</sup> belirli süreli iş

[171] Atamer, “Genel İşlem Şartları,” 50; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, N. 2324; Tuzcuoğlu, *Genel İşlem Şartları*, 181.

[172] Yelmen, *Genel İşlem Şartları*, 119; Tuzcuoğlu, *Genel İşlem Koşulları*, 197-198; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, N. 650; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, N. 2290. Aydoğdu’ya göre, genel işlem koşullarının açık ve anlaşılır olmaması halinde, geçersizlik yaptırımının öngörülmesi daha uygun olurdu. Bkz. Aydoğdu, *Türk Borçlar Hukukunda Genel İşlem Koşulları*, 120-121.

[173] Yürekli, *Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi*, 315; Tolu, *İş Sözleşmesinin Haksız Feshi*, 221; Yayvak Namlı, *İş Hukuku’nda Cezai Şart*, 384; Göktaş, *Haksız Fesih*, 399; Urhanoglu, “Haksız Fesih,” 110-13; Mollamahmutoglu, Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku*, 919; Ekmekçi ve Yiğit, *Bireysel İş Hukuku*, 589.

[174] Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Belirli Süreli İş Sözleşmesi*, 363-64; Canbolat ve Erener, “Asgari Süreli İş Sözleşmelerinde Cezai Şart,” 247-48; Elmas, *Türk İş Hukukunda Haksız Fesih*, 253; Kayırgan, “Cezai Şart,” 450-51; Güzel, “Haksız Feshe Bağlı Tazminat ve Cezai Şart,” 1723-24.

sözleşmesinin süresinden önce işveren tarafından haksız olarak feshedilmesi halinde, işçi hem ceza koşulunu hem de bakiye süre ücreti tutarı tazminatı talep edebilir. Bu görüşe göre, sözleşmede ceza koşulu öngörülme dahi işçi bakiye süre ücreti tutarı tazminatı isteyebilir, o halde sözleşmede ceza koşulu öngörülmüşse bunun ifaya eklenen ceza koşulu olarak kabul edilmesi gerekir. Görüldüğü üzere, belirli süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından haksız olarak feshedilmesi halinde ödenmek üzere kararlaştırılan ceza koşulunun türünde tereddüt edilmektedir.

İşçi ile işveren arasında imzalanan belirli süreli iş sözleşmesi işveren tarafından önceden hazırlanmış tip iş sözleşmesi olabilir. Böyle bir durumda aynı zamanda genel işlem koşulu niteliğinde olduğundan, belirli süreli iş sözleşmesi hükümleri de kural olarak yürürlük, içerik ve yorum denetimine tabi olur. TBK m. 23 uyarınca, genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır. Bu hükmün tip iş sözleşmesine uygulanmasına engel bir durum da söz konusu değildir.<sup>[175]</sup> Tip iş sözleşmesinde yer alan hükümlerin yoruma muhtaç olması halinde bu hükümler işveren aleyhine ve işçi yararına yorumlanmalıdır çünkü tip iş sözleşmesinin hazırlanmasında işçinin herhangi bir katkısı yoktur.<sup>[176]</sup> Bir görüşe göre,<sup>[177]</sup> genel işlem şartlarını kullanan taraf, açık bir şekilde bunları hazırlama imkânı varken bunu yapmamışsa onun aleyhine olan anlam esas alınmalıdır çünkü kendisine genel işlem koşulları dayatılan zayıf tarafın, kendisi tarafından hazırlanmamış bir sözleşmeye ilişkin riskleri üstlenmesi düşünülemez, bu riskleri genel işlem koşulları kullanan tarafın üstlenmesi gerekir.

Belirli süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından önceden hazırlanmış tip iş sözleşmesi olması ve sözleşmenin işveren tarafından haksız olarak feshedilmesi halinde ödenmek üzere kararlaştırılan ceza koşulunun türünde tereddüt edilmesi halinde de ceza koşulunun türünün işveren aleyhine ve işçi yararına yorumlanması gerekir. İşveren aleyhine ve işçi yararına olan ceza koşulu türü ise ifaya eklenen ceza koşuludur. Yorum denetimi mekanizmasının işletilmesi yoluyla da işçinin hem bakiye süre ücreti tutarında tazminatı hem de ceza koşulunu talep edebileceği sonucuna ulaşılmaktadır.

[175] Karagöz, “Tip İş Sözleşmelerinde Öngörülen Cezai Şart,” 603.

[176] Karagöz, “Tip İş Sözleşmelerinde Öngörülen Cezai Şart,” 604.

[177] Tuzcuoğlu, *Genel İşlem Şartları*, 198.

## SONUÇ

TBK m. 438 f. 1 uyarınca, belirli süreli iş sözleşmesi haksız olarak feshedilen işçi, sözleşme süresine uyulmuş olsaydı kazanabileceği miktarı tazminat olarak işverenden isteyebilir. Belirli süreli iş sözleşmesinde, sözleşmenin işveren tarafından haksız olarak feshedilmesi halinde ödenmek üzere ceza koşulu kararlaştırılmış olabilir. Böyle bir durumda ceza koşulunun, bakiye süre ücreti tutarında tazminatla birlikte istenip istenemeyeceği meselesi gündeme gelir.

Bazı Yargıtay kararlarına göre, işçi bakiye süre ücreti tutarı tazminat ile ceza koşulunu birlikte talep edebilir. Bu yöndeki kararlara göre, sözleşmenin kalan süresi veya bunun katları tutarında bir ceza kararlaştırılmışsa, artık bakiye süre ücreti tutarında tazminattan farklı bir ceza koşulu söz konusudur ve kalan süreye ait ücret ile ceza koşulu birlikte talep edilebilir. Öte yandan Yargıtay'ın yakın tarihli kararlarına göre, bakiye süre ücreti tutarı tazminat ile ceza koşulunun birlikte talep edilebilmesi mümkün değildir; bunların birlikte talep edilebilmesi için sözleşmede buna ilişkin açık bir düzenlemenin bulunması gerekir.

İşçinin bakiye süre ücreti tutarı tazminat ile ceza koşulunu birlikte talep edip edemeyeceği noktasında öğretide görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre, belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce işveren tarafından haksız olarak feshedilmesi halinde ödenmek üzere kararlaştırılan ceza koşulu, TBK m. 179 f. 1 uyarınca seçimlik ceza koşulu niteliğindedir ve aksi kararlaştırılmadıkça işçi bakiye süre ücreti tutarı tazminat ile ceza koşulunu birlikte talep edemez. Başka bir görüşe göre, belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce işveren tarafından haksız olarak feshedilmesi halinde, işçi hem ceza koşulunu hem de bakiye süre ücreti tutarı tazminatı talep edebilir. Bu görüşe göre, sözleşmede ceza koşulu öngörülme dahi işçi bakiye süre ücreti tutarı tazminatı isteyebilir, o halde sözleşmede ceza koşulu öngörülümüşse bunun ifaya eklenen ceza koşulu olarak kabul edilmesi gerekir.

Kanaatimizce, ikinci görüşe üstünlük tanınmalı, belirli süreli iş sözleşmesi işveren tarafından haksız olarak feshedilen işçi hem bakiye süre ücreti tutarında tazminatı hem de ceza koşulunu talep edebilmelidir. Meselenin bireysel iş sözleşmesi ile genel işlem koşulu niteliğindeki tip iş sözleşmesi bakımından ayrı ayrı ele alınması gerekir.

TBK m. 438 f. 3'te belirli süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından haksız feshi halinde işveren aleyhine hükmedilebilecek bir tazminat düzenlenmiştir. Buna haksız fesih tazminatı denmektedir. TBK m. 438 f. 3 c. 1'de "*Hâkim, bütün durum ve koşulları göz önünde tutarak, ayrıca miktarını serbestçe belirleyeceği bir tazminatın işçiye ödenmesine karar verebilir*" denmektedir.

Bu tazminat, aynı maddenin birinci fıkrasında düzenlenen bakiye süre ücreti tutarında tazminattan ayrı ve ek bir tazminat niteliğindedir. Haksız feshe maruz kalan işçinin, her iki tazminatı birden talep etmesi mümkündür. Hâkim *bütün durum ve koşulları* dikkate alarak, işçiye haksız fesih tazminatı ödenmesine karar verebilir. Aynı düzenlemede, tazminatın miktarının işçinin altı aylık ücretinden fazla olamayacağı belirtilmektedir. Altı aylık ücret sınırı nispi emredici nitelikte olup, tazminat miktarının sözleşmeyle artırılabilmesi mümkündür.

Kişilerin, özel borç ilişkilerini, hukuk düzeninin sınırları içinde yapacakları sözleşmelerle özgürce düzenleme yetkisine sözleşme özgürlüğü denir. Sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, borçlu tarafından sözleşmenin ihlal edilmesi halinde alacaklının malvarlığında meydana gelen eksilmenin giderilmesine yönelik olarak borçlunun alacaklıya ödeyeceği tazminatı, taraflar aralarında yapacakları bir anlaşma ile baştan belirleyebilirler. İşte bu anlaşmaya götürü tazminat anlaşması denir.

Genel hükümlere bakıldığında, tazminatın kapsamının ve ödenme biçiminin belirlenmesinin tamamen hâkimin takdirinde olduğu görülür. TBK m. 51 ve 52'de bazı haller, tazminattan indirim sebebi olarak kabul edilmiştir. Somut olayda bu sebeplerin bulunması halinde hâkim tazminattan indirim yapabilir hatta tazminatı tamamen kaldırabilir. Hâkimin tazminatı tamamen kaldırmaya kadar giden geniş takdir yetkisi nedeniyle, borçlunun borca aykırı davranışı yüzünden zarara uğrayan alacaklının tazminat alıp alamayacağı belirsizdir. Götürü tazminat anlaşmasıyla taraflar hâkimin takdir yetkisini dışlayarak, bu belirsizliği gidermeyi amaçlarlar. Haksız fesih tazminatı da hâkim tarafından belirlenen, takdiri bir tazminattır. Sözleşmesi haksız olarak feshedilen işçiye bu tazminatın ödenip ödenmeyeceği belirsizdir.

TBK m. 438 f. 3'te, hâkimin *bütün durum ve koşulları* dikkate alarak, işçiye haksız fesih tazminatı ödenmesine karar verebileceği belirtilmiştir. Şüphesiz taraflar arasındaki sözleşme de *bütün durum ve koşullar* kapsamına dâhildir. Hatta hâkimin ilk bakması gereken şey taraflar arasındaki



sözleşmede, sözleşmenin işveren tarafından haksız olarak feshedilmesi halinde ödenmek üzere kararlaştırılan bir meblağ bulunup bulunmadığıdır. Kanaatimizce, sözleşmede böyle bir kayıt bulunması halinde, taraflar buna sözleşmede ceza koşulu da demiş olabilir, artık haksız fesih tazminatının hâkimin takdirinde olduğundan bahsedilemez. Çünkü taraflar bu konuya ilişkin bir anlaşma yapmış ve hâkimin haksız fesih tazminatına hükmedip hükmetmeyeceği konusundaki belirsizliği bu yolla gidermiştir. O halde taraflar arasındaki sözleşmede, sözleşmenin işveren tarafından haksız olarak feshedilmesi halinde ödenmek üzere kararlaştırılan bir meblağ bulunduğu, bu sözleşme kaydının götürü haksız fesih tazminatı anlaşması olarak yorumlanması gerekir.

Kaldı ki haksız fesih tazminatının *medeni ceza* niteliğinde olduğu kabul edilmekte, hatta bazı yazarlar tarafından kanundan doğan bir ceza koşulu olduğu ileri sürülmektedir. O halde sözleşmedeki ceza koşulunu da TBK m. 438 f. 3'te düzenlenen haksız fesih tazminatına ilişkin taraflarca baştan yapılmış bir anlaşma olarak kabul etmek gerekir.

İş hukukundaki işçi yararına yorum ilkesi de bizi bu sonuca ulaştırmaktadır. Haksız fesih tazminatı, işverenin haklı bir sebep olmaksızın sözleşmeyi derhal feshetmesini engellemeye yöneliktir. Öte yandan ceza koşulunun amacı da borçluyu baskı altında tutarak, ifaya zorlamaktır. Buradan hareketle bir kez daha sözleşmedeki ceza koşulunun TBK m. 438 f. 3'te düzenlenen haksız fesih tazminatına ilişkin taraflarca yapılmış bir anlaşma olarak kabul edilmesi gerektiği kanaatine ulaşılmaktadır.

Haksız fesih tazminatı, bakiye süre ücreti tutarında tazminattan ayrı ve ek bir tazminat niteliğinde olduğundan, ceza koşulunun götürü haksız fesih tazminatı anlaşması olarak yorumlanması halinde, işçi bakiye süre ücreti tutarında tazminat ile ceza koşulunu başka bir deyişle taraflarca baştan götürü olarak belirlenen haksız fesih tazminatını isteyebilir.

Kanaatimizce, taraflar arasındaki sözleşmede, sözleşmenin işveren tarafından haksız olarak feshedilmesi üzerine ödenmesi kararlaştırılan bir ceza koşulunun bulunması halinde, haksız fesih yönünden artık hâkimin takdiri söz konusu değildir. Taraflar zaten ödenecek haksız fesih tazminatını kendileri belirlemiştir. Ceza koşulu bulunmayan sözleşmelerde ise hâkim TBK m. 438 f. 3 uyarınca işveren aleyhine haksız fesih tazminatına hükmedebilir veya hükmetmeyebilir.



İşçi ile işveren arasında imzalanan belirli süreli iş sözleşmesi işveren tarafından önceden hazırlanmış tip iş sözleşmesi olabilir. Tip iş sözleşmesi söz konusu olduğunda da sözleşmedeki ceza koşulunun götürü haksız fesih tazminatı anlaşması olarak yorumlanması gerektiği yönündeki görüşümüz geçerli olmaya devam etmekle birlikte bu ihtimalde, işçi yararına başka bir çözüm yolu daha ortaya çıkmaktadır.

Belirli süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından önceden hazırlanmış tip iş sözleşmesi olması halinde, aynı zamanda genel işlem koşulu niteliği taşıdığından, sözleşme hükümleri kural olarak yürürlük, içerik ve yorum denetimine tabi olur. TBK m. 23 uyarınca, genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır. Buna göre tip iş sözleşmesinde yer alan hükümlerin yoruma muhtaç olması halinde, bu hükümler işveren aleyhine ve işçi yararına yorumlanmalıdır. Sözleşmenin işveren tarafından haksız olarak feshedilmesi halinde ödenmek üzere kararlaştırılan ceza koşulunun türünde tereddüt edilmesi halinde de ceza koşulunun türünün işveren aleyhine ve işçi yararına yorumlanması gerekir. İşveren aleyhine ve işçi yararına olan ceza koşulu türü ise ifaya eklenen ceza koşuludur. Yorum denetimi mekanizmasının işletilmesi yoluyla da işçinin hem bakiye süre ücreti tutarında tazminatı hem de ceza koşulunu talep edebileceği sonucuna ulaşılmaktadır.

## KAYNAKÇA

- Alpagut, Gülsevil. *Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi*. İstanbul: Türk Ağır Sanayii ve Hizmet Sektörü İşverenleri Sendikası, 1998.
- Alpagut, Gülsevil. “Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasası, Cezai Şart Ve İbranameye İlişkin Hükümleri.” *LEGAL İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi* 8, no. 31 (2011): 914-59.
- Alpagut, Gülsevil. “Yorum.” içinde *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu*, 111-17. İstanbul: Legal, 2014.
- Antalya Gökhan. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler V/1, 1. 2. Baskı*. Ankara: Seçkin, 2019.
- Astarlı, Muhittin. “İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı.” içinde *Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 2015*, 209-383. İstanbul: On İki Levha, 2017.
- Atamer, Yeşim. *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi*. İstanbul: Beta, 1999.
- Atamer, Yeşim. “Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar.” içinde *Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan*, 291-332. Ankara: Seçkin, 2004.
- Atamer, Yeşim. “Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Genel İşlem Şartları.” içinde *Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu Bildiriler-Tartışmalar 8 Nisan 2011*, 7-73. Ankara: BATİDER, 2012.
- Ayan, Serkan. “Belirli Süreli İş Sözleşmesi.” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 54, no. 4 (2005): 431-87.
- Ayhan, Rıza. “Ticari İş Kavramı ve Tacir Sifatına Bağlanan Ücret ve Sözleşme Cezalarının İndirilmesini İsteyememe.” *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 17, no. 2 (2013): 291-314.
- Aykaç, Hande Bahar. “Bireysel İş Sözleşmesinde Düzenlenen Cezai Şart.” *LEGAL İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi* 13, no. 50 (2016): 699-762.

- Aydoğdu, Murat: Türk Borçlar Hukukunda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku'nda Haksız Şartların Denetimi. Ankara: Seçkin, 2014.
- Başbuğ, Aydın. "Tacir İşveren ve İş Hukukunda Cezai Şarttan İndirim." *Kamu-İş, Prof. Dr. Kamil Turan'a Armağan*, 7, no. 2 (2003): 2-19.
- Baycık, Gaye. "İş Hukukunda Cezai Şart." içinde *İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III*, editör Tankut Centel, 8-15. İstanbul: On İki Levha, 2018.
- Becker, Hermann. *İsviçre Medenî Kanunu Şerhi, Borçlar Hukuku, II. Bölüm, 1943*. Çeviren Suat Duna. Ankara, 1993.
- Bentele, Roland. *Die Konventionalstrafe nach Art. 160-163 OR*. Freiburg, 1994.
- Bilge, Necip. "Cezai Şart." içinde *Prof. Dr. Esat Arsebük'e Armağan*, 37-128. Ankara: Güzel İstanbul Matbaası, 1958.
- Birinci Uzun, Tuba. *Götürü Tazminat*. Ankara: Yetkin, 2015.
- Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz. *Türk İş Hukuku'nda Belirli Süreli İş Sözleşmesi*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012.
- Brightman, Alvin C. "Liquidated Damages." *Columbia Law Review* 25, no. 3 (1925): 277-304.
- Canbolat, Talat ve Ebru Erener. "Asgari Süreli İş Sözleşmelerinde Cezai Şart." *İş ve Hayat* 3, no. 5 (2017): 228-55.
- Caniklioğlu, Nurşen. "Türk Borçlar Kanunu-İş Kanunu İlişkisi ve Türk Borçlar Kanununun Bazı Hükümlerinin İş Kanunu Açısından Değerlendirilmesi." içinde *Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu 10. Yılında İş Kanunu*, 74-126. İstanbul: TİSK, 2014.
- Cansel, Erol ve Çağdaş Özel. "Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu." *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi* 8, Özel Sayı (Haziran 2013): 713-733.
- Çelik, Nuri. "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'ndaki Hizmet Sözleşmesinin İsabetli Olmayan Bazı Düzenlemeleri." *Sicil İş Hukuku Dergisi*, no. 25 (Mart 2012): 5-9.

- Çelik, Nuri, Nurşen Caniklioğlu, Talat Canbolat ve Ercüment Özkaraca. *İş Hukuku Dersleri*. Yenilenmiş 35. Baskı. İstanbul: Beta, 2022.
- Çil, Şahin. *İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (2019-2021 Yılları)*. 8. Baskı. Ankara: Yetkin, 2021.
- Demircioğlu, A. Murat. “İş Hukukunda Cezai Şart.” içinde *Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan I*, 159-71. İstanbul: Beta, 2010.
- Doğan Yenisey, Kübra. “İş Hukukunda Cezai Şart.” içinde *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş Hukukunda Güncel Sorunlar Semineri 1*, 21-56. İstanbul: Kadir Has Üniversitesi, 2012.
- Doğan Yenisey, Kübra. “Türk Borçlar Kanunu’nun Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri ve İş Hukuku Açısından Önemi.” içinde *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu*, 78-110. İstanbul: Legal, 2014.
- Ekmekçi, Ömer ve Esra Yiğit. *Bireysel İş Hukuku*. Güncellenmiş 4. Baskı. İstanbul: On İki Levha, 2022.
- Ekonomi, Münir. *İş Hukuku I*. İstanbul: Teknik Üniversite Matbaası, 1976.
- Elmas, Serkan. *Türk İş Hukukunda Haksız Fesih*. Ankara: Lykeion, 2018.
- Emmel, Frank. *CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft Art. 319-529 OR*. 3. Auflage. Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2016.
- Etter, Boris ve Marcel Stucky. *SHK–Stämpflis Handkommentar, Arbeitsvertrag*. 1. Auflage. Bern: Stämpfli Verlag AG, 2021.
- Erdem Mehmet. “Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi.” içinde *Gazi Üniversitesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu (28-29 Mayıs 2009)*, 97-124. Ankara, 2009.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 27. Baskı. Ankara: Yetkin, 2022.
- Ertürk, Şükran. “Genel İş Koşulları ve Genel İş Koşullarının Denetlenmesi.” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, Özel Sayı (2013): 81-118.

- Esener, Turhan. *İş Hukuku*. Yeniden Gözden Geçirilmiş 3. Baskı. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1978.
- Eyrenci, Öner, Savaş Taşkent ve Devrim Ulucan. *Bireysel İş Hukuku*. 7. Baskı. İstanbul: Beta, 2016.
- Gerek, Nüvit. “İşveren Tarafından Gerçekleştirilen Haksız Fesih-USulsüz Fesih-Kötü Niyetli Fesih.” *KARATAHTA / İş Yazıları Dergisi*, no. 26 (Ağustos 2015): 1-17.
- Göktaş, Seracettin. *Türk İş Hukukunda Haksız Fesih*. Ankara: Seçkin, 2020.
- Güler, Mikdat. “Belirli Süreli İş Sözleşmesi.” *LEGAL İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, no. 5 (2005): 27-82.
- Gülver, Ender. “Türk Borçlar Kanunu’nda İş Sözleşmesinin Derhâl Feshi.” *LEGAL İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi* 8, no. 31 (2011): 999-1029.
- Güneş, Başak ve Faruk Barış Mutlay. “Yeni Borçlar Kanununun ‘Genel Hizmet Sözleşmesi’ ne İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 Sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi.” *Çalışma ve Toplum* 3, no. 30 (2011): 231-88.
- Güzel, Ali. “Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Hukuki Nitelemesi-Haksız Feshe Bağlı Tazminat ve Cezai Şart.” *Çalışma ve Toplum* 3, no. 73 (2022): 1705-31.
- Güzel, Ali. “İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı.” içinde *Yargıtay Bölge Adliye Mahkemeleri’nin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2019-2020*, 189-370. İstanbul: On İki Levha, 2022.
- Havutçu, Ayşe. *Açık İçerik Denetim Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması*. İzmir: Güncel, 2003.
- Kabakçı, Mahmut. “Belirli Süreli İş Sözleşmesini Haklı Nedenle Fesheden İşçinin Bakiye Süre Ücreti Talebi.” *Sicil İş Hukuku Dergisi*, no. 21 (2011): 129-40.
- Kapancı, Berk. “Götürü Tazminat Anlaşması ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi.” içinde *Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan*, 655-83. İstanbul: Filiz, 2013.

- Karagöz, Veli. “İşverenin Tacir Olması Durumunda Cezai Şartın İndirilmesi.” *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 18, no. 3-4 (2014): 109-32.
- Karagöz, Veli. “Tip İş Sözleşmelerinde Öngörülen Cezai Şartın Genel İşlem Şartları Bağlamında Denetlenmesi.” *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi* 8, no. 1-2 (2004): 593-606.
- Kayırgan, Hasan. “İş Hukukunda Cezai Şart ve Kıdem Tazminatı Tavanı ile İlişkilendirilmesi Sorunu.” *Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, no. 20 (2022): 431-58.
- Kılıçoğlu, Ahmet. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 14. Baskı. Ankara: Turhan, 2011.
- Kocaağa, Köksal. *Ceza Koşulu (Sözleşme Cezası)*. 2. Baskı. Ankara: Yetkin, 2018.
- Kocaağa, Köksal. “İnşaat Sözleşmelerinde İş Zamanında Teslim Etmeyen Yüklenicinin Ödemesi Kararlaştırılan Meblağ Cezai Şart mı Yoksa Götürü Tazminat Mıdır?” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 74 (2008): 149-57.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip. *Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme (Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt)*. 6. Baskı. İstanbul: Filiz, 2014.
- McCormick, Charles T. “Liquidated Damages.” *Virginia Law Review* 17, no. 2 (1931-1930): 103-28.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi. “Türk Borçlar Kanunu’nun Kabulünden Sonra İş Sözleşmesinin Haklı Nedenle Feshi.” içinde *Erzurumluoğlu Armağanı*, editör Emel Badur. Ankara: Ankara Barosu, 2012.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal.
- Oertli, Theres. *Der vertraglich pauschalierte Schadenersatz: Unter Berücksichtigung der Abgrenzung zur Konventionalstrafe*. Luzern, 2004.
- Oğuzman, Kemal ve Turgut Öz. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler I*. 20. Baskı. (İstanbul: Vedat, 2022).

- Oğuzman, Kemal ve Turgut Öz. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler II*. 17. Baskı. İstanbul: Vedat, 2022.
- Ozanoğlu, Hasan Seçkin. “İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlanan İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları.” *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, no. 2 (1999): 60-118.
- Öcal Apaydın, Bahar ve Nurten İnce Akman. “Götürü Tazminatın Hâkim Tarafından İndirilmesi Meselesi.” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 25, no. 1 (Haziran 2019): 220–261.
- Rehbinder, Manfred ve Jean-Fritz Stöckli. *Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Obligationenrecht, Der Arbeitsvertrag, Art. 331-355 und Art. 361-362 OR*. 2. Auflage. Bern: Stämpfli Verlag AG, 2014.
- Sirmen, Lale. “Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartları.” içinde *Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar, 8 Nisan 2011*, 107-34. Ankara: BATİDER, 2012.
- Soyer, Polat. “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Yer Alan ‘Genel Hizmet Sözleşmesi’ne İlişkin ‘Bazı’ Hükümlerin İş Hukuku Açısından Önemi.” içinde *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş Hukukunda Güncel Sorunlar 2*, 4-51. İstanbul: Kadir Has Üniversitesi, 2012.
- Soyer, Polat. “Hizmet Akdinin İşçi Tarafından Feshi İçin Öngörülen Cezai Şartın Geçerliliği Sorunu.” içinde *Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan*, 363-80. Ankara: İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, 2000.
- Soyer, Polat. “Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin ‘Yeni’ Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi.” *Sicil İş Hukuku Dergisi* 11, no. 22 (2011): 12-21.
- Soyer, Polat. “Türk Borçlar Kanunu Tasarısının ‘Genel Hizmet Sözleşmesi’ne İlişkin Bazı Hükümleri Üzerine Düşünceler.” içinde *Prof Dr. Devrim Ulucan’a Armağan*, 149-67. İstanbul: Legal, 2008.

- Stahelin, Adrian. *Zürcher Kommentar Band/Nr. VI/2c, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), Der Arbeitsvertrag: Art. 330b-355 OR, Art. 361-362 OR*. 4. Auflage. Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2014.
- Streiff, Ullin, Adrian von Kaenel ve Roger Rudolph. *Arbeitsvertrag Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR*. 7. Auflage. Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2012.
- Süzek, Sarper. “İş Akdini Fesih Hakkının Sınırlandırılması.” *Yargıç Dr. Aydın Özkul’a Armağan, Kamu-İş* 6, no. 4 (2002): 73-94.
- Süzek, Sarper. *İş Hukuku*. Yenilenmiş 19. Baskı. İstanbul: Beta, 2020.
- Şahlanan, Fevzi. “İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay’ın 2012 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi.” içinde *Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2012*, 73-142. Ankara: Kamu-İş, 2014.
- Şahlanan, Fevzi. “İş Sözleşmelerine Konulan Cezai Şart.” *Tekstil İşveren Dergisi, Hukuk Eki*, no. 437 (Ağustos 2018): 2-8.
- Tandoğan, Haluk. *Türk Mes’uliyet Hukuku*. 2. Baskı, İstanbul: Vedat, 2010.
- Tolu, Hazal. *İş Sözleşmesinin Haksız Feshi*. İstanbul: Beta, 2017.
- Tuncay, Can. “Belirli Süreli İş Sözleşmesinin İşverence Feshi Kararın İncelenmesi.” *LEGAL İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi* 8, no. 31 (2011): 899-912.
- Tuncay Kaplan, Emine. “Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Haksız Feshi ve Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Getirilen Yeni Düzenlemeler.” içinde *Osman Güven Çankaya’ya Armağan*, 213-29. Ankara: Kamu-İş, 2010.
- Tuncay Kaplan, Emine. “Bildirim Sürelerinin Sözleşmelerle Artırılmasının Üst Sınırı Sorunu.” *Sicil Dergisi* 1, no. 9 (2008): 10-13.
- Tuncay Kaplan, Emine. *Bireysel İş Hukuku*. Gözden Geçirilmiş-Güncelleştirilmiş 12. Baskı. Ankara: Yetkin, 2022.
- Tunçomağ, Kenan. *Türk Hukukunda Cezai Şart*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1963.



- Tunçomağ, Kenan. *Türk İş Hukuku I. 2.* Baskı. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1975.
- Tuzcuoğlu, Tuğçe. *Avrupa Birliği Normları ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Işığında Genel İşlem Şartları.* Ankara: Seçkin, 2020.
- Ulucan, Devrim. “Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Sürenin Dolmasından Önce Feshi, Haklı Nedenle Feshe Süre Konması ve Aynı İş İlişkisinin İki Ayrı Sözleşme ile Düzenlenmesi.” *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 1 (2007): 497-516.
- Urhanoglu, İstar. “Yargıtay Kararları Çerçevesinde Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Süresi İçerisinde Haksız Fesih İle Sona Ermesi.” *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, no. 1 (2022): 85-121.
- Yayvak Namlı, İrem. *İş Hukuku’nda Cezai Şart.* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Doktora Tezleri Dizisi No:10. İstanbul: On İki Levha, 2019.
- Yelmen, Adem. *Türk Borçlar Kanunu’na Göre Genel İşlem Şartları.* Ankara: Yetkin, 2014.
- Yürekli, Sabahattin. *Türk Borçlar Kanunu’na Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi.* Güncellenmiş 3. Baskı. Ankara: Seçkin, 2016.



**Makaleler**

*Articles*



# Henüz Vücuda Getirilmemiş Veya Tamamlanmamış Eserlere İlişkin Sözleşmeler

Ecenur ÇİLİNGİROĞLU\*

---

\* Avukat, Ankara Barosu, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Fikri Mülkiyet Hukuku Tezli Yüksek Lisans Programı Öğrencisi).  
[cilingiroglue@gmail.com](mailto:cilingiroglue@gmail.com). **ORCID:** 0000-0002-6105-4497.

## HENÜZ VÜCUDA GETİRİLMEMİŞ VEYA TAMAMLANMAMIŞ ESERLERE İLİŞKİN SÖZLEŞMELER

### ÖZ

İşbu çalışmamızda ilk olarak henüz vücuda getirilmemiş veya tamamlanmamış eserlerin tasarruf işlemlerine konu edilemeyeceği, sadece taahhüt işlemlerine konu edilebileceği hususları üzerinde durulmuştur. Çalışmamızın devamında ise henüz vücuda getirilmemiş veya tamamlanmamış eserlere ilişkin olarak gerçekleştirilen taahhüt sözleşmelerinin niteliğine göre yayım sözleşmesi, eser sözleşmesi veya vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği hususu değerlendirilmiştir. Bu değerlendirmelerin akabinde ise henüz vücuda getirilmemiş ya da tamamlanmamış eserlere ilişkin gerçekleştirilen taahhüt sözleşmelerinin kapsamı ve bu sözleşmelerin feshi ve kendiliğinden sona erme sebeplerinin neler olduğu üzerinde durulmuş ve bu müesseselere ilişkin doktrindeki görüşler de dikkate alınarak değerlendirilmelerde bulunulmuştur.

### Anahtar Kelimeler:

Henüz vücuda getirilmemiş veya tamamlanmamış eserler

taahhüt sözleşmeleri

sözleşmenin feshi

sözleşmenin kendiliğinden sona ermesi

## ABSTRACT

In this study, the authors have first discussed the fact that unexecuted or incomplete works cannot be the subject of disposition transactions but can only be the subject of commitment transactions. The study then goes on to evaluate whether the commitment contracts regarding unexecuted or incomplete works can be characterized as publishing contracts, work contracts, or agency contracts, depending on the nature of these contracts. Following these evaluations, the authors have examined the scope of the commitment contracts regarding unfinished or not-yet-realized works, as well as the grounds for the termination and automatic expiration of these contracts. In their assessments, the authors have also considered the doctrinal views on these legal institutions.

### Keywords:

Unexecuted or incomplete works

commitment contracts

contract termination

automatic termination of the contract

## GİRİŞ

Eser kavramı 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun (FSEK) 1/B. maddesinde “*Sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsulleri*” olarak tanımlanmıştır. Bu tanımlamadan da görülebileceği üzere ortaya çıkarılan bir eserin FSEK kapsamında korunabilmesi için Kanun'da sayılan bazı koşulları sağlaması gerekmektedir. Eser sayılabilmenin koşullarının sağlanması durumunda eseri meydana getiren kişi yani Kanun'da yer alan tanımıyla eser sahibi herhangi bir tescile ihtiyaç duyulmaksızın eserin meydana getirilmesi ile birlikte yine Kanun'da sayılan bazı mali ve manevi hakları kullanma hakkını elde edecektir.

Eser sahibinin sahip olduğu manevi haklar Kanun'un 14-17. maddeleri arasında, mali haklar ise Kanun'un 20-25. maddeleri arasında sayılmıştır. Eser sahibi manevi haklarını hayatta iken veya öldükten sonra devredemez, bu haklardan feragat edemez ve bu hakları hukuki işlemlerle sınırlayamaz. Mali haklar ise manevi hakların aksine devir ve lisans gibi hukuki işlemlere konu olabilmekte ve miras yoluyla intikal edebilmektedir. İşbu çalışmamız bakımından da incelenecek olan husus henüz vücuda getirilmemiş veya tamamlanmamış eserler bakımından eser sahibinin mali hakları üzerinde gerçekleştirebileceği taahhüt işlemleridir.

FSEK'in 48. maddesinin 3. fıkrasında “*Yukardaki fıkralarda sayılan tasarruf muameleleri henüz vücuda getirilmemiş veya tamamlanacak olan bir esere taallük etmekte ise batıldır.*” hükmüne yer verilerek henüz vücuda getirilmemiş veya tamamlanmamış eserlere ilişkin mali haklar üzerindeki tasarruf işlemlerin geçersiz olacağına açıkça hükme bağlanmıştır.

Kanunda yer verilen bu düzenlemeyle henüz vücuda getirilmemiş ya da tamamlanmamış olan eserlere ilişkin hiçbir şekilde sözleşme yapılamayacağı sonucunun ortaya çıktığı düşünülebilir olsa da yine aynı Kanun'un 50. maddesinin birinci fıkrasında “*48 ve 49 uncu maddelerde sayılan tasarruf muamelelerine dair taahhütler, eser henüz vücuda getirilmeden önce yapılmış olsa dahi muteberdir.*” hükmüne yer verilerek henüz vücuda getirilmemiş ya da tamamlanmamış eserlere ilişkin taahhüt işlemlerinin gerçekleştirilebileceği ifade edilmiştir.

Yukarıda yer verdiğimiz düzenlemelerden de görülebileceği üzere kanun koyucu henüz vücuda getirilmemiş ya da tamamlanmamış eserlere ilişkin



tasarruf işlemlerinin gerçekleştirilemeyeceğini ama bu eserlere ilişkin taahhüt işlemlerinin gerçekleştirilebileceğini hüküm altına almıştır.<sup>[1]</sup> Peki henüz vücuda getirilmemiş ya da tamamlanmamış eserlere ilişkin tasarruf işlemlerinden ve taahhüt işlemlerinden ne anlaşılması gerekmektedir?

Hukuki işlem, en temel tanımıyla hukuksal bir sonuç yaratmaya yönelik olarak gerçekleştirilen irade açıklaması olarak tanımlanabilir.<sup>[2]</sup> Hukuki işlemlerin farklı niteliklerine göre sınıflandırılması mümkün olup işbu çalışmamız bakımından ise hukuki işlemlerin malvarlığına yaptığı etkiler bakımından sınıflandırılması yoluna gidilmiştir. Malvarlığına yaptıkları etkiler bakımından kazandırma işlemleri, borçtan kurtarma işlemleri, borçlandırıcı işlemler yani bir diğer ifade ediliş biçimiyle taahhüt işlemleri ve tasarruf işlemleri olmak üzere dört başlık altında sınıflandırılabilir.<sup>[3]</sup> İşbu çalışmamız bakımından incelenmesi gereken hukuki işlemler ise tasarruf işlemleri ve taahhüt işlemleridir.

Tasarruf işlemleri temel olarak işlemi yapan kişinin malvarlığında doğrudan doğruya azalma meydana getiren işlemler yani mal varlığının aktif kısmını azaltan işlemler olarak tanımlanabilir.<sup>[4]</sup> Bir diğer deyişle tasarruf işlemleri, bir hakkı veya hukuki ilişkiyi doğrudan doğruya etkileyen, onu diğer tarafa geçiren, onun muhtevasını sınırlayan, değiştiren veya ortadan kaldıran işlemlerdir.<sup>[5]</sup>

---

[1] Cahit Suluk, Rauf Karasu ve Temel Nal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2022), 113; Ahmet Kılıçoğlu, *Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2020), 143; Şafak N. Erel, *Türk Fikir ve Sanat Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2009), 296.

[2] Mustafa Ateş, *Fikri Haklarla İlgili Hukuki İşlemler*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2020), 39; Gizem Aktaş, “Eser Sahibinin Mali Haklarının Devrine İlişkin Hukuki İşlemler,” (Ufuk Üniversitesi Özel Hukuk Programı Yüksek Lisans Tezi, 2021), 43.

[3] Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Yetkin Kitabevi, 2016), 170.

[4] Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2013), 48; Ateş, *Fikri Haklarla İlgili Hukuki İşlemler*, 56.

[5] Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 48; Aktaş, “Mali Hakların Devrine İlişkin Hukuki İşlemler,” 44.

Taahhüt işlemleri ise kişinin malvarlığının pasif kısmını artıran işlemler olup bir diğer deyişle malvarlığını borç altına sokan işlemler olarak tanımlanabilir.<sup>[6]</sup> Taahhüt işlemlerinde borçlu sadece borçlanılan yükümlülüğe uygun olarak belirli bir edimde bulunmayı üstlenir.<sup>[7]</sup> Tasarruf işlemlerinden farklı olarak taahhüt işlemlerinde sadece ve sadece bir edimin ifa edilmesi hususunda vaatte bulunma söz konusudur.

Bu kapsamda yukarıda yer verdiğimiz Kanun'un 48. maddesinin 3. fıkrasında ve 50. maddesinin 1. fıkrasında yer alan düzenlemelere göre henüz vücuda getirilmemiş veya tamamlanmamış eserler üzerindeki mali hakların veya kullanım yetkisinin devrine ilişkin olarak tasarruf işlemlerinin gerçekleştirilmesi mümkün değilken taahhüt işlemlerinin gerçekleştirilmesi mümkündür.<sup>[8]</sup> Örneğin bir tiyatro yazarının henüz tamamlamadığı eserini tamamladıktan sonra bu eserin yayma hakkını bir yayımcıya devredebene ilişkin taahhütte bulunması mümkündür. Böyle bir taahhütte bulunarak eser sahibi sadece ve sadece vücuda getirdiği eser üzerindeki mali hakların ve kullanım yetkisinin devri borcu altına girecektir.<sup>[9]</sup>

Kanun'un 48. maddesinin 3. fıkrası uyarınca her ne kadar henüz vücuda getirilmemiş ya da tamamlanmamış eserlere ilişkin tasarruf işlemleri batıl olacağı hükme bağlanmış olsa da sözleşmenin kapsamında hem taahhüt işlemleri hem tasarruf işlemlerinin bulunması durumunda ise sözleşmenin tamamı değil 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK)'nin 27. maddesinin 2. fıkrası gereğince sözleşmenin kısmen yani sadece tasarruf işlemine ilişkin kısmının batıl kabul edilmesi gerekmektedir. TBK'nin 27. maddesinde yer alan "...*bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur.*" hükmü gereğince ise tasarruf işlemlerine ilişkin kısmın taraflarca sözleşmenin esaslı

---

[6] Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 171; Kılıçoğlu, *Fikri Haklar*, 298; Ateş, *Fikri Haklarla İlgili Hukuki İşlemler*, 55; Aktaş, "Mali Hakların Devrine İlişkin Hukuki İşlemler," 44.

[7] Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 171.

[8] Ünal Tekinalp, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012), 236; Cahit Suluk ve Ali Orhan, *Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku II*, (İstanbul: Arıkan Basım, 2005), 607.

[9] Kılıçoğlu, *Fikri Haklar*, 298.

unsurunu oluşturduğu durumlarda ise sözleşmenin bir bütün olarak batıl kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir.<sup>[10]</sup>

Henüz vücuda getirilmemiş ya da tamamlanmamış eserler bakımından taahhüt ve tasarruf işlemlerinin birleştirilmesi ise mümkün değildir.<sup>[11]</sup> Bunun nedeni ise henüz eser vasfı kazanarak kişinin malvarlığına dahil olmamış bir eser üzerinde devredilebilecek bir hakkın bulunmamasıdır.<sup>[12]</sup> Yukarıda da ayrıntılı olarak açıklamış olduğumuz üzere tasarruf işlemleri borcun ifasıyla ilgili olup henüz vücuda getirilmemiş veya tamamlanmamış eserler üzerindeki yani henüz kişinin malvarlığına dâhil olmamış veya eser vasfı kazanmamış bir fikri ürün üzerindeki mali haklara ilişkin tasarrufların yerine getirilmesi de mümkün olamayacaktır. Kaldı ki bu husus yukarıda da açıklamış olduğumuz üzere FSEK'in 48. maddesinin 3. fıkrasında da açıkça ifade edilmiştir. Bu nedenle henüz vücuda getirilmemiş ya da tamamlanmamış eserler üzerindeki taahhüt ve tasarruf işlemlerinin birleştirilmesi mümkün değildir.

Ancak bu husus uygulamada pek çok sorunu da beraberinde getirmektedir. Taraflar arasında gerçekleştirilen sözleşme gereğince eser sahibi tarafından taahhüt süresi içerisinde meydana getirilen eser ile ilgili olarak karşı tarafın yani taahhüt alanın mali haklara veya kullanım yetkisine sahip olabilmesi için bu hakların ve yetkilerin ayrı bir tasarruf ile taahhüt alana devredilmesi gerekmektedir. Bir diğer deyişle taahhüt süresi içerisinde meydana getirilen eserlerle ilgili mali haklar veya kullanım yetkisi doğrudan ve herhangi bir tasarrufa gerek kalmaksızın kendiliğinden taahhüt alana intikal etmez.<sup>[13]</sup>

Bir örnekle açıklanması gerekirse haftalık olarak yayımlanan bir dizinin televizyonda yayımlanabilmesi için eser sahibinin her hafta dizi çekiminin

---

[10] Savaş Bozbel, "FSEK'e Göre İleride Vücuda Getirilecek Eserlerle İlgili Yapılan Sözleşmelerin İfası ve Sonuçları Hakkında Sinema Sektörü Bazlı Düşünceler," *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Dergisi*, no. 1, (2015): 35-46.

[11] Levent Yavuz, Türkay Alıca ve Fethi Merdivan, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2014), 1609; Erel, *Fikir ve Sanat Hukuku*, 296; Ateş, *Fikri Haklarla İlgili Hukuki İşlemler*, 143.

[12] Ateş, *Fikri Haklarla İlgili Hukuki İşlemler*, 143; Aktaş, "Mali Hakların Devrine İlişkin Hukuki İşlemler," 44.

[13] Yavuz, Alıca ve Merdivan, *FSEK Yorumu*, 1613.

tamamlanmasının ardından o bölümle ilgili olarak yazılı bir sözleşme ile mali hakları veya kullanma yetkisini devretmesi gerekecektir. Doktrindeki bir görüşe göre sektörü ciddi bir şekilde felç edebilecek bu olumsuzlukların önüne geçilebilmesi için taahhüt işleminin yanında mali hakların devri ya da kullanım yetkisinin devri gibi tasarruf işlemlerini de içerisinde barındıran sözleşmelerin TBK'nin 170-176 maddeleri anlamında geciktirici koşula bağlanmış sözleşmeler olarak kabul edilmesi gerekmektedir.<sup>[14]</sup> Bu sayede geciktirici koşul olan eserin tamamlanmasının ardından tasarruf işlemi bir hüküm ifade edecek ve sonuçlarını doğuracaktır.<sup>[15]</sup>

## I. HENÜZ VÜCUDA GETİRİLMEMİŞ VEYA TAMAMLANMAMIŞ ESERLERE DAİR SÖZLEŞMELERİN NİTELİĞİ

Henüz vücuda getirilmemiş veya tamamlanmamış eserlere ilişkin gerçekleştirilen taahhüt sözleşmelerinde eser sahibi henüz vücuda getirmediği ya da tamamlamadığı eser üzerindeki mali hakları veya kullanım yetkisini sözleşmenin karşı tarafına devretmeyi borçlanır. Tasarruf işlemlerinden önce gerçekleştirilmiş olan bu taahhüt sözleşmesi bir ön sözleşme niteliğinde olmayıp aksine asıl borç sözleşmesi niteliğindedir.<sup>[16]</sup>

Tamamlanmış bir esere ilişkin mali hakların veya kullanım yetkisinin devrine ilişkin olarak gerçekleştirilen sözleşmelerin hukuksal nitelikleri, henüz vücuda getirilmemiş veya tamamlanmamış eserlere ilişkin gerçekleştirilecek olan sözleşmelerin hukuksal niteliklerine göre daha açıktır. Bunun nedeni ise henüz vücuda getirilmemiş ya da tamamlanmamış eserler söz konusu olduğunda ortada devredilebilecek bir hak ya da kullanım yetkisinin bulunmuyor olmasıdır.<sup>[17]</sup>

Henüz vücuda getirilmemiş veya tamamlanmamış eserlere ilişkin sözleşmelerde eser sahibinin sadece mali hakların ya da kullanım yetkisinin

[14] Bozbel, "İleride Vücuda Getirilecek Eserler," 45; Aktaş, "Mali Hakların Devrine İlişkin Hukuki İşlemler," 54.

[15] Aktaş, "Mali Hakların Devrine İlişkin Hukuki İşlemler," 54.

[16] Ateş, *Fikri Haklarla İlgili Hukuki İşlemler*, 144; Erel, *Fikir ve Sanat Hukuku*, 296.

[17] Kılıçoğlu, *Fikri Haklar*, 298.

devrini taahhüt etmesi söz konusudur.<sup>[18]</sup> Bu sözleşme doğrultusunda eser sahibinin birinci borcu eseri vücuda getirmek ya da tamamlamak iken bir diğer borcu ise eserini vücuda getirdikten ya da tamamladıktan sonra eser üzerinde mali hakları veya kullanım yetkisini ayrıca bir tasarruf sözleşmesi yaparak taahhüt alana devrini sağlamaktır.<sup>[19]</sup>

Eser sahibinin eseri vücuda getirmekten ya da tamamlamaktan imtina etmesi veya eseri vücuda getirmiş ya da tamamlamış olsa bile taahhüt sözleşmesi kapsamında mali hakların veya kullanım yetkisinin taahhüt alana devredilmemesi durumunda taahhüt alan taahhüdün aynen ifasını talep edilebileceği gibi eserin vücuda getirilmesinde ya da tamamlanmasında doğan gecikmeler nedeniyle borçların temerrüdü ve/veya sözleşmelerin ifasına ilişkin hükümlere başvurulması da mümkündür.<sup>[20]</sup>

Yukarıda da açıklamış olduğumuz üzere tasarruf işlemlerinden önce gerçekleştirilmiş olan taahhüt sözleşmeleri bir ön sözleşme niteliğinde değil asıl borç sözleşmesi niteliğinde olup ilgili sözleşme taraflar arasında imzalandığında borç ilişkisi kurulmuş olacaktır. Ancak taahhüde konu eser tamamlanıncaya kadar taraflar arasında imzalanmış olan sözleşmenin sözleşme türlerinden hangisi kapsamında değerlendirileceği önem arz etmektedir. Bu kapsamda henüz vücuda getirilmemiş veya tamamlanmamış eserlere ilişkin olarak gerçekleştirilmiş olan taahhüt sözleşmeleri niteliklerine göre yayım sözleşmesi, eser sözleşmesi ya da vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilebilir.<sup>[21]</sup>

Eser sahiplerinin vücuda getirmeyi düşündükleri eserler ile ilgili bir yayım sözleşmesi düzenledikleri yani taraflar arasında gerçekleştirilen taahhüt sözleşmesinin yayım sözleşmesi olarak nitelendirildiği durumda söz konusu

---

[18] Nuşin Ayiter, *Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri*, (Ankara: Sevinç Matbaası, 1981), 215; Aktaş, “Mali Hakların Devrine İlişkin Hukuki İşlemler,” 45.

[19] Kumru Kılıçoğlu Yılmaz, “Eser Sahibinin Mali Haklarına İlişkin Hukuksal İşlemler,” *Ankara Barosu FMR* 23, no. 1 (2021): 30-56; Aktaş, “Mali Hakların Devrine İlişkin Hukuki İşlemler,” 68.

[20] Erel, *Fikir ve Sanat Hukuku*, 299; Aktaş, “Mali Hakların Devrine İlişkin Hukuki İşlemler,” 69; Kılıçoğlu Yılmaz, “Eser Sahibinin Mali Hakları,” 48.

[21] Ateş, *Fikri Haklarla İlgili Hukuki İşlemler*, 145.

sözleşme TBK'nin 487-501 arası hükümlere tabi olacaktır.<sup>[22]</sup> Yayım sözleşmesi, bir fikir ve sanat eseri sahibinin veya halefinin, o eseri yayımlanmak üzere yayımcıya bırakmayı, yayımcının da onu çoğaltarak yayımlamayı üstlendiği sözleşmedir.<sup>[23]</sup> Bir diğer deyişle bu sözleşmelerde devri taahhüt edilen hak, eserin yayma hakkıdır.<sup>[24]</sup>

Doktrinde yer alan birtakım görüşlere göre ise henüz vücuda getirilmemiş ya da tamamlanmamış eserlere ilişkin gerçekleştirilen sözleşmelerde yayım sözleşmesine ilişkin hükümler eser sahibinin eseri yaratma borcunu yerine getirmesiyle birlikte uygulanmaya başlayacaktır. Bir diğer deyişle söz konusu yayım sözleşmesi eser nüshasının yayımcıya teslim edilmesiyle birlikte yürürlüğe girecek olup sözleşmenin kurulması aşamasıyla eseri yaratma borcunun ifası arasındaki süreçte yayım sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması mümkün olmayacaktır.<sup>[25]</sup> Bu görüşe göre sözleşmenin kurulması aşamasıyla eseri yaratma borcunun ifası arasındaki süreçte somut olayın özelliklerine göre eser sözleşmesine veya vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması daha doğru olacaktır.<sup>[26]</sup>

Taraflar arasında gerçekleştirilen taahhüt sözleşmesinde eser sahibinin eseri meydana getirme borcuna karşılık karşı tarafça bir ücret ödenmesi kararlaştırılmışsa söz konusu sözleşme eser sözleşmesi olarak nitelendirilecek ve TBK'nin 470 vd. hükümlerine tabi olacaktır.<sup>[27]</sup> Eser sözleşmesi TBK'de de yer alan en temel tanımıyla, taraflardan birinin eser meydana getirip teslim etmeyi, diğer tarafın ise bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği bir sözleşme olarak tanımlanabilir.<sup>[28]</sup> Eser sözleşmesinde yüklenicinin yani eser sahibinin bir eser meydana getirmek ve bu eseri sözleşmenin diğer tarafına

---

[22] Akın Beşiroğlu, *Düşünce Ürünleri Üzerindeki Haklar*, (Ankara: Ankara Patent Bürosu Limited Şirketi Yayınları, 2002), 335.

[23] Kılıçoğlu, *Fikri Haklar*, 319.

[24] Ateş, *Fikri Haklarla İlgili Hukuki İşlemler*, 145.

[25] Beşiroğlu, *Düşünce Ürünleri*, 336.

[26] Kılıçoğlu, *Fikri Haklar*, 300.

[27] Aktaş, "Mali Hakların Devrine İlişkin Hukuki İşlemler," 69.

[28] Fikret Eren, *Borçlar Hukuk Özel Hükümler*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2014), 579.

teslim etmek olmak üzere iki asli yükümlülüğü bulunmaktadır.<sup>[29]</sup> Eser sözleşmesi kapsamında sözleşmenin diğer tarafını oluşturan iş sahibinin asli yükümlülüğü ise meydana getirilen eser karşılığında bedel ödenmesidir.<sup>[30]</sup> Bu niteliği itibariyle eser sözleşmesi iki tarafa da borç yükleyen ivazlı bir sözleşmedir.<sup>[31]</sup>

Taraflar arasında gerçekleştirilen taahhüt sözleşmesinde eser sahibinin eseri meydana getirme borcuna karşılık karşı tarafça bir ücret ödenmesi açıkça kararlaştırılmamışsa söz konusu sözleşme vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilecek ve TBK'nin 502 vd. hükümlerine tabi olacaktır. Vekâlet sözleşmesi, taraflardan birinin diğer tarafın yararına ve iradesine uygun olarak bir iş görme borcunu, eser sözleşmesinden farklı olarak bir zaman kaydına bağlı olmaksızın ve nispeten bağımsız olarak üstlendiği fakat sonuç rizikosunu üstlenmediği, buna karşılık diğer tarafın belli bir ücret ödeme zorunluluğunun bulunmadığı sözleşme olarak tanımlanabilir.<sup>[32]</sup> TBK'nin 502. maddesinin 3. fıkrasında yer alan düzenlemeye göre “*Sözleşme veya teamül varsa vekil, ücrete hak kazanır.*” hükmü uyarınca eser sözleşmelerinde olduğu gibi taraflardan birinin gerçekleştirdiği edim karşılığında ücrete hak kazanması zorunlu bir unsur olmamakla birlikte günümüzde vekâlet sözleşmeleri içerisinde genellikle vekâlet verenin vekilin borçlandığı iş görme borcu karşısında bir ücret ödeme borcu yüklendiği göz önünde bulundurulduğunda tıpkı eser sözleşmelerinde olduğu gibi iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme haline geldiği görülmektedir.<sup>[33]</sup> Bunun yanında her ne kadar vekâlet sözleşmesinin ilke olarak ivazsız bir sözleşme olduğu kabul edilse de vekâlet verenin vekilin borçlandığı iş görme borcu karşısında bir

---

[29] Fahrettin Aral, Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2015) 369.

[30] Aral, Ayrancı, *Özel Borç İlişkileri*, 414.

[31] Eren, *Borçlar Hukuk Özel Hükümler*, 580.

[32] Zekeriya Kürşat, “Eser ve Vekalet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükmü,” *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 67, no. 1-2, (2009):143-166.

[33] Eren, *Borçlar Hukuk Özel Hükümler*, 699.

ücret ödeme borcu yüklendiği göz önünde bulundurulduğunda vekâlet sözleşmesinin ivazlı bir sözleşme haline geldiği de ortadadır.<sup>[34]</sup>

Bu noktada henüz vücuda getirilmemiş veya tamamlanmamış eserlere ilişkin taahhüt sözleşmelerinin niteliğinin belirlenmesi için her somut olayın özelliğine göre değerlendirme yapılması gerekmektedir.<sup>[35]</sup> Örneğin bir yazarın henüz vücuda getirmedeği ya da tamamlamadığı bir edebiyat eserine ilişkin olarak bu eserin çoğaltma ve yayma hakkını bir yayınevine devretmeyi taahhüt ettiği bir sözleşme yayım sözleşmesi olarak nitelendirilecekken, sözleşmenin konusunu bir mimari eserin meydana getirilmesi oluşturduğu durumda söz konusu sözleşme eser karşılığında bir ücret ödenmesinin kararlaştırılıp kararlaştırılmamasına göre eser sözleşmesi veya vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilebilecektir.

## II. HENÜZ VÜCUDA GETİRİLMEMİŞ VEYA TAMAMLANMAMIŞ ESERLERE DAİR SÖZLEŞMELERİN KAPSAMI

Henüz vücuda getirilmemiş veya tamamlanmamış eserler üzerindeki mali hakların veya kullanım yetkisinin devrine ilişkin gerçekleştirilen taahhütlerin konusunu tek bir eser oluşturabileceği gibi eser sahibinin meydana getirmeyi planladığı çok sayıda eser, aynı veya farklı türden tüm eserler oluşturabilir.<sup>[36]</sup> Aynı zamanda söz konusu sözleşmede henüz vücuda getirilmemiş veya tamamlanmamış eserler üzerindeki bir veya birden fazla mali hakkın ve kullanım yetkisinin devri de taahhüt edilebilir.<sup>[37]</sup> Kısacası FSEK’te taahhüt sözleşmesinin kapsamı bakımından bir sınırlama öngörülmemiştir.<sup>[38]</sup>

FSEK’te taahhüt sözleşmesinin kapsamı bakımından bir sınırlama öngörülmemiş olsa da henüz vücuda getirilmemiş ya da tamamlanmamış eserler

[34] Eren, *Borçlar Hukuk Özel Hükümler*, 700.

[35] Ateş, *Fikri Haklarla İlgili Hukuki İşlemler*, 145.

[36] Ayiter, *Fikir ve Sanat Ürünleri*, 215; Suluk ve Orhan, *Uygulamalı Fikri Mülkiyet II*, 607; Ateş, *Fikri Haklarla İlgili Hukuki İşlemler*, 146; Erel, *Fikir ve Sanat Hukuku*, 297; Tekinalp, *Fikir ve Sanat Eserleri*, 236.

[37] Engin Erdil, *Fikri Mülkiyet Hukuku Ders Kitabı*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016), 93; Yavuz, Alıca ve Merdivan, *FSEK Yorumu*, 1610.

[38] Ateş, *Fikri Haklarla İlgili Hukuki İşlemler*, 146.



üzerindeki mali hakların veya kullanım yetkisinin devrine ilişkin taahhütlerin çok geniş bir kapsama veya uzun vadeye yayılması durumunda eser sahibinin kişilik hakları ihlal edilebilir.<sup>[39]</sup> Örneğin, bir yazarın taahhüt sözleşmesiyle ömrünün sonuna kadar yazacağı tüm kitaplar üzerindeki haklarını tek bir yayınevine devredileceğine ilişkin olarak gerçekleştirilmiş olan taahhüt eser sahibinin sözleşmenin tarafını seçme özgürlüğünü aşırı derece kısıtlayacağından 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu(TMK)'nun 23. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen kişilik hakkına aykırılık taşıyacaktır.

Eser sahibinin sözleşme özgürlüğünü kısıtlayan ve kişilik haklarına aykırılık teşkil eden bu tarz sözleşmeler TBK'nın 27. maddesi kapsamında kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacaktır.<sup>[40]</sup> Ancak doktrindeki birtakım görüşlere göre FSEK'in 51. maddesinin 2. fıkrasında yer alan hüküm gereğince bu tür sözleşmelerin feshi mümkün olduğundan kişilik haklarına aykırılık nedeniyle geçersiz sayılmaması gerekmektedir.<sup>[41]</sup>

Henüz vücuda getirilmemiş ya da tamamlanmamış eserler üzerindeki mali hakların veya kullanım yetkisinin devrini taahhüt eden sözleşmelerle ilgili değinmek istediğimiz bir diğer husus ise söz konusu sözleşmenin imzalandığı tarihteki mevzuatın öngördüğü kapsam ve içerikle sınırlı olacağı hususudur.<sup>[42]</sup> Bir örnekle açıklanması gerekirse; bir yazar ve yayınevi arasında gerçekleştirilen ve yazarın bundan sonra yazdığı tüm eserlerin yayım hakkını yayınevine devreden taahhüt sözleşmesinin ardından ancak sözleşme kapsamında eser sahibinin yüklenmiş olduğu ifa borcu yerine getirilmeden önce mevzuatta değişiklikler gerçekleştirilmesi durumunda söz konusu sözleşmeye ifa tarihinde yani yazarın eserini tamamlayarak yayınevine devretmeye hazır hale getirdiği tarihteki mevzuat değil, sözleşmenin kurulduğu tarihte mevcut olan mevzuat uygulanacaktır.

Bu kapsamda değinmek istediğimiz son husus ise FSEK'in 52. maddesinde yer alan “*Mali haklara dair sözleşme ve tasarrufların yazılı olması ve*

[39] Ayiter, *Fikir ve Sanat Ürünleri*, 215; Erel, *Fikir ve Sanat Hukuku*, 297; Erdil, *Fikri Mülkiyet*, 93.

[40] Ateş, *Fikri Haklarla İlgili Hukuki İşlemler*, 146.

[41] Erel, *Fikir ve Sanat Hukuku*, 297; Erdil, *Fikri Mülkiyet*, 93; Ateş, *Fikri Haklarla İlgili Hukuki İşlemler*, 146.

[42] Ateş, *Fikri Haklarla İlgili Hukuki İşlemler*, 145; Erel, *Fikir ve Sanat Hukuku*, 296.

*konuları olan hakların ayrı ayrı gösterilmesi şarttır.” hükmü gereğince henüz vücuda getirilmemiş veya tamamlanmamış eserlere ilişkin taahhüt sözleşmelerinin de geçerli olabilmesi için yazılı bir şekilde yapılması ve taahhüde konu edilen mali hak ve/veya kullanım yetkilerinin ayrı ayrı gösterilmesi gerektiği hususudur.<sup>[43]</sup> Tıpkı mali hakların devrine ilişkin sözleşmelerde olduğu gibi taahhüt sözleşmelerinin de yazılı şekilde yapılmaması ya da sözleşmeye konu mali hakların ve/veya kullanım yetkilerinin sözleşmede ayrı ayrı gösterilmemesi durumunda şekle aykırı bu sözleşmeler geçersiz olacaktır.<sup>[44]</sup>*

### III. HENÜZ VÜCUDA GETİRİLMEMİŞ VEYA TAMAMLANMAMIŞ ESERLERE DAİR SÖZLEŞMELERİN SONA ERMESİ

Henüz vücuda getirilmemiş veya tamamlanmamış eserlere dair imzalanmış olan sözleşmeler bakımından da tıpkı eser sözleşmelerinde, yayın sözleşmelerinde ve vekâlet sözleşmelerinde olduğu gibi sözleşmenin kendiliğinden sona ermesi sonucunu doğuran bazı nedenlere yer verilmiştir. Aynı zamanda belirli koşulların sağlanması durumunda tarafların da sözleşmeyi feshedebilmelerine imkan tanınmıştır. Bu kapsamda işbu çalışmamızda henüz vücuda getirilmemiş veya tamamlanmamış eserlere dair sözleşmelerin feshi müessesesine ve sözleşmenin kendiliğinden sona ermesi sonucunu doğuran müesseselerin ayrıntılı olarak açıklanması yoluna gidilmiştir.

#### A) HENÜZ VÜCUDA GETİRİLMEMİŞ VEYA TAMAMLANMAMIŞ ESERLERE DAİR SÖZLEŞMELERİN FESHİ

FSEK'in 50. maddesinin 2. fıkrasında “*Eser sahibinin ileride vücuda getireceği eserlerin bütününe veya muayyen bir nevi'ine taallük eden bu kabil taahhütleri taraflardan her biri, ihbar tarihinden bir yıl sonra hüküm ifade etmek üzere feshedebilir.*” hükmüne yer vererek kanun koyucu sözleşmenin her iki tarafını da ileriye yönelik böyle bir taahhütle uzun süre bağlı kalınacak olmasından doğan belirsizlikten korumayı ve taraflara bu

[43] Aktaş, “Mali Hakların Devrine İlişkin Hukuki İşlemler,” 670; Yavuz, Alıcı ve Merdivan, *FSEK Yorumu*, 1618.

[44] Tekinalp, *Fikir ve Sanat Eserleri*, 236; Kılıçoğlu Yılmaz, “Eser Sahibinin Mali Hakları,” 49.

sözleşmeyi belirli koşullar çerçevesinde feshetme imkanı tanımayı amaçlamıştır.<sup>[45]</sup> Bahse konu hükümde her ne kadar “*fesih*” olarak ifade edilmiş olsa da doktrinde yer alan birtakım görüşlere göre bu müessesinin “*dönme*” olarak kabul edilmesi gerekmektedir.<sup>[46]</sup>

Bahse konu düzenleme FSEK’in 50. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiş olduğu bir diğer deyişle kanunda yer alan açık bir hükme dayandığı için “*kanuni fesih*” olarak tanımlanabilir.<sup>[47]</sup> Fesih hakkına ilişkin hükümler Kanun’da yer alan açık bir hükme dayandığından ve emredici nitelikte olduğundan sözleşme ile bertaraf edilebilmesi de mümkün değildir.<sup>[48]</sup> Taraflar sözleşmeyle Kanun’da öngörülen 1 yıllık fesih ihbar süresini kısaltabilirler ancak fesih ihbar bildirim süresini uzatamazlar.<sup>[49]</sup> Sözleşmenin FSEK’in 50. maddesinin 2. fıkrası uyarınca feshedilmesi durumunda fesih sözleşmenin imzalandığı tarihten sonraki bir yıl sonra -ya da tarafların belirlediği süre sonunda- hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır.<sup>[50]</sup>

Kanuni fesih hakkının kullanılabilmesi için taahhüt sözleşmesinin, eser sahibinin ileride vücuda getireceği eserlerin tamamına ya da büyük bir kısmına ilişkin olarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir.<sup>[51]</sup> Yani bir diğer deyişle eser sahibinin ileride vücuda getireceği eserlerden spesifik olarak sadece bir veya birkaç tanesine yönelik olarak gerçekleştirilmiş olan taahhüt

---

[45] Ayiter, *Fikir ve Sanat Ürünleri*, 215; Kılıçoğlu, *Fikri Haklar*, 298; Tekinalp, *Fikir ve Sanat Eserleri*, 237.

[46] Kılıçoğlu Yılmaz, “Eser Sahibinin Mali Hakları,” 51.

[47] Ateş, *Fikri Haklarla İlgili Hukuki İşlemler*, 147.

[48] Suluk ve Orhan, *Uygulamalı Fikri Mülkiyet II*, 608; Tekinalp, *Fikir ve Sanat Eserleri*, 237; Ateş, *Fikri Haklarla İlgili Hukuki İşlemler*, 147.

[49] Yavuz, Alıca ve Merdivan, *FSEK Yorumu*, 1612; Suluk ve Orhan, *Uygulamalı Fikri Mülkiyet II*, 608; Tekinalp, *Fikir ve Sanat Eserleri*, 237.

[50] Erdil, *Fikri Mülkiyet*, 93; Ayiter, *Fikir ve Sanat Ürünleri*, 215; Tekinalp, *Fikir ve Sanat Eserleri*, 237; Suluk ve Orhan, 608; Ateş, *Fikri Haklarla İlgili Hukuki İşlemler*, 148.

[51] Yavuz, Alıca ve Merdivan, *FSEK Yorumu*, 1611.

sözleşmesine kanuni feshe ilişkin hükümler uygulanamaz.<sup>[52]</sup> Bunun nedeni ise eser sahibinin ileride vücuda getireceği bir veya birkaç esere ilişkin gerçekleştirilmiş olan taahhütlerin ne eser sahibi ne karşı taraf için sözleşme serbestini sınırlamıyor olmasıdır.<sup>[53]</sup> Ancak bu düzenlemenin sözleşmenin eser sahibinin ileride vücuda getireceği eserlerden spesifik olarak sadece bir veya birkaç tanesine ilişkin olarak gerçekleştirilmesi durumunda tarafların haklı nedenlerin varlığı halinde fesih iradelerini kullanabilmelerinin mümkün olup olmadığı noktasında boşluk yarattığı kanaatindeyiz.

En temel tanımıyla fesih tek taraflı bir irade beyanıyla taraflar arasındaki borç ilişkilerini geleceğe etkili olarak sona erdiren bir hukuki müessesedir.<sup>[54]</sup> Bir diğer ifadeyle feshin sonuç doğurabilmesi için karşı tarafın feshe onay göstermesine gerek bulunmamakta aksine fesih iradesi karşı tarafa ulaşmasıyla birlikte sonuç doğurmaktadır. FSEK'in 50. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen fesih hakkı herhangi bir sebep göstermeksizin her iki tarafça da feshedilebilir.<sup>[55]</sup> Ancak doktrinadaki birtakım görüşlere göre FSEK'in 50. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen fesih hakkının sadece eser sahibine tanınması gerekmektedir.<sup>[56]</sup> Bunun nedeni olarak ise sözleşmenin feshi nedeniyle eser sahibinin uğrayacağı zararın sözleşmenin karşı tarafının uğrayacağı zarardan çok daha fazla olması gösterilmektedir.<sup>[57]</sup>

Bu kapsamda henüz vücuda getirilmemiş veya tamamlanmamış eserlere ilişkin gerçekleştirilen taahhüt sözleşmelerinin feshi ile ilgili değinmek istediğimiz son husus ise fesih yetkisinin herhangi bir şarta tabi kılınmayacağı<sup>[58]</sup> ya da sözleşmede bu yetkinin kullanılmasını zorlaştıracak hükümlere yer

---

[52] Tekinalp, *Fikir ve Sanat Eserleri*, 237; Erel, *Fikir ve Sanat Hukuku*, 299; Suluk ve Orhan, *Uygulamalı Fikri Mülkiyet II*, 608.

[53] Yavuz, Alica ve Merdivan, *FSEK Yorumu*, 1611; Erel, *Fikir ve Sanat Hukuku*, 299.

[54] Ateş, *Fikri Haklarla İlgili Hukuki İşlemler*, 147.

[55] Aktaş, "Mali Hakların Devrine İlişkin Hukuki İşlemler," 82.

[56] Erel, *Fikir ve Sanat Hukuku*, 297.

[57] Erel, *Fikir ve Sanat Hukuku*, 297.

[58] Yavuz, Alica ve Merdivan, *FSEK Yorumu*, 1612; Erel, *Fikir ve Sanat Hukuku*, 297.

verilemeyeceği hususudur.<sup>[59]</sup> Bir örnekle açıklamak gerekirse henüz mevcut olmayan veya tamamlanmamış eserlere ilişkin olarak gerçekleştirilen taahhüt sözleşmelerinde sözleşmenin feshedilmesi durumunda tarafların tazminat ödeyeceği ya da cezai bir şartın yerine getirileceği yönünde bir düzenlemeye yer verilmesi caiz değildir.<sup>[60]</sup> Bunun nedeni ise tarafların özellikle de eser sahibinin fikri yaratıcılığıyla ifayı gerçekleştirebileceği böyle bir taahhüt altına hiçbir şekilde baskı altında hissetmeden girebilmesini veya gerekiyorsa ondan cayabilmesinin garanti altına alınması gerekliliğidir.<sup>[61]</sup>

### **B) HENÜZ VÜCUDA GETİRİLMEMİŞ VEYA TAMAMLANMAMIŞ ESERLERE DAİR SÖZLEŞMELERİN KENDİLİĞİNDEN SONA ERMESİ**

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 50. maddesinin 3. fıkrasında “*Eser tamamlanmadan önce, eser sahibi ölür veya tamamlama kabiliyetini zayı eder, yahut kusuru olmaksızın eserin tamamlanması imkansız hale gelirse zikri geçen taahhütler kendiliğinden münfesh olur. Diğer tarafın iflas etmesi veya sözleşme uyarınca devraldığı mali hakları kullanmaktan aciz duruma düşmesi yahut kusuru olmaksızın kullanmanın imkansız hale gelmesi hallerinde de aynı hüküm caridir.*” şeklinde hüküm tesis edilerek taraflar arasında gerçekleştirilen taahhüt sözleşmelerinin tek taraflı irade beyanıyla feshi müessesenin yanında kendiliğinden hüküm ifade edecek bazı sona erme sebeplerine de yer verilmiştir. Kanun'un 50. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen sona erme sebeplerinin TBK'nin 500. Maddesinde düzenlenen yayım sözleşmesine ilişkin sona erme sebepleriyle büyük ölçüde benzerlik gösterdiği görülmektedir.<sup>[62]</sup>

Taraflar arasında gerçekleştirilen ve eser sahibinin ileride vücuda getireceği eserlerden spesifik olarak sadece bir veya birkaç tanesine yönelik olarak gerçekleştirilmiş taahhüt sözleşmelerinde sözleşmenin feshine ilişkin hükümlerin uygulanması mümkün olmadığı kabul edilirken sözleşmenin

[59] Suluk ve Orhan, *Uygulamalı Fikri Mülkiyet II*, 608; Ayiter, 215; Erel, *Fikir ve Sanat Hukuku*, 297.

[60] Ayiter, *Fikir ve Sanat Ürünleri*, 215; Yavuz, Alıca ve Merdivan, *FSEK Yorumu*, 1612; Erel, *Fikir ve Sanat Hukuku*, 297.

[61] Erel, *Fikir ve Sanat Hukuku*, 297.

[62] Ateş, *Fikri Haklarla İlgili Hukuki İşlemler*, 151; Erel, *Fikir ve Sanat Hukuku*, 298.

kendiliğinden sona ermesine ilişkin hükümlerin bu sözleşmelere uygulanması mümkündür.<sup>[63]</sup>

Taahhüt sözleşmesinin kendiliğinden sona erme sebepleri eser sahibinden kaynaklanan sebepler ve taahhüt alandan kaynaklanan sebepler olarak iki başlık altında incelenebilir. Bu kapsamda taahhüde konu edilen eser tamamlanmadan eser sahibi ölürse, eseri tamamlama kabiliyetini yitirirse, kusuru olmaksızın eseri tamamlaması imkansız hale gelirse ya da taahhüt alan iflas ederse, sözleşme uyarınca devraldığı mali hakları kullanmaktan aciz duruma düşerse, kusuru olmaksızın sözleşme uyarınca devraldığı mali hakları kullanması imkansız hale gelirse taahhüt sözleşmesi eser sahibinin ya da taahhüt alanın fesih ihbarı gibi bir irade beyanında bulunması gerekmektedir kendiliğinden sona erer.<sup>[64]</sup>

Eser sahibinden kaynaklanan sona erme sebeplerinden ilki eser sahibinin ölümüdür. Bir eserin vücuda getirilmesi taahhüdü her ne kadar sözleşmenin diğer tarafı için bir alacak niteliğinde olsa da eser sahibi bakımından eseri meydana getirme borcu eser sahibinin kişiliğine bağlı bir borç niteliği taşımaktadır ve eser sahibinin ölümüyle birlikte bu borç kendiliğinden sona erer.<sup>[65]</sup> Eser sahibinin ölümüyle birlikte söz konusu borç eser sahibinin mirasçılara intikal etmeyeceği gibi eser sahibinin ölmeden önce başladığı ancak tamamlayamadığı eserlerin de mirasçılar tarafından tamamlanması talep edilemez.<sup>[66]</sup>

Eser sahibinden kaynaklanan sona erme sebeplerinden bir diğeri ise eser sahibinin eseri tamamlama kabiliyetini yitirmesidir. Eser sahibinin eseri tamamlama yeteneğini yitirmesi bir ressamın eline ampütasyon uygulanması gibi fiziksel bir nedenden kaynaklanabileceği gibi bir yazarın akıl hastalığına yakalanması gibi mental bir sebepten de kaynaklanabilir. Burada eser sahibinin kusurlu olup olmadığı önem taşımamakta olup sözleşmenin kendiliğinden sona erdiğinin kabulü için taahhütte bulunan eser sahibinin

---

[63] Ayiter, *Fikir ve Sanat Ürünleri*, 216; Tekinalp, *Fikir ve Sanat Eserleri*, 237; Erel, *Fikir ve Sanat Hukuku*, 299.

[64] Tekinalp, *Fikir ve Sanat Eserleri*, 237; Ateş, *Fikri Haklarla İlgili Hukuki İşlemler*, 154.

[65] Ateş, *Fikri Haklarla İlgili Hukuki İşlemler*, 152.

[66] Ateş, *Fikri Haklarla İlgili Hukuki İşlemler*, 152.

sözleşmesinin yapıldığı anda eseri tamamlama kabiliyetine sahipken sonradan bu kabiliyeti yitirmesi gerekir.<sup>[67]</sup> Aksi bir durumda yani eser sahibinin eseri tamamlama kabiliyetini sözleşmenin kurulduğu tarihte haiz olmaması durumunda sözleşme başlangıçtaki imkânsızlık nedeniyle kesin olarak hükümsüz olacaktır.<sup>[68]</sup>

Eser sahibinden kaynaklanan sonuncu sona erme sebebi ise eser sahibinin kusuru olmaksızın eseri tamamlamasının imkânsız hale gelmesidir. Eserin tamamlamasının imkansız hale gelmesi eser sahibinin eseri tamamlama yeteneğini yitirmesinden farklı olarak eser sahibinin dışında deprem, yangın vb. harici sebeplerden kaynaklanmaktadır.<sup>[69]</sup> Bu imkansızlık TBK'nin 112. maddesi uyarınca kusursuz imkansızlık olup eser sahibinin bu imkansızlığın meydana gelmesinde herhangi bir kusurunun bulunmaması gerekmektedir.<sup>[70]</sup> Aksi halde eser sahibi TBK'nin 112. Maddesi gereğince bu imkansızlığa sebep olması nedeniyle sözleşmenin diğer tarafının zararını karşılamakla yükümlü tutulabilecektir.<sup>[71]</sup>

Taahhüt alandan kaynaklanan sona erme sebepleri ise taahhüt alanın iflası, sözleşmeden doğacak olan hakları kullanmaktan acze düşmesi ya da bu hakları kullanmasının imkânsız hale gelmesidir. Taahhüt alandan kaynaklanan sona erme sebeplerinden ilki taahhüt alanın iflas etmesidir. Kanun koyucu taahhüt alanın iflası durumunda taahhüt sözleşmesinde öngörülen borçlarını hiç ya da gereği gibi yerine getiremeyeceğini öngörerek sözleşmenin bir bütün halinde kendiliğinden sona ereceğini hükme bağlamıştır.<sup>[72]</sup> Burada önemli olan husus taahhüt alanın iflasıdır yani külli icradır. Taahhüt alana karşı gerçekleştirilmiş olan cüzi icra işlemleri sözleşmenin kendiliğinden sona ermesi sonucunu doğurmayacaktır.<sup>[73]</sup> Bu sona erme sebebine ilişkin

---

[67] Ateş, *Fikri Haklarla İlgili Hukuki İşlemler*, 152.

[68] Ateş, *Fikri Haklarla İlgili Hukuki İşlemler*, 153.

[69] Ateş, *Fikri Haklarla İlgili Hukuki İşlemler*, 154.

[70] Ayiter, *Fikir ve Sanat Ürünleri*, 216.

[71] Aktaş, "Mali Hakların Devrine İlişkin Hukuki İşlemler," 81; Ateş, *Fikri Haklarla İlgili Hukuki İşlemler*, 155.

[72] Ateş, *Fikri Haklarla İlgili Hukuki İşlemler*, 157.

[73] Ateş, *Fikri Haklarla İlgili Hukuki İşlemler*, 156.

olarak doktrinde yer alan bir görüşe göre ise karşı tarafın iflası halinde sözleşmenin kendiliğinden sone ermiş sayılması yerine 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 198. maddesi uyarınca iflas idaresinin bahse konu taahhüdün aynen ifasını üstlenmesinin sağlanması ya da TBK'nin 500/2 maddesinin kıyasen uygulanması daha yerinde olacaktır.<sup>[74]</sup>

Taahhüt alandan kaynaklanan sona erme sebeplerinden bir diğeri ise taahhüt alanın sözleşmede öngörülen mali hakları ya da kullanım yetkilerini kullanmaktan aciz duruma düşmesidir. Doktrindeki bazı görüşlere göre taahhüt alanın sözleşmeden doğacak olan hakları kullanmaktan acze düşmesinden anlaşılması gereken mali veya ekonomik güçsüzlük değil, taahhüt alanın fiil ehliyetinin kısıtlanmasıdır.<sup>[75]</sup> Diğer görüşlere göre ise karşı tarafın taahhüdünü ifa edebilmesi için eser sahibinde olduğu gibi şahsi özelliklerinin bir önemi olmayacağından fiil ehliyeti kısıtlanmış olsa bile taahhüdün yasal temsilcisi ile ifası mümkün olacağından sözleşmenin kendiliğinden sone ermiş sayılmaması gerekmektedir.<sup>[76]</sup>

Taahhüt alandan kaynaklanan sona erme sebeplerinden sonuncusu ise taahhüt alanın sözleşmede öngörülen mali hakları ya da kullanım yetkilerini kullanmasının imkânsız hale gelmesidir. Burada da tıpkı eser sahibinin eseri tamamlamasının imkânsız hale gelmesinde olduğu gibi taahhüt alanın kusurlu olup olmadığı hususu değerlendirilir. Yani bir diğer deyişle taahhüt alanın hakların kullanılmasının imkânsız hale gelmesinde kusurunun bulunmaması gerekmektedir.<sup>[77]</sup>

---

[74] Erel, *Fikir ve Sanat Hukuku*, 298.

[75] Yavuz, Alıca ve Merdivan, *FSEK Yorumu*, 1620.

[76] Erel, *Fikir ve Sanat Hukuku*, 298.

[77] Ateş, *Fikri Haklarla İlgili Hukuki İşlemler*, 161.



## SONUÇ

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK)'nin 48. maddesinin 3. fıkrasında ve 50. maddesinin 1. fıkrasında yer alan düzenlemelere göre henüz vücuda getirilmemiş veya tamamlanmamış eserler üzerindeki mali hakların veya kullanım yetkisinin devrine ilişkin olarak tasarruf işlemlerinin gerçekleştirilmesi mümkün değilken taahhüt işlemlerinin gerçekleştirilmesi mümkündür. Henüz vücuda getirilmemiş veya tamamlanmamış eserlere ilişkin olarak gerçekleştirilen taahhüt işlemleri kapsamında eser sahibi temel iki borç altına girmektedir. Eser sahibinin ilk borcu taraflar arasında taahhüt işlemine konu olan eserin meydana getirilmesi veya tamamlanmasıyla ilgili olarak ikinci borcu ise bu eser meydana getirildikten veya tamamlandıktan sonra eserin taahhüdü altına devrinin sağlanmasıdır. Bu niteliği itibarıyla henüz vücuda getirilmemiş veya tamamlanmamış eserlere ilişkin gerçekleştirilecek olan sözleşmelerin hukuksal nitelikleri tamamlanmış bir esere ilişkin mali hakların veya kullanım yetkisinin devrine ilişkin olarak gerçekleştirilen sözleşmelerin hukuksal nitelikleri kadar açık değildir. Bu nedenle henüz vücuda getirilmemiş ya da tamamlanmamış eserlere ilişkin taahhüt sözleşmelerinin niteliğinin belirlenmesi için her somut olayın özelliğine göre değerlendirme yapılması gerekmekte olup bu değerlendirmeler neticesinde sözleşmelerin yayım sözleşmesi, eser sözleşmesi veya vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi mümkün olacaktır.

Henüz vücuda getirilmemiş veya tamamlanmamış eserler üzerindeki taahhütlerin konusunu tek bir eser oluşturabileceği gibi eser sahibinin meydana getirmeyi planladığı çok sayıda eser, aynı veya farklı türden tüm eserler oluşturabilir. Bu kapsamda her ne kadar henüz vücuda getirilmemiş veya tamamlanmamış eserler üzerindeki mali hakların veya kullanım yetkisinin devrine ilişkin taahhütlerin çok geniş bir kapsama veya uzun vadeye yayılması durumunda eser sahibinin kişilik hakları ihlal edilebileceği kabul edilmiş olsa da bizim de katıldığımız doktrindeki görüşlere göre FSEK'in 51. maddesinin 2. fıkrasında yer alan hüküm gereğince bu tür sözleşmelerin feshi mümkün olduğundan kişilik haklarına aykırılık nedeniyle geçersiz sayılmamaları gerekmektedir.

Bunun yanında tekrar belirtmek isteriz ki tamamlanmış bir eserin mali haklarının devrine veya kullanım haklarının devrine ilişkin sözleşmelerde olduğu gibi henüz vücuda getirilmemiş veya tamamlanmamış eserlere ilişkin taahhüt sözleşmelerinin de geçerli olabilmesi için yazılı bir şekilde yapılması

ve taahhüde konu edilen mali hak ve/veya kullanım yetkilerinin ayrı ayrı gösterilmesi gerekmektedir.

Henüz vücuda getirilmemiş veya tamamlanmamış eserlere dair imzalanmış olan sözleşmeler bakımından da tıpkı eser sözleşmesi, yayın sözleşmesi, vekâlet sözleşmesi gibi sözleşmelerde olduğu gibi tarafların da sözleşmeyi feshedebilmelerine imkan tanınmış sözleşmenin kendiliğinden sona ermesi sonucunu doğuran bazı nedenlere yer verilmiştir. Ancak henüz vücuda getirilmemiş veya tamamlanmamış eserlere dair imzalanmış olan sözleşmeler bakımından kanundan doğan fesih hakkının kullanılabilmesi için taahhüt sözleşmesinin, eser sahibinin ileride vücuda getireceği eserlerin tamamına ya da büyük bir kısmına ilişkin olarak gerçekleştirilmesi gerekmekte olup eser sahibinin ileride vücuda getireceği eserlerden spesifik olarak sadece bir veya birkaç tanesine yönelik olarak gerçekleştirilmiş olan taahhüt sözleşmesine ilişkin olarak kanundan doğan fesih hakkının kullanılması mümkün değildir.

Taahhüt sözleşmesinin kendiliğinden sona erme sebepleri ise eser sahibinden kaynaklanan sebepler ve taahhüt alandan kaynaklanan sebepler olmak üzere eser sahibinin ölümü, eser sahibinin eseri tamamlama kabiliyetini yitirmesi ve eser sahibinin kusuru olmaksızın eseri tamamlaması imkansız hale gelmesi ya da taahhüt alanın iflası, taahhüt alanın sözleşme uyarınca devraldığı mali hakları kullanmaktan aciz duruma düşmesi ve taahhüt alanın kusuru olmaksızın sözleşme uyarınca devraldığı mali hakları kullanmasının imkansız hale gelmesi olarak sayılabilir. Henüz vücuda getirilmemiş veya tamamlanmamış eserlere ilişkin olarak gerçekleştirilmiş olan taahhüt sözleşmelerinin kanuni feshi müessesesine başvurulabilmesi için taahhüt sözleşmesinin, eser sahibinin ileride vücuda getireceği eserlerin tamamına ya da büyük bir kısmına ilişkin olarak gerçekleştirilmesi gerekmekte iken sözleşmenin kendiliğinden sona ermesine ilişkin hükümlerin uygulanması noktasında böyle bir koşul aranmamıştır.

Taraflar arasında gerçekleştirilen ve eser sahibinin ileride vücuda getireceği eserlerin tamamına ya da büyük bir kısmına ilişkin olarak ya da spesifik olarak sadece bir veya birkaç tanesine ilişkin olarak gerçekleştirilmiş taahhüt sözleşmelerinde kanunda yer verilen sebeplerden birinin meydana gelmesi durumunda sözleşme kendiliğinden sona ermiş kabul edilir. Kanuni fesih müessesesinin ise sözleşmenin sadece eser sahibinin ileride vücuda getireceği eserlerin tamamına ya da büyük bir kısmına ilişkin olarak gerçekleştirilmesi halinde uygulama alanı bulabileceği yönündeki düzenlemenin sözleşmenin

eser sahibinin ileride vücuda getireceği eserlerden spesifik olarak sadece bir veya birkaç tanesine ilişkin olarak gerçekleştirilmesi durumunda tarafların haklı nedenlerin varlığı halinde fesih iradelerini kullanabilmelerinin mümkün olup olmadığı noktasında boşluk yarattığı kanaatindeyiz.

## KAYNAKÇA

- Aktaş, Gizem. “Eser Sahibinin Mali Haklarının Devrine İlişkin Hukuki İşlemler.” Yüksek Lisans Tezi, Ufuk Üniversitesi, Ankara, 2021.
- Aral, Fahrettin ve Hasan Ayrancı. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2015.
- Ateş, Mustafa. *Fikri Haklarla İlgili Hukuki İşlemler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Ayiter, Nuşin. *Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1981.
- Beşiroğlu, Akın. *Düşünce Ürünleri Üzerindeki Haklar*. Ankara: Ankara Patent Bürosu Limited Şirketi Yayınları, 2002.
- Bozbel, Savaş. “FSEK’e Göre İleride Vücuda Getirilecek Eserlerle İlgili Yapılan Sözleşmelerin İfası ve Sonuçları Hakkında Sinema Sektörü Bazlı Düşünceler.” *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Dergisi*, no. 1 (2015): 35-46.
- Erdil, Engin. *Fikri Mülkiyet Hukuku Ders Kitabı*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016.
- Erel, Şafak N. *Türk Fikir ve Sanat Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2009.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Kitabevi, 2016.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuk Özel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2014.
- Kılıçoğlu, Ahmet. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2013.
- Kılıçoğlu, Ahmet. *Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2020.
- Kılıçoğlu Yılmaz, Kumru. “Eser Sahibinin Mali Haklarına İlişkin Hukuksal İşlemler.” *Ankara Barosu FMR* 23, no. 1 (2021): 30-56.
- Kürşat, Zekeriya. “Eser ve Vekalet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükümü.” İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 67, no. 1-2, (2009): 143-166.

Suluk, Cahit ve Ali Orhan. *Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku II*. İstanbul: Arıkan Basım, 2005.

Suluk, Cahit, Rauf Karasu ve Temel Nal. *Fikri Mülkiyet Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.

Tekinalp, Ünal. *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*. İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012.

Yavuz, Levent, Türkay Alica ve Fethi Merdivan. *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014.



# Uluslararası Eşya Taşımalarında Taşıma Belgeleri

Bilal ÖZEL\*

---

\* Dr. Öğr. Üyesi. Mersin Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.  
[bilalozel@mersin.edu.tr](mailto:bilalozel@mersin.edu.tr) **ORCID:** 0000-0001-8997-8571.

## ULUSLARARASI EŞYA TAŞIMALARINDA TAŞIMA BELGELERİ

### ÖZ

Taşıma belgeleri, uluslararası eşya taşımalarında önemli bir yere sahiptir. Bu belgeler, taşıma sözleşmesinin içeriğini ve şartlarını belgelemenin yanı sıra, eşyanın teslim alındığına dair makbuz oluşturmak, hak ve yükümlülükleri belirlemek, mülkiyet devrini sağlamak ve uyuşmazlıklarda ispat aracı olarak kullanılmak gibi önemli işlevler görür. Taşıma belgelerinin doğru ve eksiksiz bir şekilde düzenlenmesi, taşıma faaliyetinin sorunsuz bir şekilde yürütülmesi için büyük önem taşımaktadır. Bu çalışmada, her bir taşıma modu açısından düzenlenen taşıma belgelerine genel bir bakış sunulacaktır.

#### Anahtar Kelimeler:

taşıma belgesi

taşıma sözleşmesi

konişmento

uluslararası taşıma

eşya taşıma



## TRANSPORT DOCUMENTS FOR INTERNATIONAL CARRIAGE OF GOODS

### ABSTRACT

Transport documents have an important place in international carriage of goods. In addition to documenting the content and terms of the transport contract, these documents serve important functions such as creating a receipt for the receipt of the goods, determining rights and obligations, ensuring the transfer of ownership and being used as a means of proof in disputes. The correct and complete arrangement of transport documents is of great importance for the smooth execution of the transport activity. In this study, an overview of the transport documents issued for each mode of transport will be presented.

#### Keywords:

transport documents

contract of carriage

bill of lading

international carriage

carriage of goods

## GİRİŞ

Taşıma faaliyetinin gereği gibi ifa edilmesi gönderenin taşıyıcıya taşınacak eşyayı teslim etmesi ve gönderilenin kimliği ile eşya hakkında gerekli bilgileri vermesine bağlıdır. Taşıyıcı, bu bilgilere sahip olduğu anda taşımayı gerçekleştirebilir ve bu bilgileri üçüncü taraflara (örneğin gümrük veya polis yetkililerine) da iletebilir. Taşıma sırasında, örneğin, gönderilen eşyayı kabul etmeyi reddettiği durumlarda ortaya çıkan bir teslim engelinde taşıyıcının gönderenden talimat alması gerekebilir. Öte yandan, gönderen, teslim kadar taşıyıcıya taşıma faaliyeti veya gönderilen ile ilgili talimatlar verebilir. Bu nedenle, taşıyıcı ve gönderen arasındaki bu sıkı ilişki nedeniyle, taşıma belgeleri ve bunların içerdiği kayıtlar önem kazanmaktadır.

Taşıma sözleşmesi, genellikle uzun mesafelerde bir satış sözleşmesini yerine getirmek veya satın alınan malları teslim almak gibi, satıcının (gönderenin) ekonomik çıkarlarına hizmet etmek için gerçekleştirilir. Bu nedenle, taşıma faaliyeti, satıcının (gönderenin) ana işini (sıklıkla uzun mesafeli bir satış sözleşmesi) başarıya ulaştırmak için ekonomik açıdan yardımcı bir işlem olarak kabul edilir. Dolayısıyla, taşıma sözleşmesinin satıcı (gönderen) adına ve lehine hareket eden bir vekâlet ilişkisi olduğu söylenebilir. Ayrıca, taşıyıcı tarafından sözleşmenin yerine getirilmesi sırasında gerçekleştirilen faaliyetler, gönderenin talimatlarına göre her zaman uyarlanabilir, hatta gönderen gönderileni ve varma yerini değiştirebilir veya taşıma sözleşmesini her zaman feshedebilir.

Taşıma sözleşmesinin amacı, kural olarak taşıma sözleşmesinin tarafı olmayan gönderilene eşyanın teslimidir. Bu nedenle taşıma sözleşmesi üçüncü bir kişi (gönderilen) yararına bir sözleşme olarak adlandırılır. Gönderen (satıcı) ile gönderilen (alıcı) arasındaki bir satış sözleşmesi örneği çerçevesinde, taşıma sözleşmesinin yerine getirilmesi aynı zamanda satış sözleşmesinin yerine getirilmesi anlamına gelebilir. Ancak, alıcı taşıma sözleşmesinin bir tarafı olmak zorunda değildir. Bununla birlikte, taşıma sözleşmesinin temelini oluşturan satış sözleşmesinin bir tarafıdır. Taşıyıcı, gönderen (satıcı) ve gönderilen (alıcı) arasındaki bu sıkı bağlantıdan dolayı, bunlar arasındaki taşıma hukuku ilişkileri çerçevesinde birçok bilgi alışverişine vâkıf olması gerekir. Örneğin, adres verileri, varış zamanı veya taşıma süresine ilişkin bilgiler, eşya hakkında bilgiler, teslimat şekli, kapıda ödeme, vb.

Uluslararası eşya taşımalarında kullanılan taşıma belgeleri, taşıma işleminin belgelenmesi ve sorunsuz bir şekilde gerçekleştirilmesi için hayati önem taşır. Farklı taşıma modlarına göre farklı belgeler kullanılır ve her belgenin kendine özgü bilgileri ve işlevleri vardır. Aşağıda her bir taşıma moduna göre, uluslararası anlaşmalar çerçevesinde hangi tür taşıma belgesinin düzenlendiği ve bunların niteliği açıklanmaya çalışılmıştır.

## I. TERMİNOLOJİ

Taşıma belgeleri, neredeyse her bir taşıma moduna özgü olarak farklı bir biçimde adlandırılmaktadır. Bu bir yönüyle terminolojik yeknesaklığı engellerken, diğer yönüyle taşıma belgesinin ismi, taşımanın türü ve tâbi olduğu kuralları işaret etmesi bakımından karışıklığın önüne geçtiği söylenebilir.

Bu çalışmanın konusunu oluşturmayan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun karayolu ile eşya taşımalarında “taşıma senedi” olarak adlandırılan senet, karayolu ile uluslararası eşya taşımalarına ilişkin CMR Konvansiyonu'nda<sup>[1]</sup> “sevk mektubu” (uygulamadaki ismi ile “CMR-Taşıma Senedi”) olarak ifade edilmiştir. Hem Türk Ticaret Kanunu'nda hem uluslararası deniz yolu anlaşmalarında (Lahey, Lahey-Visby vd.)<sup>[2]</sup> denizyolu ile eşya taşımalarında taşıma belgesi “konişmento” (Bill of Lading) olarak adlandırılmaktadır. Bunun yanı sıra denizyolu taşımalarında “deniz yük senedi” (Sea Waybill) olarak adlandırılan bir belge de vardır. Yine çalışmanın konusunu oluşturmayan 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu'nda taşıma

---

[1] Convention Relative au Contrat de Transport International de Marchandises par Route – CMR (Karayolunda Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmesi Hakkında Konvansiyon) Karayolu ile uluslararası eşya taşınmasına ilişkin yeknesak kuralların yer aldığı uluslararası bir konvansiyondur. Ayrıca bkz. aşağıda III. A) başlığı altındaki açıklamalar.

[2] International Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Bills of Lading (Konişmentoya Mütteallik Bazı Kaidelerin Tevhidi Hakkındaki Milletlerarası Sözleşme – 1924 Lahey Kuralları), Protocol to amend the International Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Bills of Lading (Konişmentoya Dair Bazı Kaidelerin Birleştirilmesi Hakkında 25.8.1924 tarihli Brüksel Sözleşmesi'nin Tadiline Dair Protokol – 1968 Lahey-Visby Kuralları), denizyolu ile eşya taşımalarına ilişkin temel uluslararası konvansiyonlardır. Lahey, Lahey-Visby Konvansiyonları ve diğer uluslararası düzenlemeler hakkında bkz. aşağıda III. D) başlığı altındaki açıklamalar.

belgesi, “hava yük senedi” şeklinde ifade edilmiştir. Uluslararası havayolu eşya taşımalarında ise, Varşova Konvansiyonu ile Montreal Konvansiyonu’nda da hava yük senedi (Air Waybill) terimi tercih edilmiştir. Demiryolu taşımalarında ise taşıma senedi Rumeli Demiryollarının Umur-u Nakliyesi Hakkında Nizamname’de “hamule senedi”, COTIF-CIM<sup>[3]</sup>’de de “hamule senedi” olarak adlandırılmaktadır. Multimodal taşımalarda ise 1992 tarihli ICC (International Chamber of Commerce – Uluslararası Ticaret Odası) Kurallarına göre oluşturulmuş FIATA-BL (FIATA Konişmentosu) veya “Multimodal Taşıma Belgesi” düzenlenmiştir.

## II. TAŞIMA BELGESİ KAVRAMI ve TAŞIMA BELGELERİNİN ÖZELLİKLERİ

Taşıma belgesi, taşıma sözleşmesinin içeriğini ve şartlarını kaydetmek için kullanılır. Bu belgeler, taşıyıcı, gönderen ve gönderilen arasında önemli bir rol oynar. Taşıma belgelerinin orijinal ve doğru olması önemlidir. Çünkü bu belgeler taraflar arasındaki uyumsuzluklar ve tazminat talepleri için ispat aracı olarak kullanılabilir.

Taşıma hukukunda, aynı yerde bulunmayan ve hatta zaman ve mekân olarak birbirinden ayrı olan kişiler taşıma ilişkisinin içerisinde yer alır. Bir taşıma sözleşmesinin tarafları gönderen ve taşıyıcıdır. Ancak taşıma sözleşmesinin tarafı olmamakla birlikte sıklıkla bu sözleşmeden etkilenen örneğin; taşınan eşyanın teslimini bekleyen gönderilen gibi üçüncü kişiler de vardır. Taşıma sözleşmesine taraf olanların nadiren aynı yerde bulunması nedeniyle, bilgi alışverişi için kağıtlar, denizyolu taşıma hukukunda köklü bir geleneğe dayanan büyük öneme sahiptir. Deniz taşımacılığında Orta Çağ’da yeni bir kurum olan konişmento türemiş ve taraflar arasında bilgi alışverişi yapmak için “taşıma belgeleri” adı verilen belgeler oluşturulmuştur<sup>[4]</sup>.

Taşıma belgeleri arasında, taşıma sözleşmesinin yerine getirilmesinde önemli olanlar ile eşyanın mülkiyetinin devrini gerçekleştirmek için büyük

---

[3] The Convention concerning International Carriage by Rail–COTIF (Uluslararası Demiryolu Taşımalarına İlişkin Sözleşme) Demiryolu taşımalarına, vagonların kullanımına, işletimine ilişkin tüm kural ve sorumlulukları belirleyen uluslararası bir çerçeve konvansiyondur. COTIF’in eşya taşımalarına ilişkin eki olan CIM hakkındaki açıklamalar için bkz. III. B).

[4] Roland Dubischar, *Grundriss des gesamten Gütertransportrechts*, (Frankfurt am Main: Metzner, 1987), 4.

öneme sahip olanlar arasında ayırım yapmak gerekir. İkinciler, kıymetli evrak niteliğindeki belgeleri içerir, yani senedin üzerinde yazılı olan hakkı temsil eden belgeleri ifade eder. Bu tür belgelerin devri, kıymetli evrak hukuku düzenlemelerine tâbidir.

Uluslararası taşımalarda kurallar yeknesak olmayıp, her taşıma moduna özgü özel düzenlemeler içeren farklı uluslararası anlaşmalar geçerlidir. Bu anlaşmalar, taşıma sözleşmesinin şartlarını, taşıyıcı ve gönderenin hak ve yükümlülüklerini ve taşıma faaliyetinin tatbikini belirler.

### III. TAŞIMA BELGELERİNE İLİŞKİN ÖZEL DÜZENLEMELER

#### A) ULUSLARARASI KARAYOLU EŞYA TAŞIMASINDA

CMR Konvansiyonu<sup>[5]</sup>, 1956 yılında kabul edilen ve uluslararası karayolu taşımacılığını düzenleyen bir anlaşmadır. Türkiye de CMR'ye taraf olduğu için, CMR hükümleri, başlangıç veya varış noktası Türkiye olan tüm uluslararası karayolu taşımalarına uygulanır.

CMR'de, sevk mektubu ve içeriği büyük öneme sahiptir. Çünkü çoğu zaman sevk mektubundaki kayıtlar, taşıma sözleşmesi tarafları (taşıyıcı ve gönderen) ile alıcı (gönderilen) arasındaki bilgi alışverişinin tek yoludur<sup>[6]</sup>.

---

[5] Convention relative au contrat de transport international de Marchandises par Route – Karayolunda Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmesi Hakkında Konvansiyon, 19.05.1956 tarihinde imzaya açılmış, 02.07.1962 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye ise, CMR Konvansiyonunu 05.07.1978 tarihinde paraf ederek, 3939 sayılı Eşyaların Karayolundan Uluslararası Nakliyatı İçin Mukavele Sözleşmesi (CMR) ile Bu Sözleşmeye Ek Protokola Katılınmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun ile (RG: 14.12.1993 tarih ve 21788 sayı) onaylamış, ve 31.10.1995 tarihinde uluslararası bakımından Türkiye'yi bağlamıştır. Bu hususta bkz. Hakan Karan, Özgenur Kara ve İzel Varan, *Karayolunda Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmesi Hakkında Konvansiyon – CMR Şerhi*, 2. Baskı (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020), §D5-§D9.

[6] Her ne kadar CMR Konvansiyonu'nun resmi ve akademik tercümelerinde taşımacı, gönderici ve alıcı kavramları kullanılmış olsa da, biz karayolu eşya taşımaları bakımından yeknesaklığı sağlamak adına çalışmada taşıyıcı, gönderen ve gönderilen kavramlarını kullanmayı tercih etmekteyiz.

CMR, sevk mektubunun düzenlenmesini zorunlu kılmamıştır<sup>[7]</sup>. Ancak, CMR m. 5'e uygun şekilde düzenlenmiş ve her iki tarafça da imzalanmış bir sevk mektubu, CMR m. 9(1) uyarınca bir ispat aracı olarak kabul edilir ve aşağıdakilere ilişkin "fili karine"<sup>[8]</sup> oluşturur:

- *Taşıma sözleşmesinin akdine;*
- *Taşıma sözleşmesinin içeriği;*
- *Eşyanın taşıyıcı tarafından teslim alınması;*
- *Ambalajın görünüş itibariyle iyi durumda olduğu (CMR m. 9(2));*<sup>[9]</sup>
- *Kolilerin (Paketlerin) sayısı (CMR m. 9(2));*
- *İşaret ve numaraların sevk mektubunda yazılı beyanlara uyduğuna (CMR m. 9(2));*
- *Tehlikeli eşyaya ilişkin bilgilerin eksikliği (CMR m. 22(1)).*

Bu minvalde sevk mektubu, taşıyıcının eşyayı teslim almadan önce kontrol etme yükümlülüğünü de beraberinde getirmektedir. Taşıyıcı, sevk mektubunda yer alan bilgilerle eşyanın durumunu karşılaştırmalı ve herhangi bir tutarsızlık veya hasar tespit etmesi hâlinde sevk mektubuna çekince koymalıdır. Bu çekince, taşıyıcının sorumluluk kapsamını sınırlamaya yardımcı olabilir. Örneğin<sup>[10]</sup> taşıma belgesine göre, taşıyıcı 565 kamerayı, bir palet üzerine istiflenmiş ve streç filmle sarılmış olarak teslim almıştır. Burada taşıyıcı, streç filmle sarılı bir palette taşıma konusu eşyayı teslim aldığını onaylayabilir. Ancak kameraların miktarını saymadan onaylayamaz. Dolayısıyla taşıyıcı, kameraların miktarını kontrol edemediğini belirten bir

---

[7] Thomas Wieske, "Papiere im Frachtrecht," *Schaden im Warentransport* içinde, yazan Andreas Furrer Barbara Klett, 81-110. (Zürich: Schulthess, 2016), 89.

[8] Karan, Kara ve Varan, *CMR Şerhi*, §9(2).1.

[9] "CMR Konvansiyonu'nun 9/2. maddesi hükmü uyarınca sevk mektubunda taşıyıcı tarafından dermeyan edilmiş itiraz kaydı mevcut değilse, aksi ispat edilmedikçe tesliminde malların ve ambalajlarının iyi durumda olduğu farz olunur ve taşıyıcı bu şekilde teslim aldığı malın anılan konvansiyonun 17/1. maddesi uyarınca taşıma esnasında uğrayacağı zıya ve hasardan mesuldür." Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2014/10772, K. 2014/16178, 22.10.2014, Karan, Kara ve Varan, *CMR Şerhi*, 222-225.

[10] Örnek için bkz. Wieske, "Papiere im Frachtrecht," 90-91.

çekinceyi sevk mektubuna koymalıdır. Bu, gönderilen tarafından streç filmin açılmasıyla sadece 563 kamera olduğu iddia edilirse, taşıyıcının sorumlu tutulmasını önlemek için önemlidir. İlgili çekince konulmazsa, gönderenin sevk mektubuna derç ettiği bilgiler doğru kabul edilir ve taşıyıcıya karşı delil olarak kullanılabilir. Belirtmek gerekir ki, taşıyıcının sevk mektubuna koyabileceği çekinceler CMR'de sınırlı olarak belirlenmiştir.<sup>[11]</sup> Buna göre taşıyıcı, sadece eşyanın ve ambalajının görünüş itibarıyla iyi durumda olduğu, sayısı, işaretleri ve numaraları hakkında çekince koyabilir.

Sevk mektubu, üç asıl nüsha halinde düzenlenir ve bu nüshalar gönderen ve taşıyıcı tarafından birlikte imzalanır. İlk nüsha gönderene verilirken, ikinci nüsha eşya ile birlikte sevk edilir ve üçüncü nüsha taşıyıcıda kalır.<sup>[12]</sup>

CMR m. 6, sevk mektubunun hangi bilgileri içermesi gerektiğini düzenler. Bu bilgiler üç kategoriye ayrılır: Her halükârda sevk mektubunda bulunması zorunlu hususlar (asgari içerik) (m. 6/1), gerektiğinde sevk mektubunda bulunması zorunlu hususlar (ek bilgiler) (m. 6/2) ve ihtiyari hususlar (eklenmesi konusunda anlaşmaya varılmış bilgiler) (m. 6/3). CMR m. 6/1'in bir zorunluluk hükmü gibi görünmesine rağmen, bu unsurlarda eksiklik olması, sevk mektubunu geçersiz hâle getirmez<sup>[13]</sup>.

CMR sevk mektubunun, elektronik olarak düzenlenmesi de mümkündür. Karayolunda Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmesi Hakkında Konvansiyona Elektronik Sevk Mektubu ile İlgili Ek Protokol<sup>[14]</sup> hükümleri çerçevesinde oluşturan bir elektronik sevk mektubu, fiziki CMR sevk mektubu ile eşdeğer olup, aynı ispat gücüne sahiptir (e-CMR m. 2).

[11] Karan, Kara ve Varan, *CMR Şerhi*, §9(2).3.

[12] Her nüshanın aynı önem ve işleve sahip olmasına ve bir diğerine eşit olmasına rağmen, uygulamada gönderene verilen ilk nüsha ile eşyaya eşlik eden ikinci nüshaya itibar edildiği yönünde bkz. Karan, Kara ve Varan, *CMR Şerhi*, §5(1)(1)1.3.

[13] Karan, Kara ve Varan, *CMR Şerhi*, §6(1)(1).1.

[14] Türkiye, e-CMR Protokolüne 07.03.2017 tarih ve 6937 sayılı Kanun ile katılmayı uygun bulmuştur (RG: 31.03.2017 tarih 30024 sayı).

## B) ULUSLARARASI DEMİRYOLU EŞYA TAŞIMASINDA

Uluslararası taşıma hukukunun yeknesaklaştırılması adına demiryolu eşya taşımaya ilişkin temel anlaşma “Bern Konvansiyonu” olarak da anılan “Demiryolu Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmesi” (Concernant le Contract de Transport International Ferroviaire des Merchandises – CIM)<sup>[15]</sup>

1980 CIM m. 11 § 1’e göre, taşıma sözleşmesinin kurulmuş sayılabilmesi için eşya ile birlikte hamule senedinin de düzenlenerek taşıyıcıya teslim edilmiş olması gerekiyordu<sup>[16]</sup>. 1980 CIM’in aksine, 1999 CIM’de hamule senedi artık uluslararası eşya taşıma sözleşmesinin kurulması için zorunlu koşul değildir. CIM hamule senedi, yalnızca demiryolu taşıma sözleşmesinin mevcudiyetine karine teşkil eden bir belge niteliğindedir<sup>[17]</sup>.

CIM açıkça hamule senedinin kim tarafından oluşturulması gerektiğini düzenlemese de, hamule senedindeki bilgilere ilişkin sorumluluğa ilişkin hükümler gönderenin hamule senedini düzenleme yükümlülüğüne sahip olduğunu ortaya koyar<sup>[18]</sup>. CIM’de<sup>[19]</sup> taşıyıcı olarak adlandırılan kişi, gönderen için bilgileri girerse bile, 1999 CIM m. 8 § 1’e göre bu bilgiler için gönderenin sorumluluğu devam eder.<sup>[20]</sup>

---

[15] CIM 1980 yılında imzalanmış ve 1893 yılında yürürlüğe girmiştir. Daha sonra 1924 yılında demiryolu ile yolcu taşımalarına ilişkin “Demiryolu Uluslararası Yolcu Taşıma Sözleşmesi” (Concernant le Contract de Transport Ferroviaire des Voyageurs – CIV) imzalanmış ve CIM ve CIV, “Demiryolu ile Uluslararası Taşıma Sözleşmesi” (Convention Relative aux Transports Internationaux Ferroviaires – COTIF) çatısı altında ek olarak düzenlenmiştir. COTIF ve ekleri 1999 yılında değiştirilmiş ve Türkiye 2005 yılında (RG: 24.12.2005 tarih ve 26033 mükerrer sayı) onaylamıştır. Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Nuray Ekşi, *Demiryoluyla Uluslararası Eşya Taşıma (CIM 1999)*, (İstanbul: Beta, 2020), 11.

[16] Sabih Arkan, *Demiryoluyla Yapılan Uluslararası Eşya Taşımaları*, (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1987), 47.

[17] Ekşi, *Demiryolu*, 129.

[18] Ekşi, *Demiryolu*, 129; Wieske, “Papiere im Frachtrecht,” 92.

[19] 1999 CIM’in resmi metninde “taşımacı” ve “gönderici” kavramları kullanılmıştır.

[20] Yargıtay 11. . Hukuk Dairesi, E. 2015/9700, K. 2016/4642, 25.04.2016, Ekşi, *Demiryolu*, 139.



CIM hamule senedinin m. 7 § 1’de gösterilen zorunlu içeriği ihtiva etmesi gerekir. Taraflarca anlaşıldığı takdirde, zorunlu bilgilere ek bilgiler de eklenebilir. CIM m. 6 § 2’ye göre, hamule senedinde yer alan eksik veya hatalı bilgiler, taşıma sözleşmesinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, eksik veya hatalı bilgiler, normalde sahip olacağı yasal sonuçları doğuramaz. Örneğin, hamule senedinde teslim tarihi belirtilmemişse, taşıyıcı gecikme tazminatı ödemek zorunda kalmayabilir<sup>[21]</sup>. CIM m. 6 § 3’e göre, hamule senedi taşıyıcı ve gönderen tarafından imzalanır. İmzanın dışında damga, hesap makinesi kaydı veya başka uygun bir yöntem de kullanılabilir.<sup>[22]</sup> Sevki mektubu her biri orijinal beş nüshadan oluşur. CIM, sevki mektubunun elektronik ortamda da düzenlenmesine olanak vermektedir (1999 CIM m. 6 § 9). 1999 CIM m. 17 ve 19’a göre, gönden ve gönderilenin haklarını kullanabilmesi ve eşya üzerinde tasarruf yetkisine sahip olabilmesi için, özellikle “ticari belge” olarak bilinen sevki mektubunun aslının kendilerinde bulunması gerekmektedir.<sup>[23]</sup>

### C) ULUSLARARASI HAVAYOLU EŞYA TAŞIMASINDA

Uluslararası havayolu taşımacılığında taşımaya ilişkin belgeleri yeknesaklaştıran ilk düzenleme 1929 yılında imzalanan “Uluslararası Hava Taşımalarına İlişkin Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkında Sözleşme” (Convention for the Unification of Certain Rules Relating to International Carriage by Air) isimli Varşova Konvansiyonu’dur.<sup>[24]</sup> Bu anlaşma daha sonra 1955 yılında Lahey Protokolü, 1971 yılında Guatemala City Protokolü, 1975 yılında Montreal Protokolleri ve 1961 yılında Guadalajara Ek Sözleşmesi ile tadil edilmiştir.<sup>[25]</sup> 1999 yılında ise “Havayolu ile Yapılan Uluslararası Taşımalar İçin Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkında Sözleşme” (Convention for

[21] Wieske, “Papiere im Frachtrecht,” 93.

[22] Ekşi, *Demiryolu*, 130.

[23] Wieske, “Papiere im Frachtrecht,” 93.

[24] Gökhan Turhan, *Uluslararası Hava Yolu Taşımalarında Taşıyıcının Yüke İlişkin Sorumluluğu*, (İstanbul: Oniki Levha, 2016), 44-45. Varşova Konvansiyonu 13.02.1933 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye bakımından Varşova Konvansiyonunun yürürlüğe girdiği tarih 23.06.1978’dir (RG: 01.03.1977 tarih ve 15877 sayı).

[25] Mezkûr tadiller hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Akkurt, Sami. *Türk Sivil Havacılık Mevzuatı ve Uluslararası Konvansiyonlar Kapsamında Sivil Havayolu ile Yolcu*

he Unification of Certain Rules for International Carriage by Air) ismiyle Montreal Konvansiyonu imzalanmıştır.<sup>[26]</sup> Hangi konvansiyonun uluslararası bir havayolu taşımacılığında geçerli olacağı, ilgili ülkelerin konvansiyona taraf olması ve onay durumuna bağlıdır.<sup>[27]</sup>

Montreal Konvansiyonu ve Varşova Konvansiyonu'na göre, hava yük senedi düzenlemek, havayolu taşıma sözleşmesinin zorunlu bir şartı değildir. Montreal Konvansiyonu m. 4(1) ve Varşova Konvansiyonu m. 5, her havayolu eşya taşıması için hava yük senedi düzenlenmesini öngörmüştür. Bu belgelerin hiç veya gereği gibi düzenlenmemiş olması, taşıma sözleşmesinin kurulması veya geçerliliği üzerinde etkili değildir.<sup>[28]</sup> Varşova Konvansiyonu m. 9'a göre, hava taşımacılığı Varşova Konvansiyonu hükümlerine göre yapılıyorsa ve hava yük senedi düzenlenmemiş ise, taşıyıcı Varşova Konvansiyonu'ndaki sorumluluk sınırlamalarına başvuramaz.<sup>[29]</sup> Hava yük senedinin düzenlenmesi, Uluslararası Hava Taşımacılığı Birliği (International Air Transport Association–IATA) tarafından yayınlanan 600a ve 600b Kararlar ile yeknesaklaştırılmıştır.<sup>[30]</sup>

Montreal Konvansiyonu m. 4/2 ve Montreal Protokolü No. 4, fizik hava yük senedi yerine, ilgili verilerin elektronik olarak iletilmesine ve “taşıma ile ilgili bilgileri içeren her türlü başka kayıta” hava yük senedinin düzenlenmesine izin vermektedir. Bu sayede, havayolu eşya taşımacılığı ile ilgili bilgilerin elektronik ortamda oluşturulması ve iletilmesi mümkün hale gelmektedir. Elektronik hava yük senedi, kağıt belgeye kıyasla veri iletiminde

---

*Taşımacılığında Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014), 143-154; Turhan, *Hava Yolu Taşımaları*, 47-55.

[26] Montreal Konvansiyonu 04.11.2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye bakımından Konvansiyon 26.03.2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir (RG: 01.10.2010 tarih ve 27716 sayılı).

[27] Wieske, “Papiere im Frachtrecht,” 95.

[28] Turhan, *Hava Yolu Taşımaları*, 22; Ülgen, Hüseyin. *Hava Taşıma Sözleşmesi*. (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1987), 129.

[29] Ülgen, *Hava Taşıma Sözleşmesi*, 129.

[30] Ülgen, *Hava Taşıma Sözleşmesi*, 129; Wieske, “Papiere im Frachtrecht,” 95.

büyük kolaylık ve önemli maliyet tasarrufları sağlayabilir.<sup>[31]</sup> Eğer hava yük senedi elektronik belge şeklinde oluşturulmuşsa, gönderenin taşıyıcıdan yazılı bir teslimat onayı ve bu belgenin makbuz olarak verilmesini isteme hakkı vardır (Montreal Konvansiyonu m. 4/2). Hava yük senedi, üç nüsha olarak düzenlenir (Montreal Konvansiyonu m. 7; Varşova Konvansiyonu m. 6). Hava yük senedinin kıymetli evrak vasfı bulunmamaktadır.<sup>[32]</sup>

## D) ULUSLARARASI DENİZ YOLU EŞYA TAŞIMASINDA

Deniz taşımacılığı hukuku, “International Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Bills of Lading” (Konişmentoya Mütellak Bazı Kaidelerin Tevhidi Hakkındaki Milletlerarası Sözleşme – 1924 Lahey Kuralları),<sup>[33]</sup> “Protocol to amend the International Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Bills of Lading” (Konişmentoya Dair Bazı Kaidelerin Birleştirilmesi Hakkında 25.8.1924 tarihli Brüksel Sözleşmesi)’nin Tadiline Dair Protokol – 1968 Lahey-Visby Kuralları),<sup>[34]</sup> “The United Nations Convention on the Carriage of Goods by Sea” (Birleşmiş Milletler Denizde Eşya Taşıma Sözleşmesi – 1978 Hamburg Kuralları)<sup>[35]</sup> ve muhtemelen gelecekte “United Nations Convention On Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea” (Tamamen veya Kısmen Deniz Yoluyla Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması – 2009 Rotterdam Kuralları) tarafından şekillendirilir.

[31] Bu belgenin düzenlenmesi ve kullanımı, IATA Önerilen Uygulama (RP) 1670 tarafından belirlenmiştir ancak, bu uygulama IATA’nın yetki alanının dışındaki farklı konulardan kaynaklanan (gümrük prosedürleri, veri güvenliği ve altyapı gibi) zorluklarla karşılaşmaktadır. Bu hususta bkz. Wieske, “Papiere im Frachtrecht”, 95.

[32] Wieske, “Papiere im Frachtrecht,” 97. Hava yük senedinin kıymetli evrak olarak düzenlenmesinin mümkün olup olmadığı yönünde bir açıklık bulunmamakla birlikte, kıymetli evrak niteliğinde hava yük senedinin düzenlemeyeceğine ilişkin bkz. Ülgen, *Hava Taşıma Sözleşmesi*, 150.

[33] Türkiye bakımından 4.1.1956 tarihinde yürürlüğe girmiştir (RG: 22.02.1955 tarih ve 11082 sayı). Konvansiyon 1924 Hague Kuralları olarak da anılmaktadır.

[34] Lahey-Visby Kuralları, 23.6.1977’de yürürlüğe girmiştir.

[35] Konvansiyon 1.11.1992’de yürürlüğe girmiş; Türkiye tarafından onaylanmamış

Deniz taşımacılığındaki tipik belge konişmento (Bill of Lading)'dur.<sup>[36]</sup> Konişmento, taşıyan tarafından düzenlenir. Konişmentonun kaç nüsha olarak düzenleneceği koşula bağlanmamış olmakla birlikte, uygulamada genellikle üç nüsha şeklinde düzenlenmektedir.

Konişmento, bir taşıma senedi olarak kullanıldığı gibi, taşımaya konu eşyayı temsil eden bir kıymetli evrak niteliğini de haizdir.<sup>[37]</sup> Konişmento, emre, nama veya hamiline yazılı olarak düzenlenebilir. Emre yazılı konişmento, gönderilene düzenlenir ve bir *emre kaydı* ile *emre yazılı senet* haline gelir. Eğer senette bir gönderilen belirtilmemişse, konişmento “yükleten emrine” düzenlendiği kabul edilir.<sup>[38]</sup> Emre yazılı senet vasfı nedeniyle konişmento üzerindeki hak, ciro (tam veya beyaz ciro) ve zilyetliğin geçirilmesi ile devredilebilir. Hamiline yazılı konişmento, ne bir *emrine kaydı* içerir ne de bir *hak sahibinin adını* belirtir. Konişmentoyu elinde bulunduran kişi, konişmentodan doğan haklara sahip olur. Taşıyan, hak sahibinin ismen belirtilmemesi nedeniyle kimlik doğrulaması yapmaz.<sup>[39]</sup> Hamiline yazılı senetlerin devri zilyetliğin geçirilmesi ile sağlanır. Nama yazılı konişmento, gönderilenin adını içerir ancak bir emir kaydı yoktur. Sadece ismen belirtilen gönderilen, eşyayı boşaltma limanında teslim alma hakkına sahiptir. Nama yazılı konişmentodan doğan hakların üçüncü bir kişiye devri, gönderilenin yazılı bir devir beyanı (temlik beyanı) ile mümkündür.<sup>[40]</sup>

---

[36] Konişmentonun tarihçesi hakkında bkz. Hakan Karan, *Elektronik Konişmento*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2024), 7-33

[37] Rayegân Kender, Ergon Çetingil, ve Emine Yazıcıoğlu. *Deniz Ticareti Hukuku–Temel Bilgiler (Cilt 1)*, (İstanbul: Oniki Levha, 2017), 183; Wieske, “Papiere im Frachtrecht”, 100. Konişmentonun senet vasfı dolayısıyla maddi hukuka ve usul hukukuna özgü sonuçlar doğurduğu ispat ve ihdas fonksiyonlarını içeren ikili bir işlevinin bulunduğuna ilişkin açıklamalar için bkz. Karan, *Elektronik Konişmento*, 41.

[38] Kender, Çetingil ve Yazıcıoğlu, *Deniz Ticareti*, 184-185.

[39] Wieske, “Papiere im Frachtrecht,” 100.

[40] Wieske, bu nedenle, nama yazılı konişmentonun kıymetli evrak niteliğinin bulunmadığı, sadece bir ispat belgesi niteliğini haiz olduğunu ileri sürmektedir. Bkz. Wieske, “Papiere im Frachtrecht,” 100-101. Ancak senedin nama yazılı olması devir şeklini ve ileri sürülebilecek def'i imkanlarında değişiklik yaratmakta fakat kıymetli evrak niteliğinde bir değişikliğe sebebiyet vermemektedir.

Konişmento taşıyanın, eşyayı meşru hak sahibine teslim etme taahhüdünü içeren bir senet niteliğindedir. Eşyanın teslimi, konişmentonun türüne göre belirlenecek olan meşru hak sahibine bir konişmento nüshasının ibrazına karşılık yapılır. Zira kıymetli evrakta senetle hak iç içe geçmiştir. Taşıyanın konişmento ve içindeki bilgilere ilişkin olarak iyi niyetli alıcıya ve konişmentonun hamili olan tüm taraflara karşı yazılı sorumluluğu bulunmaktadır. Yukarıda değinildiği gibi, konişmento genellikle üç orijinal nüsha olarak düzenlenir, ancak gönderen tarafından farklı sayıda nüsha düzenlenmesi talebinde de bulunulabilir. İlk nüshanın sunulmasından sonra, konişmentonun kalan orijinal nüshaları eşyayı temsil fonksiyonunun yitirdiğinden geçerliliğini kaybeder.<sup>[41]</sup> Ancak, aynı anda birden fazla meşru konişmento hamili ortaya çıkarsa, taşıyan tarafından eşyanın teslimi reddedilmeli ve eşya tevdi mahalline bırakılmalıdır<sup>[42]</sup>.

Taşıma konusu eşyanın semeninin ödeneceği anda ara satıcıların elinde bulunabilecek, eşyadan önce varma limanına ulaşabilecek, masraflardan tasarruf sağlayabilecek ve evrakta sahteciliği önleyecek belge arayışı, teknolojik yeniliklerin de devreye girmesiyle elektronik konişmentoyu ticari hayatın hizmetine sokmuştur.<sup>[43]</sup> Elektronik konişmentonun içeriği, 1996 tarihli UNCITRAL Elektronik Ticaret Model Kanunu ile UNCITRAL Deniz Eşya Taşıma Tasarısı, CMI Elektronik Kaideleri, BOLERO Elektronik Konişmento Kaideleri gibi düzenlemelerde gösterilmiştir.<sup>[44]</sup>

Uluslararası ticaret alanındaki gelişmeler neticesinde, konişmento yerine basit bir ispat belgesinin yeterli olacağı durumlarda *deniz yük senedi* düzenlenmesi gereksinimi doğmuştur.<sup>[45]</sup> Deniz yük senedi, kıymetli evrak niteliği

[41] Karan, *Elektronik Konişmento*, 63-64.

[42] Wieske, "Papiere im Frachtrecht," 102. Karan, taşıyana birden fazla konişmento hamili müracaat ederse, ilk önce devir olunan nüsha hamilinin diğerlerine tercih olunması gerektiğini, ilk önce devredilen konişmentoların ciro tarihleri aynı ise, nüshaları devralanlar arasında müşterek mülkiyetin var olduğu farz edildiğini belirtmektedir (Karan, *Elektronik Konişmento*, 64).

[43] Karan, *Elektronik Konişmento*, 101-102.

[44] Karan, *Elektronik Konişmento*, 136-137.

[45] Kender, Çetingil ve Yazıcıoğlu, *Deniz Ticareti*, 201.

taşımayan bir taşıma belgesidir.<sup>[46]</sup> Deniz yük senedi, satış sözleşmesinin ifası için kıymetli evrak niteliği taşıyan bir belgeye ihtiyaç duyulmadığı durumlarda kullanılmaktadır.<sup>[47]</sup> Eşyanın teslim alınması için deniz yük senedine sahip olunması ve senet üzerinde adı geçen hak sahibi tarafından senedin ibrazı gerekmez, bu da varış limanındaki gümrük işlemlerini hızlandırabilir.<sup>[48]</sup>

Deniz yük senedi, konişmentonun deniz taşımacılığında vazgeçilmez olduğunun varsayılması sebebiyle Lahey Kuralları veya Lahey-Visby Kuralları gibi eski anlaşmalarda düzenlenmemiştir. Bir konşimento düzenlenmemişse, Lahey Kuralları da uygulanmaz, çünkü bunlar konşimento düzenlenmesi durumundaki hukuki ilişkileri düzenler.<sup>[49]</sup>

### E) ULUSLARARASI İÇ SUYOLU TAŞIMASINDA

Uluslararası iç su yolu taşımacılığı, Budapeşte Konvansiyonu olarak da bilinen CMNI (Convention de Budapest Relative au Contract de Transport De Marchandises en Navigation Interieure) tarafından düzenlenmektedir.<sup>[50]</sup>

CMNI m. 11, 13 ve 14'e göre, iç su yolu taşımacılığında "Taşıma Belgeleri" olarak adlandırılan iki tür belge vardır: konşimento ve yük senedi<sup>[51]</sup>. CMNI m. 11/1'e göre, konşimento veya sadece bir yük senedi düzenlenip düzenlenmeyeceğine gönderen karar verir. Ancak konşimento ve yük senedi taşıyıcı tarafından düzenlenir ve her ikisinin de içeriği aynıdır. Bu senetlerin

[46] Karan, *Elektronik Konişmento*, 100; Wieske, "Papiere im Frachtrecht," 102.

[47] Deniz yük senedi, satıcı ile arasında güven ilişkisi bulunan ve eşyayı tekrar satmak veya kredilendirme amacıyla bulunmayan alıcıların tercih ettiği ve ticari fonksiyonunun konişmentoya oranla sınırlı olması sebebiyle petrol, maden, tahıl gibi eşyalar için kullanılmasının düşünülemeyeceği bir taşıma belgesi olduğu yönünde bkz. Karan, *Elektronik Konişmento*, 100.

[48] Wieske, "Papiere im Frachtrecht," 102.

[49] Wieske, "Papiere im Frachtrecht," 102.

[50] Bu sözleşme 22 Haziran 2000 tarihinde Budapeşte'de imzalanmış ve 1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

[51] Stelzel, Philip. *CMNI-Theorie und Anwendung in der Donaupraxis*. (Vienna: Institut für Transportwirtschaft und Logistik. 2011), 93. doi: 10.57938/0ba5dbce-e7cd-49de-b95b-557e0dd567fe

bulunmaması veya içeriğinin eksik ya da hatalı düzenlenmiş olması taşıma sözleşmesinin geçerliliğini etkilemez.<sup>[52]</sup>

CMNI'nin 13. maddesine göre; konşimento, sadece bir taşıma belgesi değil, aynı zamanda bir kıymetli evrak niteliğini de haizdir. Bu nedenle konşimento, içeriğinde belirtilen eşyanın mülkiyetini temsil eder. Yalnızca konşimento hak sahipliği üzerinde etki yaratabilir, yani mülkiyetin devrini temsil eder, yük senedi bu etkiye sahip değildir. Konşimentonun içeriği, taşıyıcı ve gönderilen (taşıma sözleşmesinin tarafı olmayan üçüncü kişiler) arasındaki ilişkide hak yaratıcı bir etkiye sahiptir.<sup>[53]</sup>

Taşıma belgesi ister konşimento olsun isterse yük senedi niteliğinde olsun, eşya ile ilgili bilgileri gereği gibi içermiyor ise, taşıyıcı çekince koyabilir. Eşyanın miktarı bilgilerinin doğru olmadığı veya belirsiz olduğu, eşyanın dıştan görülebilir kusurlarının bulunduğu gibi durumlar bu çekincelere örnek olarak gösterilebilir.

## F) MULTİMODAL TAŞIMALARDA

Taşıma modlarının her birisinin diğerine göre maliyet, taşıma süresi, taşıma faaliyetinde karşılaşılabilecek riskler, kapıdan kapıya teslim gibi avantajı ve dezavantajı bulunmaktadır. Bu avantaj ve dezavantajlar göz önünde bulundurularak en az iki farklı taşıma modu ile tek bir eşyanın taşınması multimodal taşıma adı verilen yöntem ile gerçekleştirilmektedir.<sup>[54]</sup> Multimodal taşımalar için, güçlü mali yapıları sayesinde ilk olarak deniz taşıyanlarının bu taşımacılık faaliyetine girmelerin neticesinde konşimentoyu uyarlamış ve multimodal taşıma konşimentosu (combined bill of lading–multimodal transport document) ortaya çıkmıştır.<sup>[55]</sup>

Multimodal taşımalarda meslek birlikleri (ICC, FIATA, BIMCO) tarafından taşıma belgeleri düzenlenmiş ve yeknesaklaştırılmaya çalışılmıştır. FIATA Konşimentosu, Uluslararası Taşıma Acenteleri Birliği Federasyonu

[52] Stelzel, *CMNI*, 49; Wieske, "Papiere im Frachtrecht," 98.

[53] Wieske, "Papiere im Frachtrecht," 98.

[54] Burak Adıgüzel, *Multimodal Taşımalarda Taşıyıcının (MTO) Sorumluluğu*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2015), 2.

[55] Karan, *Elektronik Konşimento*, 70.

(FIATA) tarafından yayınlanan ve uluslararası multimodal taşımacılıkta kullanılan bir taşıma belgesidir. ICC'nin 1975 yılı Multimodal Taşıma Belgesi Hakkındaki Yeknesak Kurallar'ında (ICC Uniform Rules for a Combined Transport Document) multimodal taşıma konişmentosunun emtia senedi olduğu açıkça vurgulanmıştır.<sup>[56]</sup> FIATA Konişmentosu, ICC'nin UCP 600'ünün (Belge Akreditifleri için Tek Tip Kurallar ve Uygulamalar) 19. maddesine göre akreditif kabul edilebilir bir belge niteliğindedir. Ayrıca, *emrine kaydı* içermesi halinde FIATA Konişmentosu, kıymetli evrak niteliği de taşır.<sup>[57]</sup> FIATA Konişmentosu, eşyanın taşınması ve teslim edilmesiyle ilgili bilgileri içerir.

Taşıma işleri komisyoncuları da faaliyetlerine özgü birtakım belgeler kullanmaktadırlar. Ticari işlerde, teslim makbuzu olarak FCR (*Forwarding Certificate of Receipt*) ve taşıma belgesi olarak FCT (*Forwarding Certificate of Transport*) yaygın olarak kullanılmaktadır. Bu belgeler, çoğu zaman taşıma işleri komisyoncusunun kendi oluşturdukları belgelerdir.<sup>[58]</sup>

---

[56] Karan, *Elektronik Konişmento*, 70.

[57] Wieske, "Papiere im Frachtrecht," 104.

[58] Wieske, "Papiere im Frachtrecht," 104.



## SONUÇ

Taşıma belgeleri, taşıma hukukunda önemli bir rol oynar ve taşıma sözleşmesinin başarılı bir şekilde yerine getirilmesine hizmet eder. Farklı taraflar için taşıma sürecinde önem taşıyan çeşitli işlevler yerine getirirler. İlk olarak bilgilendirme işlevini haizdirler. Bu belgeler, taşıma sözleşmesinin tarafları (gönderen, taşıyıcı), taşıma sözleşmesinin ilgilisi olarak gönderilen ve diğer ekonomik olarak ilgili kişiler (örneğin bankalar, sigorta şirketleri) arasında bilgi alışverişine aracılık eder. Bunun yanı sıra, taşıma belgeleri aynı zamanda bir ispat işlevi de görür. Bu yönüyle, taşıma sözleşmesinin yapıldığını ve içeriğini ispata yarar ve çoğunlukla bir karine oluşturur. Taşıma belgeleri genellikle bir makbuz işlevi de görür, yani bir alındı belgesidirler. Böylelikle, eşyanın taşıyıcı tarafından teslim alındığı karinesi ortaya çıkar. Öte yandan, taşıma belgesi, kendisine sahip olmayan kişilerin taşıyıcıya talimat vermesini kural olarak engelleyici bir işleve de sahiptir. Taşıma belgesinin kıymetli evrak niteliğini haiz olduğu durumlarda ise bu belge, eşyayı temsil eder. Bu niteliği, taşıma belgesi yoluyla eşyanın hukuki işlemlere (satım, kira, rehin gibi) konu olmasını sağlar. Ayrıca, taşıma belgesi bir kıymetli evrak olarak düzenlenmiş olsa bile, gönderen ile taşıyıcı arasındaki ilişkide sözleşmesi hükümleri öncelikle uygulanır. Ekonomik açıdan bakıldığında, diğer taşıma türlerinden ziyade deniz taşımacılığında konişmentonun kıymetli evrak niteliğinde olmasının kendi içerisinde mantıklı bir nedene dayandığı söylenebilir. Çünkü uzun süreli deniz taşımasında taşınan eşya, tacirin sermayesinin azalmasına sebebiyet verebilir.

Bahsedilen taşıma belgeleri, saf taşıma belgeleri veya kıymetli evrak niteliğinde olanlar da dahil olmak üzere, geçmiş yüzyılın ortalarından önce ortaya çıkmıştır. Kağıtların irade beyanlarını belgelemek ve taşımak için kullanılması, ticarete önemli bir adımdır ve tüccarlar ile taşıyıcılar arasındaki iş bölümünü sağlamıştır. Modern ekonomik yaşam, dijitalleşmenin etkisiyle büyük bir dönüşüm geçirmektedir. Bu dönüşüm, uluslararası taşımacılık sektöründe de kendini göstermekte ve kâğıt tabanlı taşıma belgelerinin yerini elektronik taşıma belgelerine bırakmasına neden olmaktadır. Bir zamanlar kâğıt üzerinde düzenlenen ve taşınan hava yük senedi gibi taşıma belgeleri artık elektronik ortamda oluşturulmakta ve paylaşılabilir. Benzer durum, elektronik CIM hamule senedi, elektronik CMR sevk mektubu ve elektronik konişmentonun ortaya çıkmasında da etkili olmuştur. Elektronik taşıma belgelerine ilişkin düzenlemeler uluslararası anlaşmalarda; 1999 CIM,

1999 Montreal Konvansiyonu, 2000 CMNI, 2008 CMR Ek Protokolü, 2009 Rotterdam Kuralları şeklinde düzenlenmiştir.

Elektronik taşıma belgelerine geçiş, finansal işlemleri kolaylaştırma, maliyetleri düşürme ve verimliliği artırma potansiyeline sahiptir. Ancak bu dönüşüm, bu dijital varlıkların özgünlüğünü, güvenliğini ve bütünlüğünü sağlamada önemli yasal ve teknik zorlukları da beraberinde getirmektedir. Elektronik belge, belgelerin sahteciliği ve kimlik doğrulama gibi konularda yeni zorlukları da beraberinde getirmektedir. Mevcut deneyimler ışığında, elektronik belgelerin uluslararası ticarete güvenli bir şekilde kullanılabilmesi için, bu belgelerin merkezi bir kuruluş tarafından idare edilmesi, emanete alınması ve doğrulanması gerekmektedir.

## SEÇİLMİŞ KAYNAKÇA

- Adıgüzel, Burak. *Multimodal Taşımalarda Taşıyıcının (MTO) Sorumluluğu*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2015.
- Akkurt, Sami. *Türk Sivil Havacılık Mevzuatı ve Uluslararası Konvansiyonlar Kapsamında Sivil Havayolu ile Yolcu Taşımacılığında Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014.
- Arkan, Sabih. *Demiryoluyla Yapılan Uluslararası Eşya Taşımaları*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1987.
- Dubischar, Roland. *Grundriss des gesamten Gütertransportrechts*. Frankfurt am Main: Metzner, 1987.
- Ekşi, Nuray. *Demiryoluyla Uluslararası Eşya Taşıma (CIM 1999)*. İstanbul: Beta, 2020.
- Karan, Hakan. *Elektronik Konişmento*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2024.
- Karan, Hakan, Özgenur Kara, ve İzel Varan. *Karayolunda Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmesi Hakkında Konvansiyon–CMR Şerhi*. 2. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- Kender, Rayegân, Ergon Çetingil, ve Emine Yazıcıoğlu. *Deniz Ticareti Hukuku–Temel Bilgiler (Cilt 1)*. İstanbul: Oniki Levha, 2017.
- Stelzel, Philip. *CMNI–Theorie und Anwendung in der Donaupraxis*. Vienna: Institut für Transportwirtschaft und Logistik. 2011. doi: 10.57938/0ba5dbce-e7cd-49de-b95b-557e0dd567fe
- Turhan, Gökhan. *Uluslararası Hava Yolu Taşımalarında Taşıyıcının Yüke İlişkin Sorumluluğu*. İstanbul: Oniki Levha, 2016.
- Ülgen, Hüseyin. *Hava Taşıma Sözleşmesi*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1987.
- Wieske, Thomas. “Papiere im Frachtrecht.” *Schaden im Waretransport* içinde, yazar Andreas Furrer Barbara Klett, 81-110. Zürich: Schulthess, 2016.



**Yitirdiklerimiz**

*In loving memory of our late colleagues*



Yitirdiklerimiz



**Av. Güven ŞAĞBAN (33563)**  
1969–2024



**Av. İsa SARI (18895)**  
1978–2024



**Av. Ali Güner TEKİN (28266)**  
1956–2024



**Av. Çetin KARAKUŞ (3995)**  
1944–2024



**Av. Mehmet Güven ÇINAR (4125)**  
1944–2024



**Av. Erol ARSLAN (12880)**  
1969–2024



Yitirdiklerimiz



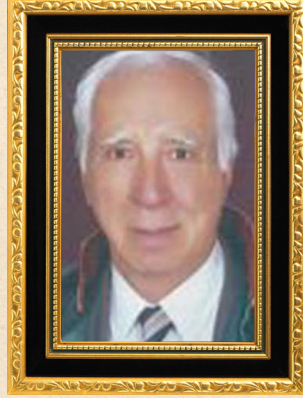
**Av. Tugay ATEŞ (3336)**  
1942–2024



**Av. Metin TULGAY (8968)**  
1963–2024



**Av. Hüseyin SAYIN (8362)**  
1935–2024



**Av. Ekrem Şevket YÜCESOY (7058)**  
1934–2024



**Av. Kemal AKALIN (6422)**  
1948–2024



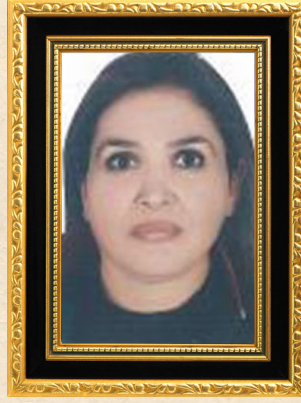
**Av. Hasan Egemen MAĞAT (7035)**  
1956–2024



Yitirdiklerimiz



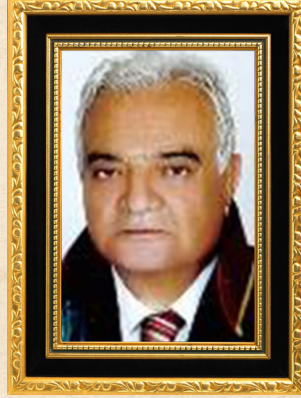
**Av. Hasan KAYIKET (2510)**  
1926–2024



**Av. Sevgi ERDENK (10134)**  
1964–2024



**Av. Mustafa DOĞAN (16130)**  
1942–2024



**Av. Servet BORA (7504)**  
1939–2024





Atatürk Bulvarı No: 40 Adliye Sarayı  
Kat:5 Sıhhiye-ANKARA / TÜRKİYE



T 0312 416 72 00  
F 0312 416 72 80



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