

İSTANBUL MEDENİYET ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt 9, Mart, Sayı 1
Vol. 9, March, No. 1

İstanbul
Mart 2024

Dergiye yapılan atıflarda “İMHFĐ” kısaltması kullanılmalıdır.

“İMHFĐ” abbreviation should be used in reference to the journal.

Bu dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir. İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, makalelerde yer alan görüşlerden sorumlu değildir.

Articles published in this journal represent only the views of the contributors. İstanbul Medeniyet University Faculty of Law is not responsible for the views in the articles.



Copyright © 2024

Tüm hakları saklıdır. Bu yayının hiçbir bölümü İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Prof. Dr. Nur Zeliha KAMAN’ın yazılı izni olmadan, fotokopi yoluyla veya elektronik, mekanik vesair suretlerle kısmen veya tamamen çoğaltılamaz, dağıtılamaz, kayda alınamaz. Normal ve kanuni alıntılarda kaynak göstermek zorunludur.

All rights reserved. No part of this publication may be copied, reproduced, stored in a retrieval system or transmitted, in any form or by means, without the prior expressed permission in writing of the İstanbul Medeniyet University Faculty of Law and Prof. Dr. Nur Zeliha KAMAN. It is obligatory to show footnotes for regular or legal quotations.

İSTANBUL MEDENİYET ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

İstanbul Medeniyet Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi
Yayın Sahibi

İstanbul Medeniyet Üniversitesi
Hukuk Fakültesi adına
Prof. Dr. Nur Zeliha KAMAN

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü
Dr. Öğr. Üyesi Dilek AYDEMİR

Editör

Doç. Dr. Caner TAŞATAN

Editör Yardımcıları

Öğr. Gör. Dr. Ayşe İrem Kıraç FAVRE FELİX
Arş. Gör. Ahmet Burak ALGÜN
Arş. Gör. Emre KÖPRÜCÜ
Arş. Gör. Kadirhan MAVİŞ
Arş. Gör. Melike ERGÜN TOPCU
Arş. Gör. Ebuzer ZENGİN

Yayın Kurulu

Prof. Dr. Şaban KAYIHAN
İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ
İstanbul Üniversitesi
Prof. Dr. Talat CANBOLAT
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mustafa AVCI
Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi
Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Prof. Dr. Sezer ÇABRİ
İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Medeniyet Law Review
Publisher

On behalf of Istanbul Medeniyet University
Faculty of Law
Prof. Dr. Nur Zeliha KAMAN

Responsible Manager

Asst. Prof. Dr. Dilek AYDEMİR

Editor

Assoc. Prof. Dr. Caner TAŞATAN

Editor Assistants

Lect. Dr. Ayşe İrem Kıraç FAVRE FELİX
Res. Asst. Ahmet Burak ALGÜN
Res. Asst. Emre KÖPRÜCÜ
Res. Asst. Kadirhan MAVİŞ
Res. Asst. Melike ERGÜN TOPCU
Res. Asst. Ebuzer ZENGİN

Editorial Board

Prof. Dr. Şaban KAYIHAN
İstanbul Medeniyet University Faculty of Law
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ
İstanbul University
Prof. Dr. Talat CANBOLAT
Marmara University Faculty of Law
Prof. Dr. Mustafa AVCI
Ankara Sosyal Bilimler University
Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER
Selçuk University Faculty of Law
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ
Ankara Hacı Bayram Veli University
Prof. Dr. Sezer ÇABRİ
İstanbul Medeniyet University Faculty of Law

Dil Editörleri*İngilizce*

Prof. Dr. Ferna İPEKEL KAYALI

Dr. Öğr. Üyesi Ekrem SOLAK

Almanca

Öğr. Gör. Dr. Melike ŞENTÜRK TUR

Arş. Gör. Dr. Kübra TUNÇ

Fransızca

Doç. Dr. Halil ALTINDAĞ

Language Editors*English*

Prof. Dr. Ferna İPEKEL KAYALI

Asst. Prof. Dr. Ekrem SOLAK

German

Lect. Dr. Melike ŞENTÜRK TUR

Res. Asst. Dr. Kübra TUNÇ

French

Assoc. Prof. Dr. Halil ALTINDAĞ

Yayımcının Adı

İstanbul Medeniyet Üniversitesi

Hukuk Fakültesi

Name of Publishing Company

İstanbul Medeniyet Üniversitesi

Hukuk Fakültesi

Basımcının Adı

Renk Matbaası

Printed by

Renk Matbaası

Yönetim Yeri

İstanbul Medeniyet Üniversitesi

Hukuk Fakültesi, İstanbul Medeniyet

Üniversitesi Kuzey Yerleşkesi Ünalın Mah.

Ünalın Sok. D-100 Karayolu Yanyol 34700

Üsküdar/İstanbul

Place of Management

İstanbul Medeniyet Üniversitesi

Hukuk Fakültesi, İstanbul Medeniyet

Üniversitesi Kuzey Yerleşkesi Ünalın Mah.

Ünalın Sok. D-100 Karayolu Yanyol 34700

Üsküdar/İstanbul

Yayın Türü

İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk

Fakültesi Dergisi, TÜBİTAK-ULAKBİM TR

Hukuk Dizininde taranan ulusal hakemli dergi

statüsünde, Mart-Eylül aylarında yılda iki sayı

olarak yayımlanan bir hukuk dergisidir.

Type of Publication

Medeniyet Law Review is a peer reviewed

national law journal, published bi-annually, in

March and September and cited in the

TUBITAK-ULAKBİM TR Index Legal

Database.

ISSN: 2757-7082**Basım Tarihi: Mart 2024**

İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İstanbul Medeniyet Üniversitesi Kuzey Yerleşkesi Ünalın Mah. Ünalın Sok.

D-100 Karayolu Yanyol 34700 Üsküdar/İstanbul

E-mail: hukukdergi@medeniyet.edu.tr**URL:** https://hukukdergi.medeniyet.edu.tr/tr**DergiPark:** https://dergipark.org.tr/tr/pub/imhfd

Danışma Kurulu / Advisory Board

Prof. Dr. Abdurrahman EREN	<i>İstanbul Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Abuzer KENDİGELEN	<i>İstanbul Üniversitesi</i>
Prof. Dr. A. Can TUNCAY	<i>Bahçeşehir Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Adnan DEYNEKLİ	<i>Bahçeşehir Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Adnan TUĞ	<i>Hacı Bayram Veli Üniversitesi E.</i>
Prof. Dr. A. Hamdi TOPAL	<i>İstanbul Medeniyet Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ahmet KOÇ	<i>İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ahmet Ulvi TÜRKBAĞ	<i>Galatasaray Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ali Cengiz KÖSEOĞLU	<i>Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ali GÜZEL	<i>Kadir Has Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER	<i>Yaşar Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ali PASLI	<i>İstanbul Üniversitesi</i>
Prof. Dr. A. Nizamettin AKTAY	<i>Antalya Bilim Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Arslan KAYA	<i>İstanbul Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Aydın BAŞBUĞ	<i>İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Aydın GÜLAN	<i>İstanbul Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ayhan DÖNER	<i>Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Celal ERBAY	<i>İstanbul Yeniüzyıl Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Cem BAYGIN	<i>Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Cemil KAYA	<i>İstanbul Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Cevdet YAVUZ	<i>İstanbul Medipol Üniversitesi</i>
Prof. Dr. C. İlhan GÜNAY	<i>Hasan Kalyoncu Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Emre ESEN	<i>İstanbul Üniversitesi</i>
Prof. Dr. E. Murat ENGİN	<i>Galatasaray Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ercan AKYİĞİT	<i>MEF Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ	<i>İstanbul Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Fevzi DEMİR	<i>Yaşar Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Fevzi ŞAHLANAN	<i>İstanbul Okan Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Fuat BAYRAM	<i>Kocaeli Sağlık ve Teknoloji Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Füsün NOMER ERTAN	<i>İstanbul Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Hakan HAKERİ	<i>Özyeğin Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Halil AKKANAT	<i>İstanbul Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Halil KALABALIK	<i>Sakarya Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU	<i>Çankaya Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Hasan HACAK	<i>Marmara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Hasan TUNÇ	<i>Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi</i>
Prof. Dr. H. İbrahim SARIOĞLU	<i>İstanbul Üniversitesi</i>
Prof. Dr. H. Nuri YAŞAR	<i>Marmara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. İbrahim KAYA	<i>İstanbul Üniversitesi</i>
Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY	<i>Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi</i>
Prof. Dr. İbrahim SUBAŞI	<i>İstanbul Medeniyet Üniversitesi</i>
Prof. Dr. İsmail KAYAR	<i>İstanbul Aydın Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Kadir ARICI	<i>Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Levent AKIN	<i>Ankara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Mahmut KABAĞÇI	<i>İstanbul Teknik Üniversitesi</i>

Prof. Dr. Mahmut KOCA	<i>İstanbul Medipol Üniversitesi</i>
Prof. Dr. M. Akif AYDIN	<i>İstanbul Medipol Üniversitesi</i>
Prof. Dr. M. Deniz YENER	<i>Marmara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. M. Erdem ÖZDEMİR	<i>Marmara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Mehmet AKMAN	<i>Marmara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR	<i>Yeditepe Üniversitesi</i>
Prof. Dr. M. Kamil YILDIRIM	<i>Marmara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. M. Nusret BEDÜK	<i>Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi</i>
Prof. Dr. M. Zeki AYDIN	<i>Selçuk Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Melikşah YASİN	<i>İstanbul Üniversitesi</i>
Prof. Dr. M. Fatih UŞAN	<i>Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Murat BALCI	<i>Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Murat DOĞAN	<i>Erciyes Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Murat YAVAŞ	<i>Marmara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Mustafa ALP	<i>Dokuz Eylül Üniversitesi</i>
Prof. Dr. M. Fadıl YILDIRIM	<i>Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Mustafa KOÇAK	<i>İstanbul Okan Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Mustafa TOPALOĞLU	<i>Özyeğin Üniversitesi</i>
Prof. Dr. N. Binnur TULUKCU	<i>Selçuk Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Necla AKDAĞ GÜNEY	<i>İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Nihat BULUT	<i>İstanbul Medipol Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Nurşen CANIKLIOĞLU	<i>Marmara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ömer ANAYURT	<i>Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ	<i>İstanbul Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ömer ÖZKAN	<i>Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Rauf KARASU	<i>Hacettepe Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN	<i>Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Refik KORKUSUZ	<i>Dokuz Eylül Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Sabahattin YÜREKLİ	<i>Bursa Uludağ Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Saim OCAK	<i>Marmara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Serap KESKİN KIZIROĞLU	<i>İstanbul Okan Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Sururi AKTAŞ	<i>Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Süleyman BAŞTERZİ	<i>Ankara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Şafak NARBAY	<i>Sakarya Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Şahin AKINCI	<i>İstanbul Ticaret Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Tankut CENTEL	<i>Koç Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Turan YILDIRIM	<i>Marmara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ümit GEZDER	<i>İstanbul Medeniyet Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ünal NARMANLIOĞLU	<i>Yaşar Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Vahit DOĞAN	<i>İstanbul Aydın Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Yavuz ATAR	<i>İbn Haldun Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Yusuf ÇALIŞKAN	<i>İstanbul Medeniyet Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Yücel OĞURLU	<i>İstanbul Ticaret Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Zekerriya ARI	<i>Bursa Uludağ Üniversitesi</i>

YAYIN POLİTİKASI

1. İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, TÜBİTAK-ULAKBİM TR Hukuk Dizininde taranan ulusal hakemli dergi statüsünde, Mart-Eylül aylarında yılda iki sayı olarak yayımlanan bir hukuk dergisidir.
2. Dergiye gönderilen makaleler başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Makalenin dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.
3. İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, açık erişim ilkesini benimsediği için derginin tüm içeriğini okurlara ücretsiz olarak sunar. Okurlar, ticari amaç haricinde, yayıncı ya da yazardan izin almaksızın dergide bulunan makalelerin tam metnini okuyabilir, makaleleri kopyalayabilir, indirebilir, arayabilir ve bunlara bağlantı sağlayabilir.
4. Dergiye gönderilen makalelerin başına 200-250 kelimedenden oluşan Öz, Özlerin yazıldığı dillerde başlık ve özün altına beşer anahtar kelime eklenmelidir. Anahtar kelimeler tercihen alana ait dizinlerden seçilerek verilmelidir. Yazılan makalelerin yazıldığı dildeki öze ek olarak İngilizce veya Türkçe öz eklenmesi gerekmektedir.
5. Yazılar Microsoft Word Programında, ana metin Times New Roman karakterinde 12 punto ve 1,5 satır aralığında, dipnotlar Times New Roman karakterinde 10 punto ve 1 satır aralığında iki yana yaslı olarak hazırlanmış, sayfa marjları A4 boyutu üzerinden üst ve soldan (4) cm., alt ve sağdan (3) cm. olarak ayarlanmış bir şekilde CD veya elektronik posta ile editöre gönderilmelidir.
6. Yazının başlığı siyah ve tümü büyük harf olacak şekilde hazırlanmalıdır. Başlığın hemen altında sayfanın sağında yazar adı belirtilmeli ve soyadın sonuna bir yıldızlı dipnot konularak dipnotta yazarın görev yaptığı kurum, unvanı, ORCID numarası ve iletişim (e-posta) bilgisi belirtilmelidir.
7. Yazarlar unvanlarını, görev yaptıkları kurumu, iletişim adreslerini, telefon numaralarını ve elektronik posta adreslerini bildirmelidirler.
8. Yazarların dergiye gönderdikleri yazılarının denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle basıma hazır olarak verdikleri kabul edilir. Yayın kurulu tarafından yapılan ön incelemede derginin yayın ilkelerine uygun olarak düzenlenmemiş olduğu tespit edilen yazılar hakeme gönderilmeden önce yayın ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir.

9. Yayın kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan makaleler kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak uzman iki hakeme gönderilecek ve onların onayı ile yayımlanabilecektir. Eğer hakemlerden biri olumsuz görüş bildirirse üçüncü bir hakemin görüşüne başvurulacak ve onun görüşü belirleyici olacaktır. Yazarlara makalenin hangi hakeme gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez.
10. Hakem raporunda düzeltme istenmesi durumunda yazar tarafından sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapılabilecektir. Hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, yazardan rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilecek ve yazar durumdan en kısa sürede haberdar edilecektir.
11. Makalenin sonunda makalede kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir. Kaynakça eserlere yapılan ilk atıflara uygun olarak düzenlenmelidir. Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar ise her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir. Atıflar ve kaynakça Chicago atıf sistemine uygun olarak yapılmalıdır.
12. Başlıklandırma sistemi şu şekilde olmalıdır: **I. A. 1. a. (a) i.**
13. Dipnot atıfları aşağıdaki şekilde düzenlenmelidir:
 - a. **Kitap atıflarında:**
 - aa. **Metin içindeki ilk atıflarda:**

ŞANLI, Cemal, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, 5. Basım, Beta Yayınları, İstanbul, 2013, s. 5.
 - bb. **Sonraki atıflarda:**

ŞANLI, s. 24.
 - b. **Makale atıflarında:**
 - aa. **Metin içindeki ilk atıflarda:**

TOPUZ, Murat, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Pazarlamacılık Sözleşmesi (TBK m. 448-460)” **MÜHF-HAD**, Y. 2013, C. 19, S. 1, s. 298.
 - bb. **Sonraki atıflarda:**

TOPUZ, s. 298.

c. Elektronik kaynakların atıflarında:**aa. Metin içindeki ilk atıflarda:**

GÖZLER, Kemal, “Hukuk Okumak İsteyen Üniversite Adaylarına Fakülte Tercih Konusunda Uyarılar”, (Çevrimiçi) <http://www.anayasa.gen.tr/tercih-rehberi.htm>, E.T. 03.03.2014.

bb. Sonraki atıflarda:

GÖZLER, s. 8.

d. Aynı yazarın birden çok çalışmasından yararlanılmış ise, çalışmanın ismi, yazarın diğer çalışmalarından ayırt edilmesini sağlayacak şekilde kısaltılarak kullanılmalıdır.

GÖZLER, *Anayasa Hukukunun...*, s. 76.

e. Birden fazla yazar tarafından hazırlanmış çalışmalarda, tüm yazarların ad ve soyadları tam olarak yazılmalıdır.

KURU, Baki / ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder, **Medeni Usul Hukuku (Ders Kitabı)**, 25. Baskı, Yetkin Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 145.

f. Mahkeme kararı: Yar. 1. HD, E. 2015/1456, K. 2017/7086, 05.12.2017 (Kazancı).**g. T. C. Resmi Gazete:** RG. 02.01.2019, S. 30643.

EDITORIAL POLICY

1. Medeniyet Law Review is a peer-reviewed national law journal, published bi-annually, in March and September and cited in the TUBITAK-ULAKBIM TR Index Legal Database.
2. Papers submitted to the journal shall neither have been published nor currently be under evaluation for publishing elsewhere. Having submitted article to the journal, author refers his commitment in this regard.
3. Medeniyet Law Review, embracing open access policy, provides all content of the review to the readers free of charge. Readers, except for commercial use may read, copy, download, search, and make connection to all the articles in the journal without the permission of the writer or the publisher.
4. The papers submitted to the journal with abstracts consisting of at least 200-250 words and five key words shall be attached to the beginning of the paper. In addition to abstracts of papers for the language it is written, abstracts in English or Turkish shall also be attached.
5. Each paper should be submitted as a Word document to the editor via CD or e-mail. Papers should be written according to the following style guidelines: **Paper size:** A4, **Top:** 4 cm; **Bottom:** 3 cm; **Left:** 4 cm; **Right:** 3 cm **Text body:** Times New Roman, 12 points, at 1.5 line spacing, justified, **Footnotes:** Times New Roman, 10 points, at 1 line spacing, justified.
6. The title of the paper shall all be written with black uppercase letters. The author's name shall be listed just below to the title and there shall be a mark to the end of the last name, indicating the title of the writer, his/her institutional affiliation, ORCID number and e mail address.
7. Details of the author's institutional affiliation, full address and other contact information shall also be mentioned in the submissions.
8. All submissions are regarded as ready to publish and already proofread by the author himself or herself. The pre-evaluation of all submissions to Medeniyet Law Review will be performed by the Editorial Board and the submissions that are unacceptable on the basis of the General Principles of Publication will be send back to the author to be corrected in accordance with the principles of publication.

9. Papers approved through the first evaluation shall be sent to one referee with the name of the writer extracted from the text according to the blind peer review principle and can only be published with his approval.
10. According to the referee's final report, demanding corrections from the author, publishing or rejection of the paper shall be decided and the author shall be informed of the situation as soon as possible.
11. At the end of the paper there shall be a bibliography, arranged in alphabetical order according to the surname of the writer. Bibliography should be arranged in accordance with the first reference to works. Citations in the paper shall be shown in the footnotes at the end of each page. Bibliography and references should be arranged in accordance with the Chicago Manual of Style.
12. Heading format should be as: **I. A. 1. a. (a) i.**
13. Footnotes should be arranged as follows:
 - a. **For books:**
 - aa. **For the first footnote:**

BORN, Gary B., **International Commercial Arbitration**, 2. Edition, Kluwer Law International, 2014, p. 62.
 - bb. **For following footnotes of the same work:**

BORN, p. 62.
 - b. **For papers:**
 - aa. **For the first footnote:**

WRIGHT, David, "Another wrong step: equitable compensation following a breach of trust ", **Trusts & Trustees**, Vol. 21, Issue 7, Pp. 825-843, 2015, p. 831.
 - bb. **For following footnotes of the same work:**

WRIGHT, p. 298.
 - c. **For web pages:**
 - aa. **For the first footnote:**

LORCHER, Torsten, "Arbitration in Germany",
https://eguides.cmslegal.com/pdf/arbitration_volume_I/CMS%20GtA_Vol%20I_GERMANY.pdf, Access Date: 03.03.2014.

- bb. For following footnotes of the same work:**
LORCHER, p. 9.
- d. If multiple works of one author are to be cited in the paper, the name of the cited work should be shortened in the way that allows the distinction of author's other studies.**
CHEMERINSKY, *Constitutional Law...*, p. 76.
CHEMERINSKY, *Criminal Procedure...*, p. 35.
- e. If studies prepared by multiple authors are to be cited, the names and surnames of all writers should be stated.**
aa. For the first footnote:
MILLER, Angharad / OATS, Lynne, **Principles of International Taxation**, 25.
Edition, Tottel Publishing, 2006, p. 145.
bb. For following footnotes of the same work:
MILLER / OATS, s. 145.
- f. Citing a court case:** Yar. 1. HD, E. 2015/1456, K. 2017/7086, 05.12.2017 (Kazancı).
- g. Official Gazette of the Republic of Turkey:** RG. 02.01.2019, S. 30643.

DERGİMİZİN AMACI

TÜBİTAK-ULAKBİM TR Hukuk Dizini'nde taranan ulusal hakemli dergi statüsünde, Mart-Eylül aylarında yılda iki sayı olarak yayımlanan bir hukuk dergisi olan İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, hukukun yardımcı kaynağı olarak kabul edilen hukuk alanındaki bilim insanlarının görüş, düşünce ve kanaatlerinden oluşan hukuk doktrinine alanlarında uzman kişilerin hakemliklerinden geçmiş makaleler ulaştırmayı hedeflemektedir.

Derginin danışma kurulunu farklı alanlardan ve farklı ülkelerden bilim insanları oluşturmaktadır. Akademik alandaki çeşitli görüş ve değerlendirmeler öncelikle akademik alanda çalışan bilim insanlarına katkı sağlayacak olup, hukuk alanında öğrenim gören lisans ve lisansüstü seviyesindeki öğrenciler ile mesleğini icra eden avukat, hâkim ve savcılara da uygulamada değerlendirebilecekleri ve yararlanabilecekleri farklı kanaatler sunacaktır.

Bunun yanında, dergimizde yer alacak bilimsel eserler ile ülkemizin uluslararası alanda üretilen fikirler ile entegre olmasına yardımcı olması, akademisyenlerin, araştırmacıların ve öğrencilerin yararlanmasına açık olması, üniversitemizin ve fakültemizin tanınırlığı ve başarılarını artmasına hizmet etmesi amaçlanmaktadır.

DERGİMİZ HAKKINDA / ABOUT OUR JOURNAL

İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, TÜBİTAK-ULAKBİM TR Hukuk Dizininde taranan ulusal hakemli dergi statüsünde, Mart-Eylül aylarında yılda iki sayı olarak yayınlanan bir hukuk dergisidir. Türkçe, İngilizce, Almanca ve Fransızca dillerinde yazılmış olan hukuk alanını ilgilendiren içerikte her türlü makale, karar incelemesi, kitap incelemesi ve çeviriler hakem denetiminden geçerek yayınlanmaktadır.

Medeniyet Law Review is a peer reviewed national law journal, published bi-annually, in March and September and cited in the TUBITAK-ULAKBIM TR Index Legal Database. Articles, case notes, and comments, discussions of legislative development, book reviews, and another similar type of papers, which are written in Turkish, English, German and French, are published after peer-review.

DERGİMİZİN TARİHÇESİ / HISTORY OF OUR JOURNAL

Dergimiz, Temmuz 2016 -Temmuz 2019 tarihleri arasında Medeniyet Law Review (MLR) adıyla ve ISSN-2458-7958 numarası ile yayımlanmıştır. Ocak 2020 sayısından itibaren İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (İM HFD) adını, Mart 2021 sayısından itibaren ise ISSN-2757-7082 numarasını kullanmaktadır. Dergimiz, Mart 2021 sayısı itibarıyla TÜBİTAK-ULAKBİM TR Hukuk Dizininde taranmaktadır.

Our journal was published under the name Medeniyet Law Review (MLR) and numbered ISSN-2458-7958 between July 2016 and July 2019. Since January 2020 issue, the Journal of Medeniyet Law Review (MLR) has been using as the name of the journal and since the March 2021 issue, the number ISSN-2757-7082 has been using. Our journal has been cited in the TUBITAK-ULAKBIM TR Index Legal Database since March 2021 Issue.

SUNUŞ

TÜBİTAK-ULAKBİM TR Hukuk Dizininde taranan ulusal hakemli dergi statüsünde, Mart-Eylül aylarında yılda iki sayı olarak yayınlanan bir hukuk dergisi olan İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin yeni sayısını sizlerle buluşturmanın sevincini yaşıyoruz.

İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 9 S. 1 olarak sizlere sunduğumuz bu sayıda, Perçem ARMAN'ın "*Birleşmiş Milletler'in Temiz, Sağlıklı ve Sürdürülebilir Bir Çevre Hakkını Bir İnsan Hakkı Olarak Tanıması*" başlıklı makalesi; Korhan YEĞRİM'in "*Dolandırıcılık Suçunun Sigorta Bedelini Almak Maksadıyla İşlenmesi*" başlıklı makalesi; Gözde ÇAĞLAYAN AYGÜN ve Refia Tayyibe ÖNDER'in "*Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu Bakımından Defansif Tıp Uygulamaları*" başlıklı makalesi; Barış DEMİRSATAN'ın "*Vakıf Yönetim Organını Oluşturan Kişilerin Vakıf Tüzel Kişisine Karşı Hukuki Sorumluluğu*" başlıklı makalesi; Muzaffer EROĞLU ve Alptekin KÖKSAL'ın "*Ex-Post Application of Structural Remedies to Large Online Platforms at a National Level*" başlıklı makalesi; Özcan GÜNERGÖK'ün "*Paranın Değer Kaybı Bağlamında Aşkın Zarar*" başlıklı makalesi; Serpil IŞIK'ın "*Hükümün Tamamlanmasına Müracaat Bakımından Gerekli Olan Talep Şartı: Türk ve Alman Medenî Usûl Hukuku (HMK m. 305/A; dZPO §321) Kapsamında Değerlendirmeler*" başlıklı makalesi; Tuğçem SEÇER'in "*Eşlerin Soyadı ve Kanun Metni Önerisi*" başlıklı makalesi; Mehmet Deniz YENER ve Yasin BÜYÜK'ün "*Yüklenicinin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Alacağına Devretmesinde Garanti Sorumluluğu*" başlıklı makalesi olmak üzere dokuz özgün araştırma makalesi yer almaktadır.

Dergimizin bu sayısına katkı veren yazarlarımıza ve incelemelerini titizlikle yapan hakemlerimize teşekkürlerimizi sunuyoruz.

Editörler Kurulu

İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Cilt 9, Mart, Sayı 1

Medeniyet Law Review
Vol. 9, March, No. 1

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

MAKALELER / ARTICLES

Kamu Hukuku / Public Law

Araştırma Makalesi / Research Article

Birleşmiş Milletler'in Temiz, Sağlıklı ve Sürdürülebilir Bir Çevre Hakkını Bir İnsan Hakkı Olarak Tanıması

United Nations Recognizing the Right to a Clean, Healthy and Sustainable Environment as a Human Right

Perçem ARMAN 3

Araştırma Makalesi / Research Article

Dolandırıcılık Suçunun Sigorta Bedelini Almak Maksuduyla İşlenmesi

Committing the Crime of Fraud with the Intention of Obtaining the Insurance Amount

Korhan YEĞRİM 29

Özel Hukuk / Private Law

Araştırma Makalesi / Research Article

Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu Bakımından Defansif Tıp Uygulamaları

Defensive Medicine Practices in Terms of the Legal Responsibility of Physicians

Gözde ÇAĞLAYAN AYGÜN - Refia Tayyibe ÖNDER 73

Araştırma Makalesi / Research Article

Vakıf Yönetim Organını Oluşturan Kişilerin Vakıf Tüzel Kişisine Karşı Hukuki Sorumluluğu

Civil Liability of the Persons Forming the Foundation Management Body Against the Foundation

Barış DEMİRSATAN 109

Araştırma Makalesi / Research Article

Ex-Post Application of Structural Remedies to Large Online Platforms at a National Level

Büyük Çevrimiçi Platformlara Yapısal Çözümlerin Ulusal Düzeyde Ex-Post Uygulaması

Muzaffer EROĞLU - Alptekin KÖKSAL 135

Araştırma Makalesi / Research Article

Paranın Değer Kaybı Bağlamında Aşkın Zarar

Excess Damage in the Context of the Depreciation of Money

Özcan GÜNERGÖK 171

Araştırma Makalesi / Research Article

**Hükümün Tamamlanmasına Müracaat Bakımından Gerekli Olan Talep Şartı:
Türk ve Alman Medenî Usûl Hukuku (HMK m. 305/A; dZPO §321) Kapsamında Değerlendirmeler**

The Request Condition for the Application for the Completion of the Judgment:

Evaluations Under Turkish and German Civil Procedure Law (art. 305/A of the CCP; dZPO §321)

Serpil IŞIK..... 211

Araştırma Makalesi / Research Article

Eşlerin Soyadı ve Kanun Metni Önerisi

Surname of Spouses and Legislative Proposal

Tuğçem SEÇER..... 253

Araştırma Makalesi / Research Article

**Yüklenicinin Arsa Payı Karşılığın İnşaat Sözleşmesinden Doğan Alacağını Devretmesinde
Garanti Sorumluluğu**

*Warranty Liability of the Contractor in Transferring the Receivables Arising from the Construction
Contract in Return for Land Share*

Mehmet Deniz YENER - Yasin BÜYÜK..... 293

Kamu Hukuku

Public Law

Birleşmiş Milletler'in Temiz, Sağlıklı ve Sürdürülebilir Bir Çevre Hakkını Bir İnsan Hakkı Olarak Tanınması^(*)

United Nations Recognizing the Right to a Clean, Healthy and Sustainable Environment as a Human Right

Perçem ARMAN^(**)

“İnsan, ona fiziksel destek ve entelektüel, ahlaki, sosyal ve ruhsal büyüme fırsatı veren çevresinin hem varlığı hem de şekillendiricisidir. İnsan ırkının bu gezegendeki uzun ve dolambaçlı evriminde öyle bir aşamaya gelmiştir ki, bilim ve teknolojinin hızlı ivmesi sayesinde insan, çevresini sayısız şekilde ve benzeri görülmemiş bir ölçekte dönüştürme gücünü elde etmiştir. İnsanın çevresinin her iki yönü - doğal ve insan yapımı - onun esenliği ve temel insan haklarından, hatta yaşam hakkının kendisinden yararlanması için elzemdir.”

Birleşmiş Milletler İnsan Çevresi
Konferansı Deklarasyonu, 1972
(Stockholm Deklarasyonu)^(***)

Öz:

Bugün artık çevre sorunlarının sadece ulusal bir sorun olmadığı, aksine bütün toplumları etkileyen küresel bir olgu olduğu anlaşılmıştır. Çevrenin devam eden bozulması, insanlığın karşı karşıya olduğu en ciddi sorunlardan biridir. Çok fazla çevresel yıkıma ve çevreyi korumak için atılan birçok adıma tanık olduğumuz bir çağda, temiz bir çevre için yeni bir temel hakkın tanınması gerekip gerekmediği en çok tartışılan konulardan biri haline gelmiştir. Ekim 2021 tarihinde önce Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi 48/13 sayılı bir kararıyla ve sonrasında da Temmuz 2022 tarihinde

^(*) Araştırma Makalesi / *Research Article*
Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 25.07.2023
Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 09.01.2024
DOI: <https://doi.org/10.58733/imhfd.1451533>

Bu makaleye atf için: ARMAN, Perçem, “Birleşmiş Milletler'in Temiz, Sağlıklı ve Sürdürülebilir Bir Çevre Hakkını Bir İnsan Hakkı Olarak Tanınması”, **İMHFD**, C. 9, S. 1, 2024, s. 3-28

^(**) Yrd. Doç. Dr., Yakın Doğu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Uluslararası Hukuk Anabilim Dalı, Lefkoşa - Kıbrıs
E-posta: percem.arman@neu.edu.tr
Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1622-3009>

^(***) Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment (Stockholm Declaration), Stockholm, 16 June 1972, (Çevrimiçi) <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/NL7/300/05/PDF/NL730005.pdf?OpenElement>, E.T. 24.07.2023, parag. 1.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu 76/300 sayılı bir kararıyla temiz, sağlıklı ve sürdürülebilir çevre hakkını bir insan hakkı olarak tanımıştır. Sağlıklı bir çevre hakkına ilişkin Birleşmiş Milletler Genel Kurulu Kararının kabul edilmesi, tanınması ve ulusal yasal çerçevelere dahil edilmesi, bu hakkın herkes tarafından etkili bir şekilde kullanılmasını sağlamak için gereken eylemin yalnızca başlangıcını temsil eder. Bundan sonra ne olacağı, Devletlerin ve işletmeler gibi diğer paydaşların yerel, bölgesel ve uluslararası düzeylerde nasıl yanıt verdiği ve bunlara nasıl uyduğuna bağlı olacaktır. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 76/300 sayılı Kararı temiz, sağlıklı ve sürdürülebilir çevre hakkının kabul edilmesini uzun bir yolculuğun sonu olarak sunsa da, aynı zamanda yeni bir yolculuğun da başlangıcını temsil ediyor. Bu çalışma, uluslararası alanda, Birleşmiş Milletler özelinde, çevre için bir hak arayışında katedilen yol ve bugün gelinen noktayı ele alacaktır.

Anahtar Kelimeler:

Birleşmiş Milletler, Stockholm Deklarasyonu, Uluslararası Çevre Hukuku, İnsan Hakları Hukuku, Çevre Hakkı.

Abstract:

Today, it has been understood that environmental problems are not just a national problem, but a global phenomenon that affects all societies. The ongoing degradation of the environment is one of the most serious problems faced by humanity. In an age where we are witnessing excessive environmental destruction and many steps being taken to protect the environment, whether a new fundamental right to a clean environment should be recognized has become one of the most debated issues. The right to a clean, healthy and sustainable environment has been recognized as a human right in October 2021, first with the UN Human Rights Council Resolution 48/13 and then with the United Nations General Assembly Resolution 76/300 in July 2022. The adoption, recognition and incorporation of the United Nations General Assembly Resolution on the right to a healthy environment represents only the beginning of the action needed to ensure the effective enjoyment of this right by all. What happens next will depend on how States and other stakeholders such as businesses respond and comply at the local, regional and international levels. Although the United Nations General Assembly's Resolution 76/300 presents the recognition of the right to a clean, healthy and sustainable environment as the end of a long journey, it also represents the beginning of a new journey. This study will deal with the path taken and the point reached today in the search for a right for the environment in the international arena, in particular the United Nations.

Keywords:

United Nationsa, Stockholm Declaration, International Environmental Law, Human Rights Law, Right to Environment.

GİRİŞ

Küresel çevre sorunları bugün yalnızca ulusal çevre düzenlemeleriyle çözülememekte ve çevreyi etkili bir şekilde korumak için uluslararası düzeyde eylemler gerekmektedir. İklim değişikliği ve ozon tabakasının incelmeye başlaması, biyoçeşitliliğin kaybı, hava ve denizin zehirli ve tehlikeli bir şekilde kirlenmesi, nehirlerin kirlenmesi ve tatlı su kaynaklarının tükenmesi uluslararası hukukun ele alması gereken konular arasında yer almaktadır. Artık, çevresel tehditlerin ulusal sınırlara saygı göstermediği, bir zamanlar ulusal meseleler olarak görülen konuların uluslararası sonuçları olduğu ve dünyanın, yalnızca uluslararası işbir-

liği yoluyla ele alınabilecek ciddi çevresel sorunlarla karşı karşıya olduğu yaygın olarak kabul edilmektedir¹. Çevresel sorunların büyüklüğü, karmaşıklığı ve çok boyutluluğu karşısında, ulusal alanda yürütülen politikalar bu sorunların çözümünde tek başına yeterli olmamaya başlamış ve çevrenin korunması için uluslararası alanda bir işbirliğinin zorunluluğu doğmuştur².

Çevrenin devam eden bozulması, insanlığın karşı karşıya olduğu en ciddi sorunlardan biridir. Çok fazla çevresel yıkıma ve çevreyi korumak için atılan birçok adıma tanık olduğumuz bir çağda, temiz bir çevre için yeni bir temel hakkın tanınması gerekip gerekmediği en çok tartışılan konulardan biri haline gelmiştir. Ekim 2021 tarihinde önce BM İnsan Hakları Konseyi 48/13 sayılı bir kararıyla ve sonrasında da Temmuz 2022 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu 76/300 sayılı bir kararıyla temiz, sağlıklı ve sürdürülebilir çevre hakkını bir insan hakkı olarak tanımıştır. Bu çalışma, uluslararası alanda, Birleşmiş Milletler özelinde, çevre için bir hak arayışında katedilen yol ve bugün gelinen noktayı ele alacaktır.

I. STOCKHOLM KONFERANSI İLE BAŞLAYAN SÜREÇ

50 yıl geriye gidecek olursak çevreyle ilgili 1972 Birleşmiş Milletler İnsan Çevresi Konferansı'nı diğer adıyla Stockholm Konferansı'nı buluruz. Stockholm Konferansı'nın 50. yılını kutlamak için 2-3 Haziran 2022 tarihlerinde Stockholm'de yeniden "İnsan Çevresi Konferansı" düzenlenmiş ve Konferans "*Stockholm +50: Herkesin Refahı İçin Sağlıklı Bir Gezegen - Sorumluluğumuz, Fırsatımız*" temasıyla gerçekleştirilmiştir. Stockholm +50, çevrenin küresel olarak birbirine bağlı olduğunu ve ortak çevremizin üçlü krizini - iklim değişikliği, biyoçeşitlilik kaybı ve kirlilik - şimdiki ve gelecek nesiller için toplu olarak ele alma ihtiyacını vurgulamış ve bu konferans sonucunda, bir dizi tavsiye ortaya çıkmıştır. 2. Tavsiye "*1972 Stockholm Bildirisi'nin 1. ilkesinde ifade edilen vizyonu yerine getirerek temiz, sağlıklı ve sürdürülebilir bir çevre hakkını tanımak ve uygulamak*" olmuştur³.

¹ SANDS, Philippe / PEEL, Jacqueline, FABRA, Adriana / MACKENZIE, Ruth, **Principles of International Environmental Law**, Cambridge University Press, Cambridge, 2018, s. 3-4; KOIVUROVA, Timo, **Introduction to of International Environmental Law**, Routledge, London, 2014, s. 32.

² PAZARCI, Hüseyin, "Çevre Sorunlarının Uluslararası Boyutları ve Uluslararası Hukuk", **AÜ. SBF. Yayınları** (Fehmi Yavuz'a Armağan), Y. 1983, s. 203; GÜNEŞ, Ahmet M., "Uluslararası Çevre Hukuku Üzerine Bir İnceleme", **İÜHFİM**, y. 2012, C. LXX, S. 1, s. 83; KAYPAK, Şafak, "Çevre Hukukunun Ulusal ve Uluslararası Boyutları", **Adıyaman Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Y. 2012, S. 10, s. 206.

³ United Nations, "Stockholm+50: a healthy planet for the prosperity of all - our responsibility, our opportunity Stockholm", Report, 2 and 3 June 2022, (Çevrimiçi) https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/40618/Stockholm50_Report.pdf?sequence=1&isAllowed=y, E.T. 24.07.2023.

Sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı uluslararası düzeyde çevreyle ilgili ilk BM toplantısı olan Stockholm Konferansı'nda dile getirilmiştir⁴. Stockholm Konferansı'na kadar dünya ulusları, çevreyi yönetmek için düşünülmüş, kapsamlı politikalardan yoksun kalmıştır⁵.

Bu konferans sonucunda kabul edilen Stockholm Bildirisi'nin önsözünde “... çevre insanın esenliği ve temel insan haklarından, hatta yaşam hakkının kendisinden yararlanması için elzemdir. Çevrenin korunması ve iyileştirilmesi, tüm dünyada insanların refahını ve ekonomik kalkınmayı etkileyen önemli bir konudur; tüm dünyaya halklarının acil isteği ve tüm hükümetlerin görevidir⁶.” demektedir. Bunun yanında Bildiri'nin 1. İlkesi insanın, onurlu ve refah içinde bir yaşama izin veren nitelikli bir çevrede özgürlük, eşitlik ve yeterli yaşam koşulları temel hakkına sahip olduğunu ve çevreyi şimdiki ve gelecek nesiller için korumak ve geliştirmek konusunda ciddi bir sorumluluk taşıdığını belirtmektedir. Bildiri'nin 24. İlkesi de çevrenin korunması ve iyileştirilmesine ilişkin uluslararası konuların tüm ülkelerin işbirliği içinde ele alınması öngörülmektedir.

Bağlayıcılığı olmamakla birlikte, Bildiri'nin önsözünde çevrenin korunması ile insan haklarından yararlanma arasındaki yakın ilişki kabul edilerek, sağlıklı bir çevrenin insan yaşamından yararlanılması için gerekli olduğu kaydedilmiştir. Bildirinin 1. İlkesi bir çevre hakkını doğrudan ilan etmese de bir tür “çevresel hak”a atıfta bulunmakta⁷ ve en azından insan haklarının çevreden bağımsız olmakla birlikte aslında çevreyle bağlantılı olduğunun kabulünü yansıtmaktadır⁸. Stockholm Bildirisi bugün, uluslararası çevre hukukunun temeli olarak kabul edilmektedir⁹.

⁴ Konferansa Türkiye de dahil 113 devlet katılmıştır: Stockholm Conference, Participant List, (Çevrimiçi) <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/NL3/217/10/PDF/NL321710.pdf?OpenElement>, E.T. 24.07.2023.

⁵ Genel olarak bkz. SANDS / PEEL / FABRA / MACKENZIE, s. 21-29.

⁶ Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment (Stockholm Declaration), parag. 1 & 2.

⁷ ATAPATTU, Sumudu / SCHAPPER, Andrea, **Human Rights and the Environment**, Routledge, London, 2019, s. 68; ÖZDEK, E. Yasemin, **İnsan Hakkı Olarak Çevre Hakkı**, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1993, s. 72.

⁸ Bu konuda birçok uluslararası çalıştay bulunmaktadır. İnsan hakları, çevrenin korunması ve sürdürülebilir kalkınma arasındaki bağlantının giderek daha fazla kabul edildiğini belgeleyen, İnsan Hakları Yüksek Komiserliği Ofisi (OHCHR) ve Birleşmiş Milletler Çevre Programı (UNEP) tarafından düzenlenen insan hakları ve çevre konulu 2002 ortak semineri bunlardan biridir. OHCHR and UNEP, “Promotion and Protection of Human Rights Science and Environment: Report of the Joint OHCHR and UNEP Seminar on Human Rights and the Environment”, U.N. Doc. E/CN.4/2002/WP.7 (Jan. 16, 2002), (Çevrimiçi) http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Environment/Reportonjoint_OHCHR-UNEPseminar2002.pdf, E.T. 24.07.2023. BRATSPIES, Rebecca, “Do We need a Right to a Healthy Environment?”, **Santa Clara Journal of International Law**, Y. 2015, V. 13, 31-69, s. 58; ÖZDEK, 72.

⁹ ATAPATTU / SCHAPPER, s. 35; ÖZDEK, s. 73.

Stockholm Konferansı, belirlediği 26 ilke ile uluslararası çevre hukukunun gelişim haritasını belirlemiş ve bölgesel ve küresel düzeyde uluslararası faaliyetler için zemin hazırlamıştır¹⁰. Birleşmiş Milletler Çevre Programı'nın (United Nations Environment Programme, UNEP) oluşturulması Stockholm Konferansı'nın en önemli başarısıydı¹¹. Kuruluşundan bu yana, UNEP, çevre gündemini belirleyen, BM sistemi içinde sürdürülebilir kalkınmanın çevresel boyutunun tutarlı bir şekilde uygulanmasını destekleyen ve küresel çevre için yetkili bir savunucu olarak hizmet eden küresel bir otoritedir¹². UNEP, otuzdan fazla bölgesel antlaşmanın yanı sıra ozon tabakasının incelenmesi, tehlikeli atık ticareti ve biyoçeşitliliği ele alan önemli küresel antlaşmaların oluşturulmasından sorumlu olmuştur¹³.

Stockholm Konferansı'ndan on yıl sonra, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, "insanın doğanın bir parçası olduğunun farkında olarak" ve "her yaşam biçiminin benzersiz olduğuna ve insan için değeri ne olursa olsun saygıyı hak ettiğine ikna olarak" 1982 BM Dünya Doğa Şartı'nı kabul etmiştir. Şart'ın ilkeleri arasında doğaya saygı gösterilmesi ve onun temel süreçlerinin bozulmaması; yer-yüzündeki genetik canlılıktan taviz verilmemesi ve kara ve deniz olmak üzere dünyanın tüm alanlarının bu koruma ilkelerine tabi olacağı yer almaktadır¹⁴. Dünya Doğa Şartı Stockholm Bildirisi'nde belirlenen ilkeleri tekrarlamıştır. Şart'a göre insanın ihtiyaçları ancak doğal sistemlerin düzgün işleyişinin sağlanmasıyla ve Şart'ta ortaya konulan ilkelere saygı gösterilmesiyle karşılanabilir¹⁵. Şartı farklı kılan husus çevre hakkı ile ilgili diğer düzenlemelere kıyasla çevre anlayışında insanı merkeze koymayan bir yaklaşımda olmasıdır. Şart, "insanı doğanın bir parçası" olarak ele almış ve "insan için değeri ne olursa olsun, her yaşam biçiminin benzersiz" olduğunu belirtmiştir¹⁶.

¹⁰ GÜNEŞ, s. 86; SANDS / PEEL / FABRA / MACKENZIE, s. 33.

¹¹ United Nations, Conferences: Environment and Sustainable Development, <https://www.un.org/en/conferences/environment/stockholm1972>.

¹² UNEP'in misyonu, gelecek nesillerinkinden ödün vermeden yaşam kalitelerini iyileştirmeleri için uluslara ve halklara ilham vererek, bilgi vererek ve sağlayarak çevreyi koruma konusunda liderlik sağlamak ve ortaklığı teşvik etmektir. UNEP, iklim değişikliği, doğa ve biyoçeşitlilik kaybı ve kirlilik ve atıktan oluşan üç gezegensel krizin temel nedenlerini derinlemesine inceleyerek insanlar ve doğa için dönüşümsel değişim sağlamaya çalışmaktadır: UNEP, About UN Environment Programme, (çevrimiçi) <https://www.unep.org/about-un-environment>, E.T. 16.12.2023.

¹³ SANDS / PEEL / FABRA / MACKENZIE, s. 33; GÜNEŞ, s. 86.

¹⁴ World Charter for Nature, General Principles (Dünya Doğa Şartı), (çevrimiçi) <http://www.un-documents.net/wcn.htm>, E.T. 16.12.2023.

¹⁵ Dünya Doğa Şartı, parag. 6.

¹⁶ Dünya Doğa Şartı, Önsöz. Doğa hakları olarak bilinen ve toplu olarak gezegensel sağlık hakkı olarak anlaşılacak haklar, son kırk yılda sağlıklı çevre hakkına paralel olarak gelişmektedir. 1982 BM Dünya

Stockholm Konferansı'ndan on beş yıl sonra 1987 yılında bir BM kuruluşu olan Dünya Çevre ve Kalkınma Komisyonu (World Commission on Environment and Development, WCED) tarafından Ortak Geleceğimiz (Our Common Future, Brundtland Report, Brundtland Raporu) yayınlanmıştır¹⁷. Raporla, çevre sorunlarının dünya üzerindeki insan dahil birçok türün hayatını tehdit ettiği¹⁸ ve "sürdürülebilir kalkınma"¹⁹ gerektiği vurgulanmıştır. Sürdürülebilir kalkınma bu raporla ilk kez ayrıntılı olarak ele alınmış ve "bugünün ihtiyaçlarını gelecek nesillerin ihtiyaçlarından taviz vermeden karşılamak"²⁰ olarak ilk kez tanımlanmıştır. Rapor sürdürülebilir kalkınma için BM Genel Kurulunu bu raporu bir BM Sürdürülebilir Kalkınma Programına dönüştürmeye çağırması²¹ ve önemli yasal ve kurumsal konuları²² belirlemiştir.

Aralık 1987'de BM Genel Kurulu Brundtland Raporu'nu not ederek ertesi yıl çevre ve kalkınma konulu bir BM konferansı çağırısında bulunmuştur²³. BM Genel Kurulu Aralık 1989 tarihli 44/228 sayılı kararı ile de "tüm ülkelerde sürdürülebilir ve çevreye duyarlı kalkınmayı teşvik etmek için güçlendirilmiş ulusal ve uluslararası çabalar bağlamında çevresel bozulmanın etkilerini durdurmak ve tersine çevirmek için stratejiler ve önlemler geliştirmek" üzere Haziran 1992'de Brezilya'nın Rio de Janeiro kentinde bir BM Çevre ve Kalkınma Konferansı (United Nations Conference on Environment and Development, UNCED) toplamıştır²⁴.

UNCED, 3-14 Haziran 1992 tarihlerinde Brezilya'nın Rio de Janeiro kentinde düzenlenmiştir. UNCED, Rio Çevre ve Kalkınma Deklarasyonu (Rio Dek-

Doğa Şartı, insanlığın doğaya saygı gösterilmesi ve onun temel süreçlerinin bozulmaması kuralına uymasını zorunlu kılmaktadır. Genel olarak bkz. United Nations, Department of Economic and Social Affairs, Rights of Nature, (Çevrimiçi) [https://sdgs.un.org/partnerships/rights-nature-catalyst-implementation-sustainable-development-agenda-water#:~:text=Rights%20of%20Nature%20is%20a,clear%20water%20\(SGD%206\)%2C,E.T.16.12.2023](https://sdgs.un.org/partnerships/rights-nature-catalyst-implementation-sustainable-development-agenda-water#:~:text=Rights%20of%20Nature%20is%20a,clear%20water%20(SGD%206)%2C,E.T.16.12.2023). Doğa hakları bu çalışmanın konusunu oluşturmamaktadır.

¹⁷ Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future (Brundtland Raporu), (çevrimiçi) <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/5987our-common-future.pdf>, E.T. 16.12.2023.

¹⁸ Brundtland Raporu, s. 12.

¹⁹ Brundtland Raporu, s. 16.

²⁰ Brundtland Raporu, s. 16.

²¹ Brundtland Raporu, s. 27.

²² Brundtland Raporu, s. 254-285.

²³ Bknz. UNGA Res. 42/187 (1987), (çevrimiçi) <https://digitallibrary.un.org/record/153026?ln=en>, E.T. 16.12.2023; UNGA Res. 43/196 (1988), (çevrimiçi) https://digitallibrary.un.org/record/54291?ln=zh_CN, E.T. 16.12.2023.

²⁴ UNGA Res. 44/228 (1989), (çevrimiçi) <https://digitallibrary.un.org/record/82555?ln=en>, E.T. 16.12.2023, parag. 3.

larasyonu), UNCED Orman İlkeleri, ve Gündem 21 olmak üzere bağlayıcı olmayan üç belge kabul etmiştir. Bunların yanında iki antlaşma da - Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi ve BM İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi - imzaya açılmıştır²⁵.

Rio Konferansı (Yeryüzü Zirvesi), 21. yüzyılda uluslararası işbirliği ve kalkınma politikasına rehberlik edecek çevre ve kalkınma konularında uluslararası eylem için geniş bir gündem ve yeni bir plan oluşturmayı amaçlamıştır. Konferans, sürdürülebilir kalkınma kavramının yerel, ulusal, bölgesel veya uluslararası düzeyde olmasına bakılmaksızın dünyadaki tüm insanlar için ulaşılabilir bir hedef olduğu sonucuna varmıştır. Ayrıca, ihtiyaçlarımızın karşılanmasında ekonomik, sosyal ve çevresel kaygıların bütünleştirilmesinin ve dengelenmesinin, gezegendeki insan yaşamının sürdürülmesi için hayati önem taşıdığını ve böylece bütünlük bir yaklaşımın mümkün olduğunu kabul etmiştir. Konferans ayrıca ekonomik, sosyal ve çevresel boyutları bütünleştirmenin ve dengelemenin, üretme ve tüketme şeklimiz, yaşama ve çalışma şeklimiz ve karar alma şeklimiz hakkında yeni algılar gerektirdiğini de kabul etmiştir²⁶.

Rio Konferansının en önemli sonuçlarından biri uluslararası toplumun takip etmesi gereken 27 temel ilkeyi ortaya koyan Rio Deklarasyonu olmuştur. Bu ilkeler, insanların sürdürülebilir kalkınma haklarını ve devletlerin ortak çevreyi koruma sorumluluklarını tanımlamaktadır. Rio Deklarasyonu, uzun vadeli ekonomik ilerlemenin çevrenin korunmasıyla bağlantı gerektirdiğini ortaya koymuştur. Sürdürülebilir kalkınma ilkelerinin yetkili ve kapsamlı bir beyanı, geçmişteki uluslararası ve yerel uygulamaların değerlendirilmesine yönelik bir araç, yeni çok taraflı çevre rejimlerinin tasarımı için bir rehber olarak tasarlanmıştır²⁷.

Rio Konferansının en önemli sonuçlarından bir diğeri de 21. yüzyılda genel sürdürülebilir kalkınmayı sağlamak amacıyla geleceğe yatırım yapmak için yeni stratejiler çağrısında bulunan bir eylem programı olan Gündem 21 olmuştur. Önerileri yeni eğitim yöntemlerinden, doğal kaynakları korumanın yeni yolları-

²⁵ Genel olarak bkz. United Nations, Conferences: Environment and Sustainable Development, United Nations Conference on Environment and Development, Rio de Janeiro, Brazil, 3-14 June 1992, (çevrimiçi) <https://www.un.org/en/conferences/environment/rio1992>, E.T. 16.12.2023.

²⁶ United Nations Conference on Environment & Development Rio de Janeiro, Brazil, 3 to 14 June 1992, (Çevrimiçi) <https://www.un.org/en/conferences/environment/rio1992>, E.T. 16.12.2023.

²⁷ Bknz. Rio Declaration on Environment and Development, 1992, (Çevrimiçi) https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_CONF.151_26_Vol.I_Declaration.pdf, E.T. 16.12.2023.

na ve sürdürülebilir bir ekonomiye katılmanın yeni yollarına kadar uzanmaktadır²⁸.

1992 Rio Konferansı kesinlikle küresel dikkati çevresel kaygılara ve özellikle de insan faaliyetlerinin sürdürülemez doğasına odaklamıştır. Daha da önemlisi, Konferanstan çıkan Rio Deklarasyonu, insan faaliyetinin insan yaşamının ve toplumun bağlı olduğu doğal sistemlerin bütünlüğünü baltaladığının küresel olarak tanınmasına işaret etmiştir. Yine de Rio Deklarasyonu, sağlıklı bir çevre için açık bir insan hakkı ilan etmemiştir²⁹.

1972'de İsveç'in Stockholm kentinde düzenlenen ilk İnsan Çevresi Konferansı'nın 20. yıl dönümü vesilesiyle düzenlenen Rio Konferansı (Yeryüzü Zirvesi), gerek katılım gerekse içerik bakımından 20. Yüzyılın en önemli ve Stockholm Konferansı'ndan sonra ikinci büyük çevre toplantısı olmuştur³⁰. 1992 BM Çevre ve Kalkınma Konferansı sürdürülebilir kalkınma kavramını onaylayıp Rio Bildirisi'ni kabul ettiğinde haklardan bahsetmekten kaçınmış ve daha çok sürdürülebilir bir çevre üzerine odaklanmıştır. Dolayısıyla, Rio Konferansı, çevre hakkını tanıyan evrensel bir sözleşme ve daha çok yaptırım mekanizmalarını içeren bağlayıcı belgelerle sonuçlanmaması nedeniyle beklenileni karşılayamamıştır.

Rio'dan sonraki yıllarda, çevresel bilgilere erişimden³¹ sera gazı emisyonlarına³² ve kalıcı organik kirleticilere³³ kadar her şeyi kapsayan uluslararası çevre antlaşmalarının yapımında bir patlama görülmüştür. Bu antlaşmaların hiçbirinde

²⁸ Genel olarak bkzn. Agenda 21, United Nations Conference on Environment & Development Rio de Janeiro, Brazil, 3 to 14 June 1992, (Çevrimiçi) [²⁹ BRATSPIES, s. 58.](https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/Agenda21.pdf?_gl=1*trmrg*_ga*MTAwNzc1Mzg2Mi4xNjYyMzg2MzA2*_ga_TK9BQL5X7Z*MTcwmJc1NjgzNC40My4xLjE3MDI3NTg4NDYuMC4wLjA., E.T. 16.12.2023.</p>
</div>
<div data-bbox=)

³⁰ United Nations, Conferences: Environment and Sustainable Development, (çevrimiçi) <https://www.un.org/en/conferences/environment>, E.T. 24.07.2023; Genel olarak bkzn. SANDS / PEEL / FABRA / MACKENZIE, s. 40-41; KOIVUROVA, s. 36; KAYPAK, s. 227-228; GÜNEŞ, s. 87-88; ÖZDEK, s. 79.

³¹ Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters (Çevresel Konularda Bilgiye Erişim, Karar Alma Sürecine Halkın Katılımı ve Adalet Erişim Sözleşmesi), June 25, 1998, 38 I.L.M. 517 (1999), (çevrimiçi) <https://unece.org/DAM/env/pp/documents/cep43e.pdf>, E.T. 16.12.2023.

³² United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC) (Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi), May 9, 1992, 1771 U.N.T.S. 107, (çevrimiçi) https://treaties.un.org/doc/source/recenttexts/unfccc_eng.pdf, E.T. 16.12.2023; Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change (Kyoto Protokolü), Dec. 10, 1997, 37 I.L.M. 22 (1998), (çevrimiçi) <https://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpeng.pdf>, E.T. 16.12.2023.

³³ Convention on Persistent Organic Pollutants, May 22, 2001, 40 I.L.M. 532 (2001) (Kalıcı Organik Kirleticilere İlişkin Stockholm Sözleşmesi), (çevrimiçi) https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVII-15&chapter=27&clang=_en, E.T. 16.12.2023.

açık bir insan hakları çerçevesi kullanılmamakla birlikte çoğunda insan haklarından bahsedilmemektedir³⁴.

Sonuç olarak, Stockholm ve Rio Deklarasyonları, sırasıyla birinci ve ikinci küresel çevre konferanslarının, yani 5-16 Haziran 1972'de Stockholm'de düzenlenen Birleşmiş Milletler İnsan Çevresi Konferansı'nın ve 3-14 Haziran'de Rio de Janeiro'da düzenlenen Birleşmiş Milletler Çevre ve Kalkınma Konferansı'nın çıktıklarıdır. Yirmi yıl arayla kabul edilen bu kurallar, uluslararası çevre hukukunun “modern çağı” olarak adlandırılan dönemi ve uluslararası çevre hukukunun evriminde inkar edilemez bir şekilde önemli kilometre taşlarını temsil etmektedir³⁵.

Dikkatimizi insan hakları hukuku ve uluslararası çevre hukukuna çevirecek olursak, hukukun bu iki alanının ayrı ayrı ve farklı zamanlarda geliştiği için, aralarındaki ilişkinin ilk başta belirsiz olduğunu söyleyebiliriz. İnsan hakları tartışması, İkinci Dünya Savaşı'nın ardından ortaya çıkmıştır. Çevresel kaygılar o zamanlar bir öncelik olmamasının yanısıra uluslararası toplumun gündeminde de olmamıştır. Bu nedenle, 1948'de kabul edilen BM Evrensel İnsan Hakları Bildirisi çevrenin korunmasına atıfta bulunmamaktadır. Neredeyse yirmi yıl sonra kabul edilen müteakip sözleşmeler (Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (MSHS, International Covenant on Civil and Political Rights, ICCPR) ve Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi (ESKHS, International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, ICESCR) de çevrenin korunmasına atıfta bulunmamaktadır. Dolayısıyla, insan hakları hukuku yükümlülükleri, küresel insan hakları sözleşmelerinde açıkça tanınmayan sağlıklı bir çevre için bir insan hakkına atıfta bulunmadan gelişmiştir. Çevre hareketi ise 1960'ların sonlarında ortaya çıkmış ve çevrenin korunmasının uluslararası toplumun gündemine oturmasına en önemli etken konunun BM tarafından ele alınması yani 1972 Stockholm Konferansı olmuştur. BM çevreye ilişkin kapsamlı çalışmalar yaparak çevrenin korunması, iyileştirilmesi ve çevre kirliliği ile ilgili kapsamlı çalışmaların öncüsü olmuş ve çevre konusunu uluslararası toplumun gündemine taşımıştır. BM “*tek bir dünyamız*” olduğu görüşüyle uluslararası toplumu çevreye ilişkin konularda işbirliği ve yardımlaşmaya çağırmıştır³⁶.

³⁴ BRATSPIES, s. 59.

³⁵ SAND, Peter, “The Evolution of International Environmental Law”: BODANSKY, Dan / BRUNNÉE, Jutta / HEY, Ellen, The Oxford Handbook of International Environmental Law, Vol. 29, 2007, s. 33-35.

³⁶ Genel olarak bkz. Stockholm Declaration; United Nations, Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future From One Earth to One World (Brundtland Report), (Çevrimiçi) <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/5987our-common-future.pdf>, E.T. 24.07.2023.

Stockholm, insanın çevre üzerindeki küresel etkisinin ilk değerlendirmesini temsil etmiş; çevreyi koruma ve geliştirme zorluğunun nasıl ele alınacağı konusunda temel bir ortak bakış açısı oluşturmaya yönelik bir girişim başlatmıştır. Stockholm Deklarasyonu ayrıntılı normatif politikalar yerine, çoğunlukla genel çevre politikası amaç ve hedeflerini benimsemektedir. Ancak, Stockholm'ün ardından çevre sorunlarına ilişkin küresel farkındalık ve uluslararası çevre hukukunun uygun hale getirilmesi artmıştır. Bu nedenle, Rio Konferansı zamanına gelindiğinde, uluslararası toplumun görevi, çevreye ilişkin mevcut normatif beklentileri sistemleştirmek ve yeniden ifade etmek ve aynı zamanda sürdürülebilir kalkınmanın yasal ve politik temellerini ortaya koymak olmuştur. Her ne kadar Rio'da ortaya çıkan uzlaşma metni başlangıçta öngörülen görkemli belge olmasa da, Stockholm Deklarasyonunu yeniden onaylayan ve onun üzerine inşa edilen Rio Deklarasyonu yine de çevresel açıdan önemli bir hukuksal dönüm noktası olarak kabul edilmektedir³⁷.

II. ÇEVRESEL İNSAN HAKLARI HUKUKUNUN GELİŞİMİ

Evrensel insan hakları sözleşmeleri incelendiği zaman, açıkça düzenlenen temiz, sağlıklı ve sürdürülebilir bir çevre hakkı bulunmadığı görülmektedir. Ancak, BM tarafından tanınmadığı halde, çevresel insan hakları hukukunun gelişiminin başka üç yoldan ilerlediği dikkat çekmektedir: (1) bölgesel ve ulusal düzeylerde sağlıklı bir çevre için özerk bir hakkın tanınması yoluyla; (2) “*insan haklarının yeşillendirilmesi*” adı verilen diğer hakların çevre sorunlarına uygulanması yoluyla; ve (3) çok taraflı çevre antlaşmalarına dâhil olma yoluyla.

A. Bölgesel ve Ulusal Tanıma

Bölgesel antlaşmalara baktığımız zaman, uluslararası insan hakları hukukunda sağlıklı bir çevre hakkının özel olarak tanınması konusunda daha spesifik olduğunu ve insanın çevre hakkının açıkça tanındığını görebiliriz.

1981 tarihli Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı (“Afrika Şartı”) 24. maddesinde “*tüm halkların, gelişmeleri için elverişli, genel olarak tatmin edici bir çevreye sahip olma hakkına sahip olacağını*” belirtmektedir³⁸.

³⁷ GÜNTHER, Handl, Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment, Stockholm, 16 June 1972 and Rio Declaration on Environment and Development, Rio de Janeiro, 14 June 1992, (Çevrimiçi) <https://legal.un.org/avl/ha/dunche/dunche.html>, E.T. 16.12.1992.

³⁸ The African Charter on Human and Peoples’ Rights, 27 June 1981, (Çevrimiçi) <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201520/volume-1520-I-26363-English.pdf>, E.T. 24.07.2023.

1988 tarihli Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek Protokol'ün (San Salvador Protokolü) 11. maddesinde “*herkesin sağlıklı bir çevrede yaşama hakkına sahip olacağı*” düzenlenmektedir³⁹.

2004 tarihli Arap İnsan Hakları Şartı'nın 38. maddesi “*Her insanın, kendisi ve ailesi için, yiyecek, giyecek, barınma, hizmetler ve sağlıklı bir çevre hakkı dahil olmak üzere, onların esenliğini ve insana yakışır bir yaşamı güvence altına alan yeterli bir yaşam standardına hakkı vardır*” şeklinde bir düzenleme getirmektedir⁴⁰.

2012 tarihli Güneydoğu Asya Milletler Birliği⁴¹ Deklarasyonu (ASEAN Deklarasyonu) (Bangkok Deklarasyonu) 28. maddesinde yeterli yaşam standardına sahip olma hakkının bir unsuru olarak “*güvenli, temiz ve sürdürülebilir bir çevre hakkı*”nı düzenlemektedir⁴².

Bunlara ek olarak, ne Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ne de Avrupa Sosyal Şartı'nda sağlıklı bir çevrede yaşama hakkına ilişkin düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, 1998 yılında kabul edilen ve Avrupa Birliği ve üye devletlerin taraf olduğu Çevresel Konularda Bilgiye Erişim, Karar Alma Sürecine Halkın Katılımı ve Adalete Erişim Hakkındaki Sözleşme (BM Avrupa Ekonomik Komisyonu (UNECE) Sözleşmesi) (Aarhus Sözleşmesi⁴³), “*her insanın sağlığına ve esenliğine uygun bir çevrede yaşama hakkı olduğunu ve hem bireysel olarak hem de başkalarıyla birlikte çevreyi şimdiki ve gelecek nesillerin yararına olacak şekilde koruma ve iyileştirme görevi olduğunu*” kabul etmiştir⁴⁴.

³⁹ Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights (Protocol of San Salvador), 17 November 1988, (Çevrimiçi) <http://www.oas.org/en/sare/social-inclusion/protocol-ssv/docs/protocol-san-salvador-en.pdf>, E.T. 24.07.2023.

⁴⁰ Arab Charter on Human Rights, 15 September 1994, (Çevrimiçi) <https://digitallibrary.un.org/record/551368?ln=en>, E.T. 24.07.2023.

⁴¹ ASEAN, Vietnam Savaşı'ndan kaynaklanan komünist genişlemeye karşı olarak Filipinler, Malezya, Tayland, Endonezya ve Singapur arasında kurulan uluslararası örgüttür. Genel olarak bkzn. Association of Southeast Asian Nations, (Çevrimiçi) <https://asean.org/>, E.T. 24.07.2023.

⁴² ASEAN Human Rights Declaration, 19 November 2012, (Çevrimiçi) <https://asean.org/asean-human-rights-declaration/>, E.T. 24.07.2023.

⁴³ Şimdiki ve gelecek kuşakların sağlıklı ve iyi bir çevrede yaşam haklarının korunmasına katkı sağlamak amacıyla, çevresel konularda bilgi ve belge edinme, karar vermede halkın katılımı ve yargıya erişim konularını ele alan ilk uluslararası sözleşmedir. Genel olarak bkzn. Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters, 25 June 1998, (Çevrimiçi) <https://unece.org/DAM/env/pp/documents/cep43e.pdf>, E.T. 24.07.2023.

⁴⁴ Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters, p. 1.

Diğer taraftan, Stockholm ve Rio Bildirilerinin kabul edilmesinden bu yana sağlıklı bir çevre hakkı fikri ulusal boyutta önemli bir ilgi görmüştür. Sağlıklı bir çevre hakkı ulusal düzeyde en az 155 BM üyesi Devletin anayasalarında veya çevre kanunlarında ve/veya uluslararası düzeyde yasal olarak bağlayıcı belgelerde tanınmıştır⁴⁵. Afganistan, Antigua ve Barbuda, Avustralya, Bahamalar, Barbados, Belize, Brunei Sultanlığı, Kamboçya, Kanada, Çin, Dominika, Japonya, Kiribati, Kuveyt, Laos, Lübnan, Lihtenştayn, Marshall Adaları, Mikronezya, Monako, Myanmar, Nauru, Yeni Zelanda, Kuzey Kore, Umman, Papua Yeni Gine, Saint Kitts ve Nevis, Saint Lucia, Saint Vincent ve Grenadinler, Samoa, San Marino, Singapur, Solomon Adaları, Tonga, Trinidad ve Tobago, Tuvalu, Amerika Birleşik Devletleri ve Vanuatu olmak üzere 38 BM üyesi devlet ulusal anayasalarında, mevzuatlarında veya bölgesel antlaşmalarda sağlıklı bir çevre hakkını tanımayan devletlerdir. Yani, BM'nin çevre hakkını tanımasından önce 155 devlet bu hakkı halihazırda tanımıştır. Başka hiçbir sosyal veya ekonomik hak, dünya anayasalarında bu kadar hızlı yayılmamıştır⁴⁶. Dolayısıyla, bölgesel ve ulusal düzenlemelere baktığımız zaman çevre hakkının açık bir şekilde güvence altına alındığını görebiliriz. Ancak tekrarlamak gerekirse, bu konuda evrensel ve bağlayıcı bir uluslararası sözleşme bulunmamaktadır.

B. İnsan Haklarının Yeşillendirilmesi

BM tarafından tanınmadığı halde, çevresel insan hakları hukukunun gelişimi kendisini insan haklarının yeşillendirilmesi yoluyla göstermiştir. Yukarıda belirttiğimiz üzere, bazı bölgesel antlaşmalar bir çevre hakkını tanınmasına rağmen, yalnızca Afrika Şartı bunun uluslararası bir organ tarafından denetlenmesini mümkün kılmaktadır⁴⁷. Ne Arap İnsan Hakları Şartı, ne ASEAN Deklarasyonu, ne de San Salvador Protokolü bir denetim mekanizması oluşturmamaktadır⁴⁸.

Gerçekten de, son yirmi yılda insan hakları hukukunun en dikkate değer yönlerinden biri, insan hakları organlarının sağlıklı bir çevre için tek başına yargılanabilir bir insan hakkı olmaksızın bile insan hakları hukukunu çevre sorunlarına uygulamış olmasıdır. Bunu da diğer insan haklarını “*yeşillendirerek*”

⁴⁵ BOYD, David R., “Catalyst for Change: Evaluating Forty Years of Experience in Implementing the Right to a Healthy Environment”: KNOX, John H. / PEJAN, Ramin, **The Human Rights to a Healthy Environment**, Cambridge University Press, Cambridge, 2018, s. 18.

⁴⁶ BOYD, s. 18.

⁴⁷ The African Charter on Human and Peoples' Rights, madde 30, 62.

⁴⁸ Genel olarak bkz. Arab Charter on Human Rights; ASEAN Human Rights Declaration; Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights (Protocol of San Salvador).

yapmışlardır. Yani, insan hakları organları, yaşam ve sağlık hakları gibi mevcut insan haklarını çevre sorunlarına uygulayarak “yeşillendirmiştir”. Çevresel bozulmanın bu ve diğer hakların kullanılmasına müdahale edebileceği sonucuna vararak, Devletlerin bu tür müdahalelere karşı insan haklarını çevresel zararlardan koruma yükümlülükleri olduğu sonucuna varılmıştır⁴⁹.

Eski Özel Raportör John Knox (2012-2018) ve mevcut Özel Raportör David Boyd (2018 - günümüz) tarafından ortaklaşa hazırlanan bir rapor, sağlıklı bir çevre hakkının BM tarafından potansiyel tanınmasının uygunluğu ve önemini incelemiştir. (A/73/188). Bu raporda, yaşam, sağlık, gıda, su, barınma, kültür, kalkınma, mülkiyet, ev ve özel yaşam hakları da dahil olmak üzere yerleşik insan haklarının yeşillendirilmesinin, dünya çapındaki insanların sağlık ve refahının iyileştirilmesine katkıda bulunduğu belirtilmektedir⁵⁰.

Buna örnek olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Lopez Ostra v. İspanya (1994) davası verilebilir. 14 Mayıs 1990 tarihinde Gregoria López Ostra, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na İspanyol Devleti aleyhinde bir rapor sunmuştur. Evinin birkaç metre uzağında bulunan katı ve sıvı atık arıtma tesisinden çıkan koku, gürültü ve kirletici dumanlara karşı Devlet'in herhangi bir önlem almamasının bedensel bütünlük (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi madde 3) ve ev ve özel hayata saygı (Sözleşme'nin 8. maddesi) haklarını ihlal ettiğini iddia etmiştir. 31 Ağustos 1993'te Komisyon, konut ve özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğini, ancak fiziksel bütünlük hakkının ihlal edilmediğini belirtmiştir. Aynı yılın Aralık ayında Komisyon davayı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne (AİHM) havale etmiş ve Mahkeme de Komisyonun bulgularını onaylamıştır. AİHM, ne başvurunun taşınmasının ne de atık arıtma tesisinin kapatılmasının, başvuru ve ailesinin yıllardır koku ve duman kaynağından birkaç metre uzakta yaşadığı gerçeğini değiştirmedikleri kanaatine varmıştır. AİHM, ciddi kirliliğin bireyin ev ve özel hayatının refahını etkileyebileceği ve aile hayatının zarar görmesi gerekçesiyle, Devlet'i ev ve özel hayata saygı hakkını ihlal etmekten sorumlu bulmuştur. AİHM ayrıca, Devletin şehrin ekonomik kalkınmasını teşvik etme menfaati ile başvurunun haklarından etkili bir şekilde yararlanması arasında yeterli bir denge bulamadığını belirterek, Devletin

⁴⁹ Genel olarak bkz. KNOX, John H., Report of the Independent Expert on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment” (Mapping Report), U.N. Doc. A/HRC/25/53 (30 December 2013), (Çevrimiçi) <https://digitallibrary.un.org/record/766887?ln=en>, E.T. 24.07.2023.

⁵⁰ UNGA, Human Rights Obligations Relating to the Enjoyment of a Safe, Clean, Healthy and Sustainable Environment, 19 July 2018 (A/73/188), (Çevrimiçi) <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N18/231/04/PDF/N1823104.pdf?OpenElement>, E.T. 16.12.2023.

sebebe olduğu zararlar ve adli masraflar için tazminat ödemesine hükmetmiştir⁵¹. Sonuç olarak, bir kişinin evinde yaşamasını engelleyen kirliliğin, sağlığını tehlikeye atmasa bile, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi ile korunan özel ve aile hayatına saygı hakkına müdahale edebileceğine karar vermiştir. AİHM, Sözleşme'nin 3. maddesiyle ilgili ihlal olmadığı sonucuna varmıştır⁵².

Benzer şekilde AİHM, Öneriyıldız - Türkiye (2004) davasında Ümraniye'de 1993 yılında bir çöplükte meydana gelen metan gazı patlaması sonucunda 9 yakınını ve evini kaybeden Öneriyıldız'ın yaptığı başvuruda, Türkiye'nin Sözleşme'nin 2. maddesini ihlal ettiği sonucuna varmıştır. Bu olayda, savunmacı devlet, patlama tehlikesini öngören raporların varlığına rağmen patlamayı önlemek için gerekli tedbirleri almadığı, hayatı tehlikede olan kişileri patlama riski konusunda bilgilendirmediği, bu kişileri güvenli bir yere nakletmediği ve de patlama sonrası üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmediği için sorumlu tutulmuştur⁵³. AİHM, Sözleşme'nin 2. maddesinde tanınan yaşam hakkını çevresel zarardan korumak için, devletlerin, ihlalleri caydırmak ve yine de meydana gelmeleri halinde ihlalleri soruşturmak ve cezalandırmak için yasal çerçeveler oluşturması gerektiğine karar vermiştir⁵⁴.

Çevresel bir kirlilik nedeniyle 3. maddenin ihlali AİHM tarafından Florea v. Romanya (2010) davasında saptanmıştır. Bu olayda, kronik hepatit ve hipertansiyon hastalıkları bulunan bir tutuklu 8-9 ay boyunca 35 yataklı bir koğuşta 110-120 kişi ile birlikte yaşamıştır. Koğuş arkadaşlarının %90'ının aktif sigara içicisi olduğunu, koğuşta sürekli sigara içildiğini, hapishanenin hastahanesinde kaldığı 3 gün boyunca da sigara dumanına maruz kaldığını öne süren başvuru, bu durumun 3. maddeye aykırı olduğunu savunmuştur. AİHM, yerel mahkemelerin sigara içen ve içmeyen kişilerin aynı koğuşta kalmaması gerektiği yönünde bir kararı ve 2002 yılında kabul edilen kapalı alanlarda sigara içilmesini yasaklayan bir yasa olduğunu hatırlatarak, buna rağmen yetkililerin gereken önlemleri almadığını belirtmiştir. Mahkeme'ye göre, diğer kötü yaşam koşullarının yanın-

⁵¹ Bknz. López Ostra v. Spain, European Court of Human Rights, 9 December 1994, App. No. 16798/90, A/303-C, (Çevrimiçi) <https://hudoc.echr.coe.int/FRE#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57905%22%7D>, E.T. 24.07.2023;

⁵² López Ostra v. Spain, parag. 44-58. Genel olarak bknz. DUYMAZ, Erkan, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Çevrenin Korunmasına Katkısı", **İ. Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Y. 2012, S. 47, s. 131-132.

⁵³ Bknz. Öneriyıldız v. Turkey, European Court of Human Rights, 30 November 2004, App. no. 48939/99, (Çevrimiçi) <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-67614%22%7D>, E.T. 24.07.2023; Genel olarak bknz. DUYMAZ, s. 135-136.

⁵⁴ Öneriyıldız v. Turkey, parag. 63-118.

da, başvuruçunun sağlık durumunun kötü olmasına rağmen uzun süre sigara dumanına maruz kalması 3. maddenin ihlali sonucunu doğurmuştur⁵⁵.

Afrika bölgesel sistemindeki ilk önemli çevre davası olan ve Nijerya hükümeti ve Royal Dutch Shell tarafından Nijer deltası bölgesinde yoğun petrol kirliliğini değerlendiren Afrika Komisyonu, deltada yaşayan Ogoni halkının çevre hakkının ihlal edildiğini tespit etmiştir. Nijerya askeri hükümetinin, Shell Petroleum Development Corporation (SPDC) ile konsorsiyumun çoğunluk hissedarı olan devlet petrol şirketi Nijerya Ulusal Petrol Şirketi (NNPC) aracılığıyla doğrudan petrol üretimine dahil olduğu ve bu operasyonların Ogoni Halkı arasında çevrenin kirlenmesi sonucu çevresel bozulma ve sağlık sorunlarına neden olmuştur. Başvuruda, petrol konsorsiyumunun Ogoniland'daki petrol rezervlerini yerel toplulukların sağlığına veya çevresine bakılmaksızın kullandığı, toksik atıkların çevreye ve yerel su yollarına yürürlükteki uluslararası çevre standartlarını ihlal ederek atıldığı iddia edilmiştir. Konsorsiyum ayrıca tesislerini ihmal etmiş ve/veya bakımını yapmamış ve bu da köylerin yakınında çok sayıda önlenebilir sızıntıya neden olmuştur. Bunun sonucunda su, toprak ve havanın kirlenmesi; cilt enfeksiyonları, mide-bağırsak ve solunum rahatsızlıkları, artan kanser riski, nörolojik ve üreme sorunları dahil olmak üzere kısa ve uzun vadeli sağlık etkilerine yol açmıştır. Komisyon, Afrika Şartı'nın 24. maddesinde güvence altına alınan sağlıklı bir çevre hakkının bir hükümete açık yükümlülükler yüklediğini, Devletin, kirliliği ve ekolojik bozulmayı önlemek, korumayı teşvik etmek ve ekolojik olarak sürdürülebilir kalkınmayı ve doğal kaynakların kullanımını güvence altına almak için makul ve diğer önlemleri almasını gerektirdiğini belirtmiştir⁵⁶.

Diğer taraftan, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, Surinam'ın, Saramaka halkının sahip olduğu topraklarda onlara tam ve etkili bir şekilde danışılmadan verilen ağaç kesme ve madencilik imtiyazlarıyla ilgili olan Saramaka People v. Suriname davasını 28 Kasım 2007'de karara bağlamıştır. Mahkeme, kabile halklarının uluslararası hukuktaki haklarını incelemiş ve Saramaka halkının üyelerinin, geleneksel olarak sahip oldukları topraklarda bulunan ve hayatta kalmaları için gerekli olan doğal kaynakları kullanma ve bunlardan yararlanma hakkına sahip olduğu sonucuna varmıştır. Buna göre; devletlerin geleneksel topraklarını ve doğal kaynaklarını etkileyebilecek herhangi bir taviz veya

⁵⁵ Bknz. Florea v. Romania, European Court of Human Rights, 14 September 2010, App. no. 37186/03, (Çevrimiçi) [https://hudoc.echr.coe.int/#{%22itemid%22:\[%22001-100357%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/#{%22itemid%22:[%22001-100357%22]}), E.T. 16.12.2023; Genel olarak bknz. DUYMAZ, s. 136.

⁵⁶ The Social and Economic Rights Action Center for Economic and Social Rights v. Nigeria, Communication No. 155/96, African Commission on Human and Peoples' Rights, 27 May 2022, (Çevrimiçi) <https://www.esrcr-net.org/sites/default/files/serac.pdf>, E.T. 24.07.2023, parag. 52.

diğer faaliyetlerle ilgili olarak yerli halklara ve kabile halklarına danışma yükümlülüklerine sahip olduğu ve önceden bir çevresel ve sosyal etki değerlendirilmesi yapılmadan hiçbir imtiyazın verilmemesini sağlama ve onaylanırsa bu tür herhangi bir plandan “makul bir fayda” elde etmelerini garanti etme yükümlülükleri olduğu kararı verilmiştir⁵⁷.

Ana hatlarıyla verdiğimiz örneklere bakıldığında, insan haklarının “yeşillendirilmesi”, tek başına sağlıklı bir çevre hakkını tanımak yerine, halihazırda var olan hakların çevresel boyutlarını öne çıkarmakta ve yaşam, sağlık veya yeterli yaşam standardı gibi insan haklarından yararlanmanın bir önkoşulu olarak çevreyi korumaktadır.

C. Çok Taraflı Çevre Antlaşmalarındaki Haklara Dâhil Olma

BM tarafından tanınmadığı halde, çevresel insan hakları hukukunun gelişimini sürdürdüğü üçüncü yol da çevre hakkının çok taraflı çevre antlaşmalarına dahil olmasıdır.

İklim değişikliğine ilişkin Paris Antlaşması (2015) belirgin bir istisna olmasına rağmen, çok taraflı çevre antlaşmaları neredeyse hiçbir zaman insan haklarına atıfta bulunmamaktadır. Paris Antlaşması, Başlangıç kısmında tarafların iklim değişikliğini ele almak için harekete geçerken, insan hakları konusundaki yükümlülüklerine saygı duyması, bunları teşvik etmesi ve dikkate alması gerektiği vurgulanmaktadır. Bununla birlikte, birçok çevre antlaşması, taraflarını bilgiye erişim sağlamaya veya kendi kapsamlarına giren konularda halkın katılımını teşvik etmeye şart koşmaktadır⁵⁸.

Bölgesel düzeyde, Avrupa ve Orta Asya’da 47 tarafı bulunan Aarhus Sözleşmesi (1998) ve Latin Amerika ve Karayipler’deki ülkeler tarafından kabul edilen (ancak henüz yürürlükte olmayan) Escazú Antlaşması (2018) taraflarının çevresel bilgileri toplaması ve sağlaması, çevresel karar alma süreçlerine halkın katılımını kolaylaştırması ve kamu üyelerinin yasal yollara erişimini sağlaması için ayrıntılı gereklilikler belirlemektedir⁵⁹.

⁵⁷ Saramaka People v. Suriname, Inter-American Court of Human Rights, 12 August 2008, (Çevrimiçi) https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_185_ing.pdf, E.T. 24.07.2023, parag. 38.

⁵⁸ Genel olarak bkz. Paris Agreement, 2015, (Çevrimiçi) https://unfccc.int/files/essential_background/convention/application/pdf/english_paris_agreement.pdf, E.T. 24.07.2023.

⁵⁹ Genel olarak bkz. Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters, madde 4-9; Regional Agreement on Access to Information, Public Participation and Justice in Environmental Matters in Latin America and the Caribbean (Escazú Agreement), (Çevrimiçi) https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtmsg_no=XXVII-18&chapter=27&clang=_en E.T. 24.07.2023, madde 5-8.

III. BM VE ÇEVRE HAKKI

Çevre hakkına dair yeni gelişmeler Ekim 2021 tarihinde gerçekleşmiş ve BM İnsan Hakları Konseyi 48/13 sayılı bir kararıyla temiz, sağlıklı ve sürdürülebilir çevre hakkını bir insan hakkı olarak tanımıştır. Kararda, temiz, sağlıklı ve sürdürülebilir bir çevre hakkının diğer haklar ve mevcut uluslararası hukukla bağlantılı olduğunu ve bu hakkın desteklenmesi için uluslararası çevre hukuku ilkeleri çerçevesinde çok taraflı çevre antlaşmalarının tam olarak uygulanması gerektiğini vurgulamıştır. Bu karar 43 olumlu oy ve Japonya, Rusya, Çin ve Hindistan'ın 4 çekimser oyu ile alınmıştır⁶⁰.

Konsey, kararda ayrıca BM Genel Kurulunu (BMGK) konuyu incelemeye davet etmiştir. Temmuz 2022 tarihinde BM Genel Kurulu 76/300 sayılı bir kararıyla temiz, sağlıklı ve sürdürülebilir çevre hakkını bir insan hakkı olarak tanımıştır. BMGK, temiz, sağlıklı ve sürdürülebilir bir çevre hakkının diğer haklar ve mevcut uluslararası hukukla bağlantılı olduğunu ve bu hakkın desteklenmesi için uluslararası çevre hukuku ilkeleri çerçevesinde çok taraflı çevre antlaşmalarının tam olarak uygulanması gerektiğini vurgulamıştır. BMGK ayrıca, Devletlere, uluslararası örgütlere, ticari işletmelere ve diğer ilgili paydaşlara, herkes için temiz, sağlıklı ve sürdürülebilir bir çevre sağlamaya yönelik çabaları artırmak üzere politikalar benimsemeye, uluslararası işbirliğini geliştirmeye, kapasite geliştirmeyi güçlendirmeye ve iyi uygulamaları paylaşmaya davet etmiştir. Karar 161 olumlu oy ve Belarus, Kamboçya, Çin, Etiyopya, İran, Kırgızistan, Rusya ve Suriye'nin 8 çekimser oyuyla alınmıştır⁶¹.

BM tanınması olmadan 1970'li yıllardan bugüne kadar yukarıda belirttiğimiz 3 yolla kendine yol çizip günümüze gelmiş bu hak için 76/300 sayılı kararlarla tanıma bir şeyi değiştiriyor mu? Diğer bir ifadeyle, bu hak sahadaki süreçte bir fark yaratır mı? Hiç kimse sağlıklı bir çevre için küresel bir hakkın benimsenmesinin tüm çevre sorunlarını hemen çözeceğini düşünmemeli veya muhtemelen düşünmemektedir. Ama herhangi bir etkisi olur mu diye sorulabilir.

Stockholm Konferansı sonrasında, gerek uluslararası, gerek bölgesel, gerekse ulusal düzenlemeleri göz önünde bulundurarak, aslında çevre hakkı ile ilgili olarak onlarca yıllık bir deneyime sahip olduğumuz söylenebilir. Sağlıklı

⁶⁰ Genel olarak bkz. United Nations Human Rights Council, Resolution 48/13 (8 October 2021) A/HRC/RES/48/13, (Çevrimiçi) <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G21/289/50/PDF/G2128950.pdf?OpenElement>, E.T. 25.07.2023.

⁶¹ Genel olarak bkz. United Nations General Assembly, Resolution 76/300 (28 July 2022) A/RES/76/300, (Çevrimiçi) <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N22/442/77/PDF/N2244277.pdf?OpenElement>, E.T. 25.07.2023.

bir çevre hakkı ulusal düzeyde en az 155 BM üyesi Devletin anayasalarında veya çevre kanunlarında ve/veya uluslararası düzeyde yasal olarak bağlayıcı belgelerde tanınmıştır⁶².

Sağlıklı bir çevre hakkı içeriği açısından zaman içinde temiz havayı, güvenli ve yeterli suyu, sağlıklı ve sürdürülebilir üretilmiş gıdayı, insanların yaşayabileceği, çalışabileceği, öğrenebileceği temiz çevreyi, ekosistemleri ve biyoçeşitliliği ve güvenli yaşanabilir bir iklimi içerecek kadar genişlemiştir. Ve sağlıklı bir çevre hakkının bu temel unsurlarına, çevresel bilgilere erişimi, halkın karar alma süreçlerine katılımı ve adalete erişimi gibi usuli haklar da eşlik etmektedir⁶³.

BM kararlarına geri dönecek olursak, ne BM İnsan Hakları Konseyi ne de BMGK kararlarının bağlayıcı bir niteliği bulunmamaktadır. Bu nitelikteki bir karar en son 2010 yılında BM İnsan Hakları Konseyi ve BMGK'nın su hakkını bir insan hakkı olarak tanıyan kararlar aldığı zaman olmuştur⁶⁴. Buradan hareketle, geriye bakıp bunun bir fark yaratıp yaratmadığını söyleyebileceğimiz 12 yıl bulunmaktadır.

BMGK'nın 2010 yılında temiz su ve sanitasyona erişim hakkını tanımasından bugüne birçok ülke, anayasalar ve ulusal mevzuat dahil olmak üzere su ve sanitasyonun insan hakları olarak yansıtılması için yasal çerçevelerini güncellemiş; bazı ülkelerdeki mahkemeler, suyun bir insan hakkı olarak tanınmasını yansıtan kararlar vermiştir; birkaç ülkede su ve sanitasyon hizmetleri için özerk düzenleyici kurumlar oluşturulmuş; ve sivil toplum kuruluşları, bu alandaki çabalarını güçlendirmek için bu tanımayı kullanmışlardır⁶⁵. BMGK'nın su ve sanitasyon hakkına ilişkin kararı benzer şekilde yasal olarak bağlayıcı veya uygulanabilir değildi, ancak bir dizi olumlu değişiklik için bir katalizör olmuştur⁶⁶.

⁶² Bknz. BOYD, s. 6, 19-23; United Nations OHCHR, "What is the Right to a Health Environment?", (Çevrimiçi) <https://www.undp.org/sites/g/files/zskgke326/files/2023-01/UNDP-UNEP-UNHCHR-What-is-the-Right-to-a-Healthy-Environment.pdf>, E.T. 25.07.2023, s. 8.

⁶³ United Nations Human Rights Council, "Right to a healthy environment: good practices: Report of the Special Rapporteur on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment", (2019) A/HRC/43/53, (Çevrimiçi) <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G19/355/14/PDF/G1935514.pdf?OpenElement>, E.T. 25.07.2023.

⁶⁴ Bknz. United Nations General Assembly, Resolution 64/292, (28 July 2010) A/RES/64/292, (Çevrimiçi) <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N09/479/35/PDF/N0947935.pdf?OpenElement>, E.T. 25.07.2023.

⁶⁵ United Nations OHCHR, "What is the Right to a Health Environment?", s. 10.

⁶⁶ "Bunun nedeni, ülkelerin bu karara anayasalarını, en yüksek ve en güçlü yasalarını değiştirerek yanıt vermesidir. Kosta Rika, Fiji, Meksika, Slovenya, Tunus ve diğerleri bunu yaptı. Ve en önemlisi, Devletler insanlara temiz içme suyu sağlama yükümlülüklerini yerine getirmeyi gerçekten birinci öncelik haline getirdi. Dolayısıyla [örneğin] Meksika'da Hükümet bu hakkı yalnızca Anayasasında tanımakla kalmadı, ay-

BM İnsan Hakları ve Çevre Özel Raportörü David Boyd, BMGK oylamasından önce verdiği bir röportajda, yasal olarak bağlayıcı olmasa da, BMGK kararlarının eylem için katalizör görevi görebileceğini kaydetmiştir. Su ve sanitasyon insan hakkına ilişkin 2010 BMGK kararının “*milyonlarca insanın hayatını iyileştiren bir dizi olumlu değişiklik*” sonuçlandığını belirterek temiz, sağlıklı ve sürdürülebilir bir çevre için insan hakkının tanınmasının benzer şekilde “*tüm gezegende insanların yaşam kalitesini artıracak ve iyileştireceğini*” umduğunu söylemiştir⁶⁷.

Çevre gibi dünyamızı bu derece tehdit eden bir sorunun bir anda bir BMGK kararıyla ortadan kaybolması beklenmemelidir. BM'nin hakları tanımalarının su hakkında olduğu gibi somut etkiler yarattığı söylenebilir. Ancak, bu dinamik bir süreçtir. Bu yeni durumun çevre hakkı için ne kadar ileri gidebileceğini görmek zaman alacaktır. BMGK kararlarının su hakkında olduğu gibi çevre hakkı için de bir katalizör görevi görmesi ve bunun etkisiyle de çevre hakkının ulusal düzeyde mevzuatlara dahil edilmesi, mahkeme kararlarında yansıtılması, sivil toplum örgütlerinin konuyla ilgili çabalarının artması beklenebilir. Bu bağlamda da daha güçlü çevre yasaları ve politikaları, uygulama ve icranın iyileştirilmesi, çevresel adaletsizliklerin azaltılması, sosyal ve ekonomik haklara ilişkin eşit şartlar, ve daha iyi çevresel performans sağlanabilir⁶⁸.

SONUÇ

BMGK'nın 76/300 sayılı Kararının tarihi bir karar olmadığı düşünülse de, bu kararın, çevrenin korunması ile insan haklarının geliştirilmesi arasındaki noktaları kademeli olarak ilişkilendirdiği aşamalı bir sürecin parçası olarak kabul edebiliriz. Kendisine yöneltilen tüm eleştirilere rağmen, BM'nin “*normatif dalga*” oluşturma konusunda benzersiz bir yeteneğe sahip olduğu ayrıca kabul edilmektedir⁶⁹. İnsan Hakları Konseyi ve BMGK'nın benimsedikleri kararlar, uluslararası toplumun geri kalanına bir sinyal gönderme veya bir seyahat yönü

nı zamanda son on yılda 1.000'den fazla kırsal topluluğa güvenli içme suyu sağlamak için kırsal topluluklarla birlikte çalıştı. [Diğer bir örnek] Kanada son on yılda su ve sanitasyon altyapısını iyileştirmek için yerli topluluklarla ve 130'dan fazla toplulukla birlikte çalıştı.”: UN News, Climate and Environment, “Why the UN General Assembly must back the right to a healthy environment”, 22 July 2022, (Çevrimiçi) <https://news.un.org/en/story/2022/07/1123142>, E.T. 25.07.2023.

⁶⁷ UN News, Climate and Environment, “Why the UN General Assembly must back the right to a healthy environment”.

⁶⁸ BOYD, s. 25.

⁶⁹ Genel olarak bkz. RAMCHARAN, Bernard G., “Normative Human Rights Cascades, North and South”, *Third World Quarterly*, Y. 2016 V. 37, I. 7, 1234-1251.

gösterme gücüne sahiptir ve küresel, bölgesel ve ulusal düzeylerde daha fazla adım atılmasına ilham vermektedir.

BMGK'nın 76/300 sayılı Kararı temiz, sağlıklı ve sürdürülebilir çevre hakkının kabul edilmesini uzun bir yolculuğun sonu olarak sunsa da, aynı zamanda yeni bir yolculuğun da başlangıcını temsil etmektedir; dünyanın dört bir yanındaki hak sahipleri ve tüm insan yaşamının bağlı olduğu doğal çevre için bu evrensel hakkı pratikte de anlamlandırma yolculuğu bulunmaktadır. Bu yolculuk ister Özel Raportörün daha fazla çalışması, ister ilgili BM antlaşma organlarının genel yorumları veya belki bazı yeni uluslararası araçlar (örneğin, iki uluslararası sözleşmeye yönelik ortak bir isteğe bağlı protokol) aracılığıyla olsun, yeni evrensel sağlıklı çevre hakkının kapsamını ve içeriğini netleştirmek bu yeni yolculukta bir başlangıç noktası olacaktır.

BM İnsan Hakları ve Çevre Özel Raportörü David Boyd'un belirttiği gibi *“Bu gezegendeki pek çok insanın hayatı iklim krizinden ve çevresel bozulmadan etkileniyor. Bugün kelimenin tam anlamıyla milyarlarca insan o kadar kirli hava soluyor ki, beklenen yaşam sürelerini yıllarca azaltacak. Dünya çapında milyarlarca insan hala temiz suya veya yeterli suya erişemiyor. Dünya çapında milyarlarca insan sağlıklı ve sürdürülebilir şekilde üretilmiş gıdaları tüketmiyor ve hepimiz biyoçeşitliliğin azalmasından dolayı acı çekiyoruz. İnsanların biyoçeşitliliğin gerçekten de bu gezegendeki yaşamın temeli olduğunu anlamaları gerekiyor. Oksijen üreten bitkiler ve ağaçlar olmasaydı nefes alamazdık. Suyu filtreleyen ekosistemler olmasaydı, başımız büyük belada olurdu. Ve gerçek şu ki, insan olarak gelişmek için güvenli ve yaşanabilir bir iklime ihtiyacımız var. İşte bu yüzden bu hak çok kritik öneme sahiptir⁷⁰.”*

Sağlıklı bir çevre hakkına ilişkin BMGK Kararının kabul edilmesi, tanınması ve ulusal yasal çerçevelere dahil edilmesi, bu hakkın herkes tarafından etkili bir şekilde kullanılmasını sağlamak için gereken eylemin yalnızca başlangıcını temsil etmektedir Bundan sonra ne olacağı, devletlerin ve işletmeler gibi diğer paydaşların yerel, bölgesel ve uluslararası düzeylerde nasıl yanıt verdiğine ve bunlara nasıl uyduğuna bağlı olacaktır.

Sağlıklı bir çevre hakkını destekleme görevi, her şeyden önce, tüm insan haklarına saygı duyma, bunları koruma ve yerine getirme yükümlülüğü olan devletlere aittir. Aynı zamanda, sağlıklı bir çevre hakkının gerçeğe dönüştürül-

⁷⁰ UN News, Climate and Environment, “Why the UN General Assembly must back the right to a healthy environment”.

mesinde herkesin oynayacağı önemli bir rol bulunmaktadır. BMGK'nın 76/300 sayılı Kararı, “Devletler, uluslararası kuruluşlar, ticari işletmeler ve diğer ilgili paydaşlara, herkes için temiz, sağlıklı ve sürdürülebilir bir çevre sağlamaya yönelik çabaları artırmak için politikalar benimsemeye, uluslararası işbirliğini geliştirmeye, kapasite geliştirmeyi güçlendirmeye ve iyi uygulamaları paylaşmaya devam etmeye” çağırılmaktadır⁷¹.

Artık yapılması gereken temiz, sağlıklı ve sürdürülebilir bir çevre hakkının yaygınlaştırılması ve uygulanmasıdır. Temiz, sağlıklı ve sürdürülebilir bir çevre hakkının açıkça tanınması, herkes için insan haklarının ve çevrenin korunmasının geliştirilmesinde önemli bir adımdır. Bununla birlikte, bu tanıma, temiz, sağlıklı ve sürdürülebilir bir çevre hakkının ancak pratikte de uygulanmasıyla anlamlı olacaktır.

⁷¹ United Nations General Assembly, Resolution 76/300 (28 July 2022) A/RES/76/300, parag. 4.

Hakem Değerlendirmesi : Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması : Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review : *Externally peer-reviewed.*

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

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

KAYNAKÇA

Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights (Protocol of San Salvador), 17 November 1988, (Çevrimiçi) <http://www.oas.org/en/sare/social-inclusion/protocol-ssv/docs/protocol-san-salvador-en.pdf>, E.T. 24.07.2023.

Agenda 21, United Nations Conference on Environment & Development Rio de Janeiro, Brazil, 3 to 14 June 1992, (Çevrimiçi) https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/Agenda21.pdf?_gl=1*trnmrg*_ga*MTAwNzc1Mzg2Mi4xNjYyMzg2MzA2*_ga_TK9BQL5X7Z*MTcwMjc1NjgzNC40My4xLjE3MDI3NTg4NDYuMC4wLjA., E.T. 16.12.2023.

Arab Charter on Human Rights, 15 September 1994, (Çevrimiçi) <https://digitallibrary.un.org/record/551368?ln=en>, E.T. 24.07.2023.

ASEAN Human Rights Declaration, 19 November 2012, (Çevrimiçi) <https://asean.org/asean-human-rights-declaration/>, E.T. 24.07.2023.

Association of Southeast Asian Nations, (Çevrimiçi) <https://asean.org/>, E.T. 24.07.2023.

ATAPATTU, Sumudu, “The Right to a Healthy Life or the Right to Die Polluted?: The Emergence of a Human Right to a Healthy Environment Under International Law”, **Tulane Environmental Law Journal**, Y. 2002, V. 16, I. 1, 65-126.

ATAPATTU, Sumudu / SCHAPPER, Andrea, **Human Rights and the Environment**, Routledge, London, 2019.

BOYD, David R., “Catalyst for Change: Evaluating Forty Years of Experience in Implementing the Right to a Healthy Environment”: KNOX, John H. / PEJAN, Ramin, **The Human Rights to a Healthy Environment**, Cambridge University Press, Cambridge, 2018.

BRATSPIES, Rebecca, “Do We need a Right to a Healthy Environment?”, **Santa Clara Journal of International Law**, Y. 2015, V. 13, 31-69.

Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters, 25 June 1998, (Çevrimiçi) <https://unece.org/DAM/env/pp/documents/cep43e.pdf>, E.T. 24.07.2023.

- Convention on Persistent Organic Pollutants, May 22, 2001, 40 I.L.M. 532 (2001), (çevrimiçi) https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVII-15&chapter=27&clang=_en, E.T. 16.12.2023.
- Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment, Stockholm, 16 June 1972, <https://legal.un.org/avl/ha/dunche/dunche.html>, E.T. 24.07.2023.
- DUYMAZ, Erkan, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Çevrenin Korunmasına Katkısı”, **İ. Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Y. 2012, S. 47, 121-160.
- Florea v. Romania, European Court of Human Rights, 14 September 2010, App. no. 37186/03, (Çevrimiçi) [https://hudoc.echr.coe.int/#%22itemid%22:\[%22001-100357%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/#%22itemid%22:[%22001-100357%22]), E.T. 16.12.2023.
- GÜNEŞ, Ahmet M., “Uluslararası Çevre Hukuku Üzerine Bir İnceleme”, **İÜHFİM**, Y. 2012, C. LXX, S. 1, 83-114.
- GÜNTHER, Handl, Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment, Stockholm, 16 June 1972 and Rio Declaration on Environment and Development, Rio de Janeiro, 14 June 1992, (Çevrimiçi) <https://legal.un.org/avl/ha/dunche/dunche.html>, E.T. 16.12.1992.
- KAYPAK, Şafak, “Çevre Hukukunun Ulusal ve Uluslararası Boyutları”, **Adıyaman Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Y. 2012, S. 10, 205-242.
- KNOX, John H., Report of the Independent Expert on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment” (Mapping Report), U.N. Doc. A/HRC/25/53 (30 December 2013), (Çevrimiçi) <https://digitallibrary.un.org/record/766887?ln=en>, E.T. 24.07.2023.
- KOIVUROVA, Timo, **Introduction to of International Environmental Law**, Routledge, London, 2014.
- Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change, Dec. 10, 1997, 37 I.L.M. 22 (1998), (çevrimiçi) <https://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpeng.pdf>, E.T. 16.12.2023.
- López Ostra v Spain, European Court of Human Rights, 9 December 1994, App. No. 16798/90, A/303-C, (Çevrimiçi) [https://hudoc.echr.coe.int/FRE#%22itemid%22:\[%22001-57905%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/FRE#%22itemid%22:[%22001-57905%22]), E.T. 24.07.2023.
- OHCHR and UNEP, “Promotion and Protection of Human Rights Science and Environment: Report of the Joint OHCHR and UNEP Seminar on Human Rights and the Environment”, U.N. Doc. E/CN.4/2002/WP.7 (Jan. 16, 2002), (Çevrimiçi) http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Environment/Reportonjoint_OHCHR-UNEPseminar2002.pdf, E.T. 24.07.2023.
- Öneryıldız v. Turkey, European Court of Human Rights, 30 November 2004, App. no. 48939/99, (Çevrimiçi) [https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:\[%22001-67614%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:[%22001-67614%22]), E.T. 24.07.2023.
- ÖZDEK, E. Yasemin, **İnsan Hakkı Olarak Çevre Hakkı**, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1993.

- Paris Agreement, 2015, (Çevrimiçi) https://unfccc.int/files/essential_background/convention/application/pdf/english_paris_agreement.pdf, E.T. 24.07..
- PAZARCI, Hüseyin, “Çevre Sorunlarının Uluslararası Boyutları ve Uluslararası Hukuk”, **AÜ. SBF. Yayınları** (Fehmi Yavuz’a Armağan), Y. 1983, 201-237.
- RAMCHARAN, Bernard G., “Normative Human Rights Cascades, North and South”, **Third World Quarterly**, Y. 2016 V. 37, I. 7, 1234-1251.
- Regional Agreement on Access to Information, Public Participation and Justice in Environmental Matters in Latin America and the Caribbean (Escazu Agreement), (Çevrimiçi) https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=XXVII-18&chapter=27&clang=_en, E.T. 24.07.2023.
- Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future, (çevrimiçi) https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/5987_our-common-future.pdf, E.T. 16.12.2023.
- Rio Declaration on Environment and Development, 1992, (Çevrimiçi) https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_CONF.151_26_Vol.I_Declaration.pdf, E.T. 16.12.2023.
- SAND, Peter, “The Evolution of International Environmental Law”: BODANSKY, Dan / BRUNNÉE, Jutta / HEY, Ellen, *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Vol. 29, 2007.
- SANDS, Philippe / PEEL, Jacqueline, FABRA, Adriana / MACKENZIE, Ruth, **Principles of International Environmental Law**, Cambridge University Press, Cambridge, 2018.
- Saramaka People v. Suriname, Inter-American Court of Human Rights, 12 August 2008, (Çevrimiçi) https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serie_185_ing.pdf, E.T. 24.07.2023.
- Stockholm Conference, Participant List, (Çevrimiçi) <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/NL3/217/10/PDF/NL321710.pdf?OpenElement>, E.T. 24.07.2023.
- The African Charter on Human and Peoples’ Rights, 27 June 1981, (Çevrimiçi) <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201520/volume-1520-I-26363-English.pdf>, E.T. 24.07.2023.
- The Social and Economic Rights Action Center for Economic and Social Rights v. Nigeria, Communication No. 155/96, African Commission on Human and Peoples’ Rights, 27 My 2022, (Çevrimiçi) <https://www.escri-net.org/sites/default/files/serac.pdf>, E.T. 24.07.2023.
- UN News, Climate and Environment, “Why the UN General Assembly must back the right to a healthy environment”, 22 July 2022, (Çevrimiçi) <https://news.un.org/en/story/2022/07/1123142>, E.T. 25.07.2023.
- UNEP, About UN Environment Programme, (çevrimiçi) <https://www.unep.org/about-un-environment>, E.T. 16.12.2023.

- UNGA Res. 42/187 (1987), (çevrimiçi) <https://digitallibrary.un.org/record/153026?ln=en>, E.T. 16.12.2023.
- UNGA Res. 43/196 (1988), (çevrimiçi) https://digitallibrary.un.org/record/54291?ln=zh_CN, E.T. 16.12.2023.
- UNGA Res. 44/228 (1989), (çevrimiçi) <https://digitallibrary.un.org/record/82555?ln=en>, E.T. 16.12.2023.
- UNGA, Human Rights Obligations Relating to the Enjoyment of a Safe, Clean, Healthy and Sustainable Environment, 19 July 2018 (A/73/188), (Çevrimiçi) <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N18/231/04/PDF/N1823104.pdf?OpenElement>, E.T. 16.12.2023.
- United Nations, Conferences: Environment and Sustainable Development, (Çevrimiçi) <https://www.un.org/en/conferences/environment>, E.T. 24.07.2023.
- United Nations Conference on Environment & Development Rio de Janeiro, Brazil, 3 to 14 June 1992, (Çevrimiçi) <https://www.un.org/en/conferences/environment/rio1992>, E.T. 16.12.2023.
- United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC), May 9, 1992, 1771 U.N.T.S. 107, (çevrimiçi) https://treaties.un.org/doc/source/recenttexts/unfccc_eng.pdf, E.T. 16.12.2023.
- United Nations, Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future From One Earth to One World (Brundtland Report), (Çevrimiçi) <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/5987our-common-future.pdf>, E.T. 24.07.2023.
- United Nations, “Stockholm+50: a healthy planet for the prosperity of all - our responsibility, our opportunity Stockholm”, Report, 2 and 3 June 2022, (Çevrimiçi) https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/40618/Stockholm50_Report.pdf?sequence=1&isAllowed=y, E.T. 24.07.2023.
- United Nations General Assembly, Resolution 76/300 (28 July 2022) A/RES/76/300, (Çevrimiçi) <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N22/442/77/PDF/N2244277.pdf?OpenElement>, E.T. 25.07.2023.
- United Nations General Assembly, Resolution 64/292, (28 July 2010) A/RES/64/292, (Çevrimiçi) <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N09/479/35/PDF/N0947935.pdf?OpenElement>, E.T. 25.07.2023.
- United Nations Human Rights Council, Resolution 48/13 (8 October 2021) A/HRC/RES/48/13, (Çevrimiçi) <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G21/289/50/PDF/G2128950.pdf?OpenElement>, E.T. 25.07.2023.
- United Nations Human Rights Council, “Right to a healthy environment: good practices: Report of the Special Rapporteur on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment”, (2019) A/HRC/43/53, (Çevrimiçi) <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G19/355/14/PDF/G1935514.pdf?OpenElement>, E.T. 25.07.2023.

United Nations OHCHR, “Historic day for human rights and a healthy planet: UN expert”, 28 July 2022, (Çevrimiçi) <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2022/07/historic-day-human-rights-and-healthy-planet-un-expert>, E.T. 25.07.2023.

United Nations OHCHR, “What is the Right to a Health Environment?”, (Çevrimiçi) <https://www.undp.org/sites/g/files/zskgke326/files/2023-01/UNDP-UNEP-UNHCHR-What-is-the-Right-to-a-Healthy-Environment.pdf>, E.T. 25.07.2023.

United Nations, Conferences: Environment and Sustainable Development, United Nations Conference on Environment and Development, Rio de Janeiro, Brazil, 3-14 June 1992, (çevrimiçi)

<https://www.un.org/en/conferences/environment/rio1992>, E.T. 16.12.2023.

United Nations, Department of Economic and Social Affairs, Rights of Nature, (Çevrimiçi) [https://sdgs.un.org/partnerships/rights-nature-catalyst-implementation-sustainable-development-agenda-water#:~:text=Rights%20of%20Nature%20is%20a,clear%20water%20\(SGD%206\)%2C](https://sdgs.un.org/partnerships/rights-nature-catalyst-implementation-sustainable-development-agenda-water#:~:text=Rights%20of%20Nature%20is%20a,clear%20water%20(SGD%206)%2C), E.T. 16.12.2023.

World Charter for Nature, General Principles (Dünya Doğa Şartı), <http://www.un-documents.net/wcn.htm>, E.T. 16.12.2023.

Dolandırıcılık Suçunun Sigorta Bedelini Almak Maksadıyla İşlenmesi^(*)

Committing the Crime of Fraud with the Intention of
Obtaining the Insurance Amount

Korhan YEĞRİM^(**)

Öz:

Sigorta konusu üzerinde hileli davranışlarda bulunmak suretiyle sigorta şirketinden sigorta bedeli adı altında menfaat temin edilmesi, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda öngörülen dolandırıcılık suçunun nitelikli halini oluşturmaktadır. Bu suç sigorta bedelinin sigorta şirketi zararına failin ya da üçüncü kişinin lehine yarar elde edilmesiyle tamamlanır. Sigorta dolandırıcılığı, kanuni tanımda bir neticenin arandığı zarar suçudur. Bu suçun üç veya daha fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi ya da bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi cezanın artırılmasını gerektiren bir neden olarak öngörülmüştür. Bu suç için cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi bir sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerine yer verilmiştir. Çalışmamızda, dolandırıcılık suçunun sigorta bedelini almak maksadıyla işlenmesi ceza hukukuna özgü sistematik çerçevesinde ele alınmıştır. Bu suçun hukuki konusunun malvarlığı ve/ya irade özgürlüğü olması, tüzel kişilerin bu suçun mağduru olabilme durumu, failin ya da üçüncü kişinin elde edeceği menfaatin haklı olması halinde suçun işlendiğinin kabulü, hile unsurunun objektif olarak kandırmaya elverişli olup olmadığı, icra hareketlerinin ne zaman başlayacağı hususları tartışmalıdır. Tartışmalı olan hususlar, öğretiyi ve güncel Yargıtay içtihatları ışığında ele alınmış ve bu konuda çözüm önerileri sunulmuştur.

Anahtar Kelimeler:

Sigorta Dolandırıcılığı, Hile, Sigorta Ettiren, Sigortacı, Sigorta Bedeli.

Abstract:

Obtaining benefits from the insurance company under the name of insurance price by fraudulent behaviour on the insurance subject constitutes the qualified form of the crime of fraud stipulated in the Turkish Criminal Code No. 5237. This crime is completed by obtaining benefit in favour of

^(*) Araştırma Makalesi / *Research Article*

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 10.02.2024

Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 04.03.2024

DOI: <https://doi.org/10.58733/imhfd.1451561>

Bu makaleye atf için: YEĞRİM, Korhan, "Dolandırıcılık Suçunun Sigorta Bedelini Almak Maksadıyla İşlenmesi", *İMİHFD*, C. 9, S. 1, 2024, s. 29-70

^(**) Dr. Öğr. Üyesi, İnönü Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Malatya - Türkiye

E-posta: korhan.yegrim@inonu.edu.tr

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-3231-0068>

the perpetrator or a third party at the expense of the insurance company. Insurance fraud is a loss crime for which a result is sought in the legal definition. The commission of this offence by three or more persons together or within the framework of the activities of an organisation is foreseen as a reason for increasing the penalty. For this offence, effective remorse provisions are included as a personal reason for a reduction in the penalty. In our study, the commission of the offence of fraud with the intention of obtaining insurance proceeds is discussed within the framework of the systematic framework specific to criminal law. It is controversial whether the legal issue of this offence is property and/or freedom of will, whether legal entities can be the victim of this offence, whether the offence is committed if the benefit to be obtained by the perpetrator or the third party is justified, whether the element of deception is objectively suitable for deception, and when the enforcement actions begin. The controversial issues are discussed in the light of the doctrine and the current case law of the Court of Cassation and solutions are presented.

Keywords:

Insurance Fraud, Fraud, Insured, Insurer, Insurance Price.

GİRİŞ

Dolandırıcılık sözcüğü kelime anlamı olarak “bir kimsenin saflığından faydalanarak ve onu kandırarak şekilde hileler yaparak hataya düşürüp o kimsenin veya başkasının zararına kendisi veya başkası için menfaat elde etmek” manasına karşılık gelmektedir¹. Bir kimseyi aldatarak parasını veya malını elinden almak anlamına gelen dolandırmak faaliyetinin dolandırıcı tarafından icra edilmesi de dolandırıcılık olarak nitelendirilmektedir².

Dolandırıcılık suçunun³ kökeni Roma hukukunda dolandırıcılığı da kapsayan ve XII Levha Kanunları’nda yer alan “*furtum*” kelimesine dayanmaktadır.

¹ DEMİR, Abdullah, **Hukuki Terimler Sözlüğü**, 1. Baskı, Astana Yayınları, Ankara, 2017, s. 272.

² AKALIN, Şükrü Haluk, **Türkçe Sözlük**, Türk Dil Kurumu Yayınları, 11. Baskı, Ankara, 2019, s. 697.

³ Suç tipi hakkında detaylı açıklamalar için bkz. YAŞAR, Osman / GÖKCAN, Hasan Tahsin / ARTUÇ, Mustafa, **Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, C. IV, Ankara, 2014, s. 5060 vd.; ÖZTÜRK, Sami, **Açıklamalı-İçtihatlı Güveni Kötüye Kullanma Bedelsiz Senedi Kullanma Dolandırıcılık Suçları ve TCK Genel Hükümler**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 245 vd.; TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / ÖNOK, R. Murat, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, Güncellenmiş 20. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 764 vd.; ÖZBEK, Veli / DOĞAN, Koray / BACAŞSIZ, Pınar, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, 18. Baskı, Ankara, 2023, s. 734 vd.; AYDIN, Devrim, “Dolandırıcılık Suçu”, **Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 11, S. 2, 2021, s. 649 vd.; MERAN, Necati, **Dolandırıcılık, Sahtecilik, Güveni Kötüye Kullanma**, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 89 vd.; GÜNAY, Erhan, **Dolandırıcılık ve Belgede Sahtecilik Davalarında Yargılama Süreci**, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 23 vd.; TANERİ, Gökhan / KAMIŞLI, Gani, **Dolandırıcılık-Sahtecilik-Güveni Kötüye Kullanma Suçları**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 239 vd.; ASLAN, Göksel, **Örneklerle Uygulamada Dolandırıcılık, Hırsızlık ve Mala Zarar Verme Suçları**, Pozitif Hukuk Dizisi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 17 vd.; ARTUK, M. Emin / GÖKCEN, Ahmet / ALŞAHİN, M. Emin / ÇAKIR, Kerim, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 20. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 661 vd.; KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 805 vd.; ÖZEN, Mustafa, **Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri**, Adalet Yayınevi, 8. Baskı,

Furtum sözcüğü “*bir malın veya kullanılmasının veya zilyetliğinin hileli bir şekilde ve kazanç gayesiyle elde edilmesidir*” şeklinde tanım ile hırsızlık suçundan başka güveni kötüye kullanma ve dolandırıcılık suçlarını da kapsamaktaydı⁴. Bugünkü anlamda dolandırıcılık suçuna en yakın kavram hile ve aldatma davranışıyla işlenen “stellionatus” isimli suç tipidir⁵. Dolandırıcılık suçu günümüzdeki anlamıyla bir suç tipi olarak ilk kez 1858 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayun’un 233. maddesinde yer almıştır⁶. Cumhuriyet’in ilanından sonra ise, 1889 sayılı İtalyan Zanerdeli Ceza Kanunu’ndan iktibas edilen 1926 tarihli 765 sayılı mülga Ceza Kanunu’nun (ETCK) 503 maddesinde dolandırıcılık suçunun basit haline 504. maddesinde ise nitelikli hallerine yer verilmiştir⁷.

1 Haziran 2005 tarihinden itibaren yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun (TCK) 157. maddesinde dolandırıcılık suçunun temel şekli, 158. maddesinde ise sigorta bedelini almak maksadıyla işlenen dolandırıcılığın da dahil olduğu nitelikli hallerine yer verilmiştir. ETCK’nın 503. maddesinde yer verilen dolandırıcılık fiili ile TCK’nın 157. maddesinde düzenlenen dolandırıcılık suçu arasında en belirgin fark; ETCK’da suçun maddi unsurunu oluşturan davranışı tanımlamak için “*bir kişiyi kaldırabilecek nitelikte hile ve desiseler yaparak hataya düşürmek*” ibaresi kullanılmış iken, TCK’nın 157. maddesinin kanuni tanımında “*hileli davranışlar yaparak bir kimseyi aldatmak*” ibaresine

Ankara, 2023, s. 694 vd.; GERÇEKER, Hasan, **Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, C. III, 2. Baskı, Ankara, 2014, s. 3312; PARLAR, Ali / HATİPOĞLU, Muzaffer, **Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu**, C. III, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 2533 vd.; EKER KAZANCI, Behiye / ZEYREK, İlker, “TCK’da Dolandırıcılık Suçu”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, C. 21, Özel S. 2019, s. 518; YAZICI-OĞLU, R. Yılmaz, “Hırsızlık Suçunun Malvarlığına Karşı İşlenen Bazı Benzer Suçlardan Ayrımı”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 19, S. 2, 2013, s. 776.

⁴ RADO, Türkan, “GAİUS’a Göre Klasik Roma Hukukunda Furtum Suçu”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, 1952, C. 18, S. 1-2, s. 483-484; SELÇUK, Sami, **Dolandırıcılık**, 1. Baskı, Yasa Yayınları, İstanbul, 1982, s. 36-37; SOYASLAN, Doğan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 415.

⁵ DÖNMEZER, Sulhi, “Dolandırıcılık Cürmü”, **İBM**, S. 9 (1943), s. 547; AKBULUT, Berrin, “Dolandırıcılık Suçunda Hile ve Hilenin Zamanı”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 30, S. 4, 2022, s. 2269.

⁶ 1858 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayun’un 2. Babında bulunan 8. Fasılda yer alan 233. maddesinde “Dolandırıcılık yolunda türlü hile ve desais i’ mali ile bir adamın akçe ya emlak veya tahvilat ve senedatını ve sair eşyasını bir takrib elinden alan şahıs üç aydan üç seneye kadar hapis olunur ve kendisinden bir meciydiye altınından elli meciydiye altınına kadar ceza-i nakdi dahi alınır ve memurin-i devletten ise bu cezalardan başka memuriyetten tard cesasına dahi müstehak olur” şeklinde dolandırıcılık suçuna açıkça yer verilmiştir. Bkz. TÜMERKAN, Somay, **Dolandırıcılık Suçu (Karşılıksız Çek Keşidesi Fiilleri)**, 1. Baskı, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1987, s. 4; GÖKCEN, Ahmet, **Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri**, İstanbul, 1989, s. 117; AKBULUT, **Dolandırıcılık Suçunda Hile ve Hilenin Zamanı**, s. 2269, dn. 6.

⁷ AKBULUT, **Dolandırıcılık Suçunda Hile ve Hilenin Zamanı**, s. 2269; TÜMERKAN, s. 4 vd.

yer verilmiş olmasıdır. Kanun koyucu yeni düzenleme ile desise kavramına tipiklikte yer vermemiştir⁸.

Kıta Avrupası hukuk sisteminin hâkim olduğu Alman hukukunda dolandırıcılık suçu (Betrug), 15 Mayıs 1871 tarihli Alman Ceza Kanunu'nun (StGB) dolandırıcılık ve güveni kötüye kullanma suçlarının "*Betrug und Untreue*" düzenlendiği 22. Bölümün 263. maddesinde düzenlenmiştir⁹. Sigortanın dolandırıcılığa konu edilmesi ise, hem Alman Ceza Kanunu'nun (StGB) m. 263/3-5 hükmünde sigorta dolandırıcılığının nitelikli bir hal olarak düzenlenmesi hem de sigortayı kötüye kullanma başlıklı 265. maddesinde bağımsız bir suç şeklinde öngörülmesi ile gerçekleşmiştir¹⁰. TCK'nın 158. maddesinin 1. fıkrasının k bendinde sigorta bedelini almak maksadıyla dolandırıcılık nitelikli bir hal olarak öngörülmüştür. Bu hüküm Alman Ceza Kanunu'nun (StGB) 263. maddenin 3. fıkrasının 5. bendine benzerlik göstermektedir. Ancak Alman Ceza Kanunu'nun (StGB) 265. maddesine benzer bir hüküm Ceza Kanunumuzda bulunmamaktadır.

Çalışmamızın esas konusu sigorta bedelini almak maksadıyla dolandırıcılık suçunun incelenmesini oluşturmaktadır. Bu çalışmada sigorta bedelini almaya

⁸ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 5061; PARLAR / HATİPOĞLU, s. 2533; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 771; ÖZEN, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri*, s. 694; ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ, *Özel Hükümler*, s. 727.

⁹ HEGER, Martin, (Herausgeber: Karl LACKNER / Kristian KÜHL / Martin HEGER), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 30. Aufl, München, 2023, StGB §263 Kn. 1 vd.; PERRON, Walter, (Herausgeber: Adolf SCHÖNKE / Horst SCHRÖDER) *Strafgesetzbuch Kommentar*, 30. Auflage, München, 2019, StGB §263, Kn. 1 vd.

¹⁰ HEFENDEHL, Roland, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch* (Herausgeber: Volker ERB / Jürgen SCHÄFER), 4. Aufl. 2022, StGB §263 Kn. 1231; KINDHÄUSER, Urs / HOVEN, Elisa, *Nomos Kommentar*, (Herausgeber: Urs KINDHÄUSER / Ulfried NEUMANN / Hans-Ulrich PAEFFGEN / Frank SALIGER), 6. Aufl., Baden-Baden, 2023, StGB §263 Kn. 399; Alman Ceza Kanunu'nun (StGB) m. 263/1. hükmüne göre dolandırıcılık "*Yanlış olguları gerçek gibi göstermek veya gerçek olguları tahrip etmek veya gizlemek suretiyle bir kişiyi hataya düşürerek veya hatayı sürdürerek, kendisine veya üçüncü bir şahsa hukuka aykırı bir malvarlığı çıkarı sağlamak maksadıyla başkasının malvarlığına zarar veren kişi beş yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır*" şeklinde düzenleme altına alınmıştır. Alman Ceza Kanunu'nun (StGB) m. 263/3-5 hükmüne göre; "*Uydurmak amacıyla kendisi veya bir başka kişi için, önemli bir değer taşıyan bir şeyi ateşe verdikten veya yangın çıkarmak suretiyle tamamen veya kısmen tahrip ettikten veya bir gemiyi batırdıktan veya karaya oturtuktan sonra, bir sigorta şirketinin ödeme yapması gereken bir hal bulunduğu izlenimini yaratırsa*" şeklinde dolandırıcılık suçunun nitelikli haline yer verilmiştir. Aynı Kanun'un Sigortayı Kötüye Kullanma başlıklı 265. maddesinin ilk fıkrasına göre; "*Suçun 263. maddede gereğince cezalandırılmadığı hallerde kendisine veya başka birine bir sigortadan edim sağlamak için yok olmaya, zarar görmeye, kullanma olanaklarını kısıtlamaya, kaybolmaya veya hırsızlığa karşı sigortalannmış bir şeye zarar veren, tahrip eden, kullanma olanaklarını kısıtlayan, kaçırın veya başka birine veren kişi üç yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır*". Mezkûr hükmün 2. fıkrasında ise bu suça teşebbüsün cezalandırılacağı tipiklikte açıkça belirtilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. YENİSEY, Feridun / PLAGEMANN, Gottfried, *Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB)*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2015, s. 377-385.

yönelik dolandırıcılık niteliğini içeren hileli davranışlar ve bu davranışların hazırlık hareketlerinden ayrıştırılması, Alman hukukunda yer alan sigorta dolandırıcılığı suçu ile TCK m. 158/1-k'nın mukayesesi öğreti ve Yargıtay kararları ışığında ele alınacak konulardır. Sigorta dolandırıcılığının güncel Yargıtay kararları ışığında uygulanması ve daha az cezayı gerektiren hallerin bu suç için de uygulanıp uygulanamayacağı incelenen diğer hususlardır.

I. SİGORTA BEDELİNİN ALINMASI AMACINA YÖNELİK İŞLENEN DOLANDIRICILIK SUÇU HAKKINDA GENEL AÇIKLAMALAR

Sigorta, kelime anlamı olarak “bir şeyin veya bir kimsenin herhangi bir yönden ileride karşılaşılabileceği zararı gidermek için önceden ödenen prim karşılığında bu işle uğraşan kuruluşla yapılan iki taraflı bağlantı sözleşmesi” anlamına gelmektedir¹¹.

Sigorta sözleşmesi Türk Ticaret Kanunu'nun 1401. maddesinin 1. fıkrasına göre; “sigortacının bir prim karşılığında, kişinin para ile ölçülebilir bir menfaatini zarara uğratan tehlikenin, rizikonun, meydana gelmesi hâlinde bunu tazmin etmeyi ya da bir veya birkaç kişinin hayat süreleri sebebiyle ya da hayatlarında gerçekleşen bazı olaylar dolayısıyla bir para ödemeyi veya diğer edimlerde bulunmayı yükümlendiği sözleşmedir”. Sigorta sözleşmesi nitelik olarak tam iki tarafa borç yükleyen (sinallagmatik) bir sözleşme olup, sigorta ettirenin borcu sigorta primini ödemekle sınırlı iken, sigortacı riziko gerçekleştiğinde sigorta tazminatı ya da bedelini ödemekle yükümlüdür¹². Sigorta sözleşmesi, tarafları-

¹¹ AKALIN, s. 2108; Sigorta “belirli bir toplulukta bulunan ve benzer rizikolara maruz kalan kimselerin, sigortacının gerçekleştirdiği organizasyon bünyesinde bir araya gelerek söz konusu rizikoları paylaşmaları esasına dayanan bir kurumdur. Tanımdan da anlaşıldığı gibi sigortanın ortaya çıkabilmesi için gerekli olan ilk şart iktisadi sonuç doğuran rizikoların mevcudiyetidir. Bunun yanı sıra muhtemel rizikoların dağıtılması ve düşük prim ile fazla zararının karşılanabilmesi için büyük sayılar kanununun uygulanabileceği kadar çok sayıda riziko taşıyıcılardan oluşan bir topluluk olmalıdır. Sigortanın meydana gelmesi için gerekli olan bu fiili şartların ardından sigortacı adı verilen kişi veya kurum, yaptığı organizasyon ile aynı veya benzer rizikoları paylaşmak isteyen veya zorlayıcı yasal mevzuat nedeniyle buna mecbur olan kişileri bir araya getirerek sigorta kurumunu ortaya çıkarır” şeklinde tarif edilmiştir. Bkz. DEMİR, s. 1017.

¹² GÜLHAN, Melisa, “Sigorta Alacaklarında Zamanaşımı”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2023, S. 1, s. 349; Yargıtay sigorta sözleşmesini “davanın açıldığı tarih itibarıyla somut olaya uygulanması gereken 6762 sayılı TTK'nin 1263/1 (6102 sayılı TTK'nin 1401/1) maddesinde; “Sigorta bir akitir ki bununla sigortacı bir prim karşılığında diğer bir kimsenin para ile ölçülebilir bir menfaatini halele uğratan bir tehlikenin (bir rizikonun) meydana gelmesi halinde tazminat vermeyi yahut bir veya birkaç kimsenin hayat müddetleri sebebiyle veya hayatlarında meydana gelen belli bir takım hadiseler dolayısıyla bir para ödemeyi veya sair edalarda bulunmayı üzerine alır” şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanım çerçevesinde, sigorta sözleşmesinin tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğu, sigortacının asli ediminin rizikoyu taşıma (hi-maye sağlama) borcu iken sigorta ettirenin asli edimini ise prim ödeme borcu oluşturduğu sonucuna ulaşılmaktadır” şeklinde izah etmiştir. Bkz. Yar. HGK, E. 2017/1301, K. 2020/878, 11.11.2020, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

nın sigorta ettiren ile sigortacıdan oluştuğu bir akittir¹³. Sigortacı kelimesi, “belirli bir prim karşılığında, sigortalıya veya bir tazminattan yararlanacağı belirtilmiş olan kimseye, zarara uğraması durumunda belli bir para veya gelir ödemeyi üstlenen kimseyi” ifade etmektedir¹⁴. Sigorta ettiren ise, sigortacı ile sigorta sözleşmesini yapan ve aynı zamanda prim ödeyen tarafı ifade etmek için kullanılan bir terimdir¹⁵. Lehdar ise sigortadan faydalanacak kişiyi ifade etmek amacıyla oluşturulmuş bir kavramdır. Lehine bir hak yaratılan, kambiyo senesinde senet bedelini tahsil edecek olan kimseyi tanımlamaktadır¹⁶. Sigorta sözleşmesinin tarafları genel olarak sigorta ettiren ve sigortacıdan oluşmaktadır. Ancak prim borcunu ödeme yükümlülüğü altına giren sigorta ettiren bazen kendi menfaati yerine üçüncü bir kişinin menfaati için sigorta sözleşmesi akdedebilir. Burada sözleşmenin tarafı konumunda bulunmayan ve fakat sözleşmeden yararlanan bir kişi ortaya çıkmaktadır. Bu kişi sigorta hukukunda “sigortalı” olarak tanımlanmaktadır. Örneğin oğluna son model bir araba satın alan babanın sigorta şirketiyle akdettiği kasko sigortası sözleşmesinde baba sigorta ettiren, sigorta şirketi sigortacı, sözleşmenin tarafı olmayan oğul ise sigortalı statüsündedir. Burada prim ödeme yükümlülüğü babada iken sözleşmeden faydalanacak kişi oğul olacaktır¹⁷.

¹³ Sigortacı, sigorta sözleşmesinin imzalanmasından sonra sigorta ettirene poliçe vermek ile yükümlüdür. Sigorta poliçesi, “sigortalı ile sigorta şirketi arasında tarafların karşılıklı hak ve borçlarını gösteren ve sözleşmenin kanıtlanması amacıyla düzenlenen bir belgedir”. AKALIN, s. 2109; Sigorta poliçesi Hukuki Terimler Sözlüğü’nde “sigortalanan bir menfaate ait belirleyici bilgileri, sigortanın başlangıç ve bitiş tarihlerini, ödenecek prim ve teminat tutarlarını gösteren sözleşmeye ait yazılı bir belgedir. Sigortacı, sigorta sözleşmesi kendisi veya acentesi tarafından yapılmışsa, sözleşmenin yapılmasından itibaren 24 saat, diğer hallerde 15 gün içinde, yetkililerce imzalanmış bir poliçeyi sigorta ettirene vermekle yükümlüdür. Sigortacı poliçenin geç verilmesinden doğan zarardan sorumludur.” şeklinde izah edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. DEMİR, s. 1016.

¹⁴ AKALIN, s. 2109; DEMİR, s. 1017. Bir başka tanıma göre sigortacı “Sigorta ettiren ile yapılan sözleşme sonucunda, ödenen prim karşılığında sigortalıya ya da menfaatara, sözleşmeye konu olan zararın gerçekleşmesi halinde yükümlülüğünü yerine getiren ve tazminat ödemeyi üstlenen kurumdur”. ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.general.com.tr/sigorta-terimleri#:~:text=Sigorta%20ettiren%20ne%20anlama%20gelir,ile%20sigortal%C4%B1%20ayn%C4%B1%20ki%C5%9F%20olabilir>, E.T. 05.01.2024.

¹⁵ GÜNAY, Barış, **Sigorta Hukuku**, Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara, 2023, s. 71; Sigorta Terimleri, <https://www.general.com.tr/sigorta-terimleri#:~:text=Sigorta%20ettiren%20ne%20anlama%20gelir,ile%20sigortal%C4%B1%20ayn%C4%B1%20ki%C5%9F%20olabilir>, E.T. 05.01.2024; Sigorta ettiren kavramı “sigorta sözleşmesinin karşı tarafı sigorta ettiren adını taşımaktadır. Sözleşmeden doğan borçlar sadece sigorta ettirene aittir. Haklar ise, özellikle sigortacının riski taşımasını isteme hakkı, prensip itibarıyla sigorta ettirene aittir ancak bu haklar bazı hallerde başka bir şahsa devredilebilir. Kanun koyucu, sigorta sözleşmesi yapılabilmesi için özel bir ehliyet şartı öngörmemiştir. Dolayısıyla medeni hakları kullanma yetkisine sahip ve reşit olan herkes sigorta sözleşmesi yapabilir. Genellikle sigorta ettiren ile sigortalı aynı kişidir. Ancak başkası lehine sigorta yapılması söz konusu ise sigortalı ile sigorta ettiren farklı kişiler olacaktır” şeklinde açıklanmaktadır. Bkz. DEMİR, s. 1015-1016.

¹⁶ DEMİR, s. 710; <https://www.general.com.tr/sigorta-terimleri#:~:text=Sigorta%20ettiren%20ne%20anlama%20gelir,ile%20sigortal%C4%B1%20ayn%C4%B1%20ki%C5%9F%20olabilir>, E.T. 05.01.2024.

¹⁷ GÜNAY, **Sigorta Hukuku**, s. 72; AKALIN, s. 2109.

Sigorta bedeli ve sigorta tazminatı kavramları da sigorta hukukunda özdeş kavramlar değildir. Sigorta bedeli, sigortacının sorumluluğunun üstü sınırıdır. Sigorta bedeli, rizikonun gerçekleştiği andaki sigortalı menfaatin değerini aşsa bile, sigortacı uğranılan zarardan fazlasını ödeme zorunluluğu bulunmamaktadır. Sigorta tazminatı ise, tehlikenin gerçekleşmesi sırasında sigortalı menfaatin zarara uğramış olan kısmına karşılık gelmektedir. Rizikonun gerçekleşmesi sonucunda malvarlığında meydana gelen zararın giderilmesi için sigortalıya sigorta tazminatı ödenir. Sözleşmede aynen tazmine ilişkin bir ibare yer almakta ise sigorta tazminatının nakden ödemesi yapılabilir¹⁸.

Sigortaya ilişkin düzenlemeleri TTK m. 1401 ve devamı maddelerinde görmek mümkündür. TTK dışında 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nda özellikle sigortacı konumunda bulunabilecek muhataplar detaylı şekilde tanımlanmıştır. 03 Haziran 2007 tarihinde kabul edilerek 14 Haziran 2007 tarihinde yürürlüğe giren Sigortacılık Kanunu (SK)'nun¹⁹ 2. maddesinde aracı, broker, sigorta acentesi, sigorta experi, sigorta şirketi gibi terimlerin kanuni düzenlemede tanımlandığı görülmektedir²⁰. 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun zorunlu trafik sigortalarına ilişkin 91 ve devamı maddeleri ile ihtiyari trafik sigortasının düzenlendiği 100. madde sigorta hukukuna ilişkin önemli düzenlemeler içermektedir.

Sigortanın ekonomik ve sosyal hayatta önemi oldukça büyüktür. Bireyler sigorta sayesinde geleceklerini güvence altına almakta ve olumsuz bir durumla karşılarak sefalet düşmekten de kurtulmaktadırlar²¹. Sigortanın bireylere güvence sağlama avantajının yanı sıra sermayenin ve emeğin korunma suretiyle milli gelirin azalması önlenmektedir; sigorta sayesinde ticari faaliyetler güvenli

¹⁸ DEMİR, s. 1015.

¹⁹ Yayımlandığı R. G. 14/6/2007, S. 26552.

²⁰ Mezkur Kanun'un 2. maddesinin 1. fıkrasının b bendinde aracı; "Sigorta acentesi ve brokeri", d bendinde broker; "Sigorta veya reasürans sözleşmesi yaptırmak isteyenleri temsil ederek, bu sözleşmelerin yapılacağı şirketlerin seçiminde tamamen tarafsız ve bağımsız davranarak ve teminat almak isteyen kişilerin hak ve menfaatlerini gözeterek sözleşmelerin akdinden önceki hazırlık çalışmalarını yürütmeyi ve gerektiğinde sözleşmelerin uygulanmasında veya tazminatın tahsilinde yardımcı olmayı meslek edinen kişiyi" m bendinde sigorta acentesi; "Ticari mümessil, ticari vekil, satış memuru veya müstahdem gibi tâbi bir sıfatı olmaksızın bir sözleşmeye dayanarak muayyen bir yer veya bölge içinde daimi bir surette sigorta şirketlerinin nam ve hesabına sigorta sözleşmelerine aracılık etmeyi veya bunları sigorta şirketleri adına yapmayı meslek edinen, sözleşmenin akdinden önce hazırlık çalışmalarını yürüten ve sözleşmenin uygulanması ile tazminatın ödenmesinde yardımcı olan kişiyi," n bendinde sigorta eksper; "Sigorta konusu risklerin gerçekleşmesi sonucunda ortaya çıkan kayıp ve hasarların miktarını, nedenlerini ve niteliklerini belirleyen ve mutabakatlı kıymet tespiti, ön ekspertiz ve hasar gözetimi gibi işleri mutat meslek olarak yapan tarafsız ve bağımsız kişiyi" ve p bendinde sigorta şirketi; "Türkiye'de kurulmuş sigorta şirketi ile yurt dışında kurulmuş sigorta şirketinin Türkiye'deki teşkilâtını" ifade etmektedir.

²¹ KENDER, Rayegan, **Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku**, 14. Baskı, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2015, s. 6; ULAŞ, Işıl, **Uygulamalı Sigorta Hukuku, Mal ve Sorumluluk Şşgortaları**, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, s. 3.

ve istikrarlı bir şekilde faaliyetlerini sürdürmektedir; işletmelerin kredi ihtiyaçları da sigorta sayesinde kolayca giderilmektedir²².

Sigorta dolandırıcılığı ETCK'nın 504. maddesinde, TCK'nın ise 158. maddesinin 1 k bendinde düzenlenmiştir. ETCK'nın 504. maddesinin 1. fıkrasının 2. bendinde dolandırıcılık suçunun sigorta bedelini almak maksadıyla işlenmesi halinde faile iki yıldan beş yıla kadar ağır hapis ve sağladığı haksız menfaatin iki misli kadar ağır para cezası verileceği öngörülmüştü. Ayrıca suçun işlenmesinde söz konusu nitelikli hallerden iki veya daha fazlası birleşirse hapis cezasının alt sınırının 3 yıldan az olamayacağı hüküm altına alınmıştır²³. TCK'nın 158/1-k hükmünde ise dolandırıcılık suçunun sigorta bedelini almak maksadıyla işlenmesi halinde, nitelikli hal için öngörülen üç yıldan on yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasının alt sınırı dört yıldan, adli para cezasının miktarının da suçtan elde edilen menfaatin iki katından az olamayacağı hüküm altına alınmıştır²⁴. Her iki düzenleme kıyaslandığında ETCK ile TCK'nın fiil unsuru bakımından sigorta bedelini almak maksadıyla dolandırıcılığın gerçekleştirilmesi özdeştir. Ancak bu suç ile etkin mücadele etmek için yaptırım yönüyle cezasının TCK'da artırıldığını görmekteyiz. Buna göre sigorta bedelini almak maksadıyla işlenen dolandırıcılık suçunda hapis cezasının alt sınırı 3 yıldan 4 yıla, üst sınırı ise 5 yıldan 10 yıla çıkarılmıştır. Ayrıca sigorta dolandırıcılığı suçunun üç veya daha fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi veya bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi eski düzenlemede yer almayan TCK'nın mevcut halinde (TCK m. 158/3) bulunan cezanın artırılması gerektiren bir sebep olarak yer verilmiştir²⁵.

II. KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Kanun koyucunun ihdas ettiği yasak norm ve yaptırımı ile açıkça koruma altına aldığı hak ve menfaat korunan hukuki değer olarak ifade edilmektedir²⁶. Dolan-

²² ÇEKER, Mustafa, **6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sigorta Hukuku**, 8. Baskı, Karahan Kitabevi, Adana, 2013, s. 6.

²³ PARLAR, Ali, **Türk Ceza Hukukunda Dolandırıcılık Suçları**, 1. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2011, s. 15.

²⁴ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 5180.

²⁵ ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞIZ, **Özel Hükümler**, s. 746; ÖZEN, **Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri**, s. 740; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 816; KOCA / ÜZÜLMEZ, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 828; ARTUK / GÖKÇEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 692.

²⁶ ARTUK, M. Emin / GÖKÇEN, Ahmet / ALŞAHİN, M. Emin / ÇAKIR, Kerim, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 16. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 388; ÖZEN, Mustafa, **Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri**, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 306; KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 118 vd.; AKBULUT, Berrin, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 426; CENTEL, Nur /

dırıcılık suçu, hileli hareketlerle bir kişiyi aldatarak onun ya da bir başka kimsenin zararına, failin ya da bir üçüncü kişi lehine haksız bir menfaat sağlanmasıdır²⁷. Bu suç, TCK'nın özel hükümler isimli ikinci kitabının “malvarlığına karşı suçlar” isimli 10. Bölümü altında düzenlenmiştir. Korunan hukuki değer bakımından doktrinde iki farklı görüş bulunmaktadır. Birinci görüşe göre; kanun koyucu dolandırıcılık suçu ihdas etmekle kişilerin münhasıran malvarlığı haklarını korumak istemektedir. Dolayısıyla bu suç ile irade özgürlüğü korunan hukuki değer olarak kabul edilemez²⁸. Bizim de katıldığımız ikinci görüşe göre dolandırıcılık suçu ile yalnızca kişilerin malvarlığını değil irade özgürlüğü de korunmaktadır²⁹. Dolandırıcılık suçunda esasında failin haksız yarar elde etmesi konusunda zarara uğrayanın rızası bulunmaktadır ancak bu rıza aldatılmak suretiyle hile kullanılarak elde edilmiştir. Kanun koyucu bu suçu düzenlemek ile hem mağdurun haksız şekilde malvarlığının elinden çıkması hem de iradesinin fesada uğramasının kişide yarattığı aldatılmışlık duygusu, pişmanlık ve örselenmişlik hissinin yaşanmasının önüne geçmeyi ve dolayısıyla irade özgürlüğünü güvence altına almayı istemektedir³⁰.

Yargıtay ise, dolandırıcılık suçu ile hem malvarlığı değerlerinin hem de irade özgürlüğünün korunması gereken hukuki bir değer olduğu görüşündedir. Yargıtay'ın bu yöndeki kararına göre; “Dolandırıcılık suçunu diğer malvarlığına karşı işlenen suç tiplerinden farklı kılan, aldatma temeline dayanan bir suç olmasıdır. Bu nedenle, dolandırıcılık suçu, birden çok hukuki konusu olan bir suçtur. Bu suç işlenirken, sadece malvarlığı zarar görmemektedir. Malvarlığı zarara uğratılırken, mağdurun veya suçtan zarar görenin iradesi de hileli davranışlarla yanıtılmaktadır³¹.”

ZAFER, Hamide / ÇAKMUT, Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 9. Baskı, Beta Yayın Dağıtım A. Ş., İstanbul, 2016, s. 226; ÖZGENÇ, İzzet, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 220; DEMİRBAŞ, Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, 18. Baskı, Ankara, 2023, s. 603; ÖZBEK, Veli / DOĞAN, Koray / BACAĞSIZ, Pınar, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 221; HAFIZOĞULLARI, Zeki / ÖZEN, Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 3. Baskı, U.S.A. Yayıncılık, Ankara, 2010, s. 225.

²⁷ ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞSIZ, **Özel Hükümler**, s. 736.

²⁸ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 765. Alman öğretisinde de dolandırıcılık suçunda korunan hukuki değer münhasıran malvarlığı olduğu yönde görüşler mevcuttur. Bkz. HEGER, in: LACKNER / KÜHL / HEGER, **StGB** §263 Kn. 1-70.

²⁹ ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞSIZ, **Özel Hükümler**, s. 734; YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 5064; MERAN, s. 89; TANERİ, s. 276; PARLAR / HATİPOĞLU, s. 2533.

³⁰ ÖZTÜRK, s. 249; MAVİŞ, Volkan, ‘Dolandırıcılık Suçunun Hile Unsuruna İlişkin Sorunlar’, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 1, Özel Sayı, 2015, s. 600; TÜRAY, Aras, ‘Hukuki İşlemlerde Basit Dolandırıcılık Suçu’, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 2, S. 1, 2011, s. 1682.

³¹ Yargıtay 13. CD., 24.12.2012, 2012/10275 E., 2012/27853 K.; TCK'nın 157. maddesinin gerekçesine göre; “dolandırıcılık, hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kişinin kendisine veya başkasına yarar sağlamasıdır. Bu bakımdan dolandırıcılık suçu, kişilerin malvarlığına karşı işlenen bir suçtur. Söz konusu suç tanımı ile, kişilerin sahip bulunduğu malvarlığı hakkının korun-

Kanun koyucu sigorta bedelini maksadıyla dolandırıcılık suçunun işlenmesini TCK'nın 158/1-k hükmünde cezanın arttırılmasına gerektiren bir neden olarak öngörmüştür. Bu düzenleme ile sigorta sektörünün büyümesine ve haksız yere zarara uğratılmasının önüne geçmek ve böylece genel ekonomik düzenin de bozulmasına mâni olmak gayesiyle hükmü ihdas etmiştir³². Sigorta dolandırıcılığında korunan hukuki değer malvarlığı olmakla birlikte kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi de korunmak istenmektedir³³. Kanaatimizce bu suçun sıklıkla işlenmesi ve sigorta şirketlerinin yüksek bedeller ödemesi sigorta primlerinin yükselmesine yol açmaktadır. Sigorta dolandırıcılığı suçunun öngörülmesi ile sigorta primlerinin yükselmesinin önlenmesi de dolaylı olarak korunduğu ifade edilebilir.

III. TİPİKLİĞİN MADDİ UNSURU

A. Fail

Dolandırıcılık suçunun faili, ETCK'nın 503. maddesinde bir kişiyi kandırabilecek nitelikte hile ve desise yaparak hataya düşüren; TCK'nın 157. maddesinde ise hileli hareketlerde bulunarak bir kimseyi aldatan herhangi bir kişi olabilir. Kanun koyucu suç normunda faile ait herhangi bir özellik belirtmemesi sebebiyle bu suç herkes tarafından işlenebilir³⁴.

TCK m. 158/1-k hükmünde düzenlenen sigorta dolandırıcılığı suçunda genel kaide sigorta sözleşmesinin tarafı olan kişilerin fail statüsünde olması gerektirir. Ancak sigortalı olmayan bir kimsenin de -bir oğulun ekonomik zorluklar yaşayan babasının ondan habersiz sigortalanmış eşyasına zarar vermesi ve hileli davranışlarla babasını hataya düşürerek sigortadan para almak için başvuruda bulunmasını sağlaması- fail olabileceği dikkate alındığında bu suçun özgü suç olmadığı aşikardır³⁵. Nitekim kanun koyucu tipiklikte “*kendisine veya başkasına bir yarar sağlayan*” ifadesini kullanmış olup, bu ifadeden hileli davranışı ger-

ması amaçlanmıştır. Ayrıca, bu suçun işlenişi sırasında hileli davranışlar ile kişiler aldatılmaktadır. Aldatıcı nitelik taşıyan hareketlerle, kişiler arasındaki ilişkilerde var olması gereken iyi niyet ve güven ihlal edilmektedir. Bu suretle kişinin irade serbestisi etkilenmekte ve irade özgürlüğü ihlal edilmektedir”. Kanun koyucu söz konusu bu gerekçe ile ikinci görüşü benimsediğini açıkça ortaya koymuştur.

³² ARSLAN, Uğur, “Sigorta Dolandırıcılığı Suçu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Y. 2017, S. 130, s. 89 vd.

³³ BAYRAKTAR, Ahmet Ümit, *Türk Hukukunda Sigorta Dolandırıcılığı*, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2023, Yayınlanmamış Doktora Tezi, s. 114.

³⁴ ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞSIZ, *Özel Hükümler*, s. 725; ÖZEN, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri*, s. 696; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 766; KOCA / ÜZÜLMEZ, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 806; ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 668.

³⁵ BAYRAKTAR, s. 116; ÖZTÜRK, s. 250.

çekleştiren kişi ile bu suçtan menfaat elde eden kişinin iştirak hükümlerine göre sorumlu tutulabileceği anlamı çıkmaktadır³⁶.

Sigorta bedelini almak maksadıyla işlenen dolandırıcılık suçunun failinin üç veya daha fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi durumunda faillere uygulanacak ceza yaptırımını yarı oranında artırılacaktır. Yine failin suç işlemek amacıyla kurulmuş olan bir örgütün faaliyeti çerçevesinde bu suçu işlemesi halinde faille uygulanacak ceza yaptırım bir kat artırılarak uygulanacaktır (TCK m. 158/3).

TCK'nın 167. madde hükmünde dolandırıcılık suçunun haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birinin; üstsoy ya da alt soyun ya da bu derecede kayın hısımlarından birinin veya evlatlık ile evlat edinenin; aynı konutta birlikte yaşayan kardeşlerden birinin zararına olacak şekilde işlenmesi durumunda ilgili akrabaya ceza verilmeyeceği öngörülmüştür. Anılan bu hükümde esasında dolandırıcılık suçunun işlenmesine rağmen şahsi cezasızlık sebebinin bulunması nedeniyle failin fiilden dolayı bir sorumluluğu bulunmamaktadır. Ancak özel hukuktan doğan sorumluluğu saklı kalmaktadır³⁷.

Tüzel kişiler, TCK m. 20/2 hükmü uyarınca sigorta dolandırıcılığı suçunun faili olamazlar³⁸. Ancak haklarında TCK m. 60 hükmünde öngörülen güvenlik tedbirleri uygulanabilir. Örneğin X isimli rent a car şeklinde bir araç kiralama şirketinin temsilcisi A, şirket dışı B'nin iştirakiyle Z sigorta şirketinden sigorta bedeli almak maksadıyla şirketin aracına benzeyen bir aracın yakılması ve bunun profesyonel şekilde Z şirketinden menfaatin elde edilmesi ile TCK m. 158/1-k suçu tamamlanmaktadır. Burada X şirketi lehine ve menfaat temin edilmiştir. Ancak X rent a car şirketi tüzel kişi olması sebebiyle fail olamamakta ve fakat faaliyet izninin iptali ya da müsadere tedbirlerine maruz kalmaktadır.

B. Mağdur

Dolandırıcılık suçunun temel halinde suçun mağduru hileye maruz bırakılan ve malvarlığında eksilme meydana gelen gerçek kişidir³⁹. Tüzel kişilerin

³⁶ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 5065.

³⁷ AYDIN, s. 655-656.

³⁸ Nitekim Sermaye Piyasası Kurulu da niteliği itibarıyla bir tüzel kişi olup dolandırıcılık suçunun SPK tarafından gerçekleştirildiği durumlarda fail statüsünde tüzel kişi olan Kurul değil yetkili gerçek kişidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. AŞKIN, Uğur, "Sermaye Piyasasında Bilgi Bazlı Piyasa Dolandırıcılığı Suçu", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 24, S. 2, Aralık 2018, s. 697.

³⁹ ÖZTÜRK, s. 251; KOCA / ÜZÜLMEZ, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 807; ARTUK / GÖKÇEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 669; ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞSIZ, *Özel Hükümler*, s. 725; ÖZEN, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri*, s. 697; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 766.

hile yoluyla aldatılması durumunda suçun mağduru olmaları mümkün değildir. Yalnızca suçtan zarar gören konumunda bulunabilirler. Bir başka ifadeyle gerçek kişiler hem aldatılan hem de malvarlığı bakımından zarara uğratılan mağdur konumunda bulunabilir iken, tüzel kişiler aldatılsalar dahi mağdur sıfatına haiz olamazlar. Tüzel kişiler münhasıran suçtan zarar gören olarak nitelendirilebilir⁴⁰.

Öğretide iştirak etmediğimiz bazı görüşlere göre; suçun mağduru malvarlığı zarara uğratılan gerçek ya da tüzel kişinin suçun mağduru olması mümkündür⁴¹. Bu anlamda TCK m. 158/1-k’da düzenlenen sigorta dolandırıcılığı suçunda malvarlığı itibarıyla zarara uğrayan sigorta şirketi suçun mağduru olarak nitelendirilmektedir⁴². Örneğin sahte bir kaza tespit tutanağı düzenlenmek suretiyle sigorta acentesinin yanıltılması durumunda sigorta şirketinin hasar ödemesi halinde malvarlığı doğrudan zarara uğrayan ve dolayısıyla mağdur sigorta şirkettir⁴³.

Dolandırıcılık suçunda aldatılan kişiyle mal varlığı itibarıyla zarara uğrayan kişinin aynı olması durumunda suçun mağduru noktasında bir problem yaşanmaz. Ancak zarara uğrayan kişi ile mal varlığı eksilen kişinin farklı olması durumunda malvarlığı yönüyle zarara uğrayan kişinin suçun mağduru olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Nitekim dolandırıcılık suçunun daha az cezayı gerektiren bir sebep olarak yer verildiği 167. madde bir hukuki ilişkiye dayanan

⁴⁰ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 5065; ÖZBEK / DOĞAN / BACAŞIZ, *Özel Hükümler*, s. 735; “Yargıtay’ın dolandırıcılık suçu bakımından şirketlerin de “mağdur” olarak kabul edilebileceği şeklindeki değerlendirmesini (YCGK., 9.03.2010, 2009/11-109-2010/48), “suçtan zarar gören” olarak anlamak gerekir. Nitekim kamu davasına katılmayı düzenleyen 237 maddenin birinci fıkrasında da, sadece gerçek kişi anlaşılacak şekilde mağdur kavramına yer verildiği halde, suçtan zarar gören ile ilgili olarak açıkça hem gerçek kişiden hem de tüzel kişiden söz edilmektedir”. Bkz. s. 122. ŞAHİN, Cumhuriyet / GÖKTÜRK / Neslihan, *Ceza Muhakemesi Hukuku -I*, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 122; AŞKIN, s. 697; “Sanıklara yüklenen sigorta bedelini almak amacıyla dolandırıcılık ve özel belgede sahtecilik suçları yönünden kovuşturmanın her aşamasında müdahale yoluyla kamu davasına katılma hakkı bulunan ve suçtan zarar gören ... Sigorta A.Ş. vekilinin 06.11.2013 tarihli dilekçesi ile davaya katılma talebinde bulunduğu ancak katılma talebi hakkında bir karar verilmediği gibi gerekçeli kararın da suçtan zarar gören ... Sigorta A.Ş. ye tebliğ edilmediği; sanıklara yüklenen kamu kurum ve kuruluşları vb. tüzel kişiliklerin araç olarak kullanılması suretiyle dolandırıcılık ve resmi belgede sahtecilik suçları yönünden ise CMK’nin 234. maddesi gereğince katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar gören ve soruşturma aşamasında şikayetçi olduğunu beyan eden ...’nin 5271 sayılı CMK’nin 237. maddesi gereğince davaya katılma ve 260/1. maddesi uyarınca da yasa yollarına başvurma hakkı bulunmasına rağmen, duruşmadan haberdar edilmediği gibi gerekçeli kararın da tebliğ edilmediği anlaşılmalıdır; gerekçeli kararın suçtan zarar görenler SBN Sigorta A.Ş. ve ...’ya usulüne uygun şekilde tebliği” Yar. 11. CD, E. 2021/12738, K. 2022/1642, 08.02.2022, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

⁴¹ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 766; TANERİ / KAMIŞLI, s. 285.

⁴² BAYRAKTAR, s. 123.

⁴³ ARSLAN, s. 103.

alacağı tahsil amacıyla dolandırıcılık suçunun işlenmesi durumunda şikâyet ve kamu davasına katılma hakkı aldatılan kişinin suçtan zarar görmemesi sebebiyle şikâyet ve davaya katılma hakkı bulunmamaktadır⁴⁴.

Dolandırıcılık suçunun oluşması için hileli davranışa maruz kalan kişi ile mal varlığı eksilen kişinin aynı kişi olması zorunlu değildir. Buna karşılık aldatılan kişi ile mal varlığı üzerinde tasarruf eğitime yetkisi bulunan kişinin aynı kişi olması zorunludur. Zira aldatılan kişinin malvarlığı üzerinde tasarruf etme yetkisi bulunmamakta ise, dolandırıcılık suçu yerine somut olayın şartlarına göre hırsızlık ya da güveni kötüye kullanma suçu oluşabilecektir⁴⁵.

C. Suçun Maddi Konusu

Dolandırıcılık suçunun maddi konusunu taşınır, taşınmaz ve her türlü hak oluşturmaktadır. Bir başka deyişle, bu suçun konusunu malvarlığına ilişkin herhangi bir değer oluşturmaktadır⁴⁶. Dolandırıcılık suçunun konusunu taşınır ya da taşınmaz mal dışında kişiye sıkı sıkıya bağlı olmayan devredilmesinin mümkün olduğu haklar da suçun maddi konusunu oluşturabilir. Bu bağlamda bir kimse-den para, mal, hukuki olarak hüküm taşıyan bir senet ya da parayla değerlendirilebilecek bir faydanın elde edilmesi dolandırıcılığın maddi konusunu oluşturabilir⁴⁷.

Sigorta bedelini almak amacıyla matuf sigorta dolandırıcılığının konusunu ise sigorta bedeli oluşturmaktadır⁴⁸. Bu noktada sigorta bedeli, sigorta değeri ve sigorta primi kavramlarının ne anlama geldiğinin izah edilmesi gerekmektedir. Bedel sözlük anlamı olarak bir şeyin değerini, fiyatını, kıymetini ya da o şeyin yerini tutabilen karşılık anlamında kullanılmaktadır⁴⁹. Sigorta bedeli, sigorta ettiren ile sigortacının sigorta sözleşmesinde kararlaştırdıkları ve sigortacının

⁴⁴ AYDIN, s. 657.

⁴⁵ TANERİ / KAMIŞLI, s. 285. Nitekim Yargıtay'ın bir kararına göre “Dolandırıcılık suçunda aldatılan ile malvarlığı zarara uğrayan kişilerin aynı olmamaları halinde, aldatılan kişinin malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunabilme yetkisi varsa bu suç oluşur. Aldatılan kişi ile malvarlığı zarara uğrayan kişinin farklı olması halinde, aldatılan kişinin de dolandırıcılık suçunun mağduru olduğunu ileri sürmek mümkün değildir. Zira dolandırıcılık suçuyla asıl olarak korunmak istenen hukuki değer malvarlığı değeri olduğundan, bu gibi hallerde malvarlığı yönünden zarara uğrayan kişi suçun mağduru olarak kabul edilir. Çünkü sırf aldatılmış olmak bu suç açısından mağdur olmak için yeterli olmayıp, malvarlığı yönünden bir zarar ya da zarar tehlikesinin de gerçekleşmiş olması gerekmektedir” Yar. 11 CD, E. 2022/1368, K. 2022/6131, 11.04.2022, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

⁴⁶ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 5067-5068; PARLAR / HATİPOĞLU, s. 2534.

⁴⁷ PARLAR / HATİPOĞLU, s. 2534; ÖZTÜRK, s. 253; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 769.

⁴⁸ BAYRAKTAR, s. 125.

⁴⁹ AKALIN, s. 292.

ödeyeceği azami miktar olarak tanımlanır⁵⁰. Sigortacının sorumluluğunun esasında sigorta bedeli ile sınırlı olduğu kabul edilmektedir. Can sigortalarında sigorta bedeli, riziko gerçekleştiği durumda poliçede yazılı olan bedelin tamamıdır. Zarar sigortalarında ise, sigortacı riziko gerçekleştiğinde meydana gelen hasarın gerçek ve somut değerini ödemekle bedel ödeme yükümlülüğünden kurtulur⁵¹. Sigorta değeri kavramı ise, sigorta sözleşmesinin yapılması esnasında sigorta edilen menfaatin değerini göstermektedir. Sigorta değeri zamana bağlı olarak değişiklik göstermektedir. Örneğin bir otomobilin modelinin eskimesi, kaza yapması durumunda sigorta değeri düşmekte iken, en son model otomobilin çıkması neticesinde otomobile gelen fiyat artışı ikinci el otomobilin değerini de arttırmakta ve dolaylı yoldan sigorta değeri de artmış olmaktadır⁵². Sigorta bedeli ile sigorta değeri kavramları özdeş kavramlar olmayıp, aralarında bazı nüanslar bulunmaktadır. Sigorta değeri, sigortalanan malın gerçek değerini göstermekte ve sözleşmenin kurulmasından itibaren değişebilen, artan veya düşen değeri göstermekte iken; sigorta bedeli, sigorta değeri esas alınmak suretiyle belirlenen ve sigortacının tazminat yükümlülüğünün azami sınırını gösteren sabit bir rakamdır. Bu anlamda sigorta değeri sözleşme kurulmasından itibaren artış gösterilmiş olsa dahi sigortacının ödeme yaparak borcundan kurtulabildiği miktar en fazla sigorta bedeli kadardır⁵³. Sigorta hukukunda rizikonun gerçekleşmesiyle birlikte ortaya çıkan zarar sigorta zararı olarak ifade edilmektedir. Sigorta bedeli daha yüksek olmasına rağmen sigortacının ödeme yükümlülüğü genel kural olarak ortaya çıkan zarar miktarı kadardır. Örneğin bir otomobilin sigorta değeri 30.000 TL olmasına rağmen bir kaza neticesinde 5000 TL zarar meydana gelmiş ise sigortacının ödeyeceği tazminat miktarı sadece 5.000 TL ile sınırlı olmaktadır⁵⁴. Dolayısıyla TCK m. 158/1-k hükmünde belirtilen suçun konusu rizikonun gerçekleşmesi sırasında sigorta zararı sigorta bedelinden daha düşük ise sigorta zararı suçunu oluşturacaktır.

Sigorta primi ise, sigorta sözleşmesi akdeden sigorta ettirenin sigortalının mal varlığı ve kişisel değerlerine zarar verme olasılığı bulunan rizikolardan korunmak amacıyla ve bunların karşılığı olarak sigortacıya vermiş olduğu meblağ sigorta primi olarak tanımlanmaktadır. Bu miktarın sigortacıya peşin ya da taksitle ödenmesi zorunluluk arz etmektedir. Sigortacının sigorta bedelini öde-

⁵⁰ GÜNAY, *Sigorta Hukuku*, s. 98.

⁵¹ ELDELEKLİOĞLU, İrem Aral, *Şematik Sigorta Hukuku*, 2. Baskı, Ankara, 2022, s. 52.

⁵² GÜNAY, *Sigorta Hukuku*, s. 98.

⁵³ ÖZDAMAR, Mehmet / DOĞAN, Burak, *Sigorta Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 100.

⁵⁴ GÜNAY, *Sigorta Hukuku*, s. 98-99.

me yükümlülüğü bu sigorta priminin ya da ilk taksitinin ödenmesiyle başlamaktadır⁵⁵. TCK m. 158/1-k'da öngörülen sigorta dolandırıcılığı suçunun konusunu sigorta priminin oluşturması olanaklı değildir⁵⁶.

D. Hareket-Netice-İlliyet Bağı

TCK'nın 157. maddesinde düzenlenen çok hareketli suç özelliğine sahip dolandırıcılık suçunun temel halinin oluşması; hileli davranışlarla bir kimsenin aldatılması, onun ya da başkasının zararına olarak, failin kendisine veya başkasına menfaat temin etmesi biçiminde tarif edilen ve birden fazla fiilin gerçekleşmesine bağlıdır⁵⁷. Bu bağlamda söz konusu suçun tipikliğinin maddi unsuru; hileli bir davranışın varlığı, muhatabın aldatılmış olması ve hukuka aykırı menfaatin sağlanmış olması şeklinde üç koşul oluşturmaktadır⁵⁸.

1. Hareket

a. Hileli Bir Davranışın Varlığı

Dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için öncelikle failin hileli davranışlar sergilemesi gerekmektedir. Bir başka ifadeyle aldatma temeline dayalı olan bu suç tipine rengini veren unsur failin gerçekleştirmiş olduğu aldatıcı yanıltıcı özelliği haiz hileli davranışlarıdır⁵⁹. Hile sözlük anlamı olarak “birini aldatmak, yanıltmak için yapılan düzen, alavere dalavere, desise, entrika; çıkar sağlamak için bir şeye değersiz bir şey katmak” olarak tanımlanmaktadır⁶⁰. Dolandırıcılık suçunun unsuru olan hile ise, “*saniğin, mağdurun mal varlığından elde etmeyi düşündüğü değeri almak için mağduru kandırmaya, ikna etmeye yarayan her türlü tavır, davranış söz ve söylemlerdir*”⁶¹.

⁵⁵ ÖZDAMAR / DOĞAN, s. 54.

⁵⁶ BAYRAKTAR, s. 126.

⁵⁷ PARLAR / HATİPOĞLU, s. 2537; SOYASLAN, s. 416.

⁵⁸ AYDIN, s. 659.

⁵⁹ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 5068-5069; ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞIZ, *Özel Hükümler*, s. 727; ÖZEN, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri*, s. 704; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 770; KOCA / ÜZÜLMEZ, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 808; ARTUK / GÖKÇEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 671; SOYASLAN, s. 417; MAVİŞ, s. 603.

⁶⁰ AKALIN, s. 1101.

⁶¹ ÖZTÜRK, s. 255; “*Saniğa ait ancak kardeşi'in kullandığı 03.05.2005- 03.05.2006 tarihleri arasında ... Sigorta şirketinden kaskolu olduğu anlaşılan ... plakalı ... marka kamyonun kaza yaptığından bahisle kolluk kuvvetlerine 06.09.2005 tarihinde ihbarda bulunulduğu, jandarmanın olay yerinde yaptığı incelemeler sonucunda elde ettikleri bilgiler ile araçta meydana gelen hasarın sanık ve ...'un iddia ettiği gibi olay yerinde oluşmadığının tespit edildiği, sigorta şirketinden kasko bedelini almak için kazayı gerçekte olduğu yerde ve sürede ihbar etmemek suretiyle atılı suçu işlediği iddia olunan olayda; Sigorta edenin dolandırılması,*

ETCK'nın 503. maddesinde kanun koyucu suçun maddi unsuru için failin hile ve desiseler yaparak muhatabı hataya düşürmesi gerekmekte idi. TCK m. 157 hükmünde ise, kanun koyucu desise kavramına tipiklikte yer vermemiş “*hileli davranışlar*” ibaresini kullanmayı tercih etmiştir. Kanun koyucunun bu sadeleştirme faaliyeti sebebiyle dolandırıcılık suçunun maddi unsurunda bir daralma olmamıştır. Bir başka deyişle, desise, entrika, dolap ve oyun sözcükleri hile kelimesi ile eşanlamlı sözcükler olup biri diğerinin yerine ikame edilebilmektedir. Bu nedenle desise sözcüğünün kullanılmasının pratik açıdan bir önemi bulunmamaktadır⁶².

Suçun maddi unsurunu oluşturan hile, gerçekleşmemiş olanı gerçekleşmiş, gerçekleşmiş olanın da gerçekleşmemiş gibi gösterilmek suretiyle ya da esasen gerçekleşmiş olanı olduğundan farklı göstermek şeklinde bir başkasının iradesine etki ederek onun hataya düşürülmesini sağlayan her türlü davranış şekli ola-

TCK'nın 158/1-k maddesi gereğince nitelikli hâl olarak kabul edilmiştir. Suçun oluşması için, sigorta bedelini almak üzere, zararın gerçekleştiğini ileri sürerek bu bedeli sahte işlem ve belgelerle alması ya da alma-ya kalkışmaları gerekir. Olayla ilgili belgeler sigorta kurumuna sunulmadıkça suçun icra hareketleri başlamaz. Failin sigortalı malını, sigorta bedelini almak için tahrip etmesi, yakması, bozması, yok etmesi kandırmaya yönelik ağır yalandır ve hiledir. Bu şekilde sigorta bedelinin alınması halinde dolandırıcılık suçu oluşur” Yar. 11. CD, E. 2021/13303, K. 2022/7203, 25.04.2022, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>); “Sanık hakkında... Temizlik isimli firmadan alındığı iddia edilen sahte faturalar ile ilgili olarak 213 sayılı Vergi Usul Kanuna muhalefet suçu yönünden zamanaşımı süresi içinde mahallinde işlem yapılması mümkün görülmüştür. Sanığın, suç tarihi itibarı ile “Duru Ambalaj” isimli iş yerini işlettiği, söz konusu iş yerinde hırsızlık olduğuna dair 04/03/2013 tarihinde Pendik Çamçeşme Polis Merkez Amirliği'ne başvurarak, işyerinden 180.000.TL civarında mal hırsızlandığı yönünde şikayette bulunduğu, ayrıca zararın karşılanması için mağdur ... şirketine de başvurduğu, hırsızlık olayını mağdur ... şirketine de bildirmesi üzerine sigorta eksperinin 05/03/2013 tarihinde sanığın işyerine gelerek olay yerini fotoğrafladığı, bu arada 07/03/2013 tarihinde Pendik İlçe Emniyet Müdürlüğü'ne yapılan isimsiz ihbarda, sanığın iş yerinde hırsızlık olayının meydana gelmediği, sigorta şirketinden para alamamak için bu yola başvurduğu ve eşyaları “Sülentepe Mah. Yakut Sok No:12 Pendik” adresindeki başka bir ikametinin kömürlüğüne sakladığının bildirilmesi üzerine, adreste yapılan aramada iş yerinde satışı yapılan bir kısım eşyaların bulunduğu tespit edildiği, akabinde sanığın işlenmediğini bildiği suç nedeniyle suç ihbarında bulunduğu anlaşılması üzerine mağdur ... tarafından sanığa herhangi bir ödemede bulunmadığı, sanığın sigortadan para almak amacıyla işyerinde hırsızlık yaptığı yönünde suç isnadında bulunduğu, bu surette sanığın nitelikli dolandırıcılık suçuna teşebbüs ve suç uydurma suçlarını işlediği iddia olunan somut olayda, Sanığın aşamalarındaki savunmalarında hırsızlandığını iddia ettiği malların değeri hakkında birbirinden farklı ve tutarsız beyanlarda bulunmuş olması, çalındığı iddia edilen bir miktar malın sanığın arkadaşının kömürlüğünde bulunması, sigorta eksperini tarafından yapılan incelemede sanığın önceki yıllara göre suç tarihinden kısa bir zaman içinde stoklarda büyük artış saptanmış olması, Fırat Temizlik isimli firmadan alınan ve çalındığı beyan edilen temizlik malzemelerinin işyerinde hiç bulunmaması, ilgili firmanın belirtilen adreste faaliyette olmaması ve dosyaya sunulan faturaların sahte oldukları anlaşılmalı, sanığın sigorta bedelini almak maksadıyla dolandırıcılık suçuna teşebbüse ilişkin 5237 sayılı TCK 158/1-k ve 35. madde ve suç uydurma suçuna ilişkin TCK'nın 271/1. madde hükümleri uyarınca mahkumiyetleri yerine, oluşa ve dosya kapsamına uygun olmayan yetersiz gerekçeyle yazılı şekilde beraatine karar verilmesi, Bozmayı gerektirmiştir.” Yar. 15. CD, E. 2017/31459, K. 2021/2481, 04/03/2021, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

⁶² PARLAR / HATİPOĞLU, s. 2537; PERRON, in: SCHÖNKE / SCHRÖDER / PERRON, **StGB** §263 Kn. 6; KINDHÄUSER / HOVEN, in: KINDHÄUSER / NEUMANN / PAEFFGEN / SALİGER, **Nomos Kommentar, StGB** §263 Kn. 57; HEGER, in: LACKNER / KÜHL / HEGER, **StGB** §263 Kn. 6; HEFENDEHL, in: ERB / SCHÄFER, **MiKO-StGB, StGB** §263 Kn. 80.

rak kabul edilmektedir⁶³. Failin bu hileli davranışı sonucu gerçek olan ya gizle-mekte ya da olduğundan farklı gösterilerek kişinin iradesi sakatlanmakta, muha-tap esasen hileli davranış gerçekleşmeseydi rıza göstermeyeceği bir konuya rıza göstermekte veya yapmayacağı bir şeyi yapmış olmaktadır⁶⁴. Sigorta dolandırıcı-lığında da davranışın hileli olması suçun oluşumu için önemli bir unsurdur. Bir kazanın ya da olayın gerçeğe aykırı sözlerle gerçekleştiğine ilişkin tutanağın tutulması, gerçeğin farklı bir mizansenle ortaya konulması, işyerinin kundak-lanması, su baskınlarının oluşturulması, kaskosuz alkollü sürücü yerine kusur-suz kaskolu sürücünün gösterilmesi suretiyle kaza tespit tutanağının tutturulma-sı, sahte ölüm belgesinin düzenlenerek sigorta şirketine başvurulması durumla-rında hileli hareket olarak sayılmaktadır⁶⁵.

ETCK'da kanun koyucu hileli bir davranışın varlığı için bu davranışın kandırabilecek nitelikte olması unsurunu aramaktaydı. Ancak TCK'da suçun tipikliğin-de böyle bir ibareye yer verilmemiştir⁶⁶. Hileli bir davranışın aldatmaya elverişli olmasının veya bu davranışı kazandırabilecek niteliği haiz bulunmasının gerekip gerekmeyeceği doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre; yeni ceza kanununda bu hususa açıkça yer verilmemiştir. Dolayısıyla hileli bir davranışın muhatabı kandırabilecek nitelikte olup olmamasının araştırılmasına ihtiyaç duyulmaz. Objektif olarak kandırabilecek nitelikte bulunmayan hileli bir davranış ile muhatap kandır-ılmış ise suçun oluştuğu kabul edilmelidir⁶⁷. Bizim de katıldığımız aksi görüşe göre, hileli davranışın aldatmaya elverişli nitelikte olması gerekir. Bu unsur özel-likle suçun icra hareketlerinin başlangıç aşaması için önem arz etmektedir. Zira bu elverişlilik icra hareketinin başlangıcında tespit edilmesinde gerekli bir koşul-dur. Dolayısıyla objektif olarak aldatmaya elverişli olmayan bir hileli davranış, hile olarak nitelendirilemeyeceği için bu unsurun eksik olmasına bağlı olarak

⁶³ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 771; HEFENDEHL, in: ERB / SCHÄFER, **MüKO-StGB**, StGB §263 Kn. 80.

⁶⁴ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 5070; “Sanık ...'ın hakkındaki icra takipleri nedeniyle satın aldığı aracın trafik tescilini temyiz incelemesine konu olmayan sanık ...'ın üzerine yaptırdığı, aracı fiilen sanık ...'ın kullandığı, suç tarihinde sanık ...'ın aracı temyiz incelemesine konu olmayan sanık ...'e emanet verdiği, daha sonra araca çalını süsü vermek suretiyle camlarını kırıp, ...'den habersiz aralar kiraladığı depoda parçaladığı, aracın çalındığını söyleyerek sanıklar ... ve ...'in karakola müracaat etmelerini sağ-ladığı, ayrıca aracın ... tarafından kasko sigortası ile sigortalı olması nedeniyle kasko bedelini almak amacıyla sanık ...'ı azmettiren ...'ye müracaatını sağladığı, ancak ...'in kasko bedelini almaktan feragat etmesi nedeniyle aracın sigorta bedelini alamadığı anlaşılmalı, sanığın sigorta bedelini almak maksadıyla dolandırıcılık suçuna teşebbüs suçunu işlediğine dair kabulde isabetsizlik görülmemiştir” Yar. 15. CD, E. 2012/8832, K. 2014/3656, 27.02.2014, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

⁶⁵ BAYRAKTAR, s. 132-135.

⁶⁶ ARTUK / GÖKÇEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 673.

⁶⁷ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 775 vd.

dolandırıcılık suçunun işlenmesine mani olacaktır⁶⁸. Yargıtay'ın görüşüne göre ise; “sanığın eyleminin aldatma özelliğinden yoksun olması nedeniyle dolandırıcılık suçunun yasal unsurlarının oluşmadığı göz önünde bulundurulurken sanığın beraatine karar verilmesi gerekirken, mahkumiyetine hükmedilmesini” hukuka aykırı bulmuş ve dolayısıyla bu karar ile hilenin objektif olarak muhatabı kandırabilecek nitelikte bulunması gerektiği görüşünü benimsemiştir⁶⁹.

Yalan söyleme, hilenin bir unsuru niteliğinde olup, muhatabın denetleme yönünde istek ve olanağını ortadan kaldıracak bir harekete bürünmediği müddetçe bu davranış soyut yalan olarak ifade edilmektedir. Failin soyut yalan bozutunu aşmayan hareketleri hile olarak kabul edilmeyeceği için dolandırıcılık suçunun da unsurları oluşmayacaktır⁷⁰.

⁶⁸ KOCA / ÜZÜLMEZ, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 812-813.

⁶⁹ “Hayvancılık yapan sanığın, çiftlikteki 76 hayvandan 44 tanesi hakkında sigorta poliçesi düzenlediği, daha sonra sigortasız ineklerden bir tanesinin ölmesi üzerine ... kulak küpe numaralı sigortalı hayvanın küpesini ölen ineğin kulağına takıp, eksper çağırarak hasar tespit raporu düzenlediği, sigortalama işlemi öncesi çekilen görüntüler ile ölüm sonrası çekilen görüntüler karşılaştırıldığında ineklerin farklı olduğunun tespit edildiği ve sanığın sigortalanmamış bir hayvanı ölüncü, katılan şirketten hasar tazminatı alabilmek için ölen hayvanın kulak numarası ile sigortalanmış sağlıklı hayvanın kulak numarasını değiştirdiği ve bu şekilde üzerine atılı sigorta bedelini almak maksadıyla dolandırıcılığa teşebbüs suçunu işlediği iddia olunan somut olayda; hasar gördüğü ihbar edilen hayvanın, sigortalanan hayvan olmadığına basit bir incelemeyle belirlenmiş olması karşısında, dolandırıcılık suçunun hile unsurunun somut olayda bulunmadığı, sanığın eyleminin aldatma özelliğinden yoksun olması nedeniyle dolandırıcılık suçunun yasal unsurlarının oluşmadığı gözönünde bulundurulurken sanığın beraatine karar verilmesi gerekirken, mahkumiyetine hükmedilmesi, Yasaya aykırı, sanığın temyiz nedenleri bu itibarla yerinde görülmediğinden, 5320 sayılı Kanun'un 8/1. maddesi gereğince uygulanması gereken 1412 sayılı CMUK'nin 321. maddesi uyarınca hükümleri BOZULMASINA,” Yar. 11. CD, E. 2021/15783, K. 2021/11670, 07.12.2021, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>); “Sanığın hayvancılıkla uğraştığı, 65 adet büyükbaş hayvanından şartlarını taşıyan 18 adet büyükbaş hayvanını 20/04/2013 tarihinde katılan şirkete sigorta yaptırdığı ve aynı tarihli sigorta poliçesi düzenlendiği, sanığa ait sigortalı hayvanlar arasında bulunmayan hayvanın 26/06/2013 tarihinde hastalık nedeniyle öldüğü, ancak sanığın siyah renkli sigortalı hayvana ait kulak küpelerini çıkartarak sigortasız sarı renkli ve alni beyaz hayvana takarak sigorta bedelini almaya çalıştığı, bu suretle sanığın atılı suçu işlediğinin iddia edildiği olayda; hayvanın fotoğraflarının karşılaştırılması neticesinde sigortalanan hayvan ile zayıf olan hayvanın birbirinden farklı hayvanlar olduğundan sanıkların kaza ile başka hiçbir araştırma ve incelemeyle lüzum kalmadan kolaylıkla tespit edilebildiği bu hususun sigorta şirketinde de hemen anlaşılabilmesi nedeni ile sigorta ödemesinin yapılmadığını dolayısıyla dolandırıcılık suçunun unsurunu oluşturan hile ve nitelikli yalan unsurlarının gerçekleşmediği, eylemin basit yalan düzeyinde kaldığını nazara alarak, suçun yasal unsurlarının oluşmadığı gerekçesiyle dayanan mahkemenin, sanığın beraatine ilişkin kabulünde bir isabetsizlik görülmemiştir”. Yar. 15. CD, E. 2017/33377, K. 2021/1532 17.02.2021, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>); “Dolandırıcılık ve sahtecilik suçlarından sanıkların beraatine ilişkin hükümler, katılan vekili tarafından temyiz edilmekle, dosya incelenerek gereği düşünüldü: Sanıkların, yaptıkları maddi hasarlı trafik kazası sonrasında kaza tespit tutanağı düzenleyip zararlarının karşılanması için katılan ... şirketine başvurduklarında, sigorta şirketinin yaptığı araştırmada yaptıkları kaza ile kaza neticesinde meydana gelen zararın birbirleriyle uyumlu olmadığı tespit edildiği iddia edilen olayda; sanıkların basit bir araştırma ile düzenledikleri kaza tutanağı ile sigorta şirketinin raporunun bir biri ile uyumlu olmamasının mümkün olduğu ve asıl tespitin katılan ... şirketi tarafından yapılması gerektiği gözetilerek sanıkların sigorta bedeli almak için sahte tutanak düzenlediklerine dair delil elde edilemediğinden sanıkların sahtecilik ve nitelikli dolandırıcılık suçlarından beraatine dair mahkemenin kabulünde bir isabetsizlik görülmemiştir”. Yar. 15. CD, E. 2017/16656, K. 2020/5131, 09.06.2020, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

⁷⁰ PARLAR / HATİPOĞLU, s. 2539; YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 5071.

Dolandırıcılık suçu icrai şekilde işlenebileceği gibi ihmali şekilde de işlenebilir. Failin ihmali davranışı suçun saf ihmali bir suç olduğu anlamına gelmez. Bir başka ifadeyle failin göstermiş olduğu davranışın icrai davranışa eş değerde olması gerekir. İhmali hareketin hileli niteliğinde ele alınması için failin hataya düşen muhatabı aydınlatma yükümlülüğünün (bilgilendirme yükümlülüğü) bulunması gerekmekte olup, bu yükümlülük kanundan, sözleşmeden ya da önceden gerçekleştirdiği bir davranışın neticesinde hataya düşünülmesi halinde de bulunmaktadır⁷¹. Sigorta dolandırıcılığı suçunda bir sigorta acentesinin ya da sigorta eksperinin failin gerçeğe aykırı sigorta şirketine başvuru sürecinde hareketsiz kalması, somut olayın şartlarına göre ihmali suretiyle icrai hareket şeklinde yardım eden sıfatıyla sorumluluğunu gündeme getirebilecektir⁷².

Alman Ceza Kanunu (StGB) m. 263/3-5 hükmünde düzenlenen sigorta bedelini almak amacıyla dolandırıcılık suçu, failin sigorta konusu olayın fiili şartlarının kasıtlı olarak gerçeği yansıtmayacak şekilde hileli davranışlarla değiştirmesi ve bunun sigortadan bedel almak amacıyla icra edilmesi ile işlenmektedir⁷³. Suçun konusunun sigortalı olma zorunluluğu bulunmamaktadır. Burada gerekli olan koşul, suça konu şeyin gerçekte sağlam olan sigortalı bir eşyayla aynı olduğu yanılgısının oluşturulmasıdır⁷⁴. Alman hukukunda Alman Ceza Kanunu'nun (StGB) m. 263/3-5 hükmü için öncül nitelikte suçun önemli bir değere sahip bir eşyanın kundaklanması ve bir geminin batmasına ya da karaya oturmasına sebebiyet verilmesi gerekir. Ayrıca öncül suçun daha sonra sigortalı bir olayı taklit etmek amacıyla işlenmiş olması ve bunun tamamlanmış olması da gerekmektedir⁷⁵. Sigorta dolandırıcılığı suçu, failin öncül suç

⁷¹ ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 672; Nitekim dolandırıcılık suçunun madde metninde ihmali davranışa yer verilmemiş olmasına rağmen TCK m. 157'nin gerekçesinde hilenin ihmali davranışla gerçekleştirilmesinden bahsedilmiştir. Gerekçeye göre; “*Hile, icrai bir davranışla gerçekleştirilebileceği gibi; karşı tarafın içine düştüğü hatadan, bir konuda yanlış bilgi sahibi olmasından yararlanarak da, yani ihmali davranışla da, gerçekleştirilebilir. Ancak, bu durumda kişinin, hataya düşen karşı tarafı bilgilendirmek konusunda yükümlülüğünün olması gerekir. Hataya düşen kişi ile hukuki ilişkide bulunulan durumlarda, böyle bir yükümlülük vardır. Ayrıca, muhatabın belli bir husustaki hatası karşısında kişinin ihmali davranışının, örneğin susmasının, bir beyan, açıklama değerini taşıması gerekir*”.

⁷² BAYRAKTAR, s. 141.

⁷³ KINDHÄUSER / HOVEN, in: (KINDHAEUSER / NEUMANN / PAEFFGEN / SALIGER), **Nomos Kommentar**, StGB §263 Kn. 399.

⁷⁴ HEFENDEHL, in: ERB / SCHÄFER, **MüKO-StGB**, StGB §263 Kn. 1232.

⁷⁵ KINDHÄUSER / HOVEN, in: (KINDHAEUSER / NEUMANN / PAEFFGEN / SALIGER), **Nomos Kommentar**, StGB §263 Kn. 399-400; PERRON, in: SCHÖNKE / SCHRÖDER / PERRON, **StGB** §263 Kn. 188g.

olarak öngörülen önemli bir değere sahip bir eşyayı ateşe vererek tamamen ya da kısmen yok etmesi ya da bir geminin batmasına veya karaya oturmasına neden olması hareketlerinden birini yapmasıyla işlenmiş kabul edilmektedir⁷⁶.

2. Netice

Dolandırıcılık suçu tehlike suçu niteliğinde olmayıp, tipiklikte ayrıca bir neticenin arandığı neticeli suç kategorisine sahip bir zarar suçudur⁷⁷. ETCK'nın 503. maddesinde “bir kişiyi kandırabilecek nitelikte hile ve desiseler yaparak hataya düşürüp, onun veya başkasının zararına, kendisine veya başkasına haksız bir menfaat sağlayan” ibaresi ile muhatabın hataya düşürülmesiyle zarara uğratılması ve failin bu davranışın neticesinde haksız bir menfaat elde etmesi suçun neticesi olarak kabul edilmekteydi⁷⁸.

TCK'da ise “*Hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlayan*” ibaresi kullanılmış olup, bu suç tipinde netice; bir kimsenin hileli davranışlar neticesinde muhatabın aldatılmış olması ve bu aldatmanın vermiş olduğu etkiyle malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunma ile mağdurun veya başkasının zararına ve fakat failin lehine menfaat temin edilmesidir⁷⁹.

a. Muhatabın Aldatılmış Olması ve Bu Etkiyle Tasarrufta Bulunması

Dolandırıcılık suç tipinin meydana gelmesi failin hileli davranışlar ile muhatabın aldatılmış olmasına bağlıdır. Bir başka ifadeyle muhatabın aldatılmak suretiyle rıza göstererek gerçekleştirdiği davranışlar, fail tarafından ileri sürülen olguların gerçek olduğunu zannetmesinden ya da gerçeğe uygun olma imkanından ileri gelmelidir⁸⁰. Mağdurun aldatılmış olması bu suç tipikliğinin maddi unsurunu oluşturmaktadır. Dolayısıyla bir kimsenin hileli davranışlarda bulunmasına rağmen muhatabın aldatılmamış olması durumunda bu unsurun eksik olması nedeniyle suç oluşmayacaktır. Bu durumda suça teşebbüsün uygulanması doğru değildir. Muhatabın aldatılmış olması demek, gerçekte hataya düşmemiş olsaydı yapmayacağı bir işi hataya düşürülmesi neticesinde yapmış olması anlamına gelmektedir. Dolayısıyla bu unsur her

⁷⁶ HEFENDEHL, in: ERB / SCHÄFER, *MüKO-StGB*, StGB §263 Kn. 1231-1235.

⁷⁷ ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞSIZ, *Özel Hükümler*, s. 736; ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 674.

⁷⁸ BAYRAKTAR, s. 146.

⁷⁹ ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 674.

⁸⁰ TANERİ / KAMIŞLI, s. 318; PARLAR / HATİPOĞLU, s. 2540.

somut olayın özelliklerine ve mağdurun kişisel niteliklerine göre değişebilmektedir⁸¹.

Muhatabın aldatılması unsuru, failin hileli davranışlarının mağdurun iradesinin sakatlanmasına sebebiyet vermesini gerektirmektedir. Bu unsur dolandırıcılık suçuna rengini veren bir özellik olup, bu özellik sayesinde fiilin hırsızlık ve güveni kötüye kullanma suçundan ayırt edilmesi sağlanmaktadır. Bu unsorda failin sergilediği aldatıcı davranışlar neticesinde mağdurun iradesi etki altına alınmakta, bir nevi psikolojik körlük yaratılarak muhatabın malvarlığı üzerinde bir tasarrufta bulunması söz konusu olmaktadır⁸².

İnceleme konusu suçun oluşması için failin hileli hareketlerde bulunması ve bu hareketler ile mağdurun aldatılması (iradesinin sakatlanması) neticesinde mağdurun malvarlığı üzerinde bir tasarrufta bulunması gerekmektedir. Şayet mağdurun aldatılmış iradi davranışı ile bir tasarrufta bulunmaksızın malın alınması bu suçun hırsızlık suçuna dönüşmesini sağlayacaktır⁸³.

b. Failin veya Bir Başka Kimsenin Lehine Menfaat Sağlanmış Olması

TCK'nın 157. maddesinde tarif edilen dolandırıcılık suç tipinin işlenmiş kabul edilmesi için failin aldatıcı mahiyette hileli davranışının etkisiyle mağdurun ya da bir başka kimsenin zararına, failin ya da bir başka kimsenin lehine bir yarar sağlanmış olmalıdır⁸⁴. Bu bağlamda dolandırıcılık suçu niteliği itibarıyla bir zarar suçu olup, yarar ve zarar neticelerinin gerçekleşmemesi halinde suçun işlendiğinden bahsedilemez⁸⁵. Bu bağlamda sigorta dolandırıcılığı (TCK m. 158/1-k) suçu için de zarar unsurunun gerçekleşmesi suçun oluşumu için aranan bir koşuldur. Zararın meydana gelmediği durumlarda icra hareketlerini başlatmış olan failin elinde olmayan sebeplerle neticenin gerçekleşmemesi sonucunu doğuracaktır. Dolayısıyla burada diğer unsurlar gerçekleşmiş ise suça teşebbüsten bahsedilecektir⁸⁶.

ETCK'nın 503. maddesinde “*bir kişiyi kaldırabilecek nitelikte hile ve desiselerle hataya düşürüp onun veya başkasının zararına, kendisine veya başkası-*

⁸¹ GERÇEKER, s. 3317.

⁸² YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 5083.

⁸³ AYDIN, s. 667; KOCA / ÜZÜLMEZ, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 814.

⁸⁴ PARLAR / HATİPOĞLU, s. 2540.

⁸⁵ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 5083.

⁸⁶ BAM, 4. CD, 26.05.2022 tarih, 2022/1334 Esas, 2022/2429 Karar sayılı karar. Bkz. BAYRAKTAR, s. 156, dn. 696.

na haksız bir menfaat sağlayan kişiye... hapis.. ağır para cezası verilir” şeklinde belirtilen hükümde menfaatin haksız olmasından bahsedilmişti. Ancak TCK’nın 157. maddesinde “*Hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlayan kişiye ... hapis ve ... adli para cezası verilir*” şeklinde haksızlık ibaresinden açıkça bahsedilmemiştir. Bu durum doktrinde failin ya da üçüncü kişi lehine menfaatin haksız olup olmamasının aranıp aranmayacağı hususunda tartışmaya neden olmuştur. Dolandırıcılık suçunda elde edilen yararın “haksız olmasının gerekmediği” iddiasında bulunan görüşe göre; Kanun koyucu TCK’nın 157. maddesinin metninde ve gerekçesinde yararın haksız olmasına ilişkin bir ibareye yer vermemiştir. Ayrıca TCK’nın 159. maddesinde “*Dolandırıcılığın, bir hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacıyla işlenmesi halinde, şikâyet üzerine, altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur*” şeklinde öngörülen hükmünde failin kendisine ya da üçüncü kişiye sağladığı yararın haklı olması durumunda da suçun oluşacağı ancak bu halde cezada indirim yapılacağı öngörülmüştür. Dolayısıyla bu hükümle kanun koyucu haklı bir menfaatin elde edilmesi durumunda dahi suçun oluşacağını kabul etmiş bulunmaktadır. Zira dolandırıcılık suçuyla sadece mal varlığı korunmakta kişinin irade özgürlüğü de koruma altına alınan bir değer olarak görülmektedir⁸⁷. Öğretideki aksi görüşe göre ise, dolandırıcılık suçuna ilişkin kanun koyucu madde metninde ve gerekçesinde açıkça “haksız yarar” koşuluna yer vermese dahi bu unsur dolandırıcılık suçunun oluşması için aranmalıdır⁸⁸. Yargıtay’a göre de yararın haksız olması gerekmektedir⁸⁹.

Dolandırıcılık suçunda zararın gerçekleştiği kişi ile aldatılan kişinin aynı olması zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak önem arz eden husus, failin hileli davranışları neticesinde iradesi sakatlanan kişinin bir başka kişinin malvarlığı üzerinde tasarruf edebilme yetkini haiz olması gerekmektedir⁹⁰.

⁸⁷ ÖZEN, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri*, s. 714.

⁸⁸ TANERİ / KAMIŞLI, s. 321; ÖZBEK / DOĞAN / BACAŞIZ, *Özel Hükümler*, s. 741; YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 5083; ÖZTÜRK, s. 259; PARLAR / HATİPOĞLU, s. 2541; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 797.

⁸⁹ “*Dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için; failin bir kimseyi, kandırabilecek nitelikte hileli davranışlarla hataya düşürüp, onun veya başkasının zararına, kendisine veya başkasına yarar sağlaması gerekmektedir. Hile nitelikli bir yalandır. Fail tarafından yapılan hileli davranış belli oranda ağır, yoğun ve ustaca olmalı, sergileniş açısından mağdurun inceleme olanağını ortadan kaldıracak nitelikte bir takım hareketler olmalıdır. Kullanılan hileli davranışlarla mağdur yanılığa düşürülmeli ve bu yanılma sonucu yalancılara inanan mağdur tarafından sanık veya bir başkasına haksız çıkar sağlanmalıdır*”. Yar. 15. CD, E. 2012/3923, K. 2013/16576, 04/11/2013, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

⁹⁰ AYDIN, s. 667.

3. İlliyet Bağı

Bir suçun kanuni tanımında o suçun tamamlanmış olarak kabul edilebilmesi için yalnızca hareketin yapılmasının yeterli görülmediği ayrıca bir neticenin gerçekleşmesinin de arandığı suçlara neticede suçlar ismi verilmektedir. Bu tarz suçlarda, hareket ile neticenin arasında illiyet bağının kurulması failin fiilinden dolayı sorumlu tutulabilmesi için aranan bir koşuldur⁹¹. Dolandırıcılık suçu da mahiyeti itibarıyla neticeli bir suçtur. Dolayısıyla failin gerçekleştirdiği hileli davranışlar ile mağdurun veya suçtan zarar görenin zarara uğraması ve failin ve bir başkasının yarar sağlaması neticesi arasında illiyet bağının kurulması gerekmektedir⁹².

Dolandırıcılık suçunda, mağdurun malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunmasına ilişkin iradenin sakatlanması bir başka deyişle hataya düşmesi, failin hileli hareketlerinden değil mağdurun kendisinin veya üçüncü bir kimsenin kusurundan meydana gelmiş ise hareket ile netice arasında illiyet bağı kurulamayacaktır⁹³. Bu bağı kuramadığı durumlarda dolandırıcılık suçunun varlığından da söz edilemez⁹⁴. Dolayısıyla sigorta dolandırıcılığında failin hileli davranışları ile sigorta şirketinin pasiflerinin artmasında üçüncü kişinin kusurlu davranışı failin hareketinin önüne geçmiş ise failin hileli davranışı ile netice arasında illiyet bağı kesilmiş kabul edilecektir⁹⁵.

⁹¹ KOCA / ÜZÜLMEZ, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 130-131.

⁹² ÖZEN, **Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri**, s. 719; Nitekim TCK'nın 157. maddesinin gerekçesinde de "fail, mağdurun malvarlığındaki eksilmenin, mağdurun gördüğü zararın kendi hileli davranışları sonucunda meydana geldiğini bilmelidir; hile ile zarar arasındaki illiyet bağının varlığının bilincinde olmalıdır" şeklinde illiyet bağının suçun oluşumu için aranan bir olgu olduğu vurgulanmıştır; "Katılanların ortak murisi olan ...'in 23.03.2007 tarihinde çift taraflı trafik kazasında vefat ettiği, katılanlardan ...'nin, murise ait sigorta bedelini kazaya karşın karşı aracın sigorta şirketinden almak için, sigorta işi ile uğraşan sanıklar ile irtibata geçtiği, sanıkların kendisinden istediği belgeleri temin ederek verdiği, daha sonra sanıkların sahte ibraname düzenleyip katılanlar adına imzalayarak sigorta şirketine göndermek suretiyle ...'in murislerine ödenmesi gereken 2.919 TL sigorta bedelini almak maksadıyla nitelikli dolandırıcılık ve özel belgede sahtecilik suçlarını işledikleri iddia ve kabul olunan somut olayda; Sigorta bedelini almak maksadıyla nitelikli dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için, sigorta bedelini almak üzere, zararın gerçekleştiğini ileri sürerek bu bedeli sahte işlem ve belgelerle almaları yada almaya kalkışmaları gerekir. Sigorta şirketinin sözleşme şartları çerçevesinde ödememesi gereken bir hasarı ödetmek amacıyla sigorta şirketine bilerek yanlış bilgi verilmesi veya önemli bir hususun gizlenmesi ya da sigorta süresi içerisinde kasıtlı olarak bir hasara sebep olunması veya hasarın miktarının olduğundan fazla gösterilmesi suretiyle yarar sağlanması şeklinde ortaya çıkmaktadır... trafik kazası sonucunda vefat ettiği, sigorta şirketinin bu vefat nedeni ile ... murislerine ödenmek üzere acenteye hak ettiği parayı gönderdiği, sanıkların sigorta şirketinden haksız ya da olmayan bir zarar için sigorta bedelinin talep edilmediğinin sabit olduğu, sanıkların sigorta şirketi tarafından acenteye sigorta bedeli gönderildikten sonra vefat edenin mirasçularına bu parayı ödememek için sahte ibraname vermek suretiyle hileli hareketlerde buldukları anlaşılğından, sanıkların eylemlerinin TCK'nın 157/1 maddesinde yazılı basit dolandırıcılık suçunu oluşturduğu gözetilmeden dosya kapsamına uygun olmayan gerekçe ile yazılı şekilde nitelikli dolandırıcılık suçundan mahkumiyetine karar verilmesi, Bozmayı gerektirmiştir". Yar. 23 CD, E. 2015/2522, K. 2015/4526, 30/09/2015, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

⁹³ ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 675.

⁹⁴ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 5081.

⁹⁵ BAYRAKTAR, s. 153.

IV. DAHA AZ YA DA DAHA AĞIR CEZA VERİLMESİNİ GEREKTİREN NİTELİKLİ HALLER

TCK'nın 158. maddesinin 3. fıkrasında “*Bu madde ile 157 nci maddede yer alan suçların, üç veya daha fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi hâlinde verilecek ceza yarı oranında; suç işlemek için teşkil edilmiş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde verilecek ceza bir kat artırılır*” şeklinde kanun koyucu cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli hallerde yer vermiştir. Bu ağırlaştırıcı haller 24.11.2016 tarihli 6763 sayılı Kanun'un 14. maddesi ile düzenlenmiştir. Bu hükümde iki nitelikli hale yer verilmiş olup; birinci nitelikli halde dolandırıcılık suçunun ve TCK m. 158'de öngörülen nitelikli hallerinin üç veya daha fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi hâlinde cezanın artırılması öngörülmüştür. Burada dikkat edilmesi gereken husus failin asgari sayısının üç olması ve bunların müşterek ya da birlikte faillik şeklinde hareket etmeleri gerektiğidir. Dolayısıyla azmettiren ya da yardım eden şekilde suça iştirak eden şerikler asgari üç kişi koşulunda hesaba katılmazlar⁹⁶.

TCK'nın m. 158/3 hükmünde öngörülen cezanın ağırlaştırmasını gerektiren ikinci nitelikli hal dolandırıcılık suçunun *suç işlemek için teşkil edilmiş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesidir*. Kanun koyucunun bu nitelikli hâline yer verilmesindeki temel sebep dolandırıcılık faaliyetinin örgütlü şekilde işlenmesinin daha kolay gerçekleşmesi ve bu suçun örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlardan sıklıkla işlenen bir suç olmasıdır. Burada önem arz eden diğer bir husus, örgütün mevcut olup olmadığının TCK'nın 220. madde hükmünde öngörülen koşullar çerçevesinde belirlenecek olmasıdır⁹⁷.

ETCK'nın 522. maddesinde dolandırıcılık suçu için de geçerli olan “Onuncu babda beyan olunan cürümlerin işlenmesinde cürmün mevzuu olan şeyin veya ika edilen zararın kıymeti pek fahiş ise mahkeme cürme mahsus olan cezayı yarısına kadar artırır ve eğer hafif ise yarısına ve eğer pek hafif ise üçte birine kadar eksiltir” şeklinde malın değerinin az olması sebebiyle dolandırıcılık suçunda cezada indirim öngören bir hüküm TCK'da yer almamaktadır⁹⁸. Ancak TCK'nın daha az cezayı gerektiren hal başlıklı 159. maddesinde “Dolandırıcılığın, bir hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacıyla işlenmesi” durumunda kovuşturma şikâyete tabi kılınarak daha az ceza yaptırımını öngörülmüştür. Bura-

⁹⁶ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 816; ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 692; ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞSIZ, *Özel Hükümler*, s. 746; KOCA / ÜZÜLMEZ, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 828; ÖZEN, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri*, s. 740.

⁹⁷ KOCA / ÜZÜLMEZ, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 829.

⁹⁸ PARLAR / HATIPOĞLU, s. 2542.

da da failin hukuki ilişkiye bağlı olan alacağının hileye başvuruyla alınması dolandırıcılık suçu olarak nitelendirilmektedir⁹⁹. Burada dikkat edilmesi gereken husus, alacağın faile ait olmasının zorunlu olmamasıdır. Üçüncü bir kişinin alacağının tahsil edilmesi maksadıyla dolandırıcılık suçunun işlenmesi durumunda da nitelikli halden yararlanmaktadır¹⁰⁰.

TCK'nın 159. maddesinde önem arz eden husus, failin alacak miktarının da ötesinde bir menfaat elde etmesi halinde ceza sorumluluğunun ne şekilde tayin edileceğine ilişkin kanuni düzenlemede bir açıklığın bulunmamasıdır. Öğretiye göre; burada hukuki bir alacağın bulunmasının suçu ortadan kaldıran bir durum olmadığı gibi alacak miktarının da elde edilen yarardan düşük olması, suçun oluşumunda etkili değildir. Bu tarz bir durumla karşılaşan mağdurun, hataen ödediği miktar ile hukuki alacağın karşılaştırılması halinde açık bir orantısızlık mevcut ise şikâyet hakkını kullanarak fiili ve faili yetkili mercilere bildirmesi beklenmektedir¹⁰¹.

V. TİPİKLİĞİN MANEVİ UNSURU

Dolandırıcılık suçu kasten işlenebilen bir suçtur. Failin suç kastının da bilme ve isteme unsurlarının gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu bağlamda failin muhatabın hataya düşürülmesi konusunda kullanmış olduğu araçların hileli olduğunu bilmesi, bu bilince sahip olması ve aynı zamanda bu davranış sonucunda mağdurun aldatılmasını, kendisine veya üçüncü kişiye bir menfaat temin edilmesini istemiş olması gerekmektedir¹⁰². TCK m. 158/1-k normunda “sigorta

⁹⁹ KOCA / ÜZÜLMEZ, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 829.

¹⁰⁰ ARTUK / GÖKÇEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 693. TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 816; ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ, *Özel Hükümler*, s. 746; KOCA / ÜZÜLMEZ, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 829; ÖZEN, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri*, s. 740-741; ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ, *Özel Hükümler*, s. 748.

¹⁰¹ AYDIN, s. 693.

¹⁰² YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 5085; “Sanık ...'nın, Şekerbank T.A.Ş.'da personel olarak çalıştığı ve sosyal güvenlik açısından mağdur ... güvencesi altında olduğu, sanık ...'in sağ kolunun protezli olduğundan 08/08/2009 tarihinde Özel ... Hastanesine muayene olarak protezin değiştirilmesi veya revize edilmesi yönünde rapor aldığı, bu raporla... 'de ... Ortopedi adı altında ortopedik cihazlar satan sanık ... 'a müraacaat ettiği ve sanık ... 'e gerçeği yansıtmayan 12.08.2009 tarihinde sanık ... 'e 13.446,8 TL bedelle bir adet dirsekaltı protez satıldığına dair sahte fatura tanzim ettirerek bu faturayı mağdur kuruma verdiği, 12.08.2009 tarihinde faturaya konu paranın sanık ... 'in hesabına yatırıldığı, bu suretle sanıkların üzerine atılı sigorta bedelini almak maksadıyla dolandırıcılık ve özel belgede sahtecilik suçlarını işlediği iddia edilen olayda; sanıklar savunması, katılan kurum belgeleri, suç konu rapor, fatura, sanığın daha önceki protez alma belgeleri ile dosya kapsamından, sanık ... 'in kol protezinin değişmesi ve bunun hastane raporu ile belgelendirilmesi karşısında kurum tarafından sosyal güvencesi olan ... 'e bu miktarın ödenmesinin zorunlu olduğundan protezi almamasında kurumun gerçek zararının olmadığı, sanık ... 'in protez satışı yaptığı, protez tesliminden önce verilmiş gibi fatura düzenleyip diğer sanıkla anlaşmasının hayatın olağan akışına aykırı olmadığından sanık ... 'in kusur veya kastının olduğunu göstermediği, sanık ... 'in başka sebeple diğer sanığı şikâyet etmesi sonucu olayın ortaya çıktığı, sanık ... 'in protezi teslim etmemesi nedeniyle parasını ödemediği savunması dikkate

bedelini almak maksadıyla” şeklinde ibarenin bulunması suçun işlenmesinde failin bilme ve isteme dışında belirli bir amaç ile hareket etmesinin de suçun manevi unsuru için aranan bir koşul olduğunu göstermektedir¹⁰³. Dolayısıyla bu suçun oluşumu için sigorta bedelini almak şeklinde özel kast aranmaktadır¹⁰⁴.

Bu suç, doğrudan kastla işlenebileceği gibi olası kast ile de işlenebilir. Burada failin aldatmaya ilişkin kastının hileli davranıştan önce ya da en geç hileli davranış ile birlikte bulunması gerekmektedir. Kanuni düzenlemede objektif özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla dolandırıcılık suçunun işlenmesi özel olarak düzenlenmediği için suçun taksirle işlenmesi olanaklı değildir¹⁰⁵.

VI. SUÇUN HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Bir suçun oluşması, kanuni tanımında öngörülen tipe uygun davranışın icra edilmesi ve bu davranışın hukuka aykırı olması unsurlarının birlikte gerçekleşmesiyle meydana gelmektedir. Bir başka ifadeyle, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir neden bulunmakta ise kişinin davranışı kanunda öngörülen suç tarifine uygun olsa da hukuka aykırılık unsuru noksan kalacağı için suçun işlendiğinden söz edilemeyecektir. Bu bağlamda, TCK sisteminde kanun hükmünün yerine getirilmesi, meşru savunma, hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası olmak üzere dört tane hukuka aykırılığı ortadan kaldıran sebep öngörülmüştür¹⁰⁶.

İlgilinin rızası esasında dolandırıcılık suçunda mevcuttur. Mağdurun malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunma konusunda rızası bulunmaktadır ve fakat bu rıza failin hileli davranışları ile sakatlanmıştır. Oysa ki, ilgilinin rızasının hukuka aykırılığı ortadan kaldırması için bu rızanın sağlam bir iradenin ürünü şeklinde dış dünyaya yansmalıdır. Dolayısıyla dolandırıcılık suçunda mağdurun rızasının suçun hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldırması olanaklı değildir¹⁰⁷.

alındığında olayın aynı zamanda hukuki mahiyet arzettiği gerekçesiyle sanıkların üzerine atılı eylemin suç olarak tanımlanmadığına yönelik mahkemece verilen beraat hükümlerinde bir isabetsizlik görülmemiştir” Yar. 15. CD, E. 2018/2803, K. 2021/6091, 26/05/2021, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

¹⁰³ BAYRAKTAR, s. 163.

¹⁰⁴ PARLAR, s. 140.

¹⁰⁵ GERÇEKER, s. 3317; PARLAR / HATİPOĞLU, s. 2541; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 817; ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 676; ÖZBEK / DOĞAN / BACAŞIZ, *Özel Hükümler*, s. 756.

¹⁰⁶ KOCA / ÜZÜLMEZ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 276; AKBULUT, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 516 vd.; DEMİRBAŞ, s. 294 vd.; ÖZGENÇ, s. 303 vd.; ÖZEN, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri*, s. 392 vd. ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 484 vd. ÖZBEK / DOĞAN / BACAŞIZ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 290; HAKERİ, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 28. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 278 vd.

¹⁰⁷ ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 693.

TCK'nın 25/2. maddesinde düzenlenen kusurluluğu ortadan kaldıran bir sebep olan zorunluluk halinde fiil suç olmaya devam etmesine rağmen fiilden dolayı fail hakkında cezai yaptırım uygulanmaz¹⁰⁸. Dolandırıcılık suçunda kusurluluk ortadan kaldıran bir sebep olarak zorunluluk halinin uygulanması söz konusu olabilir. Örneğin failin ekonomik zorluklar içinde bulunması ve oğlunun acil ameliyat edilmesi ihtiyacının ortaya çıkması nedeniyle ayağı kesik olmadığı halde kesilmiş gibi göstermek suretiyle yardım toplaması halinde zorunluluk halinin varlığından söz edilebilecektir¹⁰⁹. Sigorta dolandırıcılığı suçunda da koşulları oluşmak kaydıyla zorunluluk halinin uygulanması mümkündür¹¹⁰.

VII. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

A. Teşebbüs

Dolandırıcılık suçu, mağdurun ya da bir üçüncü kişinin zararına failin ya da bir başka kişinin lehine menfaatin elde edilmesiyle tamamlanmaktadır. Dolayısıyla failin, mağduru ya da bir üçüncü kişiyi aldatmak için hileli davranış sergilemeye başlaması ve fakat muhatabın aldanmaması veya bu aldanmaya mâni bir sebebin ortaya çıkması ve menfaat elde edilememesi durumunda ortada bir zararın meydana gelmemesi nedeniyle fiil teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır¹¹¹.

¹⁰⁸ KOCA / ÜZÜLMEZ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 348.

¹⁰⁹ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 5087-5088; GERÇEKER, s. 3317.

¹¹⁰ BAYRAKTAR, s. 161.

¹¹¹ PARLAR / HATİPOĞLU, s. 2542; ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 695; YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 5088; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 818; “Baba oğul olan sanıkların sigorta şirketinden kasko bedelini almak amacıyla birlikte hareket ederek, kaza yapmadığı halde ... şirketi tarafından kaskolanmış suça konu ... plakalı aracı başka bir araca halatla bağlamak sureti ile olay yerine götürüp önce şarampole yuvarladıkları, daha sonra aracın sağ ön koltuğunu kesip içerisinde bulunan süngeri tutuşturup kısa bir süre sonra da ateşi söndürüp kaza süsü verdikleri bu sebeple münsnet suçu işledikleri iddia edilen olayda; Jandarma görevlileri tarafından olayın fark edilip tutanak tutulmasına karşın ... şirketinden gelen müzekkere cevabına göre hasar dosyasının açtırıldığı ancak daha sonradan kasko bedelini almaktan feragat edilmesi nedeniyle aracın sigorta bedelinin alınmadığı anlaşılmakla, sanıkların sigorta bedelini almak maksadıyla dolandırıcılığa teşebbüs suçunu işlediklerine dair kabul ve uygulamada bir isabetsizlik görülmemiştir” Yar. 15. CD., E. 2017/7456, K. 2019/9587, 08/10/2019, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>); “Dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için; failin bir kimseyi, kandırabilecek nitelikte hileli davranışlarla hataya düşürüp, onun veya başkasının zararına, kendisine veya başkasına yarar sağlaması gerekmektedir. Hile nitelikli bir yalandır. Fail tarafından yapılan hileli davranış belli oranda ağır, yoğun ve ustaca olmalı, sergileniş açısından mağdurun inceleme olanağını ortadan kaldıracak nitelikte birtakım hareketler olmalıdır. Kullanılan hileli davranışlarla mağdur yanılıya düşürülmeli ve bu yanılma sonucu yalanlara inanan mağdur tarafından sanık veya bir başkasına haksız çıkar sağlanmalıdır. Hilenin kandırıcı nitelikte olup olmadığı olaysal olarak değerlendirilmeli, olayın özelliği, fiille olan ilişkisi, mağdurun durumu, kullanılmışsa gizlenen veya değiştirilen belgenin nitelikleri ayrı ayrı nazara alınmalıdır. Sigorta edenin dolandırılması, nitelikli hâl kabul edilmiştir. Suçun oluşması için, sigorta bedelini almak üzere, zararın gerçekleştiğini ileri sürerek bu bedeli sahte işlem ve belgelerle almaları ya da almaya kalkışmaları gerekir. Olayla ilgili belgeler sigorta

lanması ve fakat failin elinde olmayan nedenlerle bu aldanmaya mâni bir sebebin ortaya çıkması sebebiyle fiil teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır.

Dolandırıcılık suçunda suçun icra hareketlerine başlayan failin kendi ihtiyari davranışıyla suç işlemekten vazgeçmesi ya da neticenin gerçekleşmesini önlemesi durumunda diğer koşulların da bulunmasıyla fail hakkında gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanabilecektir¹¹³. O ana kadar yapılan davranışlar bir başka suçta vücut vermediği sürece fail dolandırıcılığa teşebbüsten ceza almayacaktır¹¹⁴.

Sigorta dolandırıcılığı suçunda failin hareketlerinin teşebbüs olarak nitelendirilebilmesi için fiilin icra hareketlerine başlanmış olması gerekir¹¹⁵. Bir başka deyimle, icra hareketi niteliğine ulaşmayan davranışlar sigorta dolandırıcılığı suçuna vücut vermeyecek bunlar hazırlık hareketi olarak nitelendirilecektir¹¹⁶.

Alman hukukunda Alman Ceza Kanunu'nun (StGB) m. 265 hükmünde sigortayı kötüye kullanma şeklinde bir suç tipine yer verilmiştir. Bu suç, Alman Ceza

¹¹³ KOCA / ÜZÜLMEZ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 438 vd.; ÖZGENÇ, s. 569 vd.; DEMİRBAŞ, s. 519 vd.; CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, s. 467 vd.; AKBULUT, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 724 vd.; ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 685 vd.; ÖZEN, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri*, s. 619 vd.; HAKERİ, s. 488; HAFIZOĞULLAR / ÖZEN, s. 342; TOROSLU, Nevzat, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 9. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2006, s. 135 vd.

¹¹⁴ ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 695; ÖZEN, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri*, s. 725; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 816; KOCA / ÜZÜLMEZ, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 828; ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞIZ, *Özel Hükümler*, s. 748.

¹¹⁵ “Nitelikli dolandırıcılık suçundan sanıkların mahkumiyetine ilişkin hükümler sanık ... müdafii ve sanık ... tarafından temyiz edilmekle dosya incelenerek gereği düştü; Suç tarihinde İstanbul ... Beldesinde... plakalı araç ile... plakalı araçların kaza yaptığı, ... plakalı araçta bir kişinin öldüğü, bir kişinin de yaralandığı, ... plakalı aracı kullanan kişilerin alkollü olması nedeniyle olay mahalini terk ettikleri, bu aracın ... ya da ... tarafından kullanıldığı, ...'nun aracı kiraladıkları sanık ...'nu arayıp yardım istediği, sanık ...'nun da aracın kaskosundan yararlanmak amacıyla sanık ...'ı çağırıp ... Jandarma Komutanlığına birlikte giderek gerçeğe aykırı tutanak tuturmaya çalıştıkları, sanık ...'ın çelişkili beyanda bulunması üzerine olayın ortaya çıktığı, sanıkların iştirak halinde atılı olan suçu işlediklerinin iddia edildiği olayda; sanıkların savunması, tutanaklar ve tüm dosya kapsamından sanıkların henüz kasko bedelini almak için sigorta şirketine müracaatta bulunmadıklarının anlaşılması karşısında; sanıkların dolandırıcılık suçu için icrai hareketlerine başlamadıkları, ... Bozulmasına” Yar. 15. CD., E. 2018/3922, K. 2021/6398, 01.06.2021, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

¹¹⁶ “Sanığın, oto kiralama şirketinden 10 günlüğüne kiraladığı ... plakalı ... marka aracını kullandığı esnada “tek taraflı kaza” olduğu beyanıyla Trafik Şube Ekiplerine tutanak tutturmak istediği, aynı aracın aynı tarihte ... plakalı araca arkadan çarpmak suretiyle kazaya sebebiyet vererek kaçtığı tespit edildiği bu suretle sanığın aracın hasar bedelini sigorta şirketinden almak maksadıyla dolandırıcılığa teşebbüs suçunu işlediği iddia olunan somut olayda; sanığın sigorta şirketine herhangi bir başvurusunun olmadığı, nitelikli dolandırıcılık suçu yönüyle sanığın eylemlerinin icra hareketi niteliğinde olmayıp bu itibarla teşebbüs aşamasına dahi varamadığı, sanığın gerçeğe aykırı trafik kaza tespit tutanağı tazmini için başvurusunda bulunup tutanağında düzenlenmediği sigorta şirketine sigorta bedelinin alınması amacıyla bir başvurusunun bulunmadığıda gözetildiğinde suçun yasal unsurlarının oluşmadığından sanığın beraatine karar verilmesi gerekirken, mahkumiyetine hükmedilmesi, Yasaya aykırı,” Yar. 11. CD, E. 2021/12957, K. 2022/12057, 08.06.2022, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

Kanunu'nun (StGB) m. 263/3-5 hükmünde düzenlenen sigorta dolandırıcılığı suçunun tamamlayıcı niteliğine sahip, ikincil karakterli bir suç tipidir¹¹⁷. Zira kanuni düzenlemede failin bu suç tipinden dolayı cezalandırılabilmesi, ancak Alman Ceza Kanunu'nun (StGB) m. 263. hükmünde öngörülen suçtan cezalandırılmadığı durumlarda mümkün olacaktır¹¹⁸. Alman Ceza Kanunu'nun (StGB) 265. maddesinde öngörülen fiiller; sigorta bedeli almak amacıyla sigorta konusu şeyin a) kullanılabilirliğine zarar verilmesi, yok edilmesi, bozulması, b) bir kenara bırakılması, c) Üçüncü bir kişiye bırakılması davranışlarından birinin icra edilmesidir¹¹⁹. Bu suç sigorta konusu şeyde hasarın oluşması, şeyin kaldırılması veya bırakılmasıyla fiil tamamlanmaktadır¹²⁰. Bu suç tipinin yaptırımı, Alman Ceza Kanunu (StGB) m. 263 hükmünde öngörülen ceza yaptırımından daha düşük olarak öngörülmüştür. Zira burada kanun koyucu esasen sigorta dolandırıcılığı için hazırlık hareketleri niteliğindeki fiilleri ya da belirli bazı davranışları suç olarak nitelendirmekte ve fakat bu fiiller henüz dolandırıcılık suçu boyutuna ulaşmamaktadır¹²¹.

B. İştirak

Dolandırıcılık suçu niteliği itibarıyla bir özgü suç değildir. Bu suça iştirak bakımından bir özelliğe sahip değildir. Bunun bir sonucu olarak dolandırıcılık suçuna müşterek faillik, azmettirme ve yardım etme şeklinde şeriklik statüsünde suça katılmak mümkündür¹²². Örneğin dolandırıcılık suçunda kullanılabileceğini bilmesine rağmen sahte rapor düzenleyerek faile veren bir hekim, dolandırıcılık suçuna yardım etme şeklinde şerik olarak katılımış kabul edilir¹²³.

¹¹⁷ HEGER, in: LACKNER / KÜHL / HEGER, **StGB** §265 Kn. 1.

¹¹⁸ KASÍSKE, Peter, **Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch** (Herausgeber: Volker ERB / Jürgen SCHÄFER), 4. Aufl. 2022, StGB §265 Kn. 34.

¹¹⁹ PERRON, in: SCHÖNKE / SCHRÖDER / PERRON, **StGB** §265 Kn. 7-10.

¹²⁰ KASÍSKE, in: ERB / SCHÄFER, **MüKO-StGB**, §265 Kn. 28.

¹²¹ PERRON, in: SCHÖNKE / SCHRÖDER / PERRON, StGB §265 Kn. 17.

¹²² PARLAR / HATİPOĞLU, s. 2543; KOCA / ÜZÜLMEZ, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 830; YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 5090; ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 697; "Sanığın, sigorta bedelini almak amacıyla temyiz dışı sanık Feyzullah ile anlaşıp onun sigortalı dükkanını yakmaları ve bu şekilde nitelikli dolandırıcılık suçuna teşebbüs ile kasten yangın çıkarma suçunu işlediğinin iddia edildiği olayda; Sanık savunması, katılan ve tanık beyanları, kriminal rapor, ekspertiz raporu ile tüm dosya kapsamından, atılı suçların sübut bulunduğu yönelik mahkemenin kabulünde bir isabetsizlik görülmemiştir". Yar. 15. CD, E. 2017/12798, K. 2020/1005, 27.01.2020, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

¹²³ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 823; ÖZBEK / DOĞAN / BACAŞIZ, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 544 vd.; ÖZGENÇ, s. 615 vd.; ÖZEN, **Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri**, s. 674 vd.; KOCA / ÜZÜLMEZ, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 482 vd.; ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 764 vd.; DEMİRBAŞ, s. 558 vd.; CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, s. 499 vd.; AKBULUT, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 792 vd.; TOROSLU, s. 302.

Failin hileli davranışlar sonucunda kandırılmış olan muhatabın mal varlığı üzerinde tasarrufta bulunarak fail dışında üçüncü kişi lehine menfaat elde edilmesi durumunda üçüncü kişinin fail ile herhangi bir iştirak iradesi bulunmadığı takdirde münhasıran menfaat elde etmesi o kişiyi suç ortağı yapmayacaktır¹²⁴. Ancak menfaat elde eden bu kişinin gerekli şartları taşıması kaydıyla TCK'nın 165. maddesinde belirtilen suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi ya da TCK'nın 166 maddesinde öngörülen bilgi vermeme suçundan sorumluluğu gündeme gelebilecektir¹²⁵.

Sigorta dolandırıcılığı suçunda faillik bakımından belirli bir özelliğe sahip olması aranmamıştır. Herkesin bu suçun faili olması mümkündür. Ancak sigorta dolandırıcılığı suçunda fail olarak suça iştirak etmek için kişinin fikir ve eylem birliği içinde hareket etmesi gerekir¹²⁶. Böyle bir kast yoksa müşterek fail ya da yardım eden olarak sorumlu tutulamaz. Örneğin, bir araba tamircisinin sigorta bedelini almak maksadıyla işlenen dolandırıcılık suçunda sigorta bedeli alınması hususunda fail ile fikir ve eylem birliği içerisinde olmaması, müşterek fail ya da yardım eden şeklinde suça iştiraktan sorumlu tutulmamasını gerektirecektir¹²⁷.

¹²⁴ KOCA / ÜZÜLMEZ, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 830; YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 5090.

¹²⁵ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 823.

¹²⁶ “Sanığın, kazalı halde iken aynı gün kasko sigortası yaptıran temyiz dışı sanık ...'nin aracını, temyiz dışı diğer sanık ... ile birlikte uçurumdan aşağı yuvarlayarak kaza süsü verildiği ve sanık ...'in kaza nedeniyle yaralandığından bahisle Araklı Devlet Hastanesine başvurduğu, Araklı İlçe Jandarma görevlilerinin yaptıkları araştırmada kazadan şüphelenmeleri nedeniyle olayın ortaya çıktığı, sanık ...'in ifadesinde suçunu ikrar ettiği, bu suretle sanığın, sigorta bedelini almak amacıyla dolandırıcılığa teşebbüs suçunu işlediği olayda, sanık savunması, katılan vekili beyanı, tespit tutanağı ile tüm dosya kapsamından sanığın mahkumiyetine ilişkin mahkemenin kabul ve uygulamasında bir isabetsizlik görülmemiştir. Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına göre; sanığın herhangi bir nedene dayanamayan temyiz itirazlarının reddiyle, hükümlerin ONANMASINA,” Yar. 15. CD, E. 2017/27360, K. 2020/10265, 20/10/2020, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

¹²⁷ “Katılan sanık ...'nin trafikte adına kayıtlı ... plaka sayılı 2010 model Ford Connect marka otomobili Motorlu Taşıt Kira Sözleşmesine istinaden iki yıl süre ile beraat eden sanık ...'nun yetkilisi olduğu Oto Sistem Kurumsal Filo Hizmetleri Ltd. Şti.ne kiraladığı, katılan sanığın kira bedelinin ödenmemesi üzerine kira sözleşmesini sonlandırarak aracını teslim almak üzere sanık ...'in yanına geldiğinde aracının trafik kazasına karıştığını aracının hor kullanıldığını ve bu nedenle aracında hasar ve yıpranmaların olduğunu fark ettiği ve aracın tamir ettirilerek eski haline getirilmesini sanık ...'dan istediği, sanık ...'nin da kendisini araç tamir işi ile uğraşan sanık ...'e yönlendirdiği ve sanıklar ... ile ...'in katılan sanık Mücahit'in aracın hasar bedelini aracı kaskolayan Ak Sigortadan karşılanması ve aracının kendi zilyetliğinde iken aracına çarpıldığı hususunda sigorta şirketine asılsız ihbarda bulunması için ikna ettikleri bunun üzerine katılan sanık ...'nin mağdur ... Ş. Bölge müdürlüğüne asılsız ihbar ve müracaatta bulunup hasar raporu (araştırma raporu) tanzim ettirdiği ve sanık ...'in yanında işçisi olarak çalışan sanık ...'ya da Ankara 3. Noterliğince 18 Haziran 2013 tarih ve 20899 yevmiye sayılı ile tanzim edilen aracının kasko bedelini sigorta şirketten tahsil etmesi hususunda özel vekaletname düzenleterek verdiği, araçta tespit edilen hasarların tamir ve parça bedeline karşılık mağdur ... Ş'den 06.08.2013 tarihinde 1.325, 12.06.2013 tarihinde 1.498 TL parayı tahsil ettiği, böylece katılan sanık ... ile beraat eden diğer sanıklarla

C. İçtima

Zincirleme suç hükümlerinin düzenlendiği TCK'nın 43. maddesinin 3. fıkrasına göre “*Kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında bu madde hükümleri uygulanmaz*”. Bu hükümde zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmadığı suçlar açıkça belirtilmiştir. Mezkûr hükümde belirtilen suçların dışında kalan dolandırıcılık suçu hakkında zincirleme suç hükümleri uygulanabilecektir. Bu bağlamda, aynı mağdura karşı aynı suçu işleme kararı kapsamında, değişik zamanlarda birden fazla dolandırıcılık suçunun işlenmesi halinde failin tek bir suç işlediği kabul edilmekte ve faile uygulanacak ceza yaptırımını kanunda öngörülen oranda artırılarak uygulanmaktadır¹²⁸.

Aynı neviden fikri içtima hükümlerinin de dolandırıcılık suçunda uygulanması mümkündür (TCK m. 43/2). Bu bağlamda failin tek bir hileli hareketiyle birden fazla kişinin aldatılması ve bu aldatılmaya bağlı olarak mağdurun ya da zarar görenin aleyhine failin veya üçüncü kişinin yararına menfaatin temin edilmesiyle suç oluşmaktadır. Burada tek bir fiille birden fazla kişiye karşı suçun işlenmesi söz konusu olup, fail hakkında zincirleme suç hükümleri uygulanarak tek bir ceza tayin edilmektedir¹²⁹.

Dolandırıcılık suçunun sahte bir belge kullanılmak suretiyle işlenmesi halinde, TCK'nın 212. maddesinde yer alan “*Sahte resmi veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması halinde hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunur*” özel düzenlemesi gereğince faile hem dolandırıcılıktan hem de belgede sahtecilikten dolayı gerçek içtima hükümleri doğrultusunda ceza yaptırımını uygulanacaktır¹³⁰.

rın fikir ve eylem birlikteliği içerisinde hareket ederek sigorta bedelini almak amacıyla dolandırıcılık suçunu işledikleri iddia edilen olayda.. 2- Sanıklar ..., ..., ... hakkında sigorta bedelini almak suretiyle dolandırıcılık suçundan verilen beraatlerine dair karara yönelik yapılan temyiz talebinin incelenmesinde: sanık savunması, katılan beyanı ile tüm dosya kapsamından, ... 'nun sanık ... 'ten araç kiralayan kişi olduğu, sanık ... 'in sanık ... 'in yönlendirmesi ile aracı tamir eden kişinin olduğu, bu kişilerin dolandırıcılık suçu ile doğrudan bağlantılarının bulunmadığı, zira diğer sanık ... 'i sahte bildirimde bulunması konusunda hiçbir yönlendirmede de bulunmadıkları, aynı şekilde sanık ... 'in de sanık ... 'nin eylemine doğrudan bir katkısının olmadığı dolayısıyla her üç sanığın atılı suçu işlediklerine dair soyut iddia dışında delilin bulunmadığı gerekçesiyle verilen beraat hükümlerinde bir isabetsizlik görülmemiştir.” Yar. 15. CD, E. 2017/33141, K. 2021/3354 22/03/2021, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

¹²⁸ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 5090.

¹²⁹ KOCA / ÜZÜLMEZ, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 830; ARTUK / GÖKÇEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 697; ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞSIZ, *Özel Hükümler*, s. 749; ÖZEN, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri*, s. 729; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 821; Yar. 15. CD, E. 2017/37326, K. 2020/11050, 04.11.2020, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

¹³⁰ PARLAR / HATİPOĞLU, s. 2542; KOCA / ÜZÜLMEZ, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 830; ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞSIZ, *Özel Hükümler*, s. 749; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 816; ÖZEN, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri*, s. 726; ARTUK / GÖKÇEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, *Ceza Hu-*

VIII. ŞAHSİ CEZASIZLIK SEBEBİ VEYA CEZADA İNDİRİM YAPILMASINI GEREKTİREN ŞAHSİ SEBEP

Şahsi cezasızlık sebepleri, bir suçun işlendiği esnada bulunan ve fail hakkında cezai yaptırımın uygulanmasına mâni olan kişiye bağlı nedenler olarak tanımlanmaktadır. Şahsi cezasızlık sebeplerinin söz konusu olduğu durumlarda sadece ilgili kişi hakkında hüküm ve sonuç doğurmakta olup, iştirak halinde işlenen suçlarda diğer suç ortaklarının bu sebepten istifade etmesi ya da bu sebebin diğer suç ortaklarına sirayet etmesi mümkün değildir¹³¹.

Dolandırıcılık suçunun 167/1-a, b ve c bentleri uyarınca “a) Haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birinin, b) Üstsoy veya altsoyunun veya bu derecede kayın hısımlarından birinin veya evlat edinen veya evlatlığın, c) Aynı konutta beraber yaşayan kardeşlerden birinin, zararına olarak işlenmesi halinde, ilgili akraba hakkında cezaya hükmolunmaz”. Bu hükümde belirli akrabalar arasında suçun işlenmesi halinde faile cezai yaptırımının uygulanamayacağı öngörülmüştür. Ancak aynı hükmün 2. fıkrasında dolandırıcılık suçunun “haklarında ayrılık kararı verilmiş olan eşlerden birinin, aynı konutta beraber yaşamayan kardeşlerden birinin, aynı konutta beraber yaşamakta olan amca, dayı, hala, teyze, yeğen veya ikinci derecede kayın hısımlarının zararına olarak işlenmesi” durumu ise, cezada indirim sebebi olarak öngörülmüştür. Kanun koyucu bu hüküm ile cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi bir sebebe yer vermiştir¹³². Sigorta dolandırıcılığında sigorta bedelini almak için sigorta şirketine başvurulması zorunludur. Sigorta şirketi ise gerçek kimselerden soyutlanmış tüzel kişiliği haiz bir varlıktır. Bu sebeple şahsi cezasızlık sebebi ya da cezada indirim sebeplerinin sigorta dolandırıcılığında uygulanması olanaklı değildir¹³³.

Dolandırıcılık suçu bakımından cezada indirim yapılmasını gerektiren ikinci bir şahsi sebep olarak *etkin pişmanlık* hükümlerine yer verilmiştir (TCK m.

kuku Özel Hükümler, s. 697 “Sanık ile temyiz dışı sanıkların suç tarihinde birlikte hareket ederek, ... plakalı ... marka otomobilin ruhsatını ve 01/04/2004 tarihli kaza raporunu sahte olarak tanzim ettikleri, yine bu amaçla Edirne Sulh Hukuk Mahkemesi tarafından verilmiş gibi 06/07/2004 tarih, 2004/263 Değişik İş no’lu zarar tespit ve keşif tutanağı kararı ile bilirkişi raporunu sahte olarak tanzim ederek, bu evraklarla sigorta bedelini almak için katılan şirkete müracaat ettikleri, bu şekilde sanığın üzerine atılı sigorta bedelini almak maksadıyla dolandırıcılık ve resmi belgede sahtecilik suçlarını işlediği” Yar. 15. CD, E. 2019/14898, K. 2020/2061, 13/02/2020, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

¹³¹ KOCA / ÜZÜLMEZ, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 378-380.

¹³² AYDIN, s. 694; ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 694; ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞIZ, **Özel Hükümler**, s. 747; ÖZEN, **Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri**, s. 743; KOCA / ÜZÜLMEZ, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 830.

¹³³ BAYRAKTAR, s. 181.

168). Dolandırıcılık suçunun tamamlanmasından sonra ancak kovuşturma başlamadan önce failin, azmettirenin ya da yardım edenin kendiliğinden pişmanlık göstererek mağdurun zararının aynen geri verilmesi veya tazmin edilerek giderilmesi durumunda ceza yaptırımını indirimli olarak uygulanacaktır. Etkin pişmanlık hükümlerinin kovuşturma aşamasından sonra da uygulanması mümkündür (TCK m. 168/2). Failin mağdurun zararını kısmen iade etmesi ya da tazmin etmesi durumunda etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi mağdurun bu konuda rıza göstermesine bağlı tutulmuştur. Zararın tamamının tazmin edilmesi durumu söz konusu ise karar verme yetkisi hâkime tanınmıştır. Mağdurun kısmen tazminde vereceği rıza yargılamanın soruşturma ya da kovuşturma aşamasında gerçekleşmesine bağlı olarak ceza yaptırımının indirim oranında etkili olacaktır¹³⁴. Burada etkin pişmanlığın faile verilecek cezayı bütünüyle ortadan kaldırması mümkün değildir. Bir başka ifadeyle kanun koyucu etkin pişmanlık düzenlemesini, cezasızlık sebebi olarak öngörmemiş yalnızca cezada indirim yapılmasını gerektiren bir neden olarak düzenlemiştir.

IX. YAPTIRIM VE KOVUŞTURMA USULÜ

Dolandırıcılık suçunun temel halinin işlenmesi durumunda fiil karşılığında yaptırım olarak bir yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası yaptırımını öngörülmektedir. Ancak dolandırıcılık suçunun TCK m. 158/1-k hükmünde sigorta bedelini almak amacıyla işlemesi halinde hapis cezasının alt sınırı dört yıldan, adli para cezasının miktarı ise suçtan elde edilen yararın iki katında az olamayacaktır. Ancak bu düzenleme 08/07/2005 tarihinden önce işlenen suçlar hakkında uygulanamayacaktır¹³⁵.

Sigorta dolandırıcılığı suçunun üç veya daha fazla suç ortağı tarafından işti- rak halinde işlenmesi durumunda ceza yarı oranında arttırılmakta iken, bu suçun suç işlemek amacıyla teşkil edilmiş bir örgütün faaliyet kapsamında işlenmesi durumunda ceza yaptırımını bir kat artırılarak uygulanacaktır (TCK m. 158/3). Dolayısıyla üç veya daha fazla kişi tarafından işlenen sigorta dolandırıcılığında cezai yaptırımının alt sınırı 6 yıldan, adli para cezasının alt sınırı ise elde edilen menfaatin üç katından az olamayacaktır. Sigorta dolandırıcılığının örgüt faaliyeti kapsamında işlenmesi durumunda ise, ceza yaptırımının alt sınırı 8 yıldan, adli para cezasının alt sınırı ise elde edilen menfaatin dört katından az olamayacaktır.

¹³⁴ ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 696; AYDIN, s. 695-696.

¹³⁵ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 5099.

Sigorta dolandırıcılığı suçunun bir hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacıyla işlenmesi (TCK m. 159) veya suçun işlenmesinden sonra etkin pişmanlık gösterilmesi durumunda (TCK m. 168) şikâyet üzerine cezada belirli oranlarda indirim uygulanmaktadır.

Dolandırıcılık suçunun temel hali (TCK m. 157) ve sigorta bedelini almak maksadıyla işlenmesi şeklinde gerçekleşen nitelikli hali (TCK m. 158/1-k) re'sen takip edilen bir suç iken; bir hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacıyla işlenmesi (TCK m. 159) ve belirli akrabalar arasında gerçekleşen dolandırıcılık suçunun (TCK m. 167/2) soruşturulması ve kovuşturulması takibi şikâyete bağlı tutulmuştur.

Dolandırıcılık suçunun temel hali bakımından CMK'nın 253. maddesinde öngörülen alternatif uyuşmazlık çözüm yönteminden uzlaştırma hükümlerinin uygulanması mümkündür¹³⁶. Sigorta dolandırıcılığı suçunun TCK m. 158/1-k'da düzenlenen nitelikli halinde ise, uzlaştırmanın uygulanabileceği katalog suçlarda sigorta dolandırıcılığının yer almaması nedeniyle bu suç tipinde uzlaştırma yöntemine başvurulamaz. Ancak fail hakkında sigorta dolandırıcılığı suçundan başlatılan soruşturma sonucunda fiilin basit dolandırıcılık suçu olduğu ortaya çıkar ise fail hakkında uzlaştırma hükümleri uygulanabilecektir.

Faile uygulanacak sonuç cezanın iki yıl ve daha altı bir ceza olması halinde fail hakkında HAGB hükümlerinin uygulanması mümkündür¹³⁷. Ancak mahkeme fail hakkında TCK m. 158/1-k hükmünden dolayı HAGB kararını ancak 01/08/2024 tarihine kadar verebilecektir. Zira Anayasa Mahkemesi CMK'nın 231. maddesinde düzenlenen HAGB kurumunun Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle iptaline karar vermiş ve bu kararın yürürlük tarihini 01/08/2024 tarihine ertelemiştir¹³⁸.

¹³⁶ ŞAHİN / GÖKTÜRK, s. 76; "eylemin 02.12.2016 tarih ve 29906 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak aynı tarihte yürürlüğe giren 6763 sayılı Kanununun 34. maddesi ile değişik 5271 sayılı CMK'nın 253. ve 254. madde fıkraları gereğince uzlaştırma kapsamına alınan ve TCK 157/1. maddesinde düzenlenen dolandırıcılık suçunu oluşturduğu gözardı edilerek vasıfta hataya düşülmek sureti ile nitelikli dolandırıcılık suçundan hüküm kurulması, Kanuna aykırı olup sanığın sübuta dair temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmemiş olduğundan hükmün bu sebeplerden dolayı ... BOZULMASINA" Yar. 15. CD., E. 2017/28189, K. 2020/10879, 02.11.2020, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

¹³⁷ "5271 sayılı CMK'nın 231. maddesinde düzenlenen "hükmün açıklanmasının geri bırakılması" müessesesinin uygulanabilmesi için öncelikle, - Sanık hakkında kurulan mahkûmiyet hükmünde, hükümlenen cezanın iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezasından ibaret olması, - Suçun CMK'nın 231. maddesinin 14. fıkrasında yazılı suçlardan olmaması, - Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması, - Sanığın hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına itirazının bulunmaması, Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tamamen giderilmesine ilişkin koşulların birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir" Yar. 3. CD., E. 2020/20624, K. 2020/11814, 28.09.2020, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

¹³⁸ Anayasa Mahkemesi'nin 01/06/2023 tarihli E. 2022/120 ve K. 2023/107 sayılı kararı, R. G. 01.08.2023, S. 32266.

Sigorta dolandırıcılığı suçu işlediği sabit olan ve hakkında bu suçtan dolayı mahkûmiyet hükmü verilen fail hakkında hapis cezası verilmiş ise bu yaptırıma ek TCK'nın 53. maddesinde öngörülen belirli haklardan yoksun bırakılması hükümleri de uygulanacaktır.¹³⁹.

SONUÇ

Bir kimsenin iyi niyetinden yararlanarak hileli davranışlarla iradesinin satatlanması ve bunun sonucunda malvarlığı üzerinde fail ya da üçüncü kişi lehine menfaat temin edilmesi anlamına gelen dolandırıcılık suçu Roma hukukundan günümüze kadar uzanan ve sıklıkla işlenen bir suç türüdür. Sigorta bedelini almaya yönelik hileli davranışlarla muhatabın aldatılarak pasiflerinin arttırılması, fiili gerçekleştiren ya da fikir birliğinde olan üçüncü kişi lehine menfaat elde edilmesi dolandırıcılığın nitelikli bir hali olarak TCK'nın 158/1-k hükmünde düzenlenmiştir.

Sigorta dolandırıcılığı suçu için zarar verilen nesnenin sigortalı olması zorunlu değildir. Failin de sigorta sözleşmesini sigortacı ile akdeden sigorta ettiren olması zorunlu değildir. Bu sebeple bu suç özgü suç olarak nitelendirilmemiştir. Fail bakımından bu suç münhasıran gerçek bir kişi tarafından işlenebilir. Tüzel kişi yararına işlendiği takdirde suçun faili olamayan tüzel kişi hakkında TCK m. 60 normunda öngörülen güvenlik tedbirlerinin uygulanması tatbik edilecektir. Fail bakımından özel bir durum sigorta dolandırıcılığı suçunun üç veya daha fazla kişi tarafından işlenmesi durumudur. Burada bu üç kişinin tespitinde yalnızca eylem üzerinde fikir birliğine sahip olan müşterek failer esas alınmakta, azmettiren ve yardım eden hesaplama dahil edilmemektedir. Suçun mağduru bakımından sigorta dolandırıcılığı suçunda zararın sigorta şirketinin mal varlığında meydana gelmesine rağmen şirketin bir tüzel kişi olması sebebiyle münhasıran suçtan zarar gören konumunda bulunabilir. Burada önem arz eden husus aldatılan gerçek kişinin sigorta şirketinin mal varlığı üzerinde tasarruf etme yetkisine sahip bir kişi olması gerekmektedir.

Sigorta bedelini almak amacıyla işlenen dolandırıcılık suçunda korunan hukuki değer malvarlığı olmakla birlikte irade özgürlüğü de güvence altına alınmaktadır. Bu suçun konusunu ise sigorta bedeli oluşturmaktadır. Bir zarar suçu olan TCK m. 158/1-k suç tipi, hileli bir davranışın neticesinde muhatabın aldatılmış olması ve bu aldatılma neticesinde muhatabın zararına, aldatan ya da üçüncü kişi lehine menfaatin elde edilmesiyle netice gerçekleşir. Bu suç tipi için

¹³⁹ GERÇEKER, s. 3318; YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 5099.

hilenin objektif olarak aldatıcı mahiyette olması önem arz eder. Bu niteliği haiz olmayan hileli bir davranış bu unsurun eksik olmasına sebebiyet verecek ve fiilin suç teşkil etmemesi sonucunu doğuracaktır. Ayrıca hareket ile netice arasında üçüncü bir kişinin kusurlu davranışı girmiş ise illiyet bağının kesilmesi söz konusu olacaktır.

Sigorta dolandırıcılığı suçunun sigorta bedelini almak maksadıyla işlenmesi tipiklikte özellikle tarif edildiği için suçun manevi unsuru bakımından failin yalnızca bilme ve isteme unsuru yeterli görülmez; ayrıca amaç unsurunun da varlığı araştırılmalıdır. Bu suç bakımından herhangi bir hukuka uygunluk sebebi öngörülmez iken; kusurluluğu ortadan kaldıran bir sebep olarak zorunluluk halinin şartları bulunması koşuluyla uygulanması mümkündür.

İnceleme konusu suç, kanunda neticenin aranması gerektiği öngörülen bir suç olması sebebiyle zararın gerçekleşmediği, failin hileli davranışının objektif olarak aldatılmaya elverişli olması ve icra hareketlerine başlanması koşuluyla teşebbüse elverişli bir suçtur. Failin sigorta bedelini almak amacıyla gerçeğe aykırı davranışlarla sigorta şirketine başvurusuyla icra hareketine başladığı kabul edilir. Fail neticenin gerçekleşmesine kadar ihtiyari ile bu davranışından vazgeçebilir ve gönüllü vazgeçme kurumundan yararlanabilir. Neticenin gerçekleşmesinden sonra ise, failin etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanması mümkündür. Ancak burada etkin pişmanlık hükümleri, failin işlediği fiilden dolayı uygulanacak ceza yaptırımını bütünüyle ortadan kaldıramayacaktır.

Suça iştirak bütün şekillerinin sigorta dolandırıcılığı suçunda uygulanması mümkündür. Özellikle sigorta dolandırıcılığında yardım eden statüsünde bulunan kişilerin sigorta bedelinden yararlanma amaçları bulunmamakta ise bu kişiler şerik olarak sorumlu tutulamaz. Sigorta dolandırıcılığı suçunun zincirleme suç şeklinde işlenmesi mümkün olduğu gibi, gerçeği yansıtmayan sahte bir resmi ya da özel belgenin kullanılması yoluyla sigorta bedelinin elde edilmesi durumunda hem TCK m. 158/1-k hem de TCK m. 212 uyarınca ilgili suçun gerçekleşmesi sebebiyle gerçek içtima hükümlerinin de uygulanması mümkündür.

Sigortacı konumunda bir sigorta şirketinin bulunması ve nitelik olarak bir tüzel kişiliği haiz olması, sigorta dolandırıcılığı suçunda şahsi cezasızlık sebebi ya da cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeplerinin uygulanmasına engel teşkil edecektir. Bu suç kovuşturma usulü bakımından re'sen takip edilen bir suçtur. Fail hakkında, sigorta dolandırıcılığa suçundan kovuşturma başlatılarak iki yıl ve daha az hapis cezası ve adli para cezasına mahkûmiyet kararı verilmesi durumunda, diğer koşulların da varlığı halinde HAGB kararı verilebile-

cektir. Ancak bu karar, Anayasa Mahkemesi'nin bu kurumu iptal etmesi sebebiyle 01/08/2024 tarihine kadar uygulanabilecektir. Ayrıca ifade etmek gerekir ki, nitelikli bir dolandırıcılık suçu olan sigorta dolandırıcılığında uzlaştırma hükümlerine başvurulamaz. Ancak yapılan yargılama neticesinde fiilin sigorta dolandırıcılığı değil, basit dolandırıcılık suçu olduğu ortaya çıkmakta ise, fail hakkında alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi uzlaştırmaya başvurulması gerekecektir.

Hakem Değerlendirmesi : Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması : Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review : *Externally peer-reviewed.*

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

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

KAYNAKÇA

AKALIN, Şükrü Haluk, **Türkçe Sözlük**, Türk Dil Kurumu Yayınları, 11. Baskı, Ankara, 2019.

AKBULUT, Berrin, “Dolandırıcılık Suçunda Hile ve Hilenin Zamanı”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 30, S. 4, 2022, s. 2267-2301.

AKBULUT, Berrin, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.

ARSLAN, Uğur, “Sigorta dolandırıcılığı Suçu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Y. 2017, S. 130, s. 89-118.

ARTUK, M. Emin / GÖKCEN, Ahmet / ALŞAHİN, M. Emin / ÇAKIR, Kerim, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 16. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.

ARTUK, M. Emin / GÖKCEN, Ahmet / ALŞAHİN, M. Emin / ÇAKIR, Kerim, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 20. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.

ASLAN, Göksel, **Örneklerle Uygulamada Dolandırıcılık, Hırsızlık ve Mala Zarar Verme Suçları**, Pozitif Hukuk Dizisi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

AŞKIN, Uğur, “Sermaye Piyasasında Bilgi Bazlı Piyasa Dolandırıcılığı Suçu”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 24, S. 2, Aralık 2018, s. 682-710.

AYDIN, Devrim, “Dolandırıcılık Suçu”, **Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 11, S. 2, 2021, s. 649-705.

BAYRAKTAR, Ahmet Ümit, **Türk Hukukunda Sigorta Dolandırıcılığı**, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2023, Yayınlanmamış Doktora Tezi.

CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide / ÇAKMUT, Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 9. Bası, Beta Yayın Dağıtım A. Ş., İstanbul, 2016.

ÇEKER, Mustafa, **6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sigorta Hukuku**, 8. Baskı, Karahan Kitabevi, Adana, 2013.

DEMİR, Abdullah, **Hukuki Terimler Sözlüğü**, 1. Baskı, Astana Yayınları, Ankara, 2017.

DEMİRBAŞ, Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, 18. Baskı, Ankara, 2023.

- DÖNMEZER, Sulhi, “Dolandırıcılık Cürmü”, **İBM**, S. 9 (1943), s. 546-565.
- ELDELEKLİOĞLU, İrem Aral, **Şematik Sigorta Hukuku**, 2. Baskı, Ankara, 2022.
- EKER KAZANCI, Behiye / ZEYREK, İlker, “TCK’da Dolandırıcılık Suçu”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, C. 21, Özel S. 2019, s. 517-583.
- GERÇEKER, Hasan, **Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, C. III, 2. Baskı, Ankara, 2014.
- GÖKCEN, Ahmet, **Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri**, İstanbul, 1989.
- GÜLHAN, Melisa, “Sigorta Alacaklarında Zamanaşımı”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2023, S. 1, s. 345-364.
- GÜNAY, Barış, **Sigorta Hukuku**, Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara, 2023.
- GÜNAY, Erhan, **Dolandırıcılık ve Belgede Sahtecilik Davalarında Yargılama Süreci**, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki / ÖZEN, Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 3. Baskı, U.S.A. Yayıncılık, Ankara, 2010.
- HAKERİ, Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 28. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.
- HEFENDEHL, Roland, **Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch** (Herausgeber: Volker ERB / Jürgen SCHÄFER), 4. Aufl. 2022.
- HEGER, Martin, (Herausgeber: Karl LACKNER / Kristian KÜHL / Martin HEGER), **Strafgesetzbuch Kommentar**, 30. Aufl, München, 2023.
- KASISKE, Peter, **Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch** (Herausgeber: Volker ERB / Jürgen SCHÄFER), 4. Aufl. 2022.
- KENDER, Rayegan, **Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku**, 14. Baskı, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2015.
- KINDHÄUSER, Urs / HOVEN, Elisa, **Nomos Kommentar**, (Herausgeber: Urs KINDHÄUSER / Ulfried NEUMANN / Hans-Ullrich PAEFFGEN / Frank SALIGER), 6. Aufl., Baden- Baden, 2023.
- KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- MAVİŞ, Volkan, “Dolandırıcılık Suçunun Hile Unsuruna İlişkin Sorunlar”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 1, Özel Sayı, 2015, s. 597-626.
- MERAN, Necati, **Dolandırıcılık, Sahtecilik, Güveni Kötüye Kullanma**, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.

- ÖZBEK, Veli / DOĞAN, Koray / BACAKSIZ, Pınar, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- ÖZBEK, Veli / DOĞAN, Koray / BACAKSIZ, Pınar, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, 18. Baskı, Ankara, 2023.
- ÖZDAMAR, Mehmet / DOĞAN, Burak, **Sigorta Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- ÖZEN, Mustafa, **Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri**, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.
- ÖZEN, Mustafa, **Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri**, Adalet Yayınevi, 8. Baskı, Ankara, 2023.
- ÖZGENÇ, İzzet, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- ÖZTÜRK, Sami, **Açıklamalı-İçtihatlı Güveni Kötüye Kullanma Bedelsiz Senedi Kullanma Dolandırıcılık Suçları ve TCK Genel Hükümler**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- PARLAR, Ali / HATİPOĞLU, Muzaffer, **Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu**, C. III, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008.
- PARLAR, Ali, **Türk Ceza Hukukunda Dolandırıcılık Suçları**, 1. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2011.
- PERRON, Walter, (Herausgeber: Adolf SCHÖNKE / Horst SCHRÖDER), **Strafgesetzbuch Kommentar**, 30. Auflage, München, 2019.
- RADO, Türkan, "GAIUS'a Göre Klasik Roma Hukukunda Furtum Suçu", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, 1952, C. 18, S. 1-2, s. 479-519.
- SELÇUK, Sami, **Dolandırıcılık**, 1. Baskı, Yasa Yayınları, İstanbul, 1982.
- SOYASLAN, Doğan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.
- ŞAHİN, Cumhuriyet / GÖKTÜRK / Neslihan, **Ceza Muhakemesi Hukuku -I**, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- TANERİ, Gökhan / KAMIŞLI, Gani, **Dolandırıcılık-Sahtecilik-Güveni Kötüye Kullanma Suçları**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / ÖNOK, R. Murat, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, Güncellenmiş 20. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- TOROSLU, Nevzat, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, 9. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2006.
- TÜMERKAN, Somay, **Dolandırıcılık Suçu (Karşılıksız Çek Keşidesi Fiilleri)**, 1. Baskı, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1987.
- TÜRAY, Aras, "Hukuki İşlemlerde Basit Dolandırıcılık Suçu", Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 2, S. 1, 2011, s. 1681-1697.

- ULAŞ, Işıl, **Uygulamalı Sigorta Hukuku, Mal ve Sorumluluk Şşgortaları**, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002.
- YAŞAR, Osman / GÖKCAN, Hasan Tahsin / ARTUÇ, Mustafa, **Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, C. IV, Ankara, 2014.
- YAZICIOĞLU, R. Yılmaz, “Hırsızlık Suçunun Malvarlığına Karşı İşlenen Bazı Benzer Suçlardan Ayrımı”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 19, S. 2, 2013, s. 757-796.
- YENİSEY, Feridun / PLAGEMANN, Gottfried, **Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB)**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2015.

Özel Hukuk

Private Law

Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu Bakımından Defansif Tıp Uygulamaları^(*)

Defensive Medicine Practices in Terms of the Legal Responsibility of Physicians

Gözde ÇAĞLAYAN AYGÜN^(**)
Refia Tayyibe ÖNDER^(***)

Öz:

Tıbbi malpraktis olarak adlandırılan hatalı tıbbi uygulamalar, hasta ile hekim arasındaki ilişkinin her aşamasında söz konusu olabilmektedir. Komplikasyonlar ise hekimden bağımsız olarak ortaya çıkmakta olup hekimin sorumluluğunu doğurmamaktadır. Hekimler hukuki sorumluluktan kaçınmak için defansif tutumlar sergileyebilmektedirler. Defansif tıp uygulamaları olarak nitelendirilen bu tutumlar, pozitif ve negatif defansif tıp olmak üzere iki farklı şekilde ortaya çıkabilmektedir. Pozitif defansif tıp, gereğinden fazla ve bazen de faydasız tıbbi prosedürler uygulama şeklinde kendini gösterir. Riskli görülen hastalardan kaçınma yönündeki davranışlar ise negatif defansif tıbbi oluşturmaktadır. Hekimlerin defansif tıp uygulamalarına başvurmaya iten çeşitli sebepler vardır. Bu sebeplerin başında en çok davaya taraf olma korkusu, bilgi ve beceriden yoksun olduğunu düşünme gibi sebepler gelmektedir. Dolayısıyla hekimlerin sergilediği gerek pozitif gerekse negatif defansif davranışlar hem ülke ekonomisi hem sağlık hizmetleri bakımından bazı tehdit ve tehlikeler yaratmaktadır. Defansif tutumlar sergileyerek hukuki sorumluluktan kurtulmak isteyen hekimler, aslında davranışları nedeniyle daha ağır hukuki ve cezai sorumlulukla karşı karşıya kalmaktadırlar. Hekimlerin kendilerini korumak amacıyla geliştirdikleri ama maalesef onları daha büyük sorumluluğa iten defansif davranışların ortadan kaldırılarak hem hastaların hem de hekimlerin kendilerini güvende hissetmelerinin sağlanması gerekmektedir. Böylelikle sağlık hizmetlerinin de güvenli ve doğru sunulmasına zemin hazırlanacaktır. Çalışmamızda önce malpraktis ve defansif tıp kavramı açıklanmakta; daha sonra ise defansif davranışlarının ne şekilde ortaya çıktığı, elde edilen veriler ışığında değerlendirilmektedir.

^(*) Araştırma Makalesi / *Research Article*
Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 11.12.2023
Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 28.02.2024
DOI: <https://doi.org/10.58733/imhfd.1451574>

Bu makaleye atıf için; ÇAĞLAYAN AYGÜN, Gözde / ÖNDER, Refia Tayyibe, "Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu Bakımından Defansif Tıp Uygulamaları", **İMHPD**, C. 9, S. 1, 2024, s. 73-108

^(**) Dr. Öğr. Üyesi, Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Eskişehir - Türkiye
E-posta: gozdecaglayanaygun@anadolu.edu.tr
Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5099-0178>

^(***) Avukat Arabulucu, Eskişehir Barosu, Eskişehir - Türkiye
E-posta: refiatayyibeonder@gmail.com
Orcid: <https://orcid.org/0009-0001-1675-8217>

Anahtar Kelimeler:

Hasta, Hekim, Tıbbi Malpraktis, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Defansif Tıp.

Abstract:

Faulty medical practices, called medical malpractice, can occur at every stage of the patient and physician relationship. Complications occur independently of the physician and do not result in the physician's responsibility. Physicians may exhibit defensive attitudes to avoid legal liability. These attitudes, described as defensive medicine practices, can occur in two different ways: positive and negative defensive medicine. Positive defensive medicine manifests itself in performing excessive and sometimes useless medical procedures. Behaviors aimed at avoiding patients deemed at risk constitute negative defensive medicine. Various reasons push physicians to resort to defensive medicine practices. The most common reasons for this are fear of being a party to a lawsuit and thinking that one lacks knowledge and skills. Therefore, both positive and negative defensive behaviors exhibited by physicians create threats and dangers in the country's economy and health services. Physicians who want to avoid legal liability by exhibiting defensive attitudes face heavier legal and criminal liability due to their behavior. It is necessary to ensure that patients and physicians feel safe by eliminating the defensive behaviors that physicians develop to protect themselves, but unfortunately, push them to greater responsibility. In this way, the basis will be laid for the safe and accurate provision of health services. In our study, the concept of malpractice and defensive medicine is first explained; Then, how their defensive behavior occurs is evaluated in the light of the data obtained.

Keywords:

Patient, Physician, Medical Malpractice, Legal Liability of Physician, Defensive Medicine.

GİRİŞ

İnsanın söz konusu olduğu faaliyet alanlarında hataların meydana gelmesi kaçınılmaz olup tıbbi uygulamalar da bu alanlardan biridir. Emegün yoğun, dikkat ve özenin had safhada önemli olması nedeniyle hatalar sık sık gündeme gelebilmektedir¹.

Hekimler, mesleği gereği tıbbi ilke ve kurallara uygun olarak tıbbi müdahalede bulunmayı taahhüt etmektedirler. Tıbbi müdahalenin her aşamasında azami dikkat ve özen göstermekle yükümlüdürler. Aksi takdirde cezai, hukuki ve mesleki sorumlulukları doğabilecektir. Sorumluluk ise beraberinde savunma refleksini getirebilmektedir. Hekimler de bu refleksin bir yansıması olarak defansif tıp uygulamalarına başvurabilmektedirler.

Serbest çalışan hekim ile hasta arasındaki ilişki çalışmamızın temelini oluşturmakta olup hekimlik sözleşmesi ile kastedilen serbest çalışan hekim ile hasta

¹ AVCI, Keziban / AKTAN, Tolga, "Bir Sistem Sorunu Olarak Tıbbi Hatalar ve Hasta Güvenliği" **Düzce Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Dergisi**, Y. 2015, C. 5, S. 2, s. 48.

arasındaki sözleşme ilişkisidir². Herhangi bir özel hastaneye, özel tıp kuruluşuna, tıp fakültesi veya kamu hastanelerine bağlı olmaksızın ve dolayısıyla herhangi bir kişi ya da kurumdan emir ve talimat almaksızın çalışan hekimlere serbest çalışan hekim denilmektedir³. Genelde belli bir alanda ihtisaslaşmış olan bu hekimler herhangi bir kurum veya kuruluşa bağlı hizmet vermedikleri için sorumluluğu kişisel olarak yüklenirler.

Hastanın sağlık hizmeti alma amacıyla serbest çalışan bir hekime başvurması ve hekimin de hastayı kabul etmesi halinde hasta ve hekim arasında sözleşme ilişkisi kurulmuş olur. Bu sözleşme ilişkisi sözlü ya da yazılı olarak kurulabilir. Bu konuda herhangi bir şekil şartı zorunluluğu yoktur, dolayısıyla şekil serbestisi söz konusudur. Uygulamada ise genellikle hekimin kendisine gelen hastaya tıbbi müdahalede bulunması yoluyla yani hastanın teklifi ve hekimin zımni kabulüyle başlamaktadır⁴.

Bu çalışmamız kapsamında, öncelikle defansif tıp uygulamaları ve türleri açıklanmış, ardından hekimleri defansif tıp uygulamalarına iten sebepler tasnif edilerek ele alınmıştır. Devamında ise defansif tıp uygulamalarının ülkemizdeki yaygınlığını ortaya koymak adına bu alanda yapılan araştırmalara yer verilmiştir. Hekimlerin defansif tıp uygulamalarına yönelmesinin onların sorumluluğuna olan etkisini ifade edebilmek için öncelikle genel olarak hekimlerin hukuki sorumluluğundan ne anlaşılması gerektiği açıklanmıştır. Ayrıca bu sorumluluk bakımından önemli olan tıbbi malpraktis (tıbbi uygulama hatası) ve komplikasyon kavramları, aralarındaki farklara da değinilerek, komplikasyonların tıbbi malpraktise evrilme olasılıklarına yer verilmiştir. Son olarak ise defansif tıp uygulamalarının aslında hekimlerin sorumluluktan kurtulmak için başvurdukları bir yol olmasına rağmen, aksine onların sorumluluğunu doğuran tutumlar olduğu ortaya konulmuştur.

² BAYRAKTAR, Köksal, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, Sermet Matbaası, İstanbul, 1972, s. 33; AYAN, Mehmet, **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk**, Kazancı Kitap, Ankara, 1991, s. 45; ŞENOCAK, Zariife, **Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:529, Ankara, 1998, s. 30; DEMİR, Mehmet, "Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu" **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2008, C. 57, S. 3, s. 226 (Sorumluluk); ARSLAN, Firdevs, "Hekimin Sorumluluğunun Belirlenmesi Bakımından Hekim ile Hasta Arasındaki İlişkinin Hukuki Mahiyeti", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Y. 2020, C. 26, S. 1, s. 402.

³ ÖZÇETİN, Selvi / BALABAN, Murat, **Sağlık Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 191; DEMİR, Mehmet, **Hekim ve Hastane Yönünden Tıbbi Sorumluluk Hukuku**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 148 (Hastane Yönünden).

⁴ YAVUZ İPEKYÜZ, Filiz, **Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s. 48.

I. DEFANSİF TIP KAVRAMI VE TÜRLERİ

A. Defansif Tıp Kavramı

Defansif tıp⁵ kavramının ilk defa ABD’de “*defensive medicine*”⁶ adıyla literatüre girdiği belirtilmektedir⁷. Bu kavram ve davranışlar tıbbi malpraktise ilişkin dava ve taleplerin artmasının etkisiyle tüm dünyada yaygınlaşmıştır⁸. Defansif tıp, hekimlerin hukuki, cezai ya da idari sorumlulukla karşılaşmamak adına aktif-korumacı ya da pasif-çekingen tıbbi davranışlara olması gerekenden daha fazla başvurmasıdır⁹.

Burada asıl amaç hastanın sağlığına kavuşması değil, herhangi bir soruşturma ya da dava sürecinden kaçınmaktır¹⁰. Hekim hastanın menfaatlerini değil bizzat kendini korumayı hedeflenmekte olduğu için “*önce zarar verme*” ilkesinden uzaklaşarak “*önce kendine zarar verme*” anlayışı benimsendiği söylenebilmektedir¹¹.

Defansif tıp uygulamalarına bakıldığında pozitif defansif tıp ve negatif defansif tıp olmak üzere iki farklı uygulama türünün olduğu görülmektedir.

B. Defansif Tıp Türleri

1. Pozitif Defansif Tıp

Pozitif defansif tıp, hekimin teşhis, tetkik veya tedaviye ilişkin olası bir eksiklik nedeniyle sorumlu tutulmamak amacıyla tıbbi değeri olmayan ilave

⁵ Defansif tıp kavramının “*çekinik tıp*” olarak kullanımı için bkz. BALSEVEN ODABAŞI, Aysun / TÜMER, Ali Rıza, “Çekinik (Defansif) Hekimlik; Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Uygulanma Aşamasında Toplum Bekleyen Tehlike” *Sürekli Tıp Eğitimi Dergisi*, Y. 2006, C. 15, S. 4, s. 55-59; AYNACI, Yusuf, “*Hekimlerde Defansif (Çekinik) Tıp Uygulamalarının Araştırılması*” (Tıpta Uzmanlık Tezi) Selçuk Üniversitesi Meram Tıp Fakültesi, Konya, 2008, s. 3.

⁶ İngilizce “*defensive*” kelimesi savunma amaçlı/defansif; “*medicine*” ise tıp/doktorluk anlamlarına gelmektedir. “*Defensive medicine*” kavramı defansif tıp olarak çevrilmiştir. Bkz. AYNACI, s. 3.

⁷ YILMAZ, Kerem, *Defansif Tıbbi Uygulamaların Hukuki Açından Değerlendirilmesi*, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 169 vd.; MANSUR, Fatma / CEYLAN, Ömer, “Defansif Tıp ve Defansif Tıp Konusunda Yapılan Akademik Çalışmalar Üzerine Bir Derleme” *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Y. 2021, C. 23, S. 3, s. 721-744.

⁸ BARLIOĞLU, Hüseyin Cem, *Defansif Tıp Unsuru Olarak Tıbbi Malpraktis*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 149.

⁹ AYNACI, s. 1.

¹⁰ BARLIOĞLU, s. 149; ŞAHİN, Büşra / ALCALI, Özgü, “Defansif Tıp Kavramı ve Defansif Tıbbi Uygulamaların Hekimin Hukuki Sorumluluğu Kapsamında Değerlendirilmesi” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y. 2020, C. 11, S. 41, s. 485.

¹¹ AYKIN, Aykut Cemil / ÇINARLI, Serken, *Sağlık Personelinin Hukuki Sorumluluğu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 534.

işlemler gerçekleştirilmesidir¹². Gerekli olmamasına karşın hastaya yatış verilmesi, sürece katkı sağlamayacak tahlil ve görüntüleme incelemeleri yaptırılması, farklı tedavi yöntemleri ile giderilebilecek bir rahatsızlık için cerrahi müdahalede bulunulması¹³, gereksiz ve çok sayıda ilaç reçete edilmesi, sık sık vizit yapılması, hasta ve yakınlarını bilgilendirme ve memnun etmeye aşırı çaba sarf edilerek gereksiz zaman harcanılması, aydınlatılmış onama ilişkin belgelere aşırı özen gösterilmesi, olumsuz durumlara ilişkin tutanaklarda gereksiz ayrıntılara girilmesi pozitif defansif tıp uygulamalarına örnek verilebilmektedir¹⁴. Görüleceği üzere pozitif defansif tıp uygulamaları normal düzeyde yapıldığında faydalı ancak aşırıya kaçıldığında faydası ortadan kalkan davranışlardır¹⁵.

Burada amaç hastanın bir şikâyetle bulunmasını engellemek, engellemenin mümkün olmadığı hallerde ise hekimin özen yükümlülüğünü yerine getirildiğine ilişkin ilgili makamı ikna etmektir. Dolayısıyla pozitif defansif tıp için güvence davranışı nitelendirmesi yapılabilmektedir¹⁶.

Pozitif defansif tıp uygulamalarının sağlık hizmetinin kalitesini artırıcı unsurlar olarak düşünülebileceğine ilişkin görüş de mevcuttur¹⁷. Bu görüşe göre hekimlerin yapılan işlemlere ilişkin kayıt tutma alışkanlığının gelişeceği ve bu sayede doğru müdahalelerde bulunabileceği, hastada olması ihtimalinin dahi düşünülmediği hastalıkların tespitinin sağlanabileceği ileri sürülmektedir. Ancak gereksiz harcamalara sebep olması, hekimin vaktini daha öncelikli hastalara harcamasını engellemesi, sağlık sisteminde aksamalara yol açması, hastanın tedaviye kavuşma sürecinin uzatılması ve söz konusu işlemler nedeniyle zarar görmesi nedenleriyle bu görüşü kabul etmek mümkün değildir. Hatta pozitif defansif tıp uygulamaları ile hastanın gereksiz bir şekilde zamanının alınması ve maddi kayıp yaşaması “temel hasta hakları” bakımından bir ihlal olarak değer-

¹² AYNACI, s. 9; SELÇUK, Mehmet, “**Çekinik (Defansif) Tıp**” (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi) İzmir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2015, s. 10.

¹³ Bu durumda tıbbi müdahale için gerekli olan endikasyon şartının sağlanmaması dolayısıyla aslında hekimin tıbbi uygulama hatası gerçekleştirdiği ve bu bakımdan sorumlu tutulması mümkündür.

¹⁴ SELÇUK, s. 23-24; AYKIN / ÇINARLI, s. 527-528.

¹⁵ ÜNAL, Özgün, “**Defansif Tıp Uygulamaları Öncülleri ve Sonuçları**” (Yayınlanmamış Doktora Tezi) Sakarya Üniversitesi İşletme Enstitüsü, Sakarya, 2020, s. 17.

¹⁶ MANSUR / CEYLAN, s. 725; BAŞER, Aysel / BAŞER KOLCU, Mukadder İnci / KOLCU, Giray / GÖK BALCI, Umut, “Defansif Tıp Uygulamaları Tutum Ölçeğinin Türkçe Formunun Geçerlilik ve Güvenilirliği Ön Çalışma” **Tepecik Eğitim Hastanesi Dergisi**, Y. 2014, C. 24, S. 2, s. 100.

¹⁷ YILMAZ, Kerem Can / POLAT, Oğuz / KOCAMAZ, Begüm, “Defansif Tıp Uygulamalarının Hukuksal Açıldan İncelenmesi” **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Y. 2014, C. 5, S. 16, s. 22.

lendirilebilecektir¹⁸. Böylece hekimin aynı zamanda Hasta Hakları Yönetmeliği bakımından genel sorumluluğu gündeme gelebilecektir¹⁹.

2. Negatif Defansif Tıp

Negatif defansif tıp, pozitif defansif tıptan farklı olarak çekingen davranışlara yönelme halidir. Buna göre hekim, önüne gelen vakanın taşıdığı riskler ya da hastanın tutumu nedeniyle tıbbi malpraktis ile sonuçlanabileceğini düşündüğünde vakayı kabulden kaçınabilmektedir²⁰. Kanserin son evresinde olma ve benzeri sebeplerle yaşama olasılığı düşük hastaları ya da çeşitli sebeplerle hayati risk taşıyan vakaları kabulden, riskli inceleme yöntemlerinden, şartlar müsait olduğu halde doğum gibi tıbbi müdahalelerde bulunmaktan kaçınma negatif defansif tıp uygulamalarına örnek verilebilmektedir. Hatta hekim potansiyel şikâyetçi olarak gördüğü hasta profilleri ile karşılaştığında sorumluluktan kaçınmak için hastaya başka hekim ya da sağlık kuruluşlarını övmek suretiyle yönlendirme dahi yapılabilmektedir²¹.

Negatif defansif tıp uygulamalarının maliyet ya da zaman yönetimi açısından olumsuz bir etkisi olmamakla birlikte hastaya müdahalenin gecikmesi nedeniyle hastanın sağlığının zarara uğraması veya söz konusu yerleşim yerinde başkaca alternatif sağlık kuruluşunun bulunmaması hallerinde tedavinin yapılamaması gibi hastanın sağlığını olumsuz etkileyebilecek durumlara neden olabilmektedir.

Diğer yandan hekim olması gereken hekimlik davranışlarından uzaklaşarak temel yükümlülüklerini yerine getirmemektedir²². Hakikaten hekimlerin hata meydana gelmemesi için azami özeni göstermeleri ne kadar doğru ve ahlaki ise hata yapmamak adına hastaya müdahalede bulunmaktan imtina etmeleri da o denli yanlış bir uygulamadır²³. Belirtmek gerekir ki hekimin hata yapma ihtimalini öngörerek hastayı kabulden kaçınmasının hukuka uygun kabul edileceği

¹⁸ YEŞİLTAŞ, Aysun, “Şiddet ve Defansif Tıp Üzerine Nitel Bir Çalışma” (Yayınlanmamış Doktora Tezi) Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Isparta, 2018, s. 43.

¹⁹ EŞGÜNOĞLU SAĞIR, Deniz, “Defansif Tıp Uygulamaları ile İhlal Edilen Hasta Haklarının Tıbbi Etik İlkeler Bağlamında Değerlendirilmesi” *Terazi Hukuk Dergisi*, Y. 2018, C. 13, S. 141, s. 32.

²⁰ AKKANAT, Neslihan Zekiye, “Tıp Etiği Bağlamında Defansif Tıp Uygulamaları” (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi) Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Gaziantep, 2017, s. 48.

²¹ SELÇUK, s. 13.

²² AKKANAT, s. 49.

²³ AYDAŞ, Selma, “Hekimlerde Malpraktis Kaynaklı Defansif Tıp Davranışları” (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi) Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2014, s. 54.

durumlar mevcut olabilir. Bu durumlardan biri de “üstlenme kusuru”dur²⁴. Hekimin uygulayacağı tıbbi müdahale bakımından tıbbi standardı sağlamak anlamında yeterli bilgi ve tecrübeye sahip olup olmadığını değerlendirerek tedavi yükümlülüğünü üstlenmesi gerekir. Dolayısıyla hekim bu şartları sağlayamayacağı düşünüyorsa hastayı ya başka uzman bir hekime veya başka bir sağlık kurumuna havale etmelidir. Üstlenme kusuru bu noktada devreye girmekte ve hekimin uzmanlık yetkisini aşmasına rağmen tedaviyi üstlenmesi durumu ifade eden bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. O halde bir hekim tıbbi müdahaleyi uzmanlık yetkisi sınırları dışına çıkararak gerçekleştirmişse ortada bir üstlenme kusuru bulunur ve tıbbi müdahale hatasına vuku bulur²⁵. Yargıtay konunun uzmanı olmayan bir hekimin hastanın teşhis ve tedavisini üstlenmesini üstlenme kusuru olarak değerlendirdiği kararları bulunmaktadır²⁶. Hekim kendisine gelen hastanın teşhis ve tedavisi ile ilgili bu tıbbi süreci yönetemeyeceğini anladığında hastayı başka hekime yönlendirmelidir; bu yönlendirme hekimin hizmetten çekilme hakkının bir sonucudur. Dolayısıyla burada artık defansif tıp uygulamasından söz etmek zor olabilir.

Hem pozitif hem de negatif tıp uygulamalarında hekimlerin kendi hukuki güvenliğini hastanın menfaatlerinin üstünden tuttuğu için meslek etiği kurallarını ihlal ettikleri söylenebilmektedir²⁷.

II. HEKİMLERİ DEFANSİF TIP UYGULAMALARINA İTEN SEBEPLER

A. Sistemden Kaynaklı Sebepler

Sistemden kaynaklı sebeplerden ilki tıp fakültelerinde verilen eğitimin yetersiz olmasıdır²⁸. Bu yetersizlik gerek teorik gerekse pratik bilgide kendini gösterebilmektedir. Yetersiz teorik eğitim neticesinde diplomaya hak kazanılarak hekimlik unvanının alınması hata yapılması ihtimalini arttırmaktadır ancak hekimlik hata toleransı olmayan bir meslektir. Hastalarla yeteri kadar iletişim kurulmamış ve stres yönetimi sağlamanın öğrenilmemiş olması da hekimlerin

²⁴ AKTAŞ İNCEL, Hatice Nur, **Tıbbi Malpraktiste Sorumluluk ve Komplikasyon**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 86.

²⁵ TÜRE, M. Gökhan / TÜRE, Oğuzhan “Hekimin Hizmetten Çekilme Hakkı”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Y. 2017, S. 131, s. 303; AKTAŞ İNCEL, s. 87.

²⁶ Yar. CGK, E. 2014/12-103, K. 2014/552, 09.12.2014 www.legalbank.net, E.T. 05.02.2024; Yar. 13. HD, E. 2016/26439 K. 2020/1797, 11.02.2020 www.legalbank.net, E.T. 05.02.2024.

²⁷ ŞAHİN / ALCALI, s. 495.

²⁸ AKKANAT, s. 80.

meslek hayatlarına sağlıklı bir başlangıç yapmalarına engel olmaktadır²⁹. Nitekim yeterli donanım ve tecrübeye ulaşmadan mezun olan hekimler sıklıkla defansif tıp uygulamalarına başvurabilmektedir³⁰.

Sistemden kaynaklanan diğer bir sebep uygulanan yanlış sağlık politikalarıdır. Gerekli alt yapı sağlanmaksızın hastaların beklentilerinin artmasına neden olan üzerinde düşünülmemiş sağlık politikaları hekimler üzerinde baskı yaratarak defansif tıp uygulamalarına yönelmelerine yol açmaktadır³¹.

Sağlık politikalarının tıp ve teknolojide yaşanan gelişmelere ayak uyduramaması, verimli eğitim ve sertifikasyon programları düzenlenmeksizin yüksek teknoloji imkânların sunulması hali de yanlış sağlık politikasıdır. Hekimler bu durumda yüksek teknolojiyi kullanabilecek bilgi ve donanıma sahip olmadıkları için bu tür uygulamalardan kaçınılmaktadırlar³².

Hastalar tarafından şikâyet kanallarının doğru kullanılmaması sistemden kaynaklanan diğer bir sebeptir³³. Elbette hekimler yasal sorumluluklarının farkında olmalı ve hasta haklarına saygı göstermelidir³⁴. Ancak hastaların hatalı tıbbi müdahaleye karşı hak arama yollarına sahip olmaları gerektiği gibi hekimlerin de dayanaksız iddialarla sorumluluklarına gidilmesini engelleyen bir sisteme sahip olmaları gerekir. İyi hazırlanmamış hukuki düzenlemeler ve kötü niyetle kullanılan şikâyet hakkı nedeniyle hekimler defansif tıp uygulamalarına yönelebilmektedir³⁵.

Diğer bir sebep de medyanın yanıltıcı haberleridir³⁶. Eski dönemlerden günümüze kadar medyanın en önem verdiği ve yoğunlaştığı alanlarından biri de sağlık sektörü olmuştur. Bu ilginin sebebi de aslında toplumun en çok dikkatini çeken, pek çok yurttaşın da bilgisinin olmadığı yahut eksik olduğu, ama aynı zamanda her vatandaşın muhtaç olduğu sağlık hizmetine ilişkin haberlerin popülerliğini hiçbir zaman yitirmemesidir. Günümüzde neredeyse tüm yazılı, görsel, dijital medyada

²⁹ YILMAZ, Necla, “**Tıpta Uzmanlaşma Üzerine Nitel Bir Araştırma**” (Yayınlanmamış Doktora Tezi) Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Isparta, 2016, s. 261.

³⁰ YEŞİLTAŞ, s. 58.

³¹ SELÇUK, s. 21; BARLIOĞLU, s. 151.

³² AYDAŞ, s. 81.

³³ SELÇUK, s. 17.

³⁴ ALTINDİŞ, Mustafa, “Tıbbi Etik Malpraktis ve Defansif Tıp” **Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi**, Y. 2014, S. 31, s. 91.

³⁵ AKINCI, Seda B. / SARICAOĞLU, Fatma / ERDEN, İ. Aydın / KÖSEOĞLU, Ayhan/AYPAR, Ülkü, “Anesteziyologlarda Defansif Tıp Uygulamalarının Araştırılması” **Anestezi Dergisi**, Y. 2013, C. 21, S. 3, s. 152.

³⁶ SELÇUK, s. 19.

her gün tıbbi malpraktis ile ilgili haberler artarak yer almaktadır³⁷. Ancak sağlıkla ilgili yapılan bu haberlerin büyük çoğunluğunun teknik ve bilimsel endişeleri taşımayan ve bilgilendirmekten ziyade yayını yapan kuruluşun gündeme gelmesine hizmet eder nitelikte olduğu görülmektedir³⁸. Henüz sonuçlanmamış davalara yer verilerek ilgili hekim hatalı olarak lanse edilebilmektedir. Bu haberler hekimlere duyulan güvenin zedelenmesine neden olmaktadır. Bu nedenlerle tıbbi malpraktis haberlerine ilişkin kontrol mekanizması kurulmalı ve gizlilik esası belirlenmelidir.

Medyaya ilişkin değinilmesi gereken diğer bir husus şiddet haberlerinin sunum tarzıdır. Sağlık sektöründe şiddet olaylarını içeren haberler şiddetin kanıksanması, hekimlerin şiddete maruz kalmasının olağan bir durum olarak algılanması riskini taşımaktadır³⁹. Dolayısıyla medya tarafından hekimlere yönelik olumsuz bir duruş sergilenmesi ve gerçekleştirilen her hatalı davranışın sağlık skandalı olarak lanse edilmesi tıbbi malpraktis davalarında artışa neden olmaktadır ve bunun sonucunda hekimleri defansif tıp uygulamalarına sevk etmektedir⁴⁰.

B. Hastadan Kaynaklı Sebepler

Hastadan kaynaklı sebeplerden ilki güvensizliktir⁴¹. Hastalar, çevrelerinden duydukları olumsuz hastane tecrübeleri, sosyal medya ve basılı yayınlardan öğrendikleri gerçekleşen operasyonlar sonrasında hastanın vücudunda ameliyat malzemesi unutulması, sağlık personelinin ihmalkar davranışları yüzünden hastanın ölümüne neden olunması gibi olumsuz haberler nedeniyle hekimlere karşı ön yargılı ve mesafeli yaklaşmaktadırlar. Oysa sağlık hizmetlerinin temeli hasta ile hekim arasındaki güvene dayanmaktadır⁴². Hasta ile hekim arasında güvenin tesis edilmesi iyi bir iletişimin sağlanması ile mümkün olmaktadır⁴³. Hastanın

³⁷ TUNÇEL, Mine / VURAN DOĞAN, Öznur / ARDIÇ ÇOBANER, Aslıhan, "Performans Sistemine Medyanın Bakışını Anlamak: Performans Konulu Sağlık Haberleri Üzerine Bir Araştırma" **Sağlıkta Performans ve Kalite Dergisi**, Y. 2012, C. 3, S. 1, s. 95.

³⁸ KAYA, Kenan / KÖKEN TOK, Özgenur, "Sağlıkta Şiddetin Bir Başka Yüzü: Medya Etkisi" **Harran Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi**, Y. 2021, C. 18, S. 2, s. 218.

³⁹ ÇINARLI, İnci / YÜCEL, Halime, "Sağlık İletişiminin Bakış Açısı ile Türkiye'de Sağlık Çalışanlarına Yönelik Şiddet" **Galatasaray Üniversitesi İletişim Dergisi Özel Sayı**, Y. 2013, S. 3, s. 40.

⁴⁰ OVALI, Fahri, "Hasta Güvenliği Yaklaşımları" **Sağlıkta Performans ve Kalite Dergisi**, Y. 2010, C. 1, S. 1, s. 36; SELÇUK, s. 18.

⁴¹ TORAMAN, Aynur / ÇARIKÇI, İlker Hüseyin, "Defansif Tıbbın Nedenlerinin Hekim Gözüyle Değerlendirilmesi" **Süleyman Demirel Üniversitesi Vizyoner Dergisi**, Y. 2019, C. 10, S. 23, s. 48.

⁴² YEŞİLTAŞ, s. 52.

⁴³ Bu konudaki araştırma için bkz. ÜNAL, Özgün / DURMUŞ, Ayhan / YILDIZ, Zehra Betül, "Hasta Hekim İletişiminin Hastanın Şikâyet Etme Niyetine Etkisi" **Uluslararası Sağlık Yönetimi ve Stratejileri Araştırma Dergisi**, Y. 2021, C. 7, S. 3, s. 680-694.

güvensizliğini belli etmesi karşısında hekim, hastanın şikâyet potansiyelini yüksek bulmakta ve bu sebeple hastayı başka bir hekime yönlendirme gibi defansif tıp uygulamalarına başvurmaktadır⁴⁴.

Hekimlerin defansif tıp uygulamalarına yönelmesinin hastalardan kaynaklı diğer bir sebebi, hasta ya da hasta yakınları tarafından şiddete maruz kalma korkusudur. Medyada yer alan hekimleri hedef gösterir nitelikteki haberler ve yanlış sağlık politikalarının etkisi azımsanamayacak niteliktedir⁴⁵. Hekimlerin mesleklerini icra ederken şiddetle ve hatta ölüm tehdidi ile karşı karşıya kalması sağlık sektörü için oldukça ciddi bir tehdittir.

Şiddet olaylarından haberdar olan hekim, şiddete meyilli olabileceğini düşündüğü agresif hasta ve hasta yakınlarıyla sorun yaşamamak adına bu kişileri diğer hekimlere ya da sağlık kuruluşlarına yönlendirerek defansif tıp davranışları sergilemektedir.

Hasta hakları ve hekimlerin hastalara davranış kurallarını içeren ulusal ve uluslararası birçok düzenleme, tıbbi etik değerlere ilişkin deontolojik kurallar, bildirgeler, yönetmelikler, sözleşmeler mevcuttur. Bununla birlikte hekimlere düzenli eğitimler verilmekte, kongreler düzenlenmektedir⁴⁶. Buna karşın hastaların hekimlere davranışlarını düzenlemeyi hedefleyen herhangi bir çalışma mevcut değildir. Oysa hastalar için de iletişim konusunda eğitim verilebilecek, medyada yer alan ve hasta hekim ilişkisine duyulan güvenin zedelenmesine yol açan asılsız haberlere karşı bilinçlendirici bilgilendirmeler yapılabilecektir.

C. Hekimlerin Kendilerinden Kaynaklanan Sebepler

Hekimler risk almaktan kaçınma, olası bir hata ve bu hatadan doğan zarara karşı korunma isteği, hasta ile olan iletişimsizliğin beraberinde hastaya duyduğu güvensizlik ve bu güvensizlik sebebiyle hastanın kendisinin sorumluluğuna ilişkin yasal yollara başvuracağı fikri, hatalarının bir başkası tarafından tespit edilmesi nedeniyle çevreden alacakları tepkiler, küçük düşme duygusu gibi tamamen kendilerinden kaynaklanan sebeplerle de defansif tıp uygulamalarına yönelebilmektedir.

⁴⁴ SEZER KARA, Kübra, “Edirne’deki Birinci Basamak Hekimlerin Defansif Tıp Uygulamaları Hakkında Bilgi ve Tutumları ve Bunun Klinik Pratiklere Etkisi” (Tıpta Uzmanlık Tezi) Trakya Üniversitesi Tıp Fakültesi, Edirne, 2020, s. 8.

⁴⁵ ÜNDER, Yıldız Ertuğ, “Sağlık Çalışanlarına Yönelik Şiddet Olgusu” **İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Makaleleri-II**, İstanbul Barosu Yayınları Genel Yayın Sıra No:208, İstanbul, 2012, s. 267.

⁴⁶ POLAT, Oğuz / PAKIŞ, Işıl, “Tıbbi Uygulama Hatalarında Hekim Sorumluluğu” **Acıbadem Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi**, Y. 2011, C. 2, S. 3, s. 122.

Hekimler bir hataya sebep oldukları durumlarda hem hatayı açıklamanın güçlüğü hem de olumsuz tepkilerle karşılaşma korkusu nedeniyle sessiz kalmayı tercih edebilmektedirler. Suçlanma ve meslektaşları tarafından dışlanma gibi duygusal korkular, yapılacak yargılama sonucunda meslek hayatlarının riske girme ihtimali, tazminata hükmedilmesi halinde yaşanacak maddi kayıpların neden olacağı finansal zorluklar ve daha birçok korku neticesinde hekimler hatanın tazmin edilmesi bir yana hatanın kendisinin dahi tespit edilmesini engelleyecek davranışlara başvurabilmektedir⁴⁷.

Hekimlerden kaynaklanan sebepler arasında ünlenme dürtüsü de vardır. Ender görülen bir hastalığı saptayarak sektörde bilinirliğini arttırmak isteyen hekim pozitif defansif tıp uygulamalarına yönelerek gereksiz tetkik ve incelemeler yapabilecektir⁴⁸.

D. Araştırmalar Sonucunda Elde Edilen Bulgular

Defansif tıp uygulamalarına ilişkin ilk araştırma 1970 yılında gerçekleştirilmiş olup 1971 yılında “*The Medical Malpractice Threat: A Study of Defensive Medicine*” ismiyle makale haline getirilmiştir. Buna göre hekimlerin tıbbi malpraktis riski nedeniyle karar verme süreçlerinin olumsuz etkilendiği ve defansif tıp uygulamalarının ortaya çıktığı tespit edilmiştir⁴⁹.

Ülkemizdeki ilk araştırma 2008 yılında Konya ilindeki kamu ve özel sağlık kuruluşlarında çalışan yedi yüz altmış iki hekim üzerinde gerçekleştirilmiştir⁵⁰. Bu kapsamda hekimlere tıbbi malpraktis iddialarından kendilerini korumak adına negatif defansif ve pozitif defansif tıp uygulamalarına başvurup başvurmadıklarına ilişkin çeşitli sorular yöneltilmiştir. Negatif defansif kapsamında sorulan sorular sonucunda hekimlerin %74,94 oranında dava etme olasılığı yüksek hastalardan, %73,89 oranında kompleks medikal problemleri olan hastalardan, %83,86 oranında komplikasyon oranı yüksek tedavilerden kaçınabildiği ve %69,95 oranında tedavi olanakları mevcut olduğu halde riskli hastaların farklı sağlık kurumlarına sevkini sağlayabildiği tespit edilmiştir. Pozitif defansif tıp kapsamında sorulan sorularda ise hekimlerin %82,54 oranında fazladan tetkik yaptırabildiği, %53,55 oranında fazladan ilaç yazabildiği, %85,31 oranında fazladan konsültasyon isteyebildiği, %83,47 oranında

⁴⁷ AVCI / AKTAN, s. 52.

⁴⁸ SELÇUK, s. 23.

⁴⁹ AYNACI, s. 23-24.

⁵⁰ AYNACI, s. 31-89.

görüntüleme tetkiklerini daha sık kullanabildiği, %94,88 oranında tıbbi uygulamaları daha detaylı açıklayabildiği, %96,19 oranında kayıtları daha detaylı tutabildiği, %94,35 oranında aydınlatılmış onam formlarına daha fazla önem verebildikleri ortaya konulmuştur.

Yapılan en kapsamlı araştırma 2010 yılında Türk Tabipler Birliği tarafından gerçekleştirilmiştir. %63,3 oranında kamu, %25,4 oranında özel sektör, %11,3 oranında hem özel sektör hem de kamuda çalıştığını belirten toplam iki bin yüz doksan dört hekimin katılımıyla gerçekleştirilen araştırmada ortaya çıkabilecek olumsuz bir sonuçtan sorumlu tutulmamak için defansif tıp uygulamalarını benimseyeceğini belirten hekim oranı %55,6 olarak tespit edilmiştir⁵¹.

Yapmış olduğumuz literatür taraması neticesinde Türkiye’de serbest çalışan ve/veya özel hastane bünyesinde çalışan hekimler özelinde herhangi bir araştırmanın yapılmadığı tespit edilmiştir. Defansif tıp uygulamalarına dair yapılan diğer tüm araştırmalar ya kamu ve üniversite hastanelerinde gerçekleştirilmiş ya da araştırmanın gerçekleştirildiği alana ilişkin herhangi bir bilgi verilmemiştir. Hekimlerin defansif tıba ilişkin genel yönelimini ortaya koymak adına bu araştırmalarla tespit edilen bir kısım verilere aşağıda yer verilecektir.

2014 yılında Sakarya ilinde görev yapan altmış sekiz hekimle yapılan bir araştırmada tıbbi hata yapmaktan çekinme oranının %69,64 olduğu tespit edilmiştir. Ayrıca bu kapsamda hekimlere yöneltilen “*Hekimlerin hastalara iki gözleri yerine tek gözle baktıkları çünkü diğer gözlerinin kanunlarda ve mahkemelerde olduğu yargısına katılıyor musunuz?*” sorusuna ise %75,75 oranında evet cevabı verildiği görülmüştür⁵². Bu durum hekimlerde yargılanma korkusunun yaygın olduğunu göstermektedir.

2016 yılında Diyarbakır ilinde görev yapan iki yüz araştırma görevlisi hekimle yapılan araştırmada negatif defansif tıp sıklığının %92, pozitif defansif sıklığının ise %98 olduğu tespit edilmiştir⁵³. Yine 2016 yılında Konya ilinde kamu ve tıp fakültesi hastanelerinde görev yapan yüz altmış beş hekimle yapılan araştırmada ise %93,6 oranında pozitif-negatif defansif tıp uygulamalarına

⁵¹ <https://www.ttb.org.tr/kutuphane/hizmetzarar.pdf>, E.T. 04.10.2023.

⁵² ALTINDİŞ, Selma / COŞAR, Esra / ATASOY, Ali Rıza / AKBABA, Beyza / ŞİMŞİR, İsmail / ÖZ, Semra, “Sağlık Uygulamalarında Defansif Tıp” **Balıkesir Medical Journal**, Y. 2019, C. 3, S. 1, s. 12-19.

⁵³ GÖCEN, Ömer, “Araştırma Görevlisi Hekimlerin Defansif Tıp Uygulamaları Hakkındaki Bilgi ve Tutumları İşe Bağlı Gerginlik ve Tükenmişlik Düzeyleri” (Tıpta Uzmanlık Tezi) Dicle Üniversitesi Tıp Fakültesi, Diyarbakır, 2017, s. 27-52.

başvurulduğu görülmüştür⁵⁴. Bu verileri doğrular nitelikteki İzmir ilinde seksen bir aile hekimiyle yapılan tarihi belirtilmeyen araştırmada %21 oranda çok fazla, %49,3 oranda fazla, %23,5 oranda orta, %6,2 oranda ise seyrek sıklıkla defansif tıp uygulamalarına başvurdukları tespit edilmiştir⁵⁵.

Konya ilinde üniversite hastanesinde çalışan yüz altmış beş hekimle yapılan tarihi belirtilmeyen araştırmada hekimlerin en çok başvurduğu pozitif defansif tıp davranışının aydınlatılmış onam formlarına daha fazla önem vermek olduğu tespit edilmiştir. Ayrıca negatif defansif tıba ilişkin sorularla hekimlerin %50,9'unun tıbbi malpraktise ilişkin davaların medyada çokça yer bulması nedeniyle mesleklerini icra ederken "tamamen-çok-orta derecede" şeklinde sınıflandırılan bir değerlendirme anket ölçeğine göre tedirginlik hissettikleri tespit edilmiştir⁵⁶.

2021 yılında İstanbul ilinde serbest ya da bir hastaneye bağlı olarak çalışıp çalışmadığı belirtilmeyen altmış üç kardiyoloji hekimi üzerinde yapılan araştırmada defansif tıp tutum düzeyini belirlemek hedeflenmiştir. Buna göre pozitif defansif tıp uygulamalarından en yaygın olan aydınlatılmış onam formlarına daha fazla önem verme, negatif defansif tıp uygulamalarından en yaygın olan komplikasyon oranları yüksek tedavilerden kaçınma davranışı olduğu tespit edilmiştir⁵⁷.

Her biri en az on beş yıldır öğretim üyesi olan yirmi üç hekim üzerinde yapılan, tarih ve yeri belirtilmeyen bir diğer araştırmada defansif tıp uygulamalarına neden olan faktörler makro ve mikro nedenler olmak üzere iki gruba ayrılmıştır. Bu doğrultuda makro nedenlerin birliktelik kurumu, eğitim sistemi, hekime şiddet, medya, performans sistemi, sağlık politikaları, şikâyet kanalları, tıbbi malpraktis davaları, zorunlu meslek sigortası olduğu tespit edilmiştir. Mikro nedenlerin ise beklenti, çıkar, ekipman eksikliği, güven duyamama, hekim-

⁵⁴ ÖZATA, Musa / ÖZER, Kubilay / AKKOCA, Yusuf, "Konya İl Merkezinde Çalışan Hekimlerde Defansif-Çekinik Tıp Uygulamalarının Araştırılması" *Gümüşhane Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi*, Y. 2018, C. 7, S. 1, s. 132-139.

⁵⁵ BAŞER, Aysel / KOLCU, Giray / ÇİĞİRGİL, Yıldray / KADINKIZ, Birsen / ÖNGEL, Kurtuluş, "İzmir Karşıyaka İlçesinde Görev Yapan Aile Hekimlerinin Defansif Tıp Uygulamaları ile İlgili Görüşlerinin Değerlendirilmesi" *Smyrna Tıp Dergisi*, Y. 2014, S. 3, s. 16-24.

⁵⁶ PİROL, Mahfure, "Hekimlerin Karar Verme Algılarının Defansif Tıp Tutumları Üzerine Etkisinin Araştırılması" (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi) Selçuk Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Konya, 2018, s. 27-53.

⁵⁷ KILIÇARSLAN, Menekşe / NARCI, Muhammed Talha, "Hekimlerin Defansif Tıp Farkındalık Düzeylerinin, Pozitif ve Negatif Defansif Tıp Tutumlarına Etkilerinin Görev Yaptıkları İşletmelerde İsrat Faktörü ve Hekim Tutumları Açısından İncelenmesi" *Avrupa Bilim ve Teknoloji Dergisi*, Y. 2022, S. 33, s. 188.

lerdeki ego, iletişim kuramama, kaçınma, korunma arzusu, memnuniyetsizlik, tükenmişlik, vicdan-ahlak ve zorunluluk olarak tespit edilmiştir⁵⁸.

2018 yılında İzmir ilinde üniversite hastanesinde çalışan iki yüz kırk üç tıpta uzmanlık öğrencisi hekimle yapılan araştırmada katılımcılar “*Tıpta uzmanlık dalınızı seçerken malpraktis çekincesi etkili oldu mu?*” sorusuna %53,9 oranında evet cevabı vermiştir⁵⁹. Nitekim Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi tarafından açıklanan 2021 TUS 1. ve 2. dönem değerlendirme raporuna göre, tıpta uzmanlık sınavı neticesinde en yüksek puanla yerleşilen alanların hastalar ile en az temasın olduğu ve dolayısıyla tıbbi malpraktis iddialarıyla nispeten daha az karşılaşılabilceği aile hekimliği ile deri ve zührevi hastalıklar olduğu görülmektedir⁶⁰.

Araştırmalarla tespit edilen diğer bir husus, mesleki kıdemin defansif tıp uygulamalarına yönelime etkisidir. 2019 yılında Konya ilinde üniversite hastanesinde çalışan iki yüz yedi hekimle yapılan araştırma asistan hekimlerin uzman hekimlere, uzman hekimlerden ise 5-10 yıl arası çalışanlarının 11 yıl ve üzeri çalışan hekimlere kıyasla defansif tıp uygulamalarına daha fazla başvurduğu görülmüştür⁶¹.

Defansif tıp bir davranış kalıbı niteliğinde olduğu için elbette kesin bir ölçümden bahsedilemeyecektir⁶². Ancak yukarıda yer verdiğimiz araştırmalar neticesinde elde edilen tutarlı ve birbirini doğrular nitelikteki verilerden de anlaşılacağı üzere hekimlerin büyük bir çoğunluğu defansif tıp uygulamalarına başvurmaktadır.

Görülebileceği üzere yapılan araştırmaların büyük çoğunluğu kamu ve üniversite hastanelerinde gerçekleştirilmiştir. Oysa serbest çalışan hekimlerin araştırmalara dahil edilmesiyle farklı bakış açıları geliştirilerek yeni tespitler yapılabilecek ve hekimlerin çalışma şeklinin defansif tıp tutumu üzerindeki etkisi incelenebilecektir⁶³.

⁵⁸ TORAMAN / ÇARIKÇI, s. 40-51.

⁵⁹ BİÇEN, Emin, “**Tıpta Uzmanlık Öğrencilerinin Defansif Tıp Konusundaki Tutumlarının Araştırılması**” (Tıpta Uzmanlık Tezi) Dokuz Eylül Üniversitesi Tıp Fakültesi, İzmir, 2018, s. 25-60.

⁶⁰ ÖSYM 2021 TUS 1. ve 2. Dönem değerlendirme raporu için bkz. https://dokuman.osym.gov.tr/pdfdokuman/2021/GENEL/tusdonem1-2degrapor_29122021.pdf, E.T. 05.02.2024.

⁶¹ BANAZ, Merve / YALÇIN BALÇIK, Pınar, “Hekimlerin Defansif Tıp Tutumlarının İncelenmesi” **Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi**, Y. 2022, C. 25, S. 3, s. 501-516.

⁶² BAŞER / BAŞER KOLCU / KOLCU / BALCI, s. 102.

⁶³ BANAZ / YALÇIN, s. 513.

III. HEKİMLERİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

A. Tıbbi Müdahale Kavramı ve Genel Olarak Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu

Sorumluluk kavramı bir borç ilişkisi dahilinde ortaya çıkmakta olup borcun yaptırımı niteliğindedir⁶⁴. Borç ilişkilerinde hukuka veya sözleşmeye aykırı davranan taraf, maddi ve/veya manevi zarara neden olabilmektedir⁶⁵. Bu zarar neticesinde cezai ve hukuki sorumluluğu doğmaktadır. Cezai sorumlulukta zararın tazminini değil failin cezalandırılması amaçlanır. Nitekim teşebbüs hali dahi cezai sorumluluğa yol açmaktadır⁶⁶. Hukuki sorumlulukta⁶⁷ ise cezai sorumluluktan farklı olarak zararın tazmin edilmesi esastır⁶⁸. Bu açıdan hekimin hukuki sorumluluğu, ancak hukuka uygun olmayan müdahaleler bakımından söz konusu olmaktadır. O halde önce tanımlanması gereken kavram tıbbi müdahale kavramıdır. Tıbbi müdahale, bir hekimin hem iyileştirme hem de hastalıkları önlemek amacıyla yürüttüğü faaliyetler olarak tanımlanabilir⁶⁹.

Bu tanımdan hareketle bir müdahalenin tıbbi müdahale olarak kabul edilebilmesi için öncelikle müdahalede bulunmaya yetkili kılınmış bir hekim tarafından gerçekleştirilmesi, doğrudan ya da dolaylı olarak tedavi amacına yönelmiş olması, müdahalenin muhatabının aydınlatılmış rızası alınarak ve/veya diğer hukuka uygunluk sebeplerinin bulunması koşuluyla gerçekleştirilen bir müdahale olması gerekmektedir⁷⁰. Bu müdahalenin elbette tıp biliminin genel kabul görmüş ilkelerine uygun olması da beklenmektedir⁷¹. Tıp biliminin kurallarına uyularak müdahalenin yapılmış olmasından, müdahalede bulunmak için tıbbi gerekliliğin yani endikasyonun⁷² (tıbbi zorunluluk) bulunması ve müdahalenin

⁶⁴ EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 86.

⁶⁵ KILIÇ GÜNEŞ, Bahu, **Hekimin Hukuki Sorumluluğu**, Legal Kitabevi, İstanbul, 2016, s. 71 vd.

⁶⁶ ÖZTÜRK, Mustafa, **Taksirden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, Kazancı Hukuk Yayınevi, İstanbul, 1995, s. 34 vd.

⁶⁷ KILIÇOĞLU, Mustafa, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Uyarlı Tazminat Hukuku**, 4. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2014, s. 3.

⁶⁸ TÜRKMEN, Ali, **Hasta ve Hekim Hukuku**, Adalet Yayınları, Ankara, 2013, s. 121.

⁶⁹ AYAN, s. 5; KİRKİT, Ecem, **Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu**, Adalet Yayınları, Ankara 2016, s. 15.

⁷⁰ KİRKİT, s. 15; DEMİR, Mehmet / KİRKİT, Ecem, "Komplikasyon- Malpraktis Ayırımının Tıbbi Özel Hukuk Sorumluluğuna Etkisi" **Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2022, C. 1, s. 62.

⁷¹ KİRKİT, s. 15.

⁷² Hekimin tıbbi müdahalesinin hukuka uygunluğu yönünden mutlaka bir endikasyon varlığına bağlı olmasına ilişkin doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bazı müdahaleler tıbbi endikasyona dayanmasa bile hukuka uygun kabul edilmektedir. Bir görüşe göre endikasyon kavramının geniş yorumlanması; tıbbi endikasyon dışında psikolojik ve sosyal endikasyonun da bu kapsamda ele alınması gerekmektedir. Özellikle

özenle gerçekleştirilmesi anlaşılmaktadır⁷³. Hastaya tanı, tedavi ya da koruma maksadı olmaksızın herhangi bir müdahalede bulunulamaz. Ancak bazı durumlarda endikasyonun mutlaka tıbbi endikasyon olması gerekmektedir. Gereklik bazen tıbbi değil de sosyal veya ruhsal ihtiyaçlardan da kaynaklanabilir. Örneğin estetik amaçlı bir tıbbi müdahale için hekime başvuran hasta bedensel olarak kendini daha iyi ve güzel hale getirmek suretiyle maddi ve manevi varlığını korumak veya geliştirmek isteyebilir. Fakat burada belirtmek gerekir ki hastanın bizzat kendisi sosyal ya da ruhsal bir ihtiyacı dolayısıyla tıbbi müdahale talep etmelidir yani burada herhangi bir talebi olmaksızın hekimin ona sunduğu müdahaleye rıza göstermesi gibi bir durum söz konusu değildir. Diğer yandan sırf hasta rıza gösteriyor diye tıbbi, sosyal veya ruhsal bir ihtiyaç olmadığı halde hekim tarafından tıbbi müdahalede de bulunulamaz⁷⁴.

Hekimin tıbbi müdahalede bulunduğu sırada hukuka aykırı şekilde bir zarar ortaya çıkarsa burada artık hekimin hukuki sorumluluğu söz konusu olacaktır. Dolayısıyla hekimin sorumluluğundan söz edebilmek için ortada hukuka aykırı olarak icra edilmiş bir tıbbi müdahale olmalıdır. Hekimin hukuki sorumluluğunun kaynağı bir sözleşme, sözleşme öncesi görüşmeler, vekaletsiz iş görme veya haksız fiil olabilir⁷⁵.

Hekimin sorumluluğunun büyük kaynağını sözleşme sorumluluğu oluşturmaktadır. Sözleşme, söz konusu kişi ile hukuki ilişki içerisinde olunması nedeniyle bu kişiye diğer insanların göstermesi gerekenden daha fazla özen göstermeyi gerekli kılmaktadır⁷⁶. Sözleşmeden doğan sorumluluk ile istenilen sonuca ulaşmaya yönelik işlemlerin hiç ya da gereği gibi yapılmaması nedeniyle ortaya çıkan zararların tazminini amaçlanır⁷⁷. Bu nedenle hekim ile hasta arasında açık ya da

estetik müdahalelerin, organ ve doku naklinin, üremeye yardımcı tedavilerin tıbbi endikasyona dayanmayan hukuka uygun müdahaleler olduğu kabul edilmektedir. Bu hususta detaylı bilgi için bkz. HAKERİ, Hakan, **Tıp Hukuku**, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 233, 240; KORU, Onur, "Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu: Endikasyon Şartı" **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2021, C. 12, S. 2, s. 496.

⁷³ GÖKCAN, Hasan Tahsin, **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013, s. 134; ŞAHİN / ALCALI, s. 498; BARLIOĞLU, s. 60.

⁷⁴ AKYILDIZ, Sunay / ÖZKAN, Hasan, **Hasta-Hekim Hakları ve Davaları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 47-48.

⁷⁵ DEMİR, Hekim, s. 228; ÖZDEMİR, Hayrünnisa, "Hekimin Hukuki Sorumluluğu" **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2016, C. 11, S. 1, s. 35 (Sorumluluk); DEMİR, Mehmet, **Tıbbi Sorumluluk Hukuku**, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 220 (Tıbbi).

⁷⁶ KIRCA, Çiğdem, **Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2004, s. 35.

⁷⁷ KICALIOĞLU, Mustafa, **Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklan Hukuki Sorumlulukları**, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s. 147.

zımnî iradeyle kurulmuş bir hekimlik sözleşmesi varsa uygulanan tıbbî müdahale nedeniyle hastanın zarar görmesi halinde hekimin sorumluluğu sözleşmeye dayanmaktadır⁷⁸. Doktrinde ağırlık olarak kabul edildiği üzere bu sözleşme bir vekalet sözleşmesi niteliğindedir⁷⁹. Bu sözleşmeyle hekim hastalığın teşhis ve tedavisini gerçekleştirmek yükümlülüğü altındadır, ki bu yükümlülükler onun asli edim yükümlülüğünü oluşturmaktadır. Bu yükümlülüklerinin yanı sıra hekimin hastayı bilgilendirme ve aydınlatma, sadakat ve özen gösterme, sır saklama ve verileri arşivleme, hesap verme, gerektiği hallerde hastayı başka bir uzman hekime yönlendirip tedaviyi üstlenmeme yükümlülükleri de bulunmaktadır⁸⁰. Sözleşmenin diğer tarafı olan hasta ise bir bedel ödeme borcu altındadır⁸¹.

Hekimin hasta ile arasında akdedilen bu sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ihlal etmesi, diğer bir ifadeyle yapmış olduğu tıbbî müdahalenin, tıp meslek kurallarına uymaksızın özenli bir şekilde gerçekleştirilmemesi dolayısıyla hastanın bir zarara uğraması, hekimin hukuki sorumluluğunun ortaya çıkmasına sebep olmaktadır. O halde hekimin sözleşmeden doğan hukuki sorumluluğu, hekimin sözleşmeye aykırı olarak kusurlu davranışı sonucunda hastanın bir zarar görmesi halinde söz konusu olmaktadır.

Hekimin hukuki sorumluluğunun kaynağını çoğunlukla bir sözleşme oluştururken, bazı durumlarda sözleşme öncesi görüşmeler esnasında hekimin kusurlu davranışları da onun sorumluluğunu doğurabilmektedir⁸². Şöyle ki, hekimin sözleşmeye hazırlık aşamasında yahut sözleşme görüşmeleri devam ederken, hastaya karşı dürüst davranma yükümünü kusurlu olarak ihlal etmesi sonucunda hasta bir zarara uğrarsa artık burada bir sorumluluktan bahsedilir.

Hekimin sorumluluğuna yol açan durumlardan biri de arada herhangi bir sözleşmesel ilişki bulunmadan hekimin hastanın hayatını kurtarmak veya onun ağır bir zarara uğramasını önlemek amacıyla tıbbî müdahalede bulunması halini oluşturan vekaletsiz iş görmedir⁸³.

Hekimin hukuki sorumluluğunun bir diğer kaynağı da haksız fiildir. Hekimin haksız fiil sorumluluğunun doğması için hukuka aykırı bir fiil olması, kusur

⁷⁸ AYAN, s. 63.

⁷⁹ AYAN, s. 63; DEMİR, Hekim, s. 238.

⁸⁰ AYAN, s. 64; DEMİR, Tıbbi, s. 230; ÖZDEMİR, Sorumluluk, s. 45.

⁸¹ ÖZDEMİR, Sorumluluk, s. 47; DEMİR, Tıbbi, s. 233; FİDAN, Nurten, "Hekimin Tıbbî Müdahaleleri Nedeniyle Sorumluluğu" *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y. 2012, C. 1, S. 3, s. 354.

⁸² ÖZDEMİR, s. 37; DEMİR, Tıbbi, s. 229.

⁸³ DEMİR, Tıbbi, 229; ÖZDEMİR, s. 37.

bulunması, bir zarar meydana gelmesi ve kusurlu hukuka aykırı fiil ile ortaya çıkan zarar arasında uygun nedensellik bağının bulunması gerekir⁸⁴. Belirtmek gerekir ki hekimin sözleşmeye aykırı davranışı hastanın bedensel bütünlüğüne, yaşam hakkına da halel getirdiği için aynı zamanda bir haksız fiil teşkil eder. Dolayısıyla hekimin sözleşmeden doğan sorumluluğu ile haksız fiil sorumluluğu yarışır⁸⁵.

Hasta ile hekim arasındaki güven esasına dayalı bu ilişki, vekalet sözleşmesi temelli ancak somut duruma göre eser sözleşmesi⁸⁶ ve diğer sözleşme türlerine ait hükümlerinin de uygulanabileceği bir ilişkidir⁸⁷. Mülga 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun⁸⁸ döneminde tüketici işlemi tanımlanmamıştır. Bu nedenle vekalet sözleşmelerinin tüketici hukuku koruması dahilinde olup olmadığı konusunda doktrinde bir fikir birliği oluşmamıştır⁸⁹.

Tüketici hukukundaki güncel gelişmeler neticesinde 4077 sayılı kanun yürürlükten kaldırılarak 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun⁹⁰ yürürlüğe girmiştir. Kanunun 3. maddesinin 1. fıkrasının (I) bendinde “*Tüketici işlemi: Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi*” denilerek vekalet sözleşmesi-

⁸⁴ ŞAHİN / ALACALI, s. 497; ÖZDEMİR, s. 39 vd.; DEMİR, Tıbbi, s. 257.

⁸⁵ AYAN, s. 116; ŞAHİN / ALACALI, s. 497.

⁸⁶ Doktrinde hekim ile hasta arasındaki ilişkinin eser sözleşmesinden farklı olduğunu, her ne kadar estatik bir müdahale yapılmış olsa dahi buna eser sözleşmesinin değil, vekalet sözleşmesinin hükümlerinin uygulanacağını ileri süren yazarlar bulunmaktadır. Bu görüş doğrultusunda eser sözleşmesinden farklı olarak hekim ile hasta arasında sonuçları önceden taahhüt edilemeyen ilişkiler bulunmaktadır. Dolayısıyla hekimin hastaya karşı belli bir sonucu kural olarak yüklenmemektedir. Detaylı bilgi için bkz. SEÇER, Öz, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu” Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2013, C. 12, S. 1, s. 116; TEKBEN, Tuğçe, “Hekim ile Hasta İlişkisinin Vekalet Sözleşmesi Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi” Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2001, C. 8, S. 2, Özel Sayı: Prof. Dr. Erhan Adal’a Armağan, s. 867; FİDAN, s. 353.

⁸⁷ ERCEVAHİR, Mine, “Özel Hastaneye Kabul Sözleşmesi” İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2022, C. 7, S. 13, s. 472.

⁸⁸ Mülga 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, 08.03.1995 tarihli 2221 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

⁸⁹ YEŞİLOVA, Bilgehan, “6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a Göre Tüketici Uyuşmazlıklarının Çözümü Usulü ve Yargılama Kuralları” Terazi Hukuk Dergisi, Y. 2014, C. 9, S. 99, s. 129; TUTUMLU, Mehmet Akif, **Tüketici Yargılaması Hukuku**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 141 (Yargılama).

⁹⁰ 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, 28.11.2013 tarihli 28835 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

nin tüketici işlemi dahilinde olduğu açıkça düzenlemiştir⁹¹. Böylece hastanın kurmuş olduğu ilişki tüketici işlemi olarak düzenlenmiş olup hasta kimliğini kaybetmeksizin aynı zamanda tüketici hukuku kapsamında ek bir korumaya sahip olması sağlanmıştır⁹².

Yargıtay pek çok kararında, Mülga 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun döneminde hasta ile hekim arasındaki sözleşmelerin bir vekalet sözleşmesi olduğuna ve vekalet sözleşmelerinin tüketici işlemi sayılmaması sebebiyle uyuşmazlıklara genel mahkemenin bakması gerektiğine hükmetmiştir⁹³. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un yürürlüğe girmesiyle birlikte Yargıtay'ın içtihatları hasta ile hekim arasındaki uyuşmazlıklara tüketici hukuku hükümlerinin uygulanacağı yönündedir⁹⁴. Yargıtay kapatılan 13. Hukuk Dairesi'nin 08.03.2016 tarihli 2016/1312 Esas ve 2016/6953 Karar sayılı kararı, mülga 4077 sayılı kanun ile 6502 sayılı kanun dönemindeki görüş farkını gösterir niteliktedir. Kararda yer alan ilgili kısım şu şekildedir⁹⁵:

“Dava 4077 sayılı yasanın yürürlükte bulunduğu 22.11.2012 tarihinde açılmış olup, doktor-hasta ilişkisinin vekalet akdi niteliğinde olduğu dairemizin öteden beri sapma göstermeyen içtihatları ile istikrar kazanmıştır. Vekalet akdi ise 28.5.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6502 sayılı yasa kapsamına alınmıştır. 6502 sayılı yasanın geçici 1. maddesi Bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce açılmış olan davalar açıldıkları mahkemelerde görülmeye devam eder hükmünü içermektedir. Vekalet akdi niteliğinde bulunan uyuşmazlık konusu olaya ilişkin dava 6502 sayılı yasanın yürürlüğe girmesinden önce açıldığından ve dava tarihine göre Asliye Hukuk Mahkemesi görevli olduğundan mahkemeye için esasına girilerek hasıl olacak sonuca uygun karar verilmesi gerekir.”

⁹¹ TUTUMLU, Mehmet Akif, “Kamu ve Özel Hastanelere Karşı Açılan Tazminat Davalarında Görevli Mahkeme” **Terazi Hukuk Dergisi**, Y. 2016, C. 11, S. 9, s. 287 (Tazminat); ARSLAN, s. 409.

⁹² AKİPEK ÖCAL, Şebnem “Hasta ile Hekim Arasında Kurulan Sözleşmeler Bakımından Tüketicinin Korunması” **4. Tüketici Hukuku Kongresi Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları**, Ed. Hakan TOKBAŞ, Fehim ÜÇİŞİK, Bilge Yayınevi, Ankara, 2015, s. 296.

⁹³ Bu yöndeki karar için bkz. Yar. 13. HD. E. 2009/14158, K. 2009/15615, 29.12.2009 <https://karararama.yargitay.gov.tr>, E.T. 23.10.2023.

⁹⁴ Yar. 13. HD. E. 2014/3030, K. 5, 2014/35473, 13.11.2014; ve 13. HD. E. 2016/18107, K. 2018/3804 29.03.2018 <https://karararama.yargitay.gov.tr>, E.T. 23.10.2023.

⁹⁵ Kararın tam metni için bkz. Yar. 13. H. D., E. 2014/37027, K. 2014/35687, 13.11.2014; Yar. 20. H. D. 2016/5920 E. 17.10.2016, K. 2016/9175 <https://karararama.yargitay.gov.tr>, E.T. 23.10.2023.

Kanaatimizde de hasta ticari ya da mesleki amacı bulunmayan, yalnızca sağlık hizmetinden faydalanmak isteyen bir kişi olup tüketici olarak kabul edilmelidir. Nitekim doktrindeki baskın görüş hastanın tüketici olduğu yönündedir⁹⁶. Hastanın 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümlerinden yararlanabilmesi için öncelikle hekim ile arasında hekimlik sözleşmesi mevcut olmalıdır. Sözleşmenin mevcut olmaması halinde vekaletsiz iş görme, haksız fiil, kusursuz sorumluluk ya da sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk söz konusu olacağı için sorumluluk türüne uygun düşen borçlar hukuku genel hükümleri uygulama alanı bulacaktır⁹⁷. Bununla birlikte taraflar arasında hekimlik sözleşmesi olmasına karşın 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında somut duruma uygun düşen ve hastanın zararını karşılayabilen bir düzenleme bulunmadığı hallerde de m. 83 gereğince genel hükümler uygulama alanı bulacaktır.

B. Malpraktis (Tıbbi Uygulama Hatası)-Komplikasyon Kavramları ve Defansif Tıp Uygulaması ile Aralarındaki İlişki

Hekimin hukuki sorumluluğunda önemli bir yeri olan komplikasyon ile tıbbi uygulama hatası ayırımının net bir şekilde yapılması gerekmektedir⁹⁸. Tıbbi uygulamanın standartlara uygun olmasına ve gerekli tüm tedbirlerin alınmasına karşın ortaya çıkan kaçınılmaz ve istenmeyen sonuçlara komplikasyon denilmektedir⁹⁹. Hekimin sübjektif durumu ve somut olayın şartları da dikkate alınarak kendisin-

⁹⁶ ERDOĞAN, İhsan, "Satıcının Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Karşısında Tekeffül Borcu" *Türk Hukuk Enstitüsü Dergisi*, Y. 1996, C. 1, S. 2, s. 12; ÖZDEMİR, Hayrünnisa, *Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 70 (Teşhis ve tedavi); TACİR, Hamide, *Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 84; PETEK, Hasan, "Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Uygulanması" *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2013, C. 15, s. 977; AKİPEK ÖCAL, s. 295-296; YÜKSEL, Sera Reyhani, "Hekimin Uyguladığı İlaç Tedavisinden Doğan Zararlardan Hastanın Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Korunması" **5. Tüketici Hukuku Kongresi Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları**, Ed. Hakan TOKBAŞ, Fehim ÜÇİŞİK, Bilge Yayinevi, Ankara, 2016, s. 366-367; BADUR, Emel, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 32. Doktrinde bazı yazarlar ise hasta ile hekim arasındaki ilişkinin tüketici işlemi olamayacağını, tüketici sözleşmelerinde mal yahut hizmet sağlayan tarafın bir uzmanlığının bulunmadığını ileri sürmektedirler. Bkz. TEK BEN, s. 871.

⁹⁷ PETEK, s. 971-972.

⁹⁸ IŞIK, Oğuz / AKBOLAT, Mahmut / ÇETİN, Mehmet / ÇİMEN, Mesut, "Hemşirelerin Bakış Açısıyla Tıbbi Hataların Değerlendirilmesi" *TAF Preventive Medicine Bulletin*, Y. 2012, C. 11, S. 5, s. 422. Komplikasyon ile tıbbi uygulama hatası ayırımının örnekler üzerinden anlatımı için bkz. CAN, İsmail Özgür / ÖZKARA, Erdem / CAN, Muhammed, "Yargıtay'da Karara Bağlanan Tıbbi Uygulama Hatası Dosyalarının Değerlendirilmesi" *Dokuz Eylül Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi*, Y. 2011, C. 25, S. 2, s. 74; DEMİR / KIRKİT, s. 82.

⁹⁹ KICALIOĞLU, Mustafa, *Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s. 52; TÜZÜNER, Özlem / DUYMUŞ, Erkam Talat, "Yargıtay Kararları Işığında Hemşirenin Hukuki Sorumluluğu" *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Y. 2021, C. 2021, S. 157, s. 416.

den beklenen yeterli dikkat ve özeni göstermesine karşın kaçınılmaz olarak ortaya çıkan durumlardır¹⁰⁰. Kötü tesadüf olarak da nitelendirilebilmektedir¹⁰¹.

Özenli tıbbi müdahalede bulunan bir hekim kötü tesadüf neticesinde hedeflenen sonuca ulaşamasa dahi öngöremediği bu neticeden dolayı kural olarak sorumlu tutulamayacaktır¹⁰². Nitekim Yargıtay pek çok kararında komplikasyonlardan dolayı hekimlere sorumluluk yüklenemeyeceği açık ve net bir şekilde belirtmiştir¹⁰³. Ancak verilen bazı kararlarda ise hekimin oluşan komplikasyon hakkında hastayı bilgilendirmediği ileri sürülerek hekimin hukuki sorumluluğunun doğacağı yönünde görüş bildirilmiştir¹⁰⁴.

Malpraktis kavramını ilk kez 1768 yılında İngiltere’de *Sir William Blackstone* kullanmıştır. *Blackstone*, İngiltere’de uygulanan kanunların yorumladığı *Commentaries on the Laws of England*¹⁰⁵ isimli eserinde Latince kötü anlamına gelen “*mala*” ve uygulama anlamına gelen “*praxis*” sözcüklerinden malpraxis kelimesini türetmiştir¹⁰⁶.

Malpraktis, sıklıkla tıp alanında gündeme geldiği için “hekim hataları” çağrışımı yapsa da aslında birçok alandaki uygulama hatalarını kapsayan genel bir kavramdır. Malpraktis, en kısa ve genel tanımı ile “tazminatı gerektiren kötü uygulama” olarak ifade edilir¹⁰⁷.

¹⁰⁰ HAKERİ, Hakan, “Tıp Hukukunda Malpraktis-Komplikasyon Ayrımı” *Toraks Cerrahi Bülteni*, Y. 2014, C. 5, S. 1, s. 24.

¹⁰¹ DUYSAK, Merve, “Hekimin Tıbbi Uygulama Hatalarından Doğan Cezai Sorumluluğu” *Hukuk Gündemi Dergisi*, Y. 2009, C. 3, S. 5, s. 28.

¹⁰² Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 10.04.1980 tarihli 2175/4735 sayılı kararında bu durumu şu şekilde açıklamaktadır: “*Yekil, iş görürken yöneldiği sonucun elde edilememesinden değil de bu sonuca ulaşmak için yaptığı uğraşların özenle görülmemesinden sorumludur.*” Bkz. HAKERİ, s. 24. Hekimin hastanın tedavi sonucunda iyileşme garantisi vermeme hakkı bulunmaktadır. Bu hak Tıbbi Deontoloji Tüzüğü’nün 13. Maddesinde “Tabip ve diş tabibi, ilmi icaplara uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder. Bu faaliyetlerinin mutlak surette şifa ile neticlenmesinden dolayı, deontoloji bakımından muaheze edilemez” şeklinde hüküm altına alınmıştır.

¹⁰³ Komplikeasyonlardan dolayı hekimlere sorumluluk yükletilemeyeceğine ilişkin Yargıtay’ın verdiği bazı kararlar şunlardır: Yar. 15. HD, E. 2018/5523, K. 2019/801, 26.02.2019; Yar. 2. CD, E. 1991/11895, K. 1991/10834, 20.11.1991, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, E.T. 05.10.2023).

¹⁰⁴ Bu kararda hastanın estetik operasyon yaptırdığı ve aradaki sözleşmenin eser sözleşmesi sayıldığı, dolayısıyla da ortaya çıkacak sonucu da hekimin üstlendiği hususları vurgulanmıştır. Karar için bkz. Yar. 15. HD, E. 2020/1808, K. 2020/2925, 09.11.2020, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/15-hukuk-dairesi-e-2020-1808-k-2020-2925-t-9-11-2020>, E.T. 01.02.2024.

¹⁰⁵ Orijinal metin için bkz. <https://lonang.com/library/reference/blackstone-commentaries-law-england/bla-001/>, E.T. 05.10.2023.

¹⁰⁶ TUNÇER, Polat, *Sağlık Hukuku Temel Bilgileri*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 73.

¹⁰⁷ ÇATAK IRIZ, Betül, *Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s. 77.

Komplikasyonlar hastalığın doğal seyrinde meydana gelebilmekte iken tıbbi malpraktis ise hastalığın doğal seyrinden bağımsız olarak tıbbi yönetimden kaynaklanan olumsuzluklar olarak karşımıza çıkmakta¹⁰⁸ ve ihmal, bilgi veya beceri eksiklikleri gündeme gelmektedir¹⁰⁹.

Tıbbi malpraktise ilişkin olarak farklı zamanlarda farklı tanımlar yapılmıştır. Dünya Tabipler Birliği'nin 1992 yılındaki 44. Genel Kurulu'nda "*Hekimin tedavi sırasında standart uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan zarar*" olarak tanımlanmıştır¹¹⁰. Ancak tıbbi malpraktis yalnızca tedavi aşamasında değil, sağlık hizmetinin sunulduğu her aşamada meydana gelebilmektedir¹¹¹.

Türk Tabipleri Birliği'nin yayımladığı Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 13. maddesinde "*Bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeniyle bir hastanın zarar görmesi, hekimliğin kötü uygulaması*" olarak tanımlanmıştır. 2008 yılı Türk Tabipleri Birliği Etik Bildirgeler Çalıştayı'nda kabul edilen ve 2009 yılı Türk Tabipleri Birliği II. Etik Bildirgeler Çalıştayı'nda güncellenen Malpraktis Bildirgesinde¹¹² "*Tıbbi uygulamadaki bilgi-beceri eksikliği ya da ihmal sonucu hizmet sunulan kişinin sağlığına zarar gelmesi*" olarak tanımlanmıştır¹¹³. Tıbbi Malpraktis Yasası olarak anılan¹¹⁴ ve farklı tarihlerde yasa teklifi olarak TBMM'ye sunulmasına karşın henüz yasalaşmamış olan Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanun Tasarısı'nın¹¹⁵ 3. maddesinde "*Tıbbi kötü uygulama: Sağlık personelinin, kasıt veya kusur veya ihmal ile standart uygulamayı yapmaması, bilgi veya*

¹⁰⁸ TUĞCU, Harun / YORULMAZ, Coşkun / KOÇ, Sermet, "Hekim Sorumluluğu ve Tıbbi Malpraktis" **Klinik Gelişim Dergisi**, Y. 2009, S. 22, s. 6.

¹⁰⁹ POLAT, Oğuz, **Tıbbi Uygulama Hataları**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2005, s. 31.

¹¹⁰ YÜCEL BEYAZTAŞ, Fatma, "Dört Olgu Nedeniyle Tıbbi Yanlış Uygulama" **Cumhuriyet Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi**, Y. 2001, C. 23, S. 1, s. 49; ÖZER, Özlem / TAŞTAN, Kenan / SET, Turan / ÇAYIR, Yasemin / ŞENER, Mustafa, "Tıbbi Hatalı Uygulamalar Malpractise" **Dicle Tıp Dergisi**, Y. 2015, C. 42, S. 3, s. 395; İNAL, Hamdi Tamer, **Borca Aykırılık Dönme ve Fesih**, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 822.

¹¹¹ GÜNDAY, Rezzan, **Tıbbi Müdahale ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluk**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s. 45; ŞATIR, Nejdet, **Emsal Kararlar Işığında Kamu ve Özel Hastanelerde Çalışan Hekimlerin Hukuki ve Ceza Sorumluluğu Yargıtay-Đanıştay İçtihadları**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 87.

¹¹² Malpraktis Bildirgesi tam metni için bkz. https://www.ttb.org.tr/kutuphane/etik_bldgeler2010.pdf, E.T. 12.10.2023.

¹¹³ YILMAZ, Emine Neval, "**Karşılaştırmalı Hukukta Hekimin Malpraktisten Doğan Sorumluluğunun Tespitinde Kullanılan Yöntemler**" (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Ankara, 2018, s. 3-4.

¹¹⁴ ÖRNEK BÜKEN, Nüket / BÜKEN, Erhan, "Tıbbi Malpraktis Konusunda Tartışmalar" **Türkiye Klinikleri Tıp Etiği Hukuk Tarih Dergisi**, Y. 2003, C. 11, S. 2, s. 143.

¹¹⁵ Tasarının tam metni için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/d27/2/2-3052.pdf>, E.T. 12.10.2023.

beceri eksikliği ile yanlış veya eksik teşhiste bulunması veya yanlış tedavi uygulaması veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan ve zarar meydana getiren fiil ve durumu ifade eder.” denilerek aslında kusurun bir türü olan kasıtlı davranışlar da tıbbi malpraktis kapsamına dahil edilmiştir¹¹⁶. Nitekim hekimlik mesleğinde kasten zarar vermeye pek rastlanmamakta olup genelde taksir, ihmal, dikkatsizlik gibi hekimin kastının bulunmadığı haller söz konusu olmaktadır¹¹⁷.

Hekimin kusurunun belirlenmesinde gösterecekleri özen bakımından getirilen objektif bir kriter bulunmaktadır. Bu kriter TBK m. 506/3'te “*Vekilin özen borcundan doğan sorumluluğun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır*” şeklinde düzenlenmiştir. Dolayısıyla hekimin göstermesi gereken özen kendi alanında iş ve hizmet üstlenen bir hekimin göstermesi gereken özen olarak objektifleştirilmiştir¹¹⁸. Ancak hekimin kusuru belirlenirken sübjektif kriterler de dikkate alınacaktır. Somut olayın şartları, hekimin almış olduğu eğitim, tecrübesi ve yetenekleri gibi birçok faktör sorumluluk açısından belirleyici olmaktadır¹¹⁹. Örneğin, hasta hakkında hiçbir ön bilgisi bulunmayan bir hekimin durumun acil olması sebebiyle doğrudan ameliyata girmesi halinde bu hekim için sorumluluk kriterleri hastayı ameliyat öncesinde takip etmiş olan hekime kıyasla daha esnek uygulanabilmektedir¹²⁰. Yargıtay kararlarında malpraktis iddiasına ilişkin olarak alanında uzman hekimlerin yer aldığı heyetlerce rapor düzenlenmeden hüküm kurulamayacağı belirtilmiştir¹²¹.

Bazı durumlarda ise komplikasyonlar tıbbi malpraktise dönüşebilmektedir. Komplikasyonların fark edilmesinde gecikilmesi ya da zamanında fark edilmesine karşın gerekli önlemlerin alınmaması hallerinde de durum artık komplikasyon olmaktan çıktığı için tıbbi malpraktisten bahsedilir¹²².

¹¹⁶ HANCI, İsmail Hamit, **Malpraktis Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu**, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, s. 26; ÜNVER, Yener, “Doktorların Malpraktis Nedeniyle Ceza Hukuku Sorumluluğu ve Malpraktis- Komplikasyon Ayırımı” **Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu Mersin 16-17 Ocak 2009**, Mersin Barosu Yayını, s. 156 (Malpraktis)

¹¹⁷ ÜNVER, Yener, **Tıbbi Malpraktis ve Ceza Hukuku**, Yeditepe Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008, s. 60 (Tıbbi)

¹¹⁸ ÖZDEMİR, s. 61.

¹¹⁹ PAKIŞ, Işıl, “Tıbbi Uygulama Hatalarında Bilirkişilik” **Adli Bilimler Dergisi**, Y. 2014, C. 13, S. 3, s. 51-59.

¹²⁰ ÖZCAN, Zeynep / ÖZCANOĞLU, Ayşe Betül, “Yargıtay İçtihatları Işığında Malpraktis Komplikasyon Ayırımına Bağlı İspat Sorunları” **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Y. 2020, C. 8, S. 16, s. 301-302.

¹²¹ Bu yöndeki Yargıtay kapatılan 13. Hukuk Dairesi'nin verdiği kararlar şunlardır: E. 2015/27853, K. 2018/6133, 23.05.2018; E. 2014/17432, K. 2015/8358, 16.03.2015; E. 2014/10131, K. 2014/34506, 05.11.2014 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, E.T. 05.10.2023).

¹²² AKYILDIZ, Sunay / HAKERİ, Hakan / ÇELİK, Faik / SOMER, Pervin, **Tıp Hukuku Atölyesi-I**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 80; DEMİR / KIRKİT, s. 58-59.

Hekim tıbbi uygulama hatalarında, tıbbi müdahalede bulunurken gerekli özen ve dikkati göstermemesi dolayısıyla hastanın bir zarara uğramasına yol açmakta iken; defansif tıpta teşhis ve tedavinin gerekli kıldığı özenin fazlaca aşılması yahut yerine getirilmemesi sonucu bir zarar ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla bu iki davranışı birbirinden ayıran aslında yegane unsur hekimin iradesinin ne yönde olduğudur.

C. Hekimin Defansif Tıp Uygulamalarından Doğan Hukuki Sorumluluğunun Değerlendirilmesi

1. Pozitif Defansif Tıp Uygulamalarından Doğan Sorumluluk

Hekim pozitif defansif tıp uygulamalarında, önce de belirtildiği gibi, gerekmediği halde tıbbi tahlillere başvurma, hastaya gereğinden fazla ilaç yazma, hastalığa fiziki bir muayene ile tanı koyabilecek olmasına rağmen hastayı tıbbi görüntüleme tekniklerine veya uygulamalarına yönlendirme, gerekmediği halde cerrahi müdahalelerde bulunma, detaylı kayıt tutma, endikasyon olmadığı halde hastayı hastaneye yatırma şeklinde farklı türlerde kendini güvence altına alma davranışları sergilemektedir.

Pozitif defansif tıp uygulamaları hastanın sağlığını olumsuz etkileyebilmektedir. Örneğin gereksiz olmasına karşın radyolojik görüntüleme işlemi yapıldığında hasta radyoaktif ışınlarla maruz kalmakta¹²³, biyopsi yapılması nedeniyle komplikasyon gelişebilmekte¹²⁴, cerrahi müdahale nedeniyle gereksiz anestezi uygulanmış olmakta, yapılan bu işlemler uzun vadede çeşitli sorunlara yol açabilmektedir. Bunun yanı sıra hastanın psikolojisi üzerinde de olumsuz etki bırakabilmektedir¹²⁵. Hatta bu tür tutumlar çoğunlukla hekimin malpraktisle karşılaşmasına yol açmaktadır.

Pozitif defansif tıp uygulamalarıyla hekim hastanın vücut bütünlüğüne tıbbi gereklilik olmaksızın müdahalede bulunmakta ve hekimlik vazifesine aykırı davranmakta olduğu için bu durum tıp etiği ile bağdaşmamaktadır¹²⁶.

Hekimlerin defansif tıpa başvurusu diğer sağlık çalışanlarının iş yükünde artışa ve sonraki hastaların bekleme sürelerinin uzamasına neden olabilmekte-

¹²³ BARLIOĞLU, s. 150 vd.

¹²⁴ AKKANAT, Neslihan Zekiye, “Tıp Etiği Bağlamında Defansif Tıp Uygulamaları” (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi) Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Gaziantep, 2017, s. 45.

¹²⁵ AYNACI, s. 18; SELÇUK, s. 42.

¹²⁶ BARLIOĞLU, s. 151 vd.

dir¹²⁷. Diğer bir zarar ise bu uygulamaların maddi yönüdür. Gereksiz işlemler hem hasta hem de hekim için amaçsız bir maliyete neden olabilmektedir¹²⁸.

Hekimin gerekli olmayan tıbbi tetkik ve tahlillere başvurması hastaların hem mali bakımından zarara uğramasına hem de zaman kaybına yol açmaktadır. Hatta bu tür işlemlerin pek çoğu hastaya bir yarar sağlamamaktadır. Hastaların bu uygulamalar neticesinde yaşam hakkı ve vücut bütünlüğü ihlal edilmekte, aynı zamanda malvarlığı değerlerinde de azalma olmaktadır. Dolayısıyla maddi ve manevi kişilik değerlerinin bu tür uygulamalarla ihlal edilmesi söz konusudur. Örneğin gerekmediği halde radyolojik tahlillere maruz kalan bir hastanın organlarının zarar görmesi, gereksiz ilaç kullanımı dolayısıyla ilacın yan etkileriyle karşılaşarak zarara uğraması durumunda hekim, bu tıbbi müdahalelerden ötürü hastanın ortaya çıkan maddi ve manevi zararlarını tazmin etmekle yükümlü olacaktır.

Hekim ile hasta arasında bir sözleşmenin bulunduğu durumlarda, hekim hakkında vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanacağı kabul edilmektedir. Vekalet sözleşmesinde vekilin yüklendiği edimi özenle yerine getirme yükümü bulunmaktadır. Hekim de vekil gibi hareket ettiğinden onun da hastasına karşı üstlenmiş olduğu iş görme edimini, diğer bir ifadeyle hastalığın tanı ve tedavisini, özenli bir şekilde, hastanın menfaatini gözeterek ve tıp biliminin genel ilkelerine uygun olarak yapması gerekmektedir¹²⁹. Oysa pozitif defansif tıp uygulamalarında hekim, hastanın menfaati yerine kendi hukuki güvenliğini üstün tutmaktadır. Bunun sonucunda sözleşmeden doğan vekalet verenin yani hastanın menfaatine uygun hareket etme yükümlülüğünü ihlal ederek sözleşmeye aykırı davranmaktadır. Hasta bu aykırılık dolayısıyla uğramış olduğu maddi ve manevi zararı sözleşme hükümleri çerçevesinde hekimden talep edebilecektir. Hekim davranışının aynı zamanda haksız fiil oluşturduğu durumlarda hasta bu pozitif defansif tıbbi uygulamalar nedeniyle ister sözleşmeye aykırılık isterse haksız fiile ilişkin hükümlere başvurarak zararının karşılanmasını talep edebilecektir.

2. Negatif Defansif Tıp Uygulamalarından Doğan Sorumluluk

Hekim negatif defansif tıp uygulamasında sorumlulukla karşılaşmamak için hastaya bakmaktan kaçınma, gerekmediği halde hastayı başka bir hekime yahut sağlık kuruluşuna sevk etme şeklinde tutum sergilemektedir. Özellikle hastaya

¹²⁷ YEŞİLTAŞ, Aysun / ERDEM, Ramazan, “Defansif Tıp Uygulamalarına Yönelik Bir Derleme” *Süleyman Demirel Üniversitesi Vizyoner Dergisi*, Y. 2019, C. 10, S. 23, s. 140.

¹²⁸ BARLIOĞLU, s. 151-152; ÜNAL, s. 37.

¹²⁹ SAVAŞ, Halide, *Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları Tıbbi Malpraktis Tıbbi Davların Seyri ve Sonuçları*, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara, 2013, s. 29; ŞAHİN / ALCALI, s. 503.

acil müdahaleyi gerektiren durumlarda hastanın hastalığının teşhis ve tedavisinin geciktirilmesi şeklinde ortaya çıkan negatif defansif tıbbi uygulamalar dolayısıyla hastanın vücut bütünlüğünün ve yaşam hakkının ihlali hareketlerle ihlal edilmektedir. Bunun sonucunda da elbette hekimin hukuki sorumluluğu ortaya çıkmakta ve verdiği zararlardan sorumlu tutulması gerekmektedir.

Hekim hastalığın teşhis ve tedavisini zamanında yapmayarak vekalet sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini ihlal ederek hastanın gerek maddi gerek manevi zarara uğramasına yol açmaktadır. Hekim tıbbi bakımdan gerekli olan tahlilleri yapmayarak, hastanın hastalığını değerlendirmeyerek muayene yükümlülüğünü ihlal etmektedir. Örneğin gerekli tetkikler yapılmış olsa hastanın hastalığının tespitinin mümkün olacağı bir durumda hekimin yapılması gereken tetkikleri yaptırmaması hastanın tedavi süresini uzatabileceği gibi onun ölümüne yol açabilecektir.

Hastanın hekimin negatif defansif tutum sergilemesi sonucunda ölmesi durumunda ise hekimin hastanın yakınlarına destekten yoksun kalma tazminatı ödeme yükümlülüğü de ortaya çıkabilecektir. Aynı zamanda ölen hastanın yakınlarına manevi tazminat ödenmesi de gündeme gelebilecektir. Tıbbi müdahaleyi konu edinen sözleşmenin vekalet sözleşmesi olarak nitelendirildiği durumda, bedensel bütünlüğün ihlali halinde ortaya çıkacak ihtilafların elbette vekalet sözleşmesine ilişkin kurallar uyarınca çözülmesi söz konusu olacaktır. Ancak TBK. m. 114/2 hükmünde yapılan atıfla, TBK. m. 56 hükmünün kıyasen sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumlulukta da uygulanacağı ve dolayısıyla manevi tazminat talebine ilişkin koşullar gerçekleştiği takdirde, zarar görenin veya yakınlarının sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine dayanarak manevi tazminat talep edebileceği ifade edilmiştir¹³⁰. Türk Borçlar Kanunu'nun 56. maddesinde "... *Ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir.*" şeklinde bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre, haksız fiil sonucunda fiile maruz kalan kişi ağır bir bedensel zarara uğramışsa veya fiile maruz kalan kişi ölmüşse, bu kişinin yakınları manevi tazminat talebinde bulunabilecektir¹³¹.

¹³⁰ BAŞARA, Gamze Turan, **Kişiliğin İhlalinden Kaynaklanan Maddi ve Manevi Tazminat ile Haksız Kazancın İadesi**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018, s. 305;

¹³¹ ADIR, Esmâ Kıraç, **Ağır Bedensel Zarar Görenin Yakınlarının Manevi Tazminat Talebi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 68; BAŞARA, s. 296.

SONUÇ

Devletin pozitif yükümlülükleri arasında hak sahibi olan kişilerin başkalarından gelecek hukuka aykırı eylemlere karşı korunması yer almaktadır. Devlet bu yükümlüğünü yerine getirirken elbette kamu hizmetinde bulunan kişilerin de hukuki güvence altına alınarak kamu hizmetini doğru ve tam olarak yerine getirmesini sağlamak zorundadır. Bu noktada, hekimlerin hatalı tıbbi uygulamalarına karşı korunan hastalara kıyasen hekimlerin sürekli malpraktis davalarıyla karşı karşıya kalması özellikle son dönemde defansif tıp kavramının sürekli gündeme gelmesine sebep olmaktadır.

Defansif tıp uygulamaları ise iki şekilde ortaya çıkmaktadır. Bunlardan ilki, hekimin gerek hukuki gerekse cezai sorumluluğun doğması korkusu ve kaygısıyla tanı ve tedavi prosedürlerini olması gerekenden daha da fazla kullanmasıyla kendini gösteren pozitif defansif tıp; ikincisi ise, hekimin komplikasyon oluşma ihtimali yüksek olan tıbbi müdahalelerden kaçınması yoluyla oluşan negatif defansif tıptır. Hekimler defansif tutumlarla aslında sorumluluktan kaçınmak isterken gerek sözleşmesel sorumluluk gerekse haksız fiilden doğan sorumluluk ile karşılaşmaktadırlar.

Defansif tıp hem hekimler hem de hastalar açısından bazı olumsuz sonuçlar yaratmaktadır. Şöyle ki hekimler doğabilecek sorumluluk kaygısıyla hem zaman hem de enerji kaybetmekte, dolayısıyla da bilgi ve becerilerini layıkıyla ortaya koyamamaktadır. Bu davranışların hastalar bakımından yarattığı olumsuzluk ise, sağlıklarının risk altına girmesi, güvenlerinin azalması hatta yok olması ve tedavi masraflarının artmasıdır. Dolayısıyla defansif tutumların sadece hasta-hekim ilişkisi özelinde değil de ülke ekonomisi bakımından da genel olarak ekonomik sıkıntılar yarattığı söylenebilecektir.

Hekimlerce sergilenen defansif davranışların nedeninin araştırılması ve bu araştırma sonunda elde edilen bilgi ve verilerle bir çözüm bulunması da mümkün görünmektedir. Bu araştırma yapılırken hekimleri bu davranışlara iten sebeplerin de tespit edilmesiyle çözüme ulaşılması işi kolaylaştıracaktır. Örneğin hekimlerin kendilerine karşı bir dava açılması tehlikesiyle karşı karşıya olmaları, idari yoldan yapılan başvurular da dâhil olmak üzere, bilgi ve tecrübelerinin eksik olduğunu düşünmeleri bir sebep olarak gösterilebilir. Bunların çözümü ise; hekimlerin kendilerini güvencede hissetmelerini sağlayacak mesleki sorumluluk sigortalarının daha kapsamlı hale getirilmesi; idari yoldan yapılan şikayet başvurularında mesnetsiz ve bir gerekçe içermeyen başvuruların değerlendirilmeye alınmaması gibi düzenlemeler yapmak şeklinde gerçekleştirilebilir.

Bu kapsamda hekimler hukuki sorumluluktan kaynaklanan endişeleri ile mücadele ederken desteklenmeli ve defansif tıp uygulamalarına başvurmadan da bu sorumluluktan korunabilecekleri hatırlatılmalıdır. Aksi takdirde defansif tıp uygulamalarının yaygınlığı daha da artacak ve sağlık hizmetlerinden beklenen fayda sağlanamaz hale gelebilecektir.

Hakem Değerlendirmesi : Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması : Yazarlar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review : *Externally peer-reviewed.*

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

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

KAYNAKÇA

ADIR, Esmâ Kıraç, **Ağır Bedensel Zarar Görenin Yakınlarının Manevi Tazminat Talebi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.

AKINCI, Seda B. / SARICAOğLU, Fatma / ERDEN, İ. Aydın / KÖSEOğLU, Ayhan / AYPAR, Ülkü, “Anesteziyologlarda Defansif Tıp Uygulamalarının Araştırılması” **Anestezi Dergisi**, Y. 2013, C. 21, S. 3, s. 151-156.

AKİPEK ÖCAL, Şebnem “Hasta ile Hekim Arasında Kurulan Sözleşmeler Bakımından Tüketicinin Korunması” **4. Tüketici Hukuku Kongresi Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları**, Ed. Hakan TOKBAŞ, Fehim ÜÇİŞİK, Bilge Yayınevi, Ankara, 2015.

AKKANAT, Neslihan Zekiye, “**Tıp Etiği Bağlamında Defansif Tıp Uygulamaları**” (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi) Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Gaziantep, 2017.

AKTAŞ İNCEL, Hatice Nur, **Tıbbi Malpraktiste Sorumluluk ve Komplikasyon**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.

AKYILDIZ, Sunay / HAKERİ, Hakan / ÇELİK, Faik / SOMER, Pervin, **Tıp Hukuku Atölyesi-I**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.

AKYILDIZ, Sunay / ÖZKAN, Hasan, **Hasta-Hekim Hakları ve Davaları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.

ALTINDİŞ, Mustafa, “Tıbbi Etik Malpraktis ve Defansif Tıp” **Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi**, Y. 2014, S. 31, s. 86-91.

ALTINDİŞ, Selma / COŞAR, Esra / ATASOY, Ali Rıza / AKBABA, Beyza / ŞİMŞİR, İsmail / ÖZ, Semra, “Sağlık Uygulamalarında Defansif Tıp” **Bahkesir Medical Journal**, Y. 2019, C. 3, S. 1, s. 12-19.

ARSLAN, Firdevs, “Hekimin Sorumluluğunun Belirlenmesi Bakımından Hekim ile Hasta Arasındaki İlişkinin Hukuki Mahiyeti”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Y. 2020, C. 26, S. 1, s. 400-422.

ATICI, Elif, “Hasta Hekim İlişisini Etkileyen Unsurlar” **Uludağ Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi**, Y. 2007, C. 33, S. 2, s. 91-96.

- AYAN, Mehmet, **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk**, Kazancı Kitap, Ankara, 1991.
- AYDAŞ, Selma, “**Hekimlerde Malpraktis Kaynaklı Defansif Tıp Davranışları**” (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi) Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2014.
- AYKIN, Aykut Cemil / ÇINARLI, Serken, **Sağlık Personelinin Hukuki Sorumluluğu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- AYNACI, Yusuf, “**Hekimlerde Defansif (Çekinik) Tıp Uygulamalarının Araştırılması**” (Tıpta Uzmanlık Tezi) Selçuk Üniversitesi Meram Tıp Fakültesi, Konya, 2008.
- AVCI, Keziban / AKTAN, Tolga, “Bir Sistem Sorunu Olarak Tıbbi Hatalar ve Hasta Güvenliği” **Düzce Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Dergisi**, Y. 2015, C. 5, S. 2, s. 48-54.
- BADUR, Emel, **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- BALSEVEN ODABAŞI, Aysun / TÜMER, Ali Rıza, “Çekinik (Defansif) Hekimlik; Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Uygulanma Aşamasında Toplum Bekleyen Tehlike” **Sürekli Tıp Eğitimi Dergisi**, Y. 2006, C. 15, S. 4, s. 55-59.
- BANAZ, Merve / YALÇIN BALÇIK, Pınar, “Hekimlerin Defansif Tıp Tutumlarının İncelenmesi” **Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi**, Y. 2022, C. 25, S. 3, s. 501-516.
- BARLIOĞLU, Hüseyin Cem, **Defansif Tıp Unsuru Olarak Tıbbi Malpraktis**, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- BAŞARA, Gamze Turan, **Kişiliğin İhlalinden Kaynaklanan Maddi ve Manevi Tazminat ile Haksız Kazancın İadesi**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018.
- BAŞER, Aysel / BAŞER KOLCU, Mukadder İnci / KOLCU, Giray / GÖK BALCI, Umut, “Defansif Tıp Uygulamaları Tutum Ölçeğinin Türkçe Formunun Geçerlilik ve Güvenilirliği Ön Çalışma” **Tepecik Eğitim Hastanesi Dergisi**, Y. 2014, C. 24, S. 2, s. 16-24.
- BAYRAKTAR, Köksal, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, Sermet Matbaası, İstanbul, 1972.
- BİÇEN, Emin, “**Tıpta Uzmanlık Öğrencilerinin Defansif Tıp Konusundaki Tutumlarının Araştırılması**” (Tıpta Uzmanlık Tezi) Dokuz Eylül Üniversitesi Tıp Fakültesi, İzmir, 2018.
- CAN, İsmail Özgür / ÖZKARA, Erdem / CAN, Muhammed, “Yargıtay’da Karara Bağlanan Tıbbi Uygulama Hatası Dosyalarının Değerlendirilmesi” **Dokuz Eylül Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi**, Y. 2011, C. 25, S. 2, s. 69-76.
- ERCEVAHİR, Mine, “Özel Hastaneye Kabul Sözleşmesi” **İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2022, C. 7, S. 13, s. 449-491.

- ÇATAK IRIZ, Betül, **Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.
- ÇINARLI, İnci / YÜCEL, Halime, “Sağlık İletişiminin Bakış Açısı ile Türkiye’de Sağlık Çalışanlarına Yönelik Şiddet” **Galatasaray Üniversitesi İletişim Dergisi Özel Sayı**, Y. 2013, S. 3, s. 31-52.
- DEMİR, Mehmet, “Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu” **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2008, C. 57, S. 3, s. 225-252.
- DEMİR, Mehmet, **Hekim ve Hastane Yönünden Tıbbi Sorumluluk Hukuku**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- DEMİR, Mehmet, **Tıbbi Sorumluluk Hukuku**, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.
- DEMİR, Mehmet / KIRKİT, Ecem, “Komplikasyon Malpraktis Ayrımının Tıbbi Özel Hukuk Sorumluluğuna Etkisi” **Çukurova Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Y. 2022, S. 1, s. 58-91.
- DUYSAK, Merve, “Hekimin Tıbbi Uygulama Hatalarından Doğan Cezai Sorumluluğu” **Hukuk Gündemi Dergisi**, Y. 2009, C. 3, S. 5, s. 25-38.
- ERDOĞAN, İhsan, “Satıcının Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Karşısında Tekeffül Borcu” **Türk Hukuk Enstitüsü Dergisi**, Y. 1996, C. 1, S. 2, s. 12-18.
- EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- ERSOY, Yüksel, “Tıbbi Hatanın Hukuki ve Cezai Sonuçları” **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Y. 2004, S. 53, s. 161-189.
- EŞGÜNOĞLU SAĞIR, Deniz, “Defansif Tıp Uygulamaları ile İhlal Edilen Hasta Haklarının Tıbbi Etik İlkeler Bağlamında Değerlendirilmesi” **Terazi Hukuk Dergisi**, Y. 2018, C. 13, S. 141, s. 31-38.
- FİDAN, Nurten, “Hekimin Tıbbi Müdahaleleri Nedeniyle Sorumluluğu” **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Y. 2012, C. 1, S. 3, s. 349-362.
- GÖCEN, Ömer, “Araştırma Görevlisi Hekimlerin Defansif Tıp Uygulamaları Hakkındaki Bilgi ve Tutumları İşe Bağlı Gerginlik ve Tükenmişlik Düzeyleri” (Tıpta Uzmanlık Tezi) Dicle Üniversitesi Tıp Fakültesi, Diyarbakır, 2017.
- GÖKCAN, Hasan Tahsin, **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013.
- GÜLCEMAL, Emrah / KEKLİK, Belma, “Hastaların Hekimlere Duydukları Güveni Etkileyen Faktörlerin İncelenmesine Yönelik Bir Araştırma Isparta İli Örneği” **Mehmet Akif Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Y. 2016, C. 8, S. 14, s. 64-87.
- GÜNDAY, Rezzan, **Tıbbi Müdahale ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluk**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.
- HAKERİ, Hakan, “Tıp Hukukunda Malpraktis-Komplikasyon Ayrımı” **Toraks Cerrahi Bülteni**, Y. 2014, C. 5, S. 1, s. 22-28.

- HAKERİ, Hakan, **Tıp Hukuku**, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- HANCI, İsmail Hamit, **Malpraktis Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu**, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006.
- HIZAL ARSLAN, Sevinç, “Tıbbi Müdahalelerde Olası Kast ve Bilinçli Taksirin Ayırımı” **Ceza Hukuku Dergisi**, Y. 2012, S. 18, s. 225-256.
- İŞİK, Oğuz / AKBOLAT, Mahmut / ÇETİN, Mehmet / ÇİMEN, Mesut, “Hemşirelerin Bakış Açısıyla Tıbbi Hataların Değerlendirilmesi” **TAF Preventive Medicine Bulletin**, Y. 2012, C. 11, S. 5, s. 421-430.
- İNAL, Hamdi Tamer, **Borca Aykırılık Dönme ve Fesih**, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- KAYA, Kenan / KÖKEN TOK, Özgenur, “Sağlıkta Şiddetin Bir Başka Yüzü: Medya Etkisi” **Harran Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi**, Y. 2021, C. 18, S. 2, s. 217-220.
- KICALIOĞLU, Mustafa, **Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklan Hukuki Sorumlulukları**, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.
- KILIÇ GÜNEŞ, Bahu, **Hekimin Hukuki Sorumluluğu**, Legal Kitabevi, İstanbul, 2016.
- KILIÇARSLAN, Menekşe / NARCI, Muhammed Talha, “Hekimlerin Defansif Tıp Farkındalık Düzeylerinin, Pozitif ve Negatif Defansif Tıp Tutumlarına Etkilerinin Görev Yaptıkları İşletmelerde İsraf Faktörü ve Hekim Tutumları Açısından İncelenmesi” **Avrupa Bilim ve Teknoloji Dergisi**, Y. 2022, S. 33, s. 184-191.
- KILIÇOĞLU, Mustafa, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Uyarlı Tazminat Hukuku**, 4. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2014.
- KIRCA, Çiğdem, **Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2004.
- KİRKİT, Ecem, **Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu**, Adalet Yayınları, Ankara 2016.
- KORU, Onur, “Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu: Endikasyon Şartı” **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2021, C. 12, S. 2, s. 491-500.
- MANSUR, Fatma / CEYLAN, Ömer, “Defansif Tıp ve Defansif Tıp Konusunda Yapılan Akademik Çalışmalar Üzerine Bir Derleme” **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, Y. 2021, C. 23, S. 3, s. 721-744.
- OĞUZ, N. Yasemin, “Klinik Uygulamada Hekim Hasta İlişkisi” **Türkiye Klinikleri Dergisi**, Y. 1995, C. 2, S. 3, s. 59-65.
- OVALI, Fahri, “Hasta Güvenliği Yaklaşımları” **Sağlıkta Performans ve Kalite Dergisi**, Y. 2010, C. 1, S. 1, s. 33-43.
- ÖRNEK BÜKEN, Nüket / BÜKEN, Erhan, “Tıbbi Malpraktis Konusunda Tartışmalar” **Türkiye Klinikleri Tıp Etiği Hukuk Tarih Dergisi**, Y. 2003, C. 11, S. 2, s. 140-147.

- ÖZATA, Musa / ÖZER, Kubilay / AKKOCA, Yusuf, “Konya İl Merkezinde Çalışan Hekimlerde Defansif-Çekinik Tıp Uygulamalarının Araştırılması” **Gümüşhane Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi**, Y. 2018, C. 7, S. 1, s. 132-139.
- ÖZCAN, Zeynep / ÖZCANOĞLU, Ayşe Betül, “Yargıtay İçtihatları Işığında Malpraktis Komplikasyon Ayrımına Bağlı İspat Sorunları” **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Y. 2020, C. 8, S. 16, s. 289-315.
- ÖZÇETİN, Selvi / BALABAN, Murat, **Sağlık Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.
- ÖZDEMİR, Hayrunnisa, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu” **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2016, C. 11, S. 1, s. 33-81 (Sorumluluk).
- ÖZDEMİR, Hayrünnisa, **Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2004 (Teşhis ve tedavi).
- ÖZER, Özlem / TAŞTAN, Kenan / SET, Turan / ÇAYIR, Yasemin / ŞENER, Mustafa, “Tıbbi Hatalı Uygulamalar Malpractise” **Dicle Tıp Dergisi**, Y. 2015, C. 42, S. 3, s. 394-397.
- ÖZTÜRK, Mustafa, **Taksirden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, Kazancı Hukuk Yayınevi, İstanbul, 1995.
- PAKİŞ, Işıl, “Tıbbi Uygulama Hatalarında Bilirkişilik” **Adli Bilimler Dergisi**, Y. 2014, C. 13, S. 3, s. 51-59.
- PETEK, Hasan, “Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Uygulanması” **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2013, C. 15, s. 969-1017.
- PİROL, Mahfure, “**Hekimlerin Karar Verme Algularının Defansif Tıp Tutumları Üzerine Etkisinin Araştırılması**” (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi) Selçuk Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Konya, 2018.
- POLAT, Oğuz, **Tıbbi Uygulama Hataları**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2005.
- POLAT, Oğuz / PAKİŞ, Işıl, “Tıbbi Uygulama Hatalarında Hekim Sorumluluğu” **Acıbadem Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi**, Y. 2011, C. 2, S. 3, s. 119-125.
- SAVAŞ, Halide, **Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları Tıbbi Malpraktis Tıbbi Davaların Seyri ve Sonuçları**, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara, 2013.
- SEÇER, Öz, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu” **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2013, C. 12, S. 1, s. 107-148.
- SELÇUK, Mehmet, “**Çekinik (Defansif) Tıp**” (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi) İzmir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2015.
- SEZER KARA, Kübra, “**Edirne’deki Birinci Basamak Hekimlerin Defansif Tıp Uygulamaları Hakkında Bilgi ve Tutumları ve Bunun Klinik Pratiklere Etkisi**” (Tıpta Uzmanlık Tezi) Trakya Üniversitesi Tıp Fakültesi, Edirne, 2020.

- ŞAHİN, Büşra / ALCALI, Özgü, “Defansif Tıp Kavramı ve Defansif Tıbbi Uygulamaların Hekimin Hukuki Sorumluluğu Kapsamında Değerlendirilmesi” **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Y. 2020, C. 11, S. 41, s. 483-510.
- ŞATIR, Nejdet, **Emsal Kararlar Işığında Kamu ve Özel Hastanelerde Çalışan Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu Yargıtay-Danıştay İçtihadları**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2015.
- ŞENOCAK, Zarife, **Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:529, Ankara, 1998.
- TACİR, Hamide, **Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.
- TEKBEN, Tuğçe, “Hekim ile Hasta İlişkisinin Vekalet Sözleşmesi Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi” **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2001, C. 8, S. 2, Özel Sayı: Prof. Dr. Erhan Adal’a Armağan, s. 859-906.
- TORAMAN, Aynur / ÇARIKÇI, İlker Hüseyin, “Defansif Tıbbın Nedenlerinin Hekim Gözüyle Değerlendirilmesi” **Süleyman Demirel Üniversitesi Vizyoner Dergisi**, Y. 2019, C. 10, S. 23, s. 40-51.
- TUĞCU, Harun / YORULMAZ, Coşkun / KOÇ, Sermet, “Hekim Sorumluluğu ve Tıbbi Malpraktis” **Klinik Gelişim Dergisi**, Y. 2009, S. 22, s. 6-10.
- TUNÇER, Polat, **Sağlık Hukuku Temel Bilgileri**, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- TUTUMLU, Mehmet Akif, **Tüketici Yargılaması Hukuku**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 141 (Yargılama).
- TUTUMLU, Mehmet Akif, “Kamu ve Özel Hastanelere Karşı Açılan Tazminat Davalarında Görevli Mahkeme” **Terazi Hukuk Dergisi**, Y. 2016, C. 11, S. 9, s. 286-290 (Tazminat).
- TÜRE, M. Gökhan / TÜRE, Oğuzhan, “Hekimin Hizmetten Çekilme Hakkı”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Y. 2017, S. 131, s. 295-346.
- TÜRKMEN, Ali, **Hasta ve Hekim Hukuku**, Adalet Yayınları, Ankara, 2013.
- TÜZÜNER, Özlem / DUYMUŞ, Erkam Talat, “Yargıtay Kararları Işığında Hemşirenin Hukuki Sorumluluğu” **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Y. 2021, C. 2021, S. 157, s. 407-444.
- ÜNAL, Özgün, “**Defansif Tıp Uygulamaları Öncülleri ve Sonuçları**” (Yayınlanmamış Doktora Tezi) Sakarya Üniversitesi İşletme Enstitüsü, Sakarya, 2020.
- ÜNAL, Özgün / DURMUŞ, Ayhan / YILDIZ, Zehra Betül, “Hasta Hekim İletişiminin Hastanın Şikâyet Etme Niyetine Etkisi” **Uluslararası Sağlık Yönetimi ve Stratejileri Araştırma Dergisi**, Y. 2021, C. 7, S. 3, s. 680-694.

- ÜNDER, Yıldız Ertuğ, “Sağlık Çalışanlarına Yönelik Şiddet Olgusu” **İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Makaleleri-II**, İstanbul Barosu Yayınları Genel Yayın Sıra No:208, İstanbul, 2012, s. 265-275.
- ÜNVER, Yener, “Doktorların Malpraktis Nedeniyle Ceza Hukuku Sorumluluğu ve Malpraktis- Komplikasyon Ayırımı” **Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu Mersin 16-17 Ocak 2009**, Mersin Barosu Yayını, s. 149-177 (Malpraktis).
- ÜNVER, Yener, **Tıbbi Malpraktis ve Ceza Hukuku**, Yeditepe Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008 (Tıbbi).
- YAVUZ İPEKYÜZ, Filiz, **Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006.
- YEŞİLOVA, Bilgehan, “6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a Göre Tüketici Uyuşmazlıklarının Çözümü Usulü ve Yargılama Kuralları” **Terazi Hukuk Dergisi**, Y. 2014, C. 9, S. 99, s. 107-143.
- YEŞİLTAŞ, Aysun, “**Şiddet ve Defansif Tıp Üzerine Nitel Bir Çalışma**” (Yayınlanmamış Doktora Tezi) Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Isparta, 2018.
- YEŞİLTAŞ, Aysun / ERDEM, Ramazan, “Defansif Tıp Uygulamalarına Yönelik Bir Derleme” **Süleyman Demirel Üniversitesi Vizyoner Dergisi**, Y. 2019, C. 10, S. 23, s. 137-150.
- YILMAZ, Necla, “**Tıpta Uzmanlaşma Üzerine Nitel Bir Araştırma**” (Yayınlanmamış Doktora Tezi) Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Isparta, 2016.
- YILMAZ, Kerem, **Defansif Tıbbi Uygulamaların Hukuki Açısından Değerlendirilmesi**, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- YILMAZ, Emine Neval, “**Karşılaştırmalı Hukukta Hekimin Malpraktisten Doğan Sorumluluğunun Tespitinde Kullanılan Yöntemler**” (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Ankara, 2018.
- YILMAZ, Kerem Can / POLAT, Oğuz / KOCAMAZ, Begüm, “Defansif Tıp Uygulamalarının Hukuksal Açısından İncelenmesi” **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Y. 2014, C. 5, S. 16, s. 19-51.
- YÜCEL BEYAZTAŞ, Fatma, “Dört Olgu Nedeniyle Tıbbi Yanlış Uygulama” **Cumhuriyet Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi**, Y. 2001, C. 23, S. 1, s. 49-53.
- YÜKSEL, Sera Reyhani, “Hekimin Uyguladığı İlaç Tedavisinden Doğan Zararlardan Hastanın Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Korunması” **5. Tüketici Hukuku Kongresi Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları**, Ed. Hakan TOKBAŞ, Fehim ÜÇİŞİK, Bilge Yayınevi, Ankara, 2016, s. 360-380.

<https://karararama.yargitay.gov.tr>, E.T. 05.10.2023.

<https://lonang.com/library/reference/blackstone-commentaries-law-england/bla-001/>,
E.T. 05.10.2023.

https://www.ttb.org.tr/kutuphane/etik_bldgeler2010.pdf, E.T. 12.10.2023.

Tasarımın tam metni için bkz. <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-3052.pdf>, E.T.
12.10.2023.

<https://www.ttb.org.tr/kutuphane/hizmetzarar.pdf>, E.T. 29.10.2023.

ÖSYM 2021 1. ve 2. Dönem TUS değerlendirme raporu için bkz. https://dokuman.osym.gov.tr/pdfdokuman/2021/GENEL/tusdonem1-2degrapor_29122021.pdf, E.T.
05.02.2024.

Vakıf Yönetim Organını Oluşturan Kişilerin Vakıf Tüzel Kişisine Karşı Hukuki Sorumluluğu^(*)

Civil Liability of the Persons Forming the Foundation Management
Body Against the Foundation

Barış DEMİRSATAN^(**)

Öz:

Vakıf yönetim organını oluşturan kişiler vakfa karşı vekâlet sözleşmesi hükümlerine tâbi bir hukuki ilişki içindedir. Bu kişiler görevlerini yerine getirirken bu ilişkiden doğan borçlarını ihlal ederek vakfın zarara uğramasına sebep olmuşsa, vakfın bu kişilere karşı tazminat alacağı doğar. Bu durumda sözleşmesel sorumluluğun genel ilkeleri uygulanır. Ancak tazminatın belirlenmesi aşamasında, zarar görenin kusurunun değerlendirilmesinde dikkatli olunmalıdır. Zararın doğumu veya artışında, sorumlu kişiler vakfın yönetim organı olarak etkili olmuşsa, bunun tazminattan indirim sebebi olarak nazara alınmaması gerekir. Tazminata ilişkin talep hakkı vakfa aittir, yasal olarak dava takip yetkisinin kullanılmasına olanak tanınmadıkça, bu alacak hakkının herhangi bir gerekçeyle başka bir kişi tarafından ileri sürülmesine olanak tanınmaz. Vakıf yönetimini birden fazla kişi oluşturuyorsa, bu kişiler kural olarak TBK m. 511/II hükmü sınırları çerçevesinde müteselsilen sorumlu olur. Vakfın iradi örgütlenmesi kapsamında sorumlu tutulabilecek farklı organlara üye kişilerin müteselsil sorumluluğu ise ancak TBK m. 61 hükmüne dayanabilir. Söz konusu tazminat sorumluluğuna vekâlet sözleşmesi hükümleri uygulandığından beş yıllık zamanaşımı uygulanmak gerekir. Bu alacağı vakıf adına talep etmeye yetkili organın üyeleri sorumlu ise, zamanaşımının durduğunun kabul edilmesi lazım gelmektedir. Benzer şekilde, sorumlular vakıf adına ibra sözleşmesi kurmaya yetkili olsa dahi kendilerini ibra edemez. Öte yandan, sorumlu olmayan yönetim organı üyeleri, sorumluları ibra ederse veya alacağın zamanaşımına uğramasına neden olurlarsa, kendi sorumluluklarını doğurabilir.

^(*) Araştırma Makalesi / *Research Article*

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 15.09.2023

Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 22.12.2023

DOI: <https://doi.org/10.58733/imhfd.1451581>

Bu makaleye atıf için: DEMİRSATAN, Barış, “Vakıf Yönetim Organını Oluşturan Kişilerin Vakıf Tüzel Kişisine Karşı Hukuki Sorumluluğu”, **İMİHFD**, C. 9, S. 1, 2024, s. 109-133

Bu çalışma, 28.5.2020 tarihinde İstanbul Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından düzenlenen Medeni Hukukta Güncel Tartışmalar II Sempozyumu'nda sunulan “*Vakıf Yönetim Organının Vakfa Karşı Hukuki Sorumluluğuna İlişkin Esaslar*” başlıklı bildiriye temel almaktadır.

^(**) Doç. Dr., T.C. İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul - Türkiye

E-posta: baris.demirsatan@istanbul.edu.tr

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-0228-5236>

Anahtar Kelimeler:

Vakıf Yönetim Organı, Sorumluluk, İbra, Vekâlet, Zamanaşımı.

Abstract:

The persons who constitute the management body of a foundation have a legal relationship with the foundation subject to the provisions of a mandate contract. If these persons violate their obligations arising from this relationship during the performance of their duties and cause damage to the foundation, the foundation has a claim for compensation against these persons. In this case, the general principles of contractual liability apply. However, during the determination of the compensation, care should be taken in assessing the fault of the injured party. If the responsible persons have been influential in the occurrence or increase of the damage as the governing body of the foundation, this should not be taken into consideration as a reason for reduction of the compensation. If more than one person constitutes the management of the foundation, these persons shall be jointly and severally liable within the limits of Article 511/II of the TCO or Article 61 of the TCO. A five-year statute of limitations must be applied. If the members of the body authorised to claim this receivable on behalf of the foundation are liable, the statute of limitations should be considered to be suspended. The liable persons cannot release themselves even if they are authorised to conclude a release agreement on behalf of the foundation. On the other hand, members of the governing body who are not liable may give rise to their own liability if they release the liabilities or cause the receivable to become time-barred.

Keywords:

Foundation Management Body, Liability, Release, Power of Attorney, Statute of Limitations.

GİRİŞ

Yapıları gereği tüzel kişiler, organlar şeklinde örgütlenir. Tüzel kişinin iradesinin oluşumu ve açıklanması organlar aracılığı ile sağlanır (TMK m. 49, 59). Tüzel kişinin organlarını oluşturan kişiler, bu görevlerini yerine getirirken tüzel kişinin veya üçüncü kişilerin malvarlığında zararın doğmasına yol açabilir. Bu noktada, organları oluşturan kişi veya kişilerin üçüncü kişilere karşı sorumluluğu bakımından, haksız fiil sorumluluğunun koşulları doğduğu ölçüde¹ haksız fiilden (TMK m. 50/III) ve güven sorumluluğunun koşulları doğduğu ölçüde de güven sorumluluğu uyarınca sorumlu olacakları² ve konunun genel sorumluluk rejiminden büyük bir

¹ Burada özellikle hukuka aykırılık unsurunun varlığı önem taşır. Tüzel kişi yönetim organını oluşturan kişilerin görevlerini yerine getirirken üçüncü kişilerin mutlak haklarını ihlal suretiyle zarara yol açması veya menfaat kaybının meydana gelmesini önleme amaçlı bir genel davranış kuralı söz konusu olmadıkça, salt kötü yönetim sonucu üçüncü kişilerin tüzel kişiden alacaklarını tahsil edememesi gibi durumlar yönetim organını oluşturan kişilerin üçüncü kişilere karşı haksız fiil işlediği anlamına gelmez. Yarg. 11. HD., 24.5.2021, 5342/4364 (Kazancı); Yarg. HGK., 22.9.2021, 4-1465/1062 (Kazancı); Yarg. HGK., 2.12.2021, 10-1179/1563 (Kazancı).

² MUSTAKI, Guy, “Obligations et responsabilité des organes dirigeants découlant des normes de corporate governance”, *La Semaine judiciaire - doctrine (SJ)* 2006 II, s. 224-226; GILLARD, Nicholas, “La responsabilité des administrateurs: principes et actions”, *Aspects actuels du droit de la société anonyme - Travaux réunis pour le 20ème anniversaire du CEDIDAC*, 1. Basım, CEDIDAC, Lozan, 2005, s. 473; LOSER, Peter, “Konkretisierung der Vertrauenshaftung”, *Zeitschrift für juristische Weiterbildung und*

sapma göstermeyeceği ifade edilebilir. Fakat organı oluşturan kişilerin, bu görevlerini yerine getirirken tüzel kişiye verdiği zararlardan sorumlu tutulup tutulmayacakları tüzel kişiler hukukuna özgü bir problematik oluşturmaktadır. Mesele, Türk hukukunda özellikle dernek ve anonim ortaklıklar temelinde incelenmekle birlikte, diğer tüzel kişi tipleri bakımından aynı zenginlikle karşılaşılmamaktadır. Vakıf yönetim organını oluşturan kişilerin, vakıf ile aralarındaki hukuki ilişkiden ötürü vakıf malvarlığında meydana getirdikleri zarardan sorumlu tutulma olasılıkları bulunduğu gibi, 5737 sayılı Vakıflar Kanunu m. 10/IV hükmünde (“*Vakıf yönetiminde yer alan kişiler ... kusurlu fiilleri nedeniyle vakfa verdikleri zararlardan sorumludurlar*”) bu husus teyit edilmiştir³. Bu nedenle çalışma, vakıf yönetim organını oluşturan kişi veya kişilerin görevleri çerçevesinde Türk Medeni Kanunu’na göre kurulmuş vakıf tüzel kişisine verdiği zarardan hukuki sorumluluklarına özgülenmiştir.

I. VAKIFLARDA YÖNETİM ORGANI

Türk Medeni Kanunu m. 109 hükmüyle vakıfların fiil ehliyetini kazanabilmesi için tek bir zorunlu organ öngörmüştür⁴. “Yönetim Organı” olarak adlandırılan bu organ, vakıf senedi doğrultusunda vakfa ilişkin tüm karar alma ve yürütme işlevlerine sahiptir⁵. Diğer tüzel kişi örgütlenmelerinden farklı şekilde salt yönetim organının yasa tarafından zorunlu organ olarak belirlenmesinin gerisinde vakfın, vakıf senedi uyarınca tüzel kişilik kazandırılmış bir mal topluluğu (TMK m. 101/I) olması⁶ yatmaktadır. Zira vakfın kuruluştan sona izleyeceği etkinliklerin ana rotası vakıf

Praxis (recht) 1999, s. 88; BSK-GRÜNINGER, Harold, **Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I**, 6. Basım, Schulthess, Basel, 2016, Art. 83 ZGB, N. 16.

³ AKSOY DURSUN, Sanem, **Vakfın Örgütlenmesi ve İşleyişi**, 1. Basım, On İki Levha, İstanbul, 2021, s. 168.

⁴ Türk Medeni Kanunu, yönetim organını oluşturan kişilerin belirlenme tarzı açısından da bir sınırlama sevk etmemiştir. TMK m. 106’ye göre vakfın yönetim şeklinin vakıf senedinde gösterilmesi gereklidir. Aksi takdirde TMK m. 107 hükmü uygulama alanı bulur (DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ Tufan, **Kişiler Hukuku**, 23. Basım, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022, s. 369). Bu noktada hem vakfın kuruluşunda hem de sonraki süreçte, vakfın yönetim organı üyesi olarak belirlenecek kişilerin rızası gerekmektedir (AVCI, Mehmet Özgür, **Türk Medeni Kanununa Göre Vakıf Yönetim Organı**, 1. Basım, Beta, İstanbul, 2006, s. 71 ve dn. 219). Zira aksi takdirde vakıf ile arasındaki hukuki ilişkiye rızası dışında dâhil edilmiş olur. Her ne kadar ileride vurgulanacağı üzere, organ üyelerinin vekâlet sözleşmesi hükümlerini çerçevesinde istifa hakkı bulursa da istifa anına kadarki süreçte ve istifanın uygun zamanda gerçekleşmemiş sayılması nedeniyle sorumluluğun doğmasına olanak verilmemek gerekir.

⁵ OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, **Kişiler Hukuku**, 20. Basım, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022, N. 1400; ÖĞÜZ, Tufan, **Türk Hukukunda Vakıf Tüzel Kişiliğinin Hukuki Esasları**, 1. Basım, Beşir Kitabevi, İstanbul, 2007, s. 76; AVCI, s. 57; CHK-EISENRING, Martin, **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Personen- und Familienrecht - Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB - PartG**, 3. Basım, Schulthess, Zürich Basel Cenevre, 2016, Art. 83 ZGB, N. 6.

⁶ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, N. 1261; SEROZAN, Rona / ENGİN, B. İlkay / ATAMER, Yeşim M., **Medeni Hukuk**, 9. Basım, On İki Levha, İstanbul, 2022, s. 517; DURAL / ÖĞÜZ, s. 371; GÜRZUMAR, Osman Berat, “Türk Medeni Kanunu’nun ‘Vakıflarda üyelik olmaz.’ Hükümünü İptâl Eden Anayasa Mahkemesi Kararı Hakkında”, **Halûk Konuralp Anısına Armağan**, C. 3, 1. Basım, Yetkin, Ankara, 2009, s. 531.

senedinde yer alan amaç uyarınca belirlenmekte olup vakfın gerek amacının gerekse amacın gerçekleştirilmesi için izlenecek yolların tespitinde etkili olması gereken üye yahut paydaş gibi sıfatlar vakıf tüzel kişiliğine yabancıdır⁷.

Vakıf örgütlenmesi bakımından Türk Medeni Kanunu esas itibarıyla geniş bir özgürlük tanımaktadır. Bu çerçevede, vakfın yönetim örgütlenmesinde, karar ve yürütme işlevlerin ayrı organlara verilmesi, yürütme açısından⁸ işlevsel bölünme gibi bir yapılanma yahut atama veya denetim için organlar öngörülebilir, kişi sayısı serbestçe belirlenebilir⁹. Bunun konu açısından pratik sonucu, bir kişinin ancak bünyesinde yer aldığı organın yetki ve görevleriyle sınırlı olarak¹⁰ hukuken sorumlu tutulabilmesidir. Mesela, karar alma ve yürütme işlevlerinin ayrıldığı bir yönetim yapılanmasında yürütme ile görevli organı oluşturan kişiler, karar alma organı nedeniyle zararın doğduğunu kanıtlamak suretiyle sorumluluktan kurtulabileceklerdir.

⁷ ÖĞÜZ, s. 80; SEROZAN / ENGİN / ATAMER, s. 517 ve 519; AKÜNAL, Teoman, **Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler**, 1. Basım, Beta, İstanbul, 1995, s. 137. Bu bağlamda TMK m. 101/III hükmüne ilişkin verilmiş Anayasa Mahkemesi'nin 17.4.2008 tarih ve 14/92 sayılı iptal kararının vakıf tüzel kişiliğine dair Türk Medeni Kanunu'nun öngördüğü bu rejimi değiştirici etkisi yoktur: DURAL / ÖĞÜZ, s. 372; AKBULUT, P. Ezgi, **Vakıf Senedinin Tamamlanması ve Değiştirilmesi**, 2. Basım, On İki Levha, İstanbul, 2022, s. 118-119; Karş. GÜRZUMAR, s. 546.

⁸ Karar alma bakımındansa, farklı bir değerlendirme yapılmalıdır. En üst düzeyde bir karar organının vakfın amacını yerine getirebilmek için eşgüdümü sağlamak üzere bulunması şarttır. Eşgüdüm sağlama mekanizması bulunmadan farklı işlevlere ilişkin olarak bağımsız organlara en üst düzeyde karar alma imkânının verilmesi, tüzel kişinin amacının yerine getirmesine engel olur. Buna uygun olmayan yapıda bir vakıf senedinin varlığı halinde kuruluş aşamasında TMK m. 107, sonrasında TMK m. 112 hükmünün işletilmesi gerekir.

⁹ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, N. 1389 ve 1391; BK-RIEMER, Hans Michael, **Berner Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht, Die juristischen Personen Die Stiftungen, Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 80-89bis ZGB**, Stämpfli, 3. Basım, Bern, 1981, Art. 83 ZGB, N. 6-7; AVCI, s. 57; AKSOY DURSUN, s. 104 ve 109; Vakıf senedinde boşluk olması halinde boşluğun yargıç tarafından doldurulacağı yönünde: Yarg. HGK., 26.12.2001, 18-1163/1172 (Kazancı).

¹⁰ Yarg. 18. HD., 30.6.2015, 8708/11525 (Kazancı) "... teftiş raporu esas alınarak; vakıf yöneticilerinin mevzuata aykırı davrandıkları, vakfa ait gayrimenkulleri ravyçlerinin çok altında kiraya vermek suretiyle vakıf kaynaklarını verimli bir şekilde kullanmayı basiretli bir idareci gibi hareket etmeyerek vakfı zarara uğrattıkları vb. iddiaları ileri sürülerek vakıf yöneticilerinin görevden alınmalarının istendiği, davalı ...'nun adı geçen vakfın yönetim kurulu yedek üyesi olduğu, mahkemeye tüm davalılar yönünden davanın kabulüne karar verildiği anlaşılmaktadır. Vakıf yönetim kurulu yedek üyesi, doğrudan vakfı yönetmeye ve temsile yetkili kişi olmayıp ancak yönetim kurulu asil üyeliklerinde herhangi bir sebeple boşalma olması halinde görev olarak vakıf yönetimine dahil olur. Davalı ...'nun adı geçen vakfın yönetim kurulu yedek üyesi olup, dava dilekçesinde belirtilen dönemde vakıf yönetim kurulu asil üyeliğine geçtiğine dair bir bilgi ve belge dosyada bulunmamaktadır. Yukarıda gösterilen yasal düzenlemeler ve yapılan açıklamalar dikkate alındığında mahkemeye, davalı ...'nun adı geçen vakfın yönetim kurulu asil üyesi olmaması sebebiyle görevden alma koşulları oluşmadığından...". Öte yandan, vakıf senedine uygun şekilde, organı oluşturan kişilerden birine belli görev alanının verilmesi halinde sorumluluk kural olarak bu üyeye ait olmakla birlikte, diğer üyelerin gözetim ve talimat verme borcu devam eder; bu borçlara aykırılık olduğu takdirde onların da sorumluluğu doğar: AVCI, s. 82; CHK-EISENRING, Art. 83 ZGB, N. 10; BSK-GRÜNINGER, Art. 83 ZGB, N. 19; Ortaklıklar hukukunda: Yarg. 11. HD., 8.12.2003, 4466/11543 (Kazancı); Yarg. 11. HD., 7.10.1994, 5009/7236 (Kazancı).

II. VAKIF TÜZEL KİŞİSİ VE YÖNETİM ORGANI ARASINDAKİ HUKUKİ İLİŞKİ

A. Hukuki İlişkinin Niteliği

Tüzel kişi ile organlarını oluşturan kişiler arasındaki hukuki ilişkinin nitelendirilmesinde, TBK m. 502/I ve II hükümleri yol göstericidir. Vakfın bünyesindeki organlarda görev yapan kişiler, vakfın işini görmekte veya vakıf adına hukuki işlem yapmaktadır. Bu tablo, vekâlet sözleşmesinin yasal tanımına uygundur¹¹. Kaldı ki işgörme edimi içeren her sözleşmesel ilişki, niteliği uygun düştüğü ölçüde ve yasada aksine düzenleme olmadıkça vekâlet sözleşmesi hükümlerine tâbi olmaktadır (TBK m. 502/II¹²). Bununla birlikte vakıf ve yönetim organını oluşturan kişiler arasındaki ilişkiye doğrudan doğruya vekâlet sözleşmesi nitelendirilmesi yapmak isabetli değildir. Her ne kadar organa mensup olmak için kişinin açık veya örtülü rızası şart olmakla birlikte, yönetimin vakıf senedinde belirlenmesi veya TMK m. 112 ya da VK m. 8 uyarınca mahkeme tarafından yeni bir kişinin görevlendirilmesi gibi hallerde vakıf tarafından yönetilmiş teknik anlamda sözleşme kurmaya yönelik bir irade açıklamasından söz etmek olanaklı gözükmemektedir. Bunun yerine vakıf ve ilgili kişi veya kişiler arasındaki hukuki ilişkinin vekâlet sözleşmesi hükümlerine tâbi olduğu sonucuna varmak daha uygundur¹³. Öte yandan bu hukuki ilişkinin vekâlet sözleşmesi hükümlerine tâbi tutulması, bu ilişkiye öncelikle vakıflara ilişkin mevzuat ve vakıf senedinin uygulanmasına engel oluşturmayacaktır.

Vakıf ve yönetim organına mensup kişiler arasındaki hukuki ilişkinin vekâlet sözleşmesi hükümlerine tâbi olmasının bir sonucu da yönetim organını oluşturan kişilerin bu görevlerini her zaman istifa suretiyle TBK m. 512 uyarınca sona erdirebilmeleridir¹⁴. Bu durumda istifaya yönelik irade açıklamasının

¹¹ BSK-GRÜNİNGER, Art. 83 ZGB, N. 17; AVCI, s. 73; Dernek bağlamında: ÇETİN, Orhan, **Dernek Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu**, 1. Basım, Yetkin, Ankara, 2019, s. 134; Hizmet veya vekâlet sözleşmesi şeklinde: OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, N. 1400 dn. 436; ÖĞÜZ, s. 73 vd. Ancak yönetim organının yönettiği vakfa karşı bir tâbiyet ilişkisi bulunamayacağından bu ilişkiye vekâlet sözleşmesi hükümleri uygulanmalıdır.

¹² TEKBEN, Tuğçe, **Vekâlet İlişkilerinde Vekâlet Veren Talimatı ve Hukuki Sonuçları**, 1. Basım, On İki Levha, İstanbul, 2021, s. 396-397.

¹³ Sözleşme benzeri ilişki şeklinde: VON TUHR, Andreas / ESCHER, Arnold, **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts - Band II (mit Supplement)**, 3. Basım, Schulthess, Zürih, 1984, s. 303 dn. 44.

¹⁴ BK-RIEMER, Art. 83 ZGB, N. 21; ÖĞÜZ, s. 73. VK m. 8 hükmü de istifa olanağını teyit etmektedir. Birlikte vekâlet üstlenme, bireysel istifa hakkına halel getirmez: BK-FELLMANN Walter, **Berner Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR**, 1. Basım, Stämpfli, Bern, 1992, Art. 403 OR, N.

vakıf tüzel kişinin irade beyanlarına muhatap olmaya yetkili yönetim organına yöneltilmesi gerekecektir. Ancak bütün üyelerin görevden çekilmesi gibi¹⁵, istifa sonucunda yönetim organı faaliyette bulunmayacak durumda duruma gelecekte, kendisiyle işlem yasağının bir istisnai olarak beyanın yine bu organa karşı yapılması gerekir. Bu durumda VK m. 8 veya TMK m. 112 uyarınca yeni yönetim organı üyeleri belirleninceye veya kayyım atanıncaya kadar TBK m. 513 hükmünün örneksemeye uygulanması uygun düşer. Böylece, vakıf yeni yönetim organı kazanana veya vakfa kayyım atanana dek istifa etmiş yönetim göreve devam eder.

B. Hukuki İlişkinden Doğan Sorumluluğa Esas Borçlar ve Borçların Kapsamları

Vakıf ve yönetim organını oluşturan kişiler arasındaki ilişkide vekâlet sözleşmesi hükümleri uygulanacağından, yönetim organını oluşturan kişilerin vakfa karşı hukuki sorumlulukları ana olarak¹⁶ TBK m. 506/II uyarınca “sadakat ve özen” borçlarına dayalıdır. Bu itibarla, yönetim organını oluşturan kişiler, bu görevlerini yerine getirirken vakfa karşı sadakat ve özen borçlarını ifa etmek zorundadır¹⁷. Aksi takdirde, hukuki sorumluluğun diğer koşulları mevcutsa, bu borçlara aykırılık yönetim organını oluşturan kişilerin vakfa karşı sorumluluğunu doğurur. Başka bir deyişle vakıf yönetim organını teşkil eden kişilerin vakfa karşı hukuki sorumluluğunun doğumu için gerekli borca aykırılık unsurunu, esas olarak TBK m. 506/II uyarınca doğan sadakat ve özen borçlarının ihlali oluşturmaktadır.

Bu çerçevede, sadakat borcundan, vekilin müvekkilinin menfaatini diğer tüm kişilerin menfaatinden üstün tutma yükümlülüğü¹⁸, özen borcundan ise ve-

192; BSK-WEBER, Rolf H., **Basler Kommentar Obligationenrecht I**, 6. Basım, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 2015, Art. 403 OR, N. 6. Karş. SARI, Suat, **Vekâlet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi**, 1. Basım, Beşir Kitabevi, İstanbul, 2004, s. 234 vd.

¹⁵ Tek bir üye kalmış olsa dahi onun irade açıklamalarına muhatap olmaya yetkili kaldığı kabul etmek gerekir. OFK-BÜHLER, Ronald, **Orell Füssli Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht**, 4. Basım, Orell Füssli, Zürih, 2023, Art. 403 OR, N. 4.

¹⁶ Öte taraftan, vekâlet sözleşmesi hükümleri kapsamında, vekilin diğer borçlarının yerine getirilmemesi halinde sorumluluğun doğması yine mümkündür.

¹⁷ ÖZTAN, Bilge, **Tüzel Kişiler**, 2. Basım, Turhan, Ankara, 1998, s. 129.

¹⁸ ARAL, Fahrettin / AYRANCI, Hasan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 12. Basım, Yetkin, Ankara, 2019, s. 447; YAVUZ, Cevdet, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Cilt 2, 11. Basım (Hazırlayanlar: YAVUZ, Cevdet / ACAR, Faruk / ÖZEN, Burak), Beta, İstanbul, 2022, s. 1316; EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 7. Basım, Yetkin, Ankara, 2019, N. 2509; BK-FELLMANN, Art. 398 OR, N. 24; BSK-WEBER, Art. 398 OR, N. 8; Yarg. 1. HD., 6.7.2023, 2280/4059 (Kazancı) “*Bu itibarla vekil, vekil edenin yararına ve iradesine uygun hareket etme, onu zararlandırıcı davranışlardan kaçınma yükümlülüğü altındadır ... Vekil edenin yararı ile bağdaşmayacak bir eylem veya işlem yapan vekil değişilen maddenin son fıkrası uyarınca sorumlu olur*”.

kilin üstlendiği işgörmeye edimini yerine getirirken yasal ölçüt çerçevesinde özenli hareket etmesi yükümlülüğü¹⁹ anlaşılmalıdır. Buna göre, vakıf yönetim organını oluşturan kişilerin görevlerini yerine getirirken vakfın menfaatini üstün tutarak görev kapsamında nesnel olarak mümkün en üst düzeyde özenli davranmaları gerekmektedir.

Özen borcunun kapsamının tespitinde TBK m. 506/III hükmü dikkate alınacaktır. Buna göre, yönetim organında görevli olan kişilerden nesnel olarak, üstlendiği görev ve yetkiler ölçüsünde, basiretli bir tüzel kişi yöneticisinin²⁰ özeni beklenmektedir²¹. Sadakat borcu hususunda ise böyle bir ölçeklendirmeye gerek görülmemiştir. Zira vekil olarak yöneticinin görevini yerine getirirken daima vakfın menfaatlerini önde tutması gerekir. Herhangi bir gerekçeyle, başka bir kişinin menfaatlerinin üstün tutulmasına olanak sağlayacak şekilde bu borcun kapsamı daraltılamaz.

Vakıf yöneticilerinin sorumlulukları ve görevden alınmalarına ilişkin Vakıflar Kanunu m. 10/I hükmü yöneticilerin özen ve sadakat borçlarının içeriklerinin somutlaştırılmasında yol göstericidir²². Bu itibarla, vakıf senedine ve mevzuata uymamak, vakfın amacı doğrultusunda faaliyette bulunmamak, vakfın malları ile

¹⁹ ARAL / AYRANCI, s. 448; EREN, **Özel Hükümler**, N. 2500; YAVUZ, s. 1304 vd.

²⁰ Yönetim organının ticari işletmenin ekonomik esas ve yöntemlere göre yürütülmesiyle sorumlu olduğu: OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, N. 1400; Mülga 25.7.1970 tarihli 7/1066 sayılı Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Kurulan Vakıflar Hakkında Tüzük m. 23 (“*Vakıf idarecileri, vakıf senedinde yazılı şartlarla, yürürlükteki kanun ve nizamla uymak ve genel olarak basiretli bir idareci gibi hareket etmek zorundadırlar*”) uyarınca genel olarak basiretli tacir kavramından uygun düştüğü ölçüde yararlanılabileceği fikrinde: AKÜNAL, s. 136.

²¹ BSK-GRÜNİNGER, Art. 83 ZGB, N. 22; AKSOY DURSUN, s. 171; Yarg. 18. HD., 2.6.2015, 6494/9303 (Kazancı) “... *davalı vakfın 2005-2008 yılları işlemlerine dair olarak düzenlenen teftiş raporunu esas alarak; vakıf yöneticilerinin mevzuata aykırı davrandıkları, emlak vergilerinin zamanında yatırılmadığı, vakfa ait gayrimenkulleri rayiçlerinin çok altında kiraya vermek suretiyle vakıf kaynaklarını verimli bir şekilde kullanmayıp basiretli bir idareci gibi hareket etmeyerek vakfı zarara uğrattıkları, vakıf tarafından yapılan bazı harcamalara kayıtlara intikal ettirmedikleri, daha önceki teftiş raporunda belirtilmesine ve bu konuda uyarılmalarına rağmen vakıf belgelerinin zamanında teftiş makamına iletilmediği ileri sürülerek 5737 Sayılı Vakıflar Yasası'nın 10. maddesine aykırılıklar sebebiyle vakıf yöneticilerinin görevden alınmaları istenildiğine göre...*”; Malvarlığı yönetimi bakımından özenli yönetimin gerektiği; güvenlik, rantabilite ve likidite hususlarının dikkate alınmasının icap ettiği: CHK-EISENRING, Art. 83 ZGB, N. 7.

²² Bu noktada vakıf yöneticilerinin ağır kusurlarıyla vakfı zarara uğratma halinde görevden alınabilmeleri, TBK m. 115 hükmüne kıyasen vakıf senedinde vakıf yöneticilerinin hafif kusurları halinde sorumlu olmayacakları yönünde bir hükme verilip verilemeyeceği yönünde bir soru yaratabilir. Vakfın amacına uygun faaliyette bulunması zorunluluğunu teminen vakıf malvarlığının azalmasını önlemek için böyle bir olanağa imkân verilmesi gerekir: BK-RIEMER, Art. 83 ZGB, N. 19; CHK-EISENRING, Art. 83 ZGB, N. 9; Dernekler bakımından hafif kusur için dernek tüzüğünde bu olanağın bulunduğu fikrinde: ÇETİN, s. 184. Diğer yandan öğretide azınlıktaki bir görüşün (BSK-WIEGAND, Wolfgang, Art. 100 OR, N. 6; BUCHER, Eugen, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht**, 2. Basım, Schulthess, Zürich, 1988, s. 348 dn. 77; YAVUZ, s. 1308) vekâlet ilişkilerinde vekil lehine sorumsuzluk anlaşması yapılamayacağı yönünde olduğunu da hatırlamak gerekir. Vakıflar açısından bu görüşte: AVCI, s. 81.

gelirlerini amaca uygun kullanmamak ve Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından tespit edilen noksanlık ve yanlışlıkları verilen süre içerisinde tamamlamak, düzeltmemek veya aykırı işlemlere devam etmek eylemlerinin vakıf yönetim organını oluşturan kişilerin sorumluluğunu doğurmaya elverişli olduğu ifade edilmelidir²³.

Son olarak yönetim organına bu görevleri karşılığında huzur hakkı benzeri bir karşı edim öngörülmemiş olduğu durumda dahi TBK m. 114/I hükmünden hareketle yönetim organını oluşturan kişilerin borçlarının kapsamının ve kusurlarının takdirde lehlerine bir değerlendirme yapılamayacağı, bu durumun ancak tazminatın belirlenmesinde nazara alınabileceği vurgulanmalıdır. Zira güvene dayanan vekâlet ilişkisinin bünyesi, vekilden beklenecek özen derecesinin belirlenmesinde ücretin ölçüt alınmasına uygun düşmemektedir²⁴.

III. SORUMLULUK REJİMİ

A. Genel olarak

Vakıf yönetim organını oluşturan kişiler bakımından da geçerli hukuki sorumluluğun doğumu için gerekli unsurlar genel surette, fiil, borca veya hukuka aykırılık, kusur, zarar ve uygun nedensellik bağı olarak ifade edilebilir²⁵. Vakıf yönetim organını oluşturan kişilerin vakfa karşı hukuki sorumluluğu bakımın-

²³ Mevzuata, vakıf senedine ve özellikle amaca aykırı yönetim her halükarda özen borcunun ihlalidir: OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, N. 1409; BSK-GRÜNİNGER, Art. 83 ZGB, N. 21a; CHK-EISENRING, Art. 83 ZGB, N. 9; ATF 128 V 124; Yarg. 18. HD., 26.5.1998, 3814/6091 (Kazancı) “*Vakıf yöneticileri, vakıf parasını harcarken vakfın amacına ve bu amaca yönelik olarak vakıfname öngörülen kurallara uymak durumundadırlar. Bu kurallara uyulmaması halinde, diğer bir deyimle vakıf parası, açıkça vakfın amacına uygun olmayan yerlerde harcandığı takdirde vakfın bu sebeple zarara uğratıldığı kabul edilmelidir. Çünkü; amaç dışında olan bu harcamalar yapılmasıyla vakfın amacına uygun harcamalar daha büyük meblağlarla yapılacak idi. Bu sebeple davalılar ... ilke olarak vakfın uğratıldığı bu zarardan sorumludurlar*”; Yarg. 6. HD., 11.3.1980, 7720/2266 (Lexpera) “*Vakıf yöneticilerinin, vakıf senedi ve yönetmeliğine aykırı olarak, hiç bir taahhüt olmadan ve banka idare meclisinin muvafakatını sağlamadan 10 yıl vade ve %1 faizle 9.410.000 lirayı borç olarak verdiklerinde taraflar birleşmişlerdir ... Vakıf idarecileri, vakıf senedinde yazılı şartlarla, yürürlükteki kanun ve nizamlara uymak ve genel olarak basiretli bir idareci gibi hareket etmek zorundadırlar ... Vakıf idarecileri vakıf senedindeki şartlar ve idareciler, tanınan yetkiler dışında vakıf gelirini sarf edemezler. Vakfa zarar veren kavli ve fiili hareketlerde bulunamazlar*”; Yarg. 18. HD., 3.6.2010, 4760/8420 (Kazancı) “*Kurulmuş olan bir vakfın özgülendiği amaç doğrultusunda varlığını sürdürmesi ve yönetim organlarıncı da bu amacın gerçekleştirilmesi esastır ... önemli olan vakfın amacını gerçekleştirilmesiyle dolayısıyla özgülünen mal ve hakların amacın gerçekleşmesi için yapılacak iş ve işlemlere harcanmasıdır*”.

²⁴ İFM, 13.11.2001, H 200/01 (Swisslex) “*Ücret karşılığı olmasa dahi görevi üstlenerek işgören, organsal borçlarla yükümlü olur. Gönüllülük bu borçların daha az özenle yerine getirileceği anlamına gelmez*”; İFM, 20.8.2002, 5A.8/2002 (Swisslex); ARAL / AYRANCI, s. 449-450; GÜMÜŞ, M. Alper, **Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu**, I. Basım, Beta, İstanbul, 2001, s. 339; Aksi görüşte: BSK-GRÜNİNGER, Art. 83 ZGB, N. 24; CHK-EISENRING, Art. 83 ZGB, N. 10.

²⁵ BSK-GRÜNİNGER, Art. 83 ZGB, N. 21; CHK-EISENRING, Art. 83 ZGB, N. 9; ATF 128 V 124.

dan bu unsurlardan, fiil ve uygun nedensellik bağının özellik göstermeyeceği için söz konusu unsurlara ayrıca değinmeye gerek bulunmamaktadır. Sorumluluğun borca aykırılık unsuruna ise yukarıdaki başlıkta temas edilmiştir. Buna göre, vakıf ve yönetim organını oluşturan kişiler arasındaki vekâlet sözleşmesi hükümlerine tâbi ilişki çerçevesinde doğan bir borcun yerine getirilmemesi, bu unsurun varlığı için yeterlidir. Buna karşılık, sorumluluğun diğer unsurları ile ispat yükü ve yönetim örgütlenmesinin sorumluluk üzerindeki etkisi özellik arz ettiklerinden bu noktaları ayrıca açıklama gereksinimi bulunmaktadır.

B. Zarar ve Tazminatın Belirlenmesi

Vakıf ve vakıf yönetim organını oluşturan kişiler arasındaki hukuki ilişki-den meydana gelen borcun yerine getirilmemesinden doğan bir sorumluluk (TBK m. 112²⁶) söz konusu olduğundan, vakfın olumlu menfaati zararın tespitinde esas alınır. Farklı bir ifadeyle, vakıf yönetim organını oluşturan kişiler, vakfa karşı olan borçlarını yerine getirmiş olsalardı, vakıf malvarlığının bulunacağı varsayımsal durum zararın tespitinde belirleyicidir.

TBK m. 114/II hükmünde yapılan gönderme uyarınca zarar ve tazminatın belirlenmesi aşamalarında TBK m. 50-51 hükümleri örneksene yoluyla uygulama alanı bulur. Vakfın yönetim organı üyelerinin sorumluluğu bakımından özellikli olarak TBK m. 52/I kapsamında zarar görenin kusuruna (birlikte/müterafık kusur) değinmek gerekir. Anılan hüküm uyarınca, hukuka yahut borca aykırılık sonucunda zarara uğrayan kişi, bu zararın doğumunda veya artışında, nedensellik bağını kesmeyecek ölçüde²⁷ etkili olmuşsa yargıç, tazminatın belirlenmesi aşamasında tazminatı tespit edilen zarardan daha düşük bir tutarda takdir edebilir ve hatta tazminata hükmetmekten tamamen sarfınazar edebilir.

²⁶ TBK m. 112 hükmü kaynağı ne olursa olsun bir borcun ifa edilmemesi halinde bu borcun ifasına olan menfaatin giderim konusu olacağını düzenlemektedir: ÖZ, Turgut, **İstanbul Şerhi-Türk Borçlar Kanunu ve Yürürlük Kanunu**, 3. Basım, Vedat, İstanbul, 2019, TBK m. 112, N. 5 ve 13; DEMİRSATAN, Barış, **Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Sözleşmenin Haksız Olarak Sona Erdirilmesi**, 2. Basım, On İki Levha, İstanbul, 2021, s. 158-159; GAUCH, Peter / SCHLUEP, Walter R. / EMMENEGGER, Susan, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Band II**, 9. Basım, Schulthess, Zürih Basel Cenevre, 2008, N. 2933. Bu nedenle TBK m. 114/II hükmünde yer alan “sözleşmeye aykırılık hâllerine” ifadesi amacından dar olup isabetsizdir.

²⁷ OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. II, 17. Basım, Vedat, İstanbul, 2022, N. 379-380; NÖMER, Haluk N., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 19. Basım, Beta, İstanbul, 2023, N. 113; EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 24. Basım, Yetkin, Ankara, 2019, N. 1747; ANTALYA, O. Gökhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II**, 1. Basım, Legal, İstanbul, 2015, s. 464; AKINCI, Şahin, **Borçlar Hukuku Bilgisi**, 10. Basım, Sayram, Konya, 2017, s. 180; Yarg. HGK., 15.12.2022, 21-297/1760 (Kazancı) “... zarar görenin kusurunun illiyet bağıni kesecek yonunlukta olup olmadığı tespit edildikten sonra zarar görenin müterafık (ortak) kusuru belirlenerek sorumluluk paylaştırlıp tazminattan indirim yapılacaktır”.

Vakıf yönetim organını oluşturan kişilerin vakfa karşı sorumluluğunda, zarara uğrayan vakıftır. TBK m. 52/I uyarınca zarar görenin kusuru teşkil edebilecek eylemleri dolayısıyla vakfın işlemesi gerekmektedir. Bir tüzel kişi olarak vakıf bu eylemleri yönetim organı aracılığı ile yapabilir. Oysa bu organı oluşturan kişilerin sorumluluğu söz konusudur. Bu durumda vakıf aleyhine zarar görenin kusurundan söz etmek, sorumluların kendi kınanabilir eylemlerinden yararlanması anlamına geleceğinden kabul edilemez. Zarar görenin kusurundan bahisle tazminattan indirim yapılması, iradi örgütlenmesinin bulunduğu durumlarda, zararın doğumu veya artışıında sorumlu tutulan kişiler dışında bir organının etkili olması halinde mümkün sayılabilir. Örnek olarak, karar organının²⁸ yol açtığı bir zararın artmasına yürütme organının neden olduğu bir durumda, karar organını oluşturan kişilere karşı tazminat talep edildiğinde, yürütme organını oluşturan kişilerin eylemleri, vakfın müterafik kusuru olarak ileri sürebilir. Zarar görenin kusuruna dayalı olarak tazminattan indirim yapılabilecek diğer bir olasılık ise, zararın doğumu veya artışıında vakfın sonraki yönetim organını oluşturan kişilerin etkili olmasıdır²⁹.

C. Kusur

Vakıf yönetim organını oluşturan kişilerin sorumluluğu, vakıf ile aralarındaki hukuki ilişkin doğan borcun ihlalden kaynaklandığından esas olarak TBK m. 112 hükmü uygulanacaktır³⁰. Bu itibarla, vakıf yönetim organını oluşturan kişilerin sorumluluğu kusura dayanmakta olup sorumluluğu bertaraf edebilmek için kusursuzluğun ispat edilmesi gerekmektedir³¹. Fakat genel hükümler çerçevesinde vekilin kusursuz olarak sorumlu tutulabileceği ihtimallerde, aynı ilke vakıf yönetim organı mensupları bakımından söz konusu olacaktır. Bu husus özellikle, yardımcı kişi kullanımı (TBK m. 116) çerçevesinde geçerli olur³². Vakıf senedinde öngörülmüşse TBK m. 507/II hükmüne uygun olarak³³, alt-vekâlet

²⁸ Karar organının vakıf amacını yerine getirmek için karar alma imkânının bulunduğu, vakfedenin belirlediği amaçla sınırlı olduğu vurgulanmak gerekir: BK-RIEMER, Art. 83 ZGB, N. 9; CHK-EISENRING, Art. 83 ZGB, N. 6; DURAL / ÖĞÜZ, s. 370; GÜRZUMAR, s. 533. Temel irade vakıf senedinde yer aldığından demek veya ortaklıklara benzer bir karar organına gerek olmadığı: SEROZAN / ENGİN / ATAMER, s. 519.

²⁹ Bu varsayımda, yeni yönetim organı da kaybettirdiği tazminat alacağı kadar sorumlu olacaktır. Zira bu durum her halükarda özensiz bir yönetimi gösterir.

³⁰ Vakfın tazminat alacağını haksız fiile dayandırdığı takdirde, bu sorumluluk rejiminin kuralları uygulanır (CHK-EISENRING, Art. 83 ZGB, N. 9). Yargılamada ise TBK m. 60 gereğince aksine bir talep yoksa TBK m. 112'e dayalı sorumluluk rejimi esas alınmak gerekir.

³¹ CHK-EISENRING, Art. 83 ZGB, N. 10; BSK-GRÜNINGER, Art. 83 ZGB, N. 21; AVCI, s. 76.

³² İlgili kişilerin tüzel kişiyle sözleşme ilişkisi içinde olması halinde TBK m. 116'nın uygulanmayacağı bu kişilerin tüzel kişiye karşı kendi sözleşmeleri çerçevesinde sorumlu olabileceği: ÇETİN, s. 202.

³³ Vakıf senedinde aksine hüküm yoksa kural, görevin şahsen ifasıdır: BSK-GRÜNINGER, Art. 83 ZGB, N. 5a; CHK-EISENRING, Art. 83 ZGB, N. 4.

ilişkisi çerçevesinde birtakım görevler bakımından organ mensubu sıfatını taşımayan alt-vekillere başvurulduğu durumda, sorumluluk anılan hüküm uyarınca sadece alt-vekilli seçme ve talimat vermede özensiz olduğu müddetçe sorumluluk doğar³⁴.

Vakıflar Kanunu m. 10/IV hükmünde yer alan “*Vakıf yönetiminde yer alan kişiler ile vakıf çalışanları kusurlu fiilleri nedeniyle vakfa verdikleri zararlardan sorumludurlar*” düzenlemesinin, TBK m. 112 uyarınca mevcut sorumluluk rejimini teyit ettiğini vurgulamak önem taşır. Eş deyişle VK m. 10/IV hükmü TBK m. 112 hükmüne nazara özel hüküm niteliği taşımamaktadır. Sadece nötr bir şekilde, belirtilen kişilerin sorumlu tutulma olanaklarının bulunduğunu belirtmektedir. Dolayısıyla ispat yükü açısından kusurun vakıf tarafından kanıtlanması gerektiği ileri sürülemez. Yasakoyucunun amacı burada vakfın, yöneticilerine karşı sahip olduğu talep olanaklarını daraltmak değildir³⁵.

Sorumluluk, kusur açısından da çok büyük ölçüde vekâlet sözleşmesinde vekilin kusuru ile özdeşlik göstermektedir. Bununla birlikte, amacına ulaşmak için ticari işletme işleten vakıflarda, tacir sıfatının kazanılmasından bağımsız olarak, ticari işletme kapsamında birtakım riskler almanın olağan olduğu ve bu riskin olumsuz sonuçlanmasının yönetim organının her durumda kusurlu sayılmasına neden olmayacağı kabul edilmelidir. Zira ticari faaliyete girişmek bünyesinde doğası gereği bir risk barındırmaktadır. Vakıfların amaçlarına ulaşmak için ticari işletme işletmesine olanak tanıyan hukuk düzeni, bu risklerin üstlenilmesine de cevaz vermiştir. Kusurun varlığını tespitte önemli olan ölçüt, riskin karar tarihinde ticari açıdan alınabilirliği³⁶ ve sonrasında riskin gerçekleşmemesi için gerekli özenin gösterilmesidir. Bu noktada, özellikle anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu

³⁴ BSK-GRÜNİNGER, Art. 83 ZGB, N. 19; Derneklerde: ÇETİN, s. 203.

³⁵ Ancak belirtmek gerekir ki benzer içerikteki TTK m. 553/I hükmüne ilişkin olarak aksi yönde karar mevcuttur: Yarg. 23. HD., 6.2.2019, 2905/301 (Kazancı); TBK m. 112 hükmünün esas alınması gerektiği yönünde: KENDİGELEN, Abuzer, *Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*, 3. Basım, On İki Levha, İstanbul, 2016, s. 460; Kusur bakımından aynı içerikteki İBK m. 754 hükmü açısından benzer yönde: OFK-AMSTUTZ, Marc / GOHARI, Ramin Silvan, Art. 754 OR, N. 117; İFM, 5.1.2011, 4A. 467/2010 (Swisslex) “*Ortaklık ve yönetim kurulunun her bir üyesi arasındaki hukuki ilişki vekâlete tâbi olduğundan (ATF 129 III 499 gerekçe 3.3 sayfa 503), kusurun varlığını, İsviçre Borçlar Kanunu m. 97/I hükmünü uygulayarak, karine olarak kabul etmek mümkündür*”.

³⁶ Benzer yönde: KAPLAN İbrahim, “Bankaların Gözetimi, Denetimi ve Hukuki Sorumluluk”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Y. 2006, C. 23, S. 3, s. 23; GÖKTÜRK, Kürşat, “Amerikan, Alman, İsviçre ve Türk Hukukunda İşadamı Kararı İlkesi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2011, C. 2, S. 2, s. 239; Genel olarak vakıf malvarlığının risklere maruz bırakılmaması görüşünde: CHK-EISENRING, Art. 83 ZGB, N. 7.

bakımından uygulanabilir nitelikteki “işadamı kararı” ölçütünden faydalanılması olanaklıdır³⁷.

D. Talep Hakkı Sahibi ve Yönetim Örgütlenmesinin Sorumlular Üzerindeki Etkisi

Vakıf yönetim organını oluşturan kişilerin vakfa karşı hukuki sorumluluğunda alacak hakkı ve bununla bağlantılı olarak talep hakkı vakıf tüzel kişisine aittir³⁸. Buna göre, tazminat alacağı, vakıf yönetim organı tarafından vakıf adına talep edilebilecektir. Tazminat alacağı, zararın meydana gelmesiyle doğduğu³⁹ için alacak doğduğu anda borçlu ile bu borcun ifasını talep edecek alacaklının temsile yetkili yönetim organını oluşturan kişiler arasında kural olarak özdeşlik bulunacaktır. Bu özdeşliğin yarattığı fiili talep olanaksızlığı sebebi ile tazminat alacağına ilişkin dava takip yetkisinin üçüncü bir şahsa ait olup olamayacağı sorusu akla gelebilir. Dava takip yetkisi, bir alacağı dava edebilmeye ilişkin yasa ile belirlenen usul hukuku alanına ait yetkiyi ifade eder (HMK m. 53⁴⁰). Kural, alacaklının alacağı talep ve dava edebilmesidir. Bununla birlikte, bir yasa hükmü ile bir kişinin başka bir kişiye ait alacağı, kural olarak alacaklı lehine hükmedilmek üzere, dava edebilmesine olanak tanınabilir. Vakıflara ilişkin mevzuat göz önünde bulundurulduğunda, denetim makamı olarak Vakıflar Genel Müdürlüğü'ne bu yönde bir yetki tanınmadığı görülmektedir⁴¹. Bu durumda vakfın ancak vakıf yönetim organının Vakıflar Kanunu m. 10 veya TMK m. 112 uyarınca görevden alınarak yerine tayin edilecek kişilerle oluşan yönetim organı yahut kayyım aracılığı ile tazminat alacağını talep etmesi sağlanabilir⁴². Bunun yanı sıra, vakfın ala-

³⁷ TEKİNALP, Ünal, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 4. Basım, Vedat, İstanbul, 2015, s. 440. Kaldı ki öğretilerde öteden beri ticari yaşamın içinde olan risklerin gerçekleşmesinin tek başına sorumluluk sebebi olmayacağı kabul edilmiştir: HELVACI, Mehmet, *Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukukî Sorumluluğu*, 1. Basım, Beta, İstanbul, 2001, s. 2; ÇAMOĞLU, Ersin, *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukukî Sorumluluğu*, 2. Basım, Vedat, İstanbul, 2007, s. 73.

³⁸ BSK-GRÜNINGER, Art. 83 ZGB, N. 26; OFK-AEBERSOLD, Thomas / LEIMER, Rahel, *Orell Füssli Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, Orell Füssli, 4. Basım, Zürih, 2021, Art. 83 ZGB, N. 9.

³⁹ DEMİRSATAN, s. 171.

⁴⁰ KURU, Baki, *Medenî Usul Hukuku El Kitabı*, Cilt I, 1. Basım, Yetkin, Ankara, 2020, s. 330-331; PEKCANITEZ, Hakan / TAŞ KORKMAZ, Hülya, *Pekcanitez Usûl-Medenî Usûl Hukuku*, 15. Basım, On İki Levha, İstanbul, 2017, s. 593 ve 597.

⁴¹ Bununla birlikte olması gereken hukuk açısından Vakıflar Kanunu'na bu yönde bir hüküm eklenmesi yerinde olacaktır.

⁴² Vakıflar Kanunu m. 10 hükmünde sayılan sebepler her halükarda yönetim organını oluşturan kişilerin görevden alınması için dayanak oluşturmaktadır. TMK m. 112 uyarınca bu sebeplerin yanı sıra başka olgular da görevden alınma için haklı neden teşkil edebilir. Bu çerçevede Vakıflar Kanunu m. 10 ve TMK m. 112 hükümleri yönetim organını oluşturan kişilerin görevden alınmaları hususunda birbirlerinin uygulanmasına engel olmaz. Vakıflar Kanunu m. 10/II(c) hükmü vakfı ağır kusurla zarara uğratan yöneticile-

caklılarından birisinin tazminat alacağını haczettirdiği takdirde İİK m. 120/II uyarınca, tacir sıfatına sahip bir vakıf (TTK m. 16) iflas ettiği takdirde iflas alacaklılarının bu tazminat alacağını İİK m. 245 uyarınca dava etmesi mümkündür. Bu ihtimalde dava sonucunda elde edilen alacak, dava takip yetkisi alan kişinin alacağına ve masraflarına sayılır (İİK m. 120/III, 245⁴³).

Vakıf yönetim organını birden fazla kişi oluşturduğu takdirde müteselsil sorumluluğun doğacağı sonucuna varmak gerekir⁴⁴. Bu noktada bir ayırım yapılması uygun düşer. Vakıf yönetim organını oluşturan kişiler birlikte vekâlet görevi üstlenmiş olduklarından TBK m. 511/II uyarınca müteselsil sorumluluk doğar. Ancak vakıf senedinde iradi olarak farklı bir yapı yönetim için örgütlenmesi için öngörüldüğü, yönetimle ilgili farklı organları oluşturan kişilerin sorumluluğunda aynı organı oluşturan kişiler arasındaki teselsül TBK m. 511/II'ye⁴⁵; farklı organlar arasındaki kişiler arasındaki teselsül ise ayrı hukuki ilişkilerin varlığından ötürü TBK m. 61'e dayanır⁴⁶. Anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunda düzenlenen farklılaştırılmış teselsül (TTK m. 557) burada örnekseme yoluyla uygulama alan bulamaz. Ancak, bir tazminat borcunda müteselsil sorumluluk söz konusu olduğundan, her bir sorumlu kendi bünyesinde mevcut tazminattan indirim sebeplerini ileri sürebilir⁴⁷. Buna göre, örnek olarak, yönetim organını oluşturan kişilerden herhangi biri kusurunun hafifliğini ileri sürerek sorumlu olduğu tazminat tutarından indirim yapılmasını TBK m. 51/I uyarınca sağlayabilir; benzer şekilde kusursuz sorumluluğu doğu-

rin görevden alınacağını düzenlemektedir. Hükümde diğer sayılan olguların gerçekleşmesi halinde, zararın doğumu ve kusurun varlığından bağımsız olarak, vakıf yönetim organının değiştirilmesi söz konusu olabilecektir. Buna karşılık, hükümde sayılan diğer olgular gerçekleşmeksizin vakfın hafif kusurla zarara uğratılması halinde, ancak TMK m. 112 anlamında haklı sebep varsa yönetim değişikliğine gidilerek zararın giderimi temin edilebilecektir.

⁴³ Sözleşmesel tazminatın İİK m. 120/II uyarınca dava edilebileceği: Yarg. 23. HD., 22.10.2014, 8046/6505 (Kazancı).

⁴⁴ Kurul olarak yönetim organında görev almayı kabul eden yöneticilerin vakıfça anlaşılacak surette birlikte hareket iradesinin bulunduğu açıktır. Bu itibarla TBK m. 511/II hükmünün uygulama koşullarından biri olan birlikte hareket iradesi (SARI, s. 234) daima mevcuttur.

⁴⁵ VON TUHR / ESCHER, s. 303 dn. 44; BK-FELLMANN, Art. 403 OR, N. 153; TBK m. 61 hükmü çerçevesinde de müteselsil sorumluluğun doğumunun olanaklı bulunduğu yönünde: CR-WERRO, Franz, **Commentaire Romand Code des obligations I**, 2. Basım, Helbing Lichtenhahn, Basel, 2012, Art. 403 CO, N. 8.

⁴⁶ CHK-EISENRING, Art. 83 ZGB, N. 10. Ayrıca TBK m. 511/II hükmünün uygulanabilmesi için üstlenilen işgörmeye edimlerinin aynı içerikte olması gerekir: ATF 125 III 223; BSK-WEBER, Art. 403 OR, 5. Karş. Teselsülün genel olarak TBK m. 61'e dayandığı fikrinde: AVCI, s. 81.

⁴⁷ CR-WERRO, Art. 403 CO, N. 8; EREN, **Genel Hükümler**, N. 2548; NOMER, N. 126.11; TEKİNAY, S. Sulhi / AKMAN, G. Sermet / BURCUOĞLU, Haluk / ALTOP, Atilla, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Basım, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 702; TANDOĞAN, Haluk, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, 1. Basım, Vedat, İstanbul, 2010, s. 382; AVCI, s. 81; Karş. ANTALYA, s. 547-548.

ran bir hukuki sebep yoksa kusursuzluğunu ispat ederek sorumluluktan tamamen kurtulabilir⁴⁸. Bununla birlikte, kusursuzluğun ispatı aşamasına gelinebilmesi için öncelikle borç ihlali bulunması gerekmektedir. Yönetim organını oluşturan kişilerden birisi, vakıf tüzel kişisi ile arasındaki hukuki ilişki kapsamında doğmuş borçları ihlal etmediğini ispat ettiği takdirde sorumlular arasında yer almayacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki genellikle kişilerden birinin sorumluluğunu doğuracak bir ihlalde bulunması, diğer kişilerin de yeterli gözetimi yerine getirmediğinden özen borcunu ihlal etmesi sonucunu getirir⁴⁹.

IV. SONA ERMESİ

A. Genel Olarak

Vakıf yönetim organını oluşturan kişilerin vakfa karşı hukuki sorumluluğunu doğuran koşullar gerçekleştikten sonra doğan tazminat borcunun sona ermesi esas itibarıyla borçların sona ermesine ilişkin genel durumlara tâbi olup özellik göstermemektedir. Bununla birlikte borcun ibra sözleşmesi aracılığı ile sona erdirilmesi ve zamanaşımına uğraması hususlarında, vakıf yönetim organını oluşturan kişilerin sorumluluğunun söz konusu olması nedeniyle karşılaşılabilecek birtakım farklı noktalar bulunmaktadır.

B. Zamanaşımı

Vakıf ile yönetim organını oluşturan kişiler arasındaki hukuki ilişki vekâlet sözleşmesi hükümlerine tâbi olduğu için TBK m. 147/I b. 5 uyarınca beş yıllık zamanaşımı süresi uygulama alanı bulur⁵⁰. Tazminat borçlarına ilişkin özel bir zamanaşımı başlangıcı (TBK m. 149) ve muacceliyet rejimi öngörülmediğinden, TBK m. 90 uyarınca zararın gerçekleşmesiyle birlikte tazminat borcunun doğumu üzerine zamanaşımının işlemesi gerekecektir⁵¹. Bununla birlikte yukarıda işaret edildiği üzere, alacaklı vakfın bu alacağını talep edebilmesi, ancak bu hususta temsil yetkisine sahip yönetim organı aracılığı ile mümkün olabilecektir. Dolayısıyla, alacaklı

⁴⁸ BK-FELLMANN, Art. 403 OR, N. 159 ve 162; AVCI, s. 83. Zira müteselsil borçlulardan biri diğerlerinin durumunu ağırlaştırmaz (TBK m. 165): VON TUHR / ESCHER, s. 306 vd.

⁴⁹ BK-FELLMANN, Art. 403 OR, N. 163, yazar bu durumda teselsülün İBK m. 51 uyarınca doğacağı kanısındadır.

⁵⁰ Karş. Dernek bağlamında aradaki ilişkinin vekâlet sözleşmesi hükümlerine tâbi olduğu kanaatine karşın on yıllık zamanaşımı fikrinde: ÇETİN, s. 211.

⁵¹ DEMİRSATAN, Barış, "Le délai absolu de prescription dans la responsabilité délictuelle en droit turc et le droit de l'accès effectif au tribunal", *GSÜHFD*, Y. 2019, S. 2, s. 737; KARA, Doğan, *Satış Sözleşmesi Çerçevesinde Ayrıptan Sorumlulukta Zamanaşımı ve Ayrıptan Doğan Def'i Hakları*, 1. Basım, On İki Levha, İstanbul, 2020, s. 200.

adına borçludan borçluların talepte bulunması söz konusudur. Tazminat borcunun, alacağı talep etmeye yetkili yönetim organı dışında kalan, iradi bir organın üyeleri malvarlığında doğması gibi istisnai haller⁵² saklı kalırsa, vakfın tazminat alacağını talep etmesi hususunda fiili bir imkânsızlık bulunmaktadır⁵³.

Zamanaşımının durması kurumunun uygulamasına yol açan olgular dikkate alındığında, benzer şekilde alacaklının borçludan nesnel ve öznel sebeplerle talepte bulunamayacağı hallerin toplam yedi bentte düzenlendiği görülmektedir⁵⁴. Zamanaşımın durmasına yol açan olgularla birebir özdeşlik gösteren bu durumda da TBK m. 153 hükmü örnekseme yoluyla (MK m. 1/II) uygulanmalıdır⁵⁵. Zira TBK m. 153 hükmünde sayılan hallerde korunması hedeflenen menfaat bakımından vakfın, yönetim organı üyelerine karşı sahip olduğu tazminat alacağı açısından farklılık yoktur. Zamanaşımının durmayacağını kabul edilmesi halinde, sorumlu yönetim organı üyelerinin zararın doğmasından sonra beş yıl daha görevde kalmasıyla vakfın uğradığı zararı tazmin etme olanağı, sorumluların zamanaşımı def'ine başvuracakları öngörüsü kolaylıkla yapılabildiğinden, fiilen ortadan kalkmaktadır⁵⁶. Bu durumda, TBK m. 153'ün örneksemeyle uygulanmasıyla birlikte, tazminat borçlusu olup vakıf adına alacak talep etmeye yetkili organı oluşturan kişilerin görevlerinin sona ermesiyle ve talep hakkını fiilen ileri sürebilir yeni bir yetkili organın oluşumuyla birlikte, beş yıllık zamanaşımı süresi işlemeye başlayacaktır (TBK m. 153/II⁵⁷). Aksi halde vakıf fiilen tazminat alacağını elde etme hakkından yoksun

⁵² Bu ihtimalde de talebe yetkili organı oluşturan kişiler tazminat alacağının zamanaşımına uğramasına sebebiyet verdikleri takdirde bu durum onlar nezdinde ayrı bir sorumluluk sebebi teşkil edecektir.

⁵³ BSK-GRÜNINGER, Art. 83 ZGB, N. 26.

⁵⁴ BUCHER, s. 461; CR-PICHONNAZ, Pascal, Art. 134 CO, N. 1; ATF 134 III 294.

⁵⁵ ATF 120 II 112 “Benzer olgu durumları, mümkün mertebe, benzer bir hukuki anlayış gerektirir zira yasakoyucu tutarlı olmak ve çelişiklerden kaçınmak zorundadır”.

⁵⁶ Örnekseme yapılabileceği yönünde: SPIRO, Karl, **Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen Band I**, 1. Basım, Stämpfli, Bern, 1975, §71, s. 152; GAÜCH, Peter, **Le contrat d'entreprise**, Çeviri: CARRON, Benoît, 1. Basım, Schulthess, Zürih, 1999, N. 2257; AYAN, Serkan, **Zamanaşımının Durması ve Zamanaşımının Kesilmesi**, 1. Basım, Adalet, Ankara, 2020, s. 46; İBK m. 134/b. 6 (TBK m. 153/b. 6)'nın geniş yorumlanması: BK-HERMANN, Becker, **Berner Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR**, 2. Basım, Stämpfli & Cie, Bern, 1945, Art. 134 OR, N. 9; ATF 90 II 438. Aksi yönde: ATF 100 II 339; ATF 141 III 522. Bu durumun derdestliğinin zamanaşımını durdurmadığı Türk hukukuyla koşut 2011 yılı öncesi rejimde söz konusu olmadığı hakkında: BK-WILDHABER, Isabelle / DEDE, Sevdâ, **Berner Kommentar Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen Die Verjährung, Art. 127-142 OR**, 1. Basım, Stämpfli, Bern, 2021, Art. 134 OR, N. 5; Salt soyut dava edebilme ihtimalinin zamanaşımının durmasına engel olmaya yeterli sayılamayacağı: SCHWENZER, Ingeborg, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, 7. Basım, Stämpfli, Bern, 2016, N. 84.24.

⁵⁷ Tazminat alacağının zamanaşımına uğratılması halinde, bu durum özen borcuna aykırılık oluşturduğu ölçüde, alacağı talep etmeye yetkili yönetim organı üyelerinin sorumluluğu doğar. Bu çerçevede: İFM, 21.3.2007, 2A_579/2006 (Swisslex).

kalacaktır ve son tahlilde bu durum vakfın mahkemeye etkin erişim hakkını (AY m. 36/II, AİHS m. 6/I) dahi zedeleyebilir.

Bu sonuçtan kaçınmak amacıyla farklı bir çözüm olarak zamanaşımının dolduğunun ileriye sürülmesinin kategorik olarak TMK m. 2'ye aykırı addedilmesi akla gelebilir. Dürüstlük kuralı söz konusu olduğundan somut durum incelenmeksizin böylesi kategorik nitelendirmelerin isabeti son derece tartışmaya açıktır. Öte yandan, yönetim organını oluşturan kişilerin neden oldukları bir zararın varlığından ve tutarından haberdar olması da her zaman beklenemez. Bu nedenle hareketsizliği doğrudan doğruya dürüstlük kuralına aykırı kabul etmek uygun düşmez. Nihayet TMK m. 2 hükmünün, sözleşme yapma zorunluluğunda karşılaşıldığı gibi teknik anlamda yasanın varlığı gerekmedikçe yasa boşluğunu doldurma seçeneğinden sonra başvurulması gereken ikincil çare olduğu⁵⁸ göz önünde bulundurulursa, TBK m. 153 hükmünün örneksemeyle uygulanmasının en uygun ve teknik çözüm olacağı anlaşılacaktır. Bu noktada “istisnalar genişletilmez/*singularia non sunt extenda*” ilkesine dokunulmaz bir dogmaymışçasına bağlı kalmak doğru değildir⁵⁹.

C. İbra

Alacaklı ve borçlunun karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarıyla bir borcu sona erdirme hususundaki anlaşmalarını ifade eden ibra⁶⁰, vakfın tazminat

⁵⁸ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm I**, 7. Basım, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, §41 N. 5.

⁵⁹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, §35 N. 36; SEROZAN, Rona, **Hukukta Yöntem - Mantık**, 2. Basım, Vedat, İstanbul, 2017, s 141; WOLF, Manfred / NEUNER, Jörg, **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts**, 11. Basım, C.H. Beck, Münih, 2016, §6 N. 12; LEENEN, Detlef, **BGB Allgemeiner Teil: Rechtsgeschäftslehre**, 2. Basım, De Gruyter, Berlin, 2015, §23 N. 44; BOEMKE, Burkhard / ULRICI, Bernhard, **BGB Allgemeiner Teil**, 2. Basım, Springer, Berlin, 2014, §3 17; RÜBMANN, Helmut, **Bürgerliches Vermögensrecht**, 1. Basım, Universität des Saarlandes, Saarlandes, 2006, s. 85 “*singularia non sunt extendenda sine necessitate*”; WIEDE, Andreas, “Freie Wahl von Billigflaggen und kollisionsrechtlicher Arbeitnehmerschutz Ein Fallbeispiel zur Regelbildung”, **Festschrift für Anton K. Schnyder**, 1. Basım, Schulthess, Zürich Basel Cenevre, 2018, s. 479; KRAMER, Ernst A., **Juristische Methodenlehre**, 5. Basım, Stämpfli, Bern, 2016, s. 224-225; ATF 61 I 449 “*İstisna hükümlerinin dar yorumlanmasına, hükmün amacı ve anlamı daha geniş bir uygulamayı gerektirdiğinde cevaz verilemez*”.

⁶⁰ Sözleşme kurulduğu anda tazminat borcunun varlığı hususu şüpheli ise teknik olarak olumsuz borç tanınması sözleşmesi (VON TUHR / ESCHER, s. 179; GÜMÜŞ, M. Alper, **Türk-İsviçre Hukukunda İbra Sözleşmesi**, 1. Basım, Vedat, İstanbul, 2015, s. 52) kurulur. İbra sözleşmesi ve olumsuz borç tanınması sözleşmesi arasındaki temel farklılık borcun varlığının şüpheli olmasıdır (VON TUHR / ESCHER, s. 179; CR-PIOTET, Denis, Art. 115 CO, N. 6; AKSU, Mustafa, “Türk Borçlar Kanununun Getirdiği Yeniliklerden İbra”, **Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi**, Y. 2013, C. 8 (Prof. Dr. Aydın Zevkiler'e Armağan), s. 114; GÜMÜŞ, İbra, s. 53). Bunun yanı sıra ibra sözleşmesinde borcun sona erdirildiği hususunda irade uyumaması bulunurken, olumsuz borç tanınmasında borcun var olmadığı hususunda iradeler uyur. Olumsuz borç tanınmasına konu borç gerçekten mevcutsa, ibra hükümlerini doğurur (BK-MÜLLER, Christoph, **Berner Kommentar Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen Art. 1-18 OR mit allgemeiner**

alacağı bakımından başvurulabilir bir sona erdirmeye yolu oluşturmaktadır. Başka bir deyişle vakfın temsile yetkili yönetim organının sorumlu kişilerle ibra sözleşmesi kurması kuramsal olarak mümkündür. Bununla birlikte zamanaşımı bahsinde işaret edildiği üzere, alacaklı sıfatıyla vakfı temsilen ibra sözleşmesinin kuracak kişiler kural olarak tazminat borçlusudur. Bu noktada temsilci olarak bu kişilerin kendileriyle temsil olunan aleyhine işlem yapma imkânı ilke olarak mevcut bulunmadığından⁶¹ kurulan ibra sözleşmesi geçersiz olur⁶². Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere, belirlenen yeni yönetim organı örneği gibi, vakfın bu konuda sözleşme kurabilmesi için sorumlular ile temsile yetkili yönetim organının farklı kişiler olması gerekir⁶³. Fakat belirtmek gerekir ki TBK m. 27 uyarınca amaçta ahlaka aykırılık bulunmadıkça hüküm ifade edebilecek bu ibra sözleşmesi, sona erdirdiği alacak tutarınca, bu sözleşmenin vakıf adına kurulmasını sağlayan yönetim organı üyelerinin sorumluluğunu doğurur. Zira vakfın bu şekilde tazminat alacağından yoksun bırakılması özen borcu kapsamında değerlendirilemez.

Vakıf tüzel kişiliği yapılanmasına üye veya ortak sıfatlarının yabancı olması sebebiyle, Türk Ticaret Kanunu'nda anonim ortaklık yönetim kurulu üyeleri-

Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, 1. Basım, Stämpfli, Bern, 2018, Art. 17 OR, N. 41; BUCHER, s. 399. İFM, 5.8.2013, 4A_191/2013 (Swisslex) “*Olumsuz borç tanınması mevcut bir borcu da konu alabilir; bu durumda ibra olarak sonuç doğurur (bkz. İBK m. 115)*”). Aksi takdirde delil (senet) işlevini haiz olur (Alman Federal İş Mahkemesi, 25.9.2013, 5 AZR 939/12; İspat aracı olarak olumsuz borç tanınması: HUGUENIN, Claire, **Obligationenrecht**, 2. Basım, Schulthess, Zürih, 2014, N. 727; BUCHER, s. 399). Borcun varlığı hususunda taraflar emin olmakla birlikte gerçekte bu borcun mevcut olmadığı ihtimalde, ibra sözleşmesi konu bakımından imkânsızlık sebebiyle TBK m. 27 uyarınca hükümsüzdür. Bu durumda çevirme (*Konversion*) yoluyla bu sözleşmeyi olumsuz borç tanınması saymak ve delil hükmü vermek uygun olacaktır.

⁶¹ Bu yasak ve yasağın sınırları hakkında: KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, §46 N. 63 ve 67; İNCEOĞLU, M. Murat, **Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil**, 1. Basım, On İki Levha, İstanbul, 2009, s. 209 vd.; JdT 2001 I 131 “*Yönetim organı tüzel kişinin tek pahası değilse ancak sadece paydaşların çoğunluğu ise, durum farklıdır. Bu durumda bir menfaat çatışması ortadan ‘per se’ kalkmaz. ... bu itibarla izin veya icazetin verilmesi gerekir*”; Vakıf senedinin öncelikle dikkate alınacağı, hüküm bulunmadığı takdirde vakfın menfaatlerinin belirleyici olduğu: AVCI, s. 57-58.

⁶² Kendisiyle işlem yapma yasağı durumunda kural olarak yetkisiz temsilin sonuçları doğar (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, §46 N. 64; SCHWENZER, N. 42.20). Ancak, vakfın kendilerine karşı olan alacağını sona erdirmeye amacı bulunduğundan bu halde yetkisiz temsilin sonuçlarından öncelikli olarak amaçta ahlaka aykırılık (*collusion*) sebebiyle TBK m. 27 uyarınca kesin hükümsüzlük gerçekleşecektir (Karş. Dürüstlük kuralına aykırılık gerekçesiyle: SCHWENZER, N. 41.09). Dolayısıyla vakıf senedinde temsile yetkili vakıf yönetim organının bünyesindeki kişilerle sözleşme kurabileceği yönünde bir hüküm bulunsa dahi, ibra sözleşmesi TBK m. 27 uyarınca kesin hükümsüzlükle malûl olmaktan kurtulmayacaktır. *Collusion* nedeniyle amaçtaki ahlaka aykırılık hususunda *mutandis mutatis*: KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, §50 N. 2. Hukukta çift etki kuramı kabul edildiği takdirde, ibra sözleşmesi hem yetkisiz temsil nedeniyle as-kıda hükümsüz, hem de ahlaka aykırılık nedeniyle kesin hükümsüz addedilebilecektir. Bu kuram ve isabeti hakkında: DEMİRSATAN, s. 8-9.

⁶³ Karş. Vakıf malvarlığının korunması ilkesine aykırı olacağından genel olarak vakıf yönetim organlarının ibra edilemeyeceği şeklinde: BK-RIEMER, Art. 83 ZGB, N. 11 ve 19; BSK-GRÜNİNGER, Art. 83 ZGB, N. 25a; CHK-EISENRING, Art. 83 ZGB, N. 9.

nin sorumluluğuna ilişkin olarak öngörülen ibra kurumunun veya bunun dernekler uygulamasındaki görünümünün örnekseme yoluyla uygulanması mümkün değildir⁶⁴. Ayrıca, öğretilerde büyük çoğunlukla bu kapsamdaki ibranın teknik anlamda sözleşme niteliğine sahip olmadığı, karar niteliğinde tek taraflı bir işlemler ifade ettiği kabul edilmektedir⁶⁵.

Vakıf senediyle ibraya yetkili bir organ öngörüldüğü takdirde, bu organın teknik anlamda bir olumsuz borç tanınması sözleşmesi kurmaya yetkili kılındığı ifade edilebilir⁶⁶. Bu ihtimalde, ibra beyanında bulunan bu organın ibra sebebiyle sorumlu tutulup tutulmayacağı iki noktaya göre belirlenmek gerekir. Öncelikle, ibra edilen şahısların vakfa karşı tazminat borcunun bulunmadığı kabulüyle⁶⁷ bu sözleşmeyi kurlmaları beklenir. İkinci olarak, bu kabule karşın tazminat borcu mevcutsa, bu hatalı kabulün özen borcuna aykırılık oluşturmaması ya da aykırılıkta kusursuz olunması zorunludur. Bu noktada özellikle Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından yapılmış denetim sonuçları önem taşıyacaktır. Fakat bu organın ibra beyanında bulunmasına ibra edilen kişilerin hilesi yol açmışsa, olumsuz borç tanınması sözleşmesinin genel hükümler çerçevesinde iptal edilebilmesi mümkündür. Ancak salt tazminat alacağının yokluğu hususunda yanılığın mevcutsa, olumsuz borç tanınması iptal edilemez. Çünkü olumsuz borç tanınması, tanımı gereği, alacağın varlığı hususunda şüphe içerir⁶⁸. Bu konuda hataya düşmek, sözleşmenin iptali için temel hatası oluşturacak nitelikte bir saik hatası oluşturmaz. İptalin sağlanamaması halinde, ibra eden organının yukarıda ifade

⁶⁴ BK-RIEMER, Art. 83 ZGB, N. 11 ve 19; BSK-GRÜNINGER, Art. 83 ZGB, N. 25a; CHK-EISENRING, Art. 83 ZGB, N. 9; AKSOY DURSUN, s. 173. Bu kurum vakıf tüzel kişi yapılanmasına uygun düşmediğinden yasa boşluğundan söz etmek yerinde değildir. Mesela, sadece yönetim organının öngörülmesi mümkün olduğundan bu şekilde kurulmuş bir vakıfta Türk Ticaret Kanunu anlamında ibra kurumunu uygulamayacağı ve yasa boşluğunun bulunmadığı son derece açıktır. Aksi yönde: AÇIKGÖZ, Osman, "Vakıf Yönetim Organının İbrası ve Uygulanacak Hükümlerin Tespiti", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Y. 2016, C. 22, S. 3, s. 69 ve 78.

⁶⁵ HUGUENIN, N. 728; BUCHER, s. 399; CR-PIOTET, Art. 115 CO, N. 6; AKSU, s. 115; GÜMÜŞ, İbra, s. 63. Aksi yönde örtülü öneri ve kabul suretiyle kurulan sözleşme görüşünde: KILIÇOĞLU, Ahmet M., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 22. Basım, Turhan, Ankara, 2018, s. 1069; Tazminat alacağının var olduğu durumda ibra sözleşmesinin bulunacağı fikrinde: ÇETİN, s. 187-188.

⁶⁶ BSK-GRÜNINGER, Art. 83 ZGB, N. 25a; Aksi yönde: BK-RIEMER, Art. 83 ZGB, N. 11.

⁶⁷ Vakıf senedinde olumsuz borç tanınmasına (ibraya) yetkili bir organın tanınmış olması halinde dahi, bu sözleşmenin geçerliliği TBK m. 27 hükmüne tâbidir. Vakıf tüzel kişiliğine zarar verme amacıyla bu sözleşmesinin kurulması halinde amaçtaki ahlaka aykırılık nedeniyle bu sözleşme kesin hükümsüz olur (Amaçtaki ahlaka aykırılığın gerçekleşmesi için bu amacın iki tarafca benimsenmiş olması veya bir tarafın bu amacın diğer tarafca bilinebilir olması gerekir: KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, §42 N. 45; OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt 1, 20. Basım, Vedat, İstanbul, 2022, N. 285-286). Sorumluların borcu bu ihtimalde devam edeceğinden, olumsuz borç tanınması için irade açıklanmasında bulunan organın, kaybettirdiği alacak hakkı gerekçesiyle sorumluluğu doğmayacaktır.

⁶⁸ VON TUHR / ESCHER, s. 179; GÜMÜŞ, İbra, s. 54.

edildiği şekilde özen borcuna aykırı davrandığı sonucuna varılmasıyla birlikte, ibra beyanında bulunan organın üyeleri vakfa kaybettirdikleri alacak nisbetinde sorumlu olacaklardır.

SONUÇ

Vakıf senedinde belirtilen amaç doğrultusunda faaliyet göstermek üzere tüzel kişilik kazandırılmış mal topluluğu olarak vakıflarda tek zorunlu organ, yönetim organıdır. Bununla birlikte Türk Medeni Kanunu vakıf örgütlenmesinin belirlenmesi hususunda geniş bir özgürlük öngörmüştür. Gerek organı oluşturan kişilerin belirlenme tarzı ve sayısı bakımından bu özgürlük geçerli iken gerekse işlevsel açıdan farklı organların öngörülmesi mümkündür. Bu çerçevede vakfın yönetim yapılanmasını oluşturan kişiler ile vakıf arasındaki hukuki ilişkiye vekâlet sözleşmesi hükümleri uygulanır. Bu ilişkiden doğan borçların yerine getirilmemesi halinde, diğer sorumluluk koşullarının da bulunması kaydıyla, vakıf zarara uğradığı takdirde vakıf yönetim organını oluşturan kişilerin vakfa karşı hukuki sorumluluğu doğar.

Bu çerçevede özellikle vakıf yönetim organını oluşturan kişilerin özen ve sadakat borçları sorumluluğunun doğumu için elverişlidir. Özen borcunun kapsamının belirlenmesinde nesnel olarak, üstlenilen görev ve yetkiler ölçüsünde, basiretli bir tüzel kişi yöneticisinin özeni esas alınır. Vakıflar Kanunu m. 10 hükmünde görevden alma sebebi olarak düzenlenen olgular da dikkate alınmalıdır. Bu görevin karşılıksız olarak gönüllülük esasıyla üstlenildiği gerekçesiyle özen borcunun kapsamının daraltılması söz konusu değildir. Kusur açısından, ticari işletme işleten vakıflarda, işletme kapsamında alınan birtakım riskin olumsuz sonuçlanmasının yönetim organının her durumda kusurlu sayılmasına neden olmayacağı, risk alınmasının ve riskin gerçekleşmesinin değerlendirilmesinin gerektiği kabul edilmelidir.

Vakfın iradi örgütlenmesi sorumluluğun belirlenmesine etkilidir. Bir kişinin ancak bünyesinde yer aldığı organın yetki ve görevleriyle sınırlı sorumlu olabilir. Bir organı oluşturan kişiler, birlikte vekâlet görevi taahhüt etmiş olduklarından TBK m. 511/III hükmü sınırlarıyla müteselsilen sorumlu olurlar. Farklı organları oluşturan kişiler arasındaki teselsül ilişkisi ise TBK m. 61'e dayanır.

Vakıf ile yöneticiler arasındaki sözleşme benzeri hukuki ilişkiden doğan borcun yerine getirilmemesinden meydana gelen sorumluluk söz konusu olduğundan, TBK m. 112 hükmü uygulanır. Bu bağlamda zararın tespitinde, vakfın bu ilişkiden doğan borçların yerine getirilmesine olan olumlu menfaati dikkate

alınır. Tazminatın belirlenmesi aşamasında vakfın müterafik kusuru, bu kusur sorumlu kişiler tarafından işlendiği ölçüde indirim sebebi olarak nazara alınmaz. Zira aksi yönde yorum, sorumluların kendi kınanabilir eylemlerinden yararlanması anlamına gelir. Sorumluluğun diğer esaslarına ilişkin olarak da TBK m. 112 hükmü uygulanır. Vakıflar Kanunu m. 10/IV hükmü, mevcut sorumluluk olanağını teyit eden bir hüküm olup TBK m. 112'ye göre öncelikli olarak uygulanmaz.

Vakfın yönetim organını oluşturan kişilere karşı olan tazminat alacağı zararın doğum anından itibaren başlamak üzere TBK m. 147 hükmü uyarınca beş yıllık zamanaşımına tâbidir. Bununla birlikte, bu alacağı vakıf adına talep etmeye yetkili vakıf yöneticileri bizatihi bu zarardan sorumlu ise, zamanaşımının durmasına ilişkin TBK m. 153 hükmü örneksemeye uygulama alanı bulur.

Vakıf tüzel kişiliğinin bünyesine anonim ortaklıklardaki ibra kurumunun uygulanması elverişsizdir. Ancak vakfın bu sorumluluğa ilişkin tazminat alacağını teknik olarak ibra sözleşmesine konu etmesi mümkündür. Ancak sorumlular ve bu sözleşmeyi kurmaya yetkili organ yetkileri aynı kişiler ise, bu sözleşmenin geçerli olarak kurulması hem temsilcinin kendisiyle işlem yapmaması ilkesi hem de amaçtaki ahlaka aykırılık nedeniyle mümkün değildir. Sorumlular ve sözleşme kurmaya yetkili kişiler arasında özdeşlik bulunmadığı takdirde, bu sözleşmenin yine amaçta ahlaka aykırılık nedeniyle kesin hükümsüz olması ihtimali mevcut olduğu gibi, geçerli olduğu varsayımda ibra sözleşmesi ile alacak kaybettirilmesi, bu sözleşmeyi vakıf adına kuran kişilerin özen borcuna aykırılık oluşturabilir. Aynı durum, yeni vakıf yönetim organı üyelerinin, önceki üyelere karşı tazminat alacağının zamanaşımına uğramasına sebebiyet veremeleri halinde de geçerlidir.

Hakem Değerlendirmesi : Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması : Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review : *Externally peer-reviewed.*

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

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

KAYNAKÇA

AÇIKGÖZ, Osman, “Vakıf Yönetim Organının İbrası ve Uygulanacak Hükümlerin Tespiti”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Y. 2016, C. 22, S. 3.

AEBERSOLD, Thomas / LEIMER, Rahel, **Orell Füssli Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch**, Orell Füssli, 4. Basım, Zürih, 2021 (Art. 83 ZGB).

AKBULUT, P. Ezgi, **Vakıf Senedinin Tamamlanması ve Değiştirilmesi**, 2. Basım, On İki Levha, İstanbul, 2022.

AKINCI, Şahin, **Borçlar Hukuku Bilgisi**, 10. Basım, Sayram, Konya, 2017.

AKSOY DURSUN, Sanem, **Vakfın Örgütlenmesi ve İşleyişi**, 1. Basım, On İki Levha, İstanbul, 2021.

AKSU, Mustafa, “Türk Borçlar Kanununun Getirdiği Yeniliklerden İbra”, **Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi**, Y. 2013, C. 8 (Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan).

AKÜNAL, Teoman, **Türk Medenî Hukukunda Tüzel Kişiler**, 1. Basım, Beta, İstanbul, 1995.

AMSTUTZ, Marc / GOHARI, Ramin Silvan, **Orell Füssli Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht**, 4. Basım, Orell Füssli, Zürih, 2023 (Art. 754 OR).

ANTALYA, O. Gökhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II**, 1. Basım, Legal, İstanbul, 2015.

ARAL, Fahrettin / AYRANCI, Hasan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 12. Basım, Yetkin, Ankara 2019.

AVCI, Mehmet Özgür, **Türk Medeni Kanununa Göre Vakıf Yönetim Organı**, 1. Basım, Beta, İstanbul, 2006.

AYAN, Serkan, **Zamanaşımının Durması ve Zamanaşımının Kesilmesi**, 1. Basım, Adalet, Ankara, 2020.

BOEMKE, Burkhard / ULRICI, Bernhard, **BGB Allgemeiner Teil**, 2. Basım, Springer, Berlin, 2014.

- BUCHER, Eugen, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht**, 2. Basım, Schulthess, Zürih, 1988.
- BÜHLER, Ronald, **Orell Füssli Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht**, 4. Basım, Orell Füssli, Zürih, 2023 (Art. 403 OR).
- ÇAMOĞLU, Ersin, **Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu**, 2. Basım, Vedat, İstanbul, 2007.
- ÇETİN, Orhan, **Dernek Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu**, 1. Basım, Yetkin, Ankara, 2019.
- DEMİRSATAN, Barış, “Le délai absolu de prescription dans la responsabilité délictuelle en droit turc et le droit de l'accès effectif au tribunal”, **GSÜHFD**, Y. 2019, S. 2.
- DEMİRSATAN, Barış, **Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Sözleşmenin Haksız Olarak Sona Erdirilmesi**, 2. Basım, On İki Levha, İstanbul, 2021.
- DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan, **Kişiler Hukuku**, 23. Basım, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022.
- EISENRING Martin, **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Personen- und Familienrecht - Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB - PartG**, 3. Basım, Schulthess, Zürih Basel Cenevre, 2016 (Art. 83 ZGB).
- EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 24. Basım, Yetkin, Ankara, 2019 (Genel Hükümler).
- EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 7. Basım, Yetkin, Ankara, 2019 (Özel Hükümler).
- FELLMANN, Walter, **Berner Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR**, 1. Basım, Stämpfli, Bern, 1992 (Art. 398, 403 OR).
- GAUCH, Peter / SCHLUEP, Walter R. / EMMENEGGER, Susan, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Band II**, 9. Basım, Schulthess, Zürih Basel Cenevre, 2008.
- GAUCH, Peter, **Le contrat d'entreprise**, Çeviri: CARRON, Benoît, 1. Basım, Schulthess, Zürih, 1999.
- GILLARD, Nicholas, “La responsabilité des administrateurs: principes et actions”, **Aspects actuels du droit de la société anonyme - Travaux réunis pour le 20ème anniversaire du CEDIDAC**, 1. Basım, CEDIDAC, Lozan, 2005.
- GÖKTÜRK, Kürşat, “Amerikan, Alman, İsviçre ve Türk Hukukunda İşadamı Kararı İlkesi”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2011, C. 2, S. 2.
- GRÜNINGER, Harold, **Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I**, 6. Basım, Schulthess, Basel, 2016 (Art. 83 ZGB).
- GÜMÜŞ, M. Alper, **Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu**, 1. Basım, Beta, İstanbul, 2001.

- GÜMÜŞ, M. Alper, **Türk-İsviçre Hukukunda İbra Sözleşmesi**, 1. Basım, Vedat, İstanbul, 2015 (İbra).
- GÜRZUMAR, Osman Berat, “Türk Medenî Kanunu’nun ‘Vakıflarda üyelik olmaz.’ Hükümünü İptâl Eden Anayasa Mahkemesi Kararı Hakkında”, **Halûk Konuralp Anısına Armağan**, C. 3, 1. Basım, Yetkin, Ankara, 2009.
- HELVACI, Mehmet, **Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu**, 1. Basım, Beta, İstanbul, 2001.
- HERMANN, Becker, **Berner Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR**, 2. Basım, Stämpfli & Cie, Bern, 1945 (Art. 134 OR).
- HUGUENIN, Claire, **Obligationenrecht**, 2. Basım, Schulthess, Zürih, 2014.
- İNCEOĞLU, M. Murat, **Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil**, 1. Basım, On İki Levha, İstanbul, 2009.
- KAPLAN, İbrahim, “Bankaların Gözetimi, Denetimi ve Hukuki Sorumluluk”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Y. 2006, C. 23, S. 3.
- KARA, Doğan, **Satış Sözleşmesi Çerçevesinde Ayıptan Sorumlulukta Zamanaşımı ve Ayıptan Doğan Def’i Hakları**, 1. Basım, On İki Levha, İstanbul, 2020.
- KENDİGELEN, Abuzer, **Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler**, 3. Basım, On İki Levha, İstanbul, 2016.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 22. Basım, Turhan, Ankara, 2018.
- KOCAYUSUPPAŞAOĞLU, Necip, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm I**, 7. Basım, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014.
- KRAMER, Ernst A., **Juristische Methodenlehre**, 5. Basım, Stämpfli, Bern, 2016.
- KURU, Baki, **Medenî Usul Hukuku El Kitabı**, Cilt I, 1. Basım, Yetkin, Ankara, 2020.
- LEENEN, Detlef, **BGB Allgemeiner Teil: Rechtsgeschäftslehre**, 2. Basım, De Gruyter, Berlin, 2015.
- LOSER, Peter, “Konkretisierung der Vertrauenshaftung”, **Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis (recht)**, Y. 1999.
- MUSTAKI, Guy, “Obligations et responsabilité des organes dirigeants découlant des normes de corporate governance”, **La Semaine judiciaire - doctrine (SJ) 2006 II**.
- MÜLLER, Christoph, **Berner Kommentar Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen Art. 1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht**, 1. Basım, Stämpfli, Bern, 2018 (Art. 17 OR).
- NOMER, Haluk N., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 19. Basım, Beta, İstanbul, 2023.

- OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. I, 20. Basım, Vedat, İstanbul, 2022; C. II, 17. Basım, Vedat, İstanbul, 2022.
- OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, **Kişiler Hukuku**, 20. Basım, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022.
- ÖĞÜZ, Tufan, **Türk Hukukunda Vakıf Tüzel Kişiliğinin Hukuki Esasları**, 1. Basım, Beşir Kitabevi, İstanbul, 2007.
- ÖZ, Turgut, **İstanbul Şerhi-Türk Borçlar Kanunu ve Yürürlük Kanunu**, 3. Basım, Vedat, İstanbul, 2019 (TBK m. 112).
- ÖZTAN, Bilge, **Tüzel Kişiler**, 2. Basım, Turhan, Ankara, 1998.
- PEKCANITEZ, Hakan / TAŞ KORKMAZ, Hülya, **Pecanitez Usûl-Medenî Usûl Hukuku**, 15. Basım, On İki Levha, İstanbul, 2017.
- PICHONNAZ, Pascal, **Commentaire Romand Code des obligations I**, 2. Basım, Helbing Lichtenhahn, Basel, 2012 (Art. 134 CO).
- PIOTET, Denis, **Commentaire Romand Code des obligations I**, 2. Basım, Helbing Lichtenhahn, Basel, 2012 (Art. 115 CO).
- RIEMER, Hans Michael, **Berner Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht, Die juristischen Personen Die Stiftungen, Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 80-89bis ZGB**, Stämpfli, 3. Basım, Bern, 1981 (Art. 83 ZGB).
- RÜßMANN, Helmut, **Bürgerliches Vermögensrecht**, 1. Basım, Universität des Saarlandes, Saarlandes, 2006.
- SARI, Suat, **Vekalet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi**, 1. Basım, Beşir Kitabevi, İstanbul, 2004.
- SCHWENZER, Ingeborg, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, 7. Basım, Stämpfli, Bern, 2016.
- SEROZAN, Rona / ENGİN, B. İlkey / ATAMER, Yeşim M., **Medeni Hukuk**, 9. Basım, On İki Levha, İstanbul, 2022.
- SEROZAN, Rona, **Hukukta Yöntem - Mantık**, 2. Basım, Vedat, İstanbul, 2017.
- SPIRO, Karl, **Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen Band I**, 1. Basım, Stämpfli, Bern, 1975.
- TANDOĞAN, Haluk, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, 1. Basım, Vedat, İstanbul, 2010.
- TEKBEN, Tuğçe, **Vekâlet İlişkilerinde Vekâlet Veren Talimatı ve Hukuki Sonuçları**, 1. Basım, On İki Levha, İstanbul, 2021.
- TEKİNALP, Ünal, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, 4. Basım, Vedat, İstanbul, 2015.
- TEKİNAY, S. Sulhi / AKMAN, G. Sermet / BURCUOĞLU, Haluk / ALTOP, Atilla, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Basım, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.

- VON TUHR, Andreas / ESCHER, Arnold, **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts - Band II (mit Supplement)**, 3. Basım, Schulthess, Zürih, 1984.
- WEBER, Rolf H., **Basler Kommentar Obligationenrecht I**, 6. Basım, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 2015 (Art. 398, 403 OR).
- WERRO, Franz, **Commentaire Romand Code des obligations I**, 2. Basım, Helbing Lichtenhahn, Basel, 2012 (Art. 403 CO).
- WIEDE, Andreas, “Freie Wahl von Billigflaggen und kollisionsrechtlicher Arbeitnehmerschutz Ein Fallbeispiel zur Regelbildung”, **Festschrift für Anton K. Schnyder**, 1. Basım, Schulthess, Zürih Basel Cenevre, 2018.
- WIEGAND, Wolfgang, **Basler Kommentar Obligationenrecht I**, 6. Basım, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 2015 (Art. 100 OR).
- WILDHABER, Isabelle / DEDE, Sevda, **Berner Kommentar Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen Die Verjährung, Art. 127-142 OR**, 1. Basım, Stämpfli, Bern, 2021 (Art. 134 OR).
- WOLF, Manfred / NEUNER, Jörg, **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts**, 11. Basım, C.H. Beck, Münih, 2016.
- YAVUZ, Cevdet, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Cilt 2, 11. Basım (Hazırlayanlar: YAVUZ, Cevdet / ACAR, Faruk / ÖZEN, Burak), Beta, İstanbul, 2022.

***Ex-Post* Application of Structural Remedies to Large Online Platforms at a National Level^(*)**

Büyük Çevrimiçi Platformlara Yapısal Çözümlerin
Ulusal Düzeyde *Ex-Post* Uygulaması

Muzaffer EROĞLU^()**

Alptekin KÖKSAL^(*)**

Abstract:

The enormous market power enables Online Platforms to leverage their data and economic power to spread into the digital sector. Abuse of dominant position through various means, mainly exclusionary conduct, such as leveraging or self-preferencing, can be seen in the conduct of Online Platforms. Most countries, including international authorities such as the EU Commission, concluded that there is a gap in the law in the context of digital competition and decided to fill this gap through extensive regulation. However, digital life has just blossomed and is proliferating with technological development. Regulating a fast-changing and developing area would harm its character and innovative nature. Therefore, instead of a rushed ambition to regulate the area, which could be disruptive and harmful to the competition, all alternative methods should be considered before taking ambitious steps. In that case, a well-defined ex-post method could become a better alternative to address the competition problems in the digital sector. Therefore, this paper argues that recent competition interventions in the digital sector seem to be quite relevant and effective against competition problems present in the sector. Instead of an ex-ante regulation, which may hinder innovation and development in the long term, an ex-post could be the relevant solution to the current situation.

Keywords:

Competition, Structural Remedies, Ex-post Regulation, Digital Sector, Online Platforms, Digital Markets Act.

^(*) Araştırma Makalesi / *Research Article*
Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 27.10.2023
Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 07.02.2024
DOI: <https://doi.org/10.58733/imhfd.1451588>

Bu makaleye atıf için: EROĞLU, Muzaffer / KÖKSAL, Alptekin, “*Ex-Post* Application of Structural Remedies to Large Online Platforms at a National Level”, **İMİHFD**, C. 9, S. 1, 2024, s. 135-169

^(**) Dr. Öğr. Üyesi, Boğaziçi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul - Türkiye
E-posta: muzaffer.eroglu@bogazici.edu.tr
Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0079-1781>

^(***) Öğr. Gör. Dr., İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Fikri Mülkiyet Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul - Türkiye
E-posta: alptekinkoksal@hotmail.com
Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8055-4251>

Öz:

Büyük Platformların verilerinden ve ekonomik güçlerinden yararlanarak elde ettiği pazar gücü, teşebbüslerin bütün dijital sektöre yayılmasını sağlamaktadır. Büyük Platformların pazarda hâkim durumları kaynaklı davranışlarında, hâkim durumun çeşitli yollarla, özellikle kaldıraç etkisi yoluyla bir pazardaki gücün bir başka pazara aktarılması veya kendini tercih etme gibi dışlayıcı davranışlar yoluyla kötüye kullanılması mümkündür. Avrupa Birliği gibi uluslararası aktörler de dahil olmak üzere çoğu ülke, dijital rekabet bağlamında rekabet mevzuatının uygulanmasında sorunlar olduğu sonucuna varmış ve bu sorunun üstesinden kapsamlı ex-ante düzenlemelerle gelmeye çalışmaktadır. Bir başka deyişle dijital piyasaları regüle etmeye çalışmaktadırlar. Ancak dijital sosyal ve ticari hayat yeni yeni ortaya çıkmakta ve teknolojik gelişmelerle birlikte de hızla ilerlemekte ve değişmektedir. Hızla değişen ve gelişen bir alanı düzenlemek, elbette onun karakterine, işleyişine ve pek tabii yenilikçi yapısına zarar verebilir. Bu nedenle, rekabeti bozucu ve zararlı olabilecek, aceleci bir ex-ante düzenleme çabası yerine, bu tarz iddialı adımlar atmadan önce tüm alternatif yöntemlerin sonuna kadar değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu durumda, iyi tanımlanmış ve düzgün uygulanan bir ex-post yöntem, dijital sektördeki rekabet sorunlarının çözümünde daha iyi bir alternatif haline gelebilmektedir. Sonuç olarak bu makale, dijital sektöre yönelik ulusal düzeyde son dönemde yapılan rekabet müdahalelerinin sektörde mevcut rekabet sorunlarına karşı oldukça doğru ve etkili göründüğünü ileri sürmektedir. Uzun vadede yenilik ve gelişmeyi engelleyebilecek bir ex-ante düzenleme yerine, ex-post bir düzenleme mevcut duruma uygun bir çözüm olabilir.

Anahtar Kelimeler:

Rekabet, Yapısal Çözümler, Ex-post Düzenleme, Dijital Sektör, Çevrimiçi Platformlar, Dijital Piyasalar Yasası.

I. INTRODUCTION

The emergence of the Internet and technological developments afterward have led to the creation of small, medium, and big-scale online platforms. Subsequently, some platforms, such as Amazon, Apple, Alphabet (Google), Microsoft, Meta (Facebook), Alibaba, Tencent, and WeChat - all considered Large Online Platforms, have gained unprecedented market power recently. These platforms are among the world's most successful and thus ranked as the highest undertakings in the top ten largest companies, with over a trillion-dollar market capitalization¹. One of the primary sources of the unprecedented market power of technology giants stems from the effective utilization of data and data analytics in their respective platforms. In addition to data collection and utilization methods, technology giants are experts in mergers and acquisitions (M&As), in which they acquire start-ups to utilize data capabilities.

In recent decades, technology giants have extensively used mergers without attracting competition authorities' attention. Hundreds of acquisitions have been

¹ Top 100 largest companies in the world by market capitalisation in 2023, Available at: <https://disfold.com/world/companies/>.

made by technology giants -the Big Five (Amazon, Apple, Alphabet, Microsoft, and Meta)- over the last decade². These acquisitions have created an extensive discussion as these acquisitions are defined as “R&D (Research and Development) mergers” by acquirers. Still, many of them were considered a “killer acquisition” type where dominants buy out undertakings that are already competitors or could have become their rivals. Either way, killer acquisitions or not, the Big Five have utilized this method to swallow smaller undertakings, their data, and technology. By this means, technology giants leveraged their market powers or entrenched their positions in specific markets. At that time, none of these M&As had been blocked, and only a few had been approved with conditions³. Most of these merger investigations overlooked the non-horizontal links between the platform owner and the acquired. The European Commission, in recent investigations such as Google/Fitbit, acknowledges this issue today⁴.

As a result of leveraging market power and acquisitions, technology giants successfully externalized indirect network effects, and markets tipped in favor of their platforms. In other words, a value chain has been created through data collection and network effects. This power enables them to enter new digital markets quickly as they have the data and economic power. Accordingly, many platforms’ owners operate as ecosystems⁵. In other words, consumers are offered many different types of goods and services with various underlying business interests. On top of that, platform owners have unique dual roles in platforms. For example, Amazon is an intermediary between third-party companies and consumers; Amazon is also a competitor to these companies. In time, platforms have become huge, and commercial users have become dependent on the platform itself. In other words, platform owners have started acting as rivals and *de facto*

² Furman Report, ‘Unlocking digital competition: Report of the Digital Competition Expert Panel’ HM Treasury (2019), Available at: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf, 91.

³ The most noteworthy acquisitions of Big 5 can be listed as; Google/YouTube, Google/DoubleClick, Microsoft/Skype, Google/Motorola, Facebook/Instagram, Microsoft/Yammer, Google/Waze, Apple/Beats, Google/Nest, Google/Deepmind, Facebook/WhatsApp, Facebook/Oculus, Microsoft/LinkedIn, Apple/Shazam, Amazon/Ring and Google/Fitbit.

⁴ Case No COMP/M.9660, Google/Fitbit [2020] Prior Notification of a Concentration OJ 2020/C 210/09.

⁵ For more information: PETIT, Nicholas, ‘Technology Giants, the “Moligopoly” Hypothesis and Holistic Competition: A Primer’ (2016) European University Institute 2016; VAN DE WAERDT, Peter J., ‘Everything the Data Touches is Our Kingdom’: Market Power of ‘Data Ecosystems’, in José Rivas (ed), *World Competition Law and Economics Review*, (Kluwer Law International; Kluwer Law International 2023, Volume 46 Issue 1) pp. 65-98; FALCE, Valeria and FARAONE, Nicola M.F., ‘Digital Ecosystems in the Wake of a Legislative/Regulatory Turmoil: A First (Tentative) Antitrust Assessment of the Italian (and European) Experience in the AGCM Case Law’, in José Rivas (ed), **World Competition Law and Economics Review** (Kluwer Law International; Kluwer Law International 2023, Volume 46 Issue 1) 44.

regulators between consumers and commercial users (sellers, advertisers, and more). In such a situation, abuse of the dominant position through exclusionary conduct, such as leveraging or self-preferencing, is more likely to happen.

Consequently, the question of how competition authorities and courts deal with the emerging issue should arise. The debate has recently expanded from academia and practice to decision-makers and rule-makers. Ultimately, in December 2020, the European Commission published two regulations, the Digital Markets Act (DMA) and the Digital Services Act (DSA), as a part of the European Digital Strategy⁶. On 4 October 2022, the European Council approved the DSA⁷. Therefore, technology giants will have until 1 January 2024 to comply with the DSA provisions. Similarly, the DMA entered into force on 1 November 2022 and became applicable in May 2023⁸.

The EU institutions and the national competition authorities worldwide are creating a roadmap to the newly emerged issue through online platforms⁹. The new regulations, especially the DMA, introduce specific rules to some online platform owners. Thus, particular intermediaries are considered “gatekeepers,” and stricter rules are imposed. Accordingly, in addition to unprecedentedly high fines, these platform owners will face additional measures that could even lead to the break-up of the technology giants. Similarly, Türkiye is planning its online platform regulation: A detailed report and policy suggestion by the TCA¹⁰ and the new E-commerce Act (*Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun*) came into force on 1 January 2023¹¹. However, the DMA and DSA regulations, the Türkiye E-Commerce Act, and many similar regulations primarily include *ex-ante* measures. The effectiveness and necessity of this

⁶ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act) COM/2020/842 final; Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Single Market for Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC COM/2020/825 final.

⁷ Regulation (EU) 2022/2065 of the European Parliament and of the Council of 19 October 2022 on a Single Market for Digital Services and amending Directive 2000/31/EC (Digital Services Act) (Text with EEA relevance) PE/30/2022/REV/1 OJ L 277, 27.10.2022.

⁸ Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2022 on contestable and fair markets in the digital sector and amending Directives (EU) 2019/1937 and (EU) 2020/1828 (Digital Markets Act) (Text with EEA relevance) PE/17/2022/REV/1 OJ L 265, 12.10.2022.

⁹ Such as the Turkish Competition Authority (Rekabet Kurumu) and the German Federal Cartel Office (Bundeskartellamt).

¹⁰ E-pazaryeri Platformlari Sektor Incelemesi Nihai Raporu, April 2022 Ankara. Available at: <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/sector-raporlari/e-pazaryeri-si-raporu-pdf-20220425105139595-pdf>.

¹¹ E-Commerce Act no. 7416 (Türkiye).

sector-specific regulation are reasonably arguable for the digital sector. It is not easy to measure the future effects of such a regulation on the very dynamic digital industry.

This study aims to discuss an alternative and probably more effective measure for violating Article 102 TEFU¹² in the digital sector: an exclusively *ex-post* mechanism and structural remedies of Article 7 of Regulation 1/2003¹³. In this sense, the power to assess market power and exercise *de facto* regulatory powers regarding the online world would be on the national and transnational competition authorities instead of inexperienced and ill-suited councils and parliaments. The digital sector is rapidly growing, and competition in this sector is highly characterized by innovation and efficiency. Therefore, an *ex-ante* sector-specific regulation poses risks to the competition itself in the sector. Instead, when necessary, the power to characterize the market should be on the competition authorities instead of rule-makers. To do so, applying behavioral and structural remedies as the primary method, an *ex-post* mechanism, for abuse of dominant position situations within a well-defined framework in the digital sector seems to suit the sector's unique characteristics better.

In this manner, the following section focuses on the composition of current behavioral and structural remedies in the EU. Following that, the competition law issues regarding the market power and abuses in the digital sector are briefly mentioned to introduce the "remedies" proposed by the European Commission afterward. Then, the new amendments to the Act on the Protection of Competition No. 4054 in Türkiye regarding the application of structural remedies nationally are examined. The applicability of structural remedies rather than sector-specific regulation, such as the DMA and Türkiye E-Commerce Act, is discussed as a solution. Recent structural remedies applied by the TCA will be explained as examples. However, it is essential to note that this paper focuses on remedies as an *ex-post* method for abuse of dominant positions

¹² Article 102: "Any abuse by one or more undertakings of a dominant position within the internal market or in a substantial part of it shall be prohibited as incompatible with the internal market in so far as it may affect trade between Member States. Such abuse may, in particular, consist in (a) directly or indirectly imposing unfair purchase or selling prices or other unfair trading conditions; (b) limiting production, markets or technical development to the prejudice of consumers; (c) applying dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage; (d) concluding contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts." Treaty on the Functioning of the European Union OJ C 326, 26.10.2012.

¹³ Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on implementing the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty (Text with EEA relevance) OJ L 1, 4.1.2003.

cases in the digital sector, not an *ex-ante* mechanism for merger control. Structural remedies for merger control are entirely out of context here. The intention is to discuss the application of structural remedies by national competition authorities *ex-post* to abuse of dominant position violations. Examples of cases are mainly chosen from decisions of the TCA.

II. BEHAVIORAL AND STRUCTURAL REMEDIES APPLIED TO ABUSE OF DOMINANT POSITION INFRINGEMENTS

Regulation empowers the European Commission 1/2003¹⁴. Imposing structural remedies as a response to competition infringements is particularly important for infringements in terms of Article 102 TFEU. However, due to behavioral remedies and Article 9 of Regulation 1/2003, which regulates commitment procedures endowed to undertakings to offer commitments for the alleged infringements, European law's application of structural remedies stayed relatively narrow and limited¹⁵. A structural remedy's purpose is to end the competition infringement of a dominant undertaking effectively. Article 7(1) of Regulation 1/2003 explicitly states, "For this purpose, it may impose on them any behavioral or structural remedies which are proportionate to the infringement committed and necessary to bring the infringement effectively to an end¹⁶."

Being a remedy is a critical term in the regulation. For instance, a fine imposed by the Commission is not considered a remedy in EU Law¹⁷. Article 23 of Regulation 1/2003 introduces "fines" as a penalty for undertakings¹⁸. However, remedies do not intend to fine the undertakings; instead, it is a matter of restoring competition by ending the infringement effectively. Based on this, it can be deduced that a fine is not a remedy but a punitive tool¹⁹. However, a remedy is not a punishment in this sense. Although some argue that structural remedies are also seen as a punitive tool as a last resort to punish dominant

¹⁴ Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on implementing the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty (Text with EEA relevance) OJ L 1, 4.1.2003.

¹⁵ WHISH, Richard and BAILEY, David, **Competition Law** (8th ed, Oxford University Press, 2015), 177.

¹⁶ Article 7(1) of Regulation 1/2003.

¹⁷ MAIER-RIGAUD, Frank, HELLSTROM, Per and BULST, Friedrich Wenzel, 'Remedies in European Antitrust Law' (2009) 76 **Antitrust Law Journal** 1, 43-63, 44 and 50.

¹⁸ Article 23 of Regulation 1/2003.

¹⁹ Deterrence effect seems to be minimal in the digital sector; MAIER-RIGAUD, Frank, HELLSTROM, Per and BULST, Friedrich Wenzel, 'Remedies in European Antitrust Law' (2009) 76 **Antitrust Law Journal** 1, 43-63, 44.

undertakings²⁰, The *ratio legis* of Article 7 of Regulation 1/2003 is to restore healthy competition in a market. Recital 12 of Regulation 1/2003 states:

“This Regulation should make explicit provision for the Commission’s power to impose any remedy, whether behavioural or structural, which is necessary to bring the infringement effectively to an end, having regard to the principle of proportionality... Changes to the structure of an undertaking as it existed before the infringement was committed would only be proportionate where there is a substantial risk of a lasting or repeated infringement that derives from the very structure of the undertaking”²¹.”

As can be seen clearly, EU competition rules dictate that regulatory changes to the business structure of dominant undertakings are possible by imposing structural remedies on market participants. Although a generally accepted definition does not exist, a structural remedy can be breaking up undertakings by dividing them into individual business units, releasing or transferring intellectual property rights, selling businesses, shares, or subsidiaries to third parties, etc²². Behavioral remedies have a more comprehensive range compared to structural ones. A behavioral remedy can be general commitments to behave or not to act in a particular manner, obligations to license key technology, and providing access to infrastructure or critical assets²³. Motta et al. argue that the most distinguishing characteristic of structural remedies is the change in property rights²⁴. While structural remedies entail a change, behavioral remedies dictate how these rights can be exercised²⁵.

Article 7(1) of Regulation 1/2003 states, “Structural remedies can only be imposed either there is no equally effective behavioural remedy or where any

²⁰ TAJANA, Alessandro, ‘If I Had a Hammer... Structural Remedies and Abuse of Dominant Position’ (2006) 7 **Competition and Regulation in Network Industries** 1, 3-29, 4.

²¹ Recital 12 of Regulation 1/2003.

²² MAIER-RIGAUD, Frank, Behavioural versus Structural Remedies in EU Competition Law (2016) in P. Lowe, M. Marquis, & G. Monti (eds.), **European Competition Law Annual 2013, Effective and Legitimate Enforcement of Competition Law** (chapter 7, 207-224). Hart Publishing, Available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2457594.

²³ EZRACHI, Ariel, ‘Under (and Over) Prescribing of Behavioural Remedies’ (2006) **University of Oxford, Centre for Competition Law and Policy, Working Paper** (L) 13/05, 1.

²⁴ MOTTA, Massimo, POLO, Michele and VASCONCELOS, Helder, ‘Merger Remedies in the European Union: An Overview’ (2003), in François Lévêque and Howard Shelanski (eds), **Merger Remedies in American and European Union Competition Law** (Edward Elgar), 108.

²⁵ Ibid.

effective behavioural remedy would be more burdensome for the taking concerned than the structural remedy²⁶.” Regulation 1/2003 established a preference in favor of behavioural remedies and claimed that behavioural remedies could be as effective as structural in most instances. Hellstrom et al. argue that “effective” is unclear, and behavioral and structural remedies work differently²⁷. On the one hand, a structural remedy aims to change the market structures and the incentives of market participants²⁸. On the other side, a behavioral remedy only aims to readdress the specific conduct of an undertaking and does not change market structures and the competition game itself²⁹. In such a situation, assessing how a behavioral remedy can be equally effective as a structural remedy is unclear. Therefore, a new methodology might be needed in applying behavioral and structural remedies³⁰.

Ariel Ezrachi argues that structural remedies are superior to behavioral remedies because structural remedies result in a permanent, irreversible change in the market³¹. Due to its permanent nature, where a new business entity is established and new competitors are created, structural remedies only need extensive monitoring after implementation³². It means structural remedies are fast, cost-efficient, and permanent, significantly decreasing the workload of competition authorities post-transaction. Behavioral remedies are the opposite. Following the logic, behavioral remedies are less effective and need much more monitoring post-transaction due to their nature³³. Although some behavioral remedies may address anti-competitive conduct directly and actively intervene, like structural remedies, the results of the intervention must be monitored circumspectly. The lengthy process of behavioral remedies makes them more burdensome for competition authorities when compared to structural remedies. Due to the same reason, achieving intended results through behavioral remedies

²⁶ Article 7(1) of Regulation 1/2003.

²⁷ MAIER-RIGAUD, Frank, HELLSTROM, Per and BULST, Friedrich Wenzel, ‘Remedies in European Antitrust Law’ (2009) 76 *Antitrust Law Journal* 1, 43-63, 47.

²⁸ MAIER-RIGAUD, Frank, HELLSTROM, Per and BULST, Friedrich Wenzel, ‘Remedies in European Antitrust Law’ (2009) 76 *Antitrust Law Journal* 1, 43-63, 47.

²⁹ Ibid.

³⁰ See Section VI for more detail.

³¹ EZRACHI, Ariel, ‘Under (and Over) Prescribing of Behavioural Remedies’ (2006) *University of Oxford, Centre for Competition Law and Policy, Working Paper* (L) 13/05, 2.

³² DAVIES, Stephen and LYONS, Bruce, *Mergers and Merger Remedies in the EU: Assessing the Consequences for Competition* (2007, Edward Elgar) 41.

³³ EZRACHI, 2.

might be at a different level³⁴. Moreover, as often used as a supportive element to the commitment procedure, it is relatively hard to assess the “equal effectiveness” of a behavioral remedy to a structural one.

However, it does not mean that structural remedies are superior to behavioral remedies on every occasion. It is also argued that some anti-competitive conduct should be addressed by a behavioral remedy that seems a better fit for the relevant conduct³⁵. The reason behind it is the flexibility and reversibility of behavioral remedies instead of structural remedies. In markets where fast innovation cycles are the norm, such as the high-technology markets and online platforms, irreversible changes are over-fixing and may be detrimental to healthy competition³⁶. Since changing remedies back or reinstating the old market structures is not possible when implementing structural remedies, behavioral remedies become far superior when reflecting the realities of evolving markets. In this sense, competition authorities can effectively utilize behavioral remedies since they can design, monitor, and enforce them as desired³⁷. Although behavioral remedies can readdress the situation several times to restore competition in the market, they could be more troublesome for competition authorities in terms of monitoring and costs. Structural remedies might lead to over-fixing, or behavioral remedies could be under-prescribed compared to the costs and monitoring processes. In such a situation, it is hard to evaluate which remedy is better for the relevant case, as indicated in Article 7(1) of Regulation 1/2003³⁸. Therefore, a methodology is needed, including a study of the administrative costs and costs incurred by undertakings for the relevant and adequate application of structural and behavioral remedies instead of vague clauses in *ex-ante* regulations³⁹.

To sum up, for the remedial phase of Article 102 infringements, structural and behavioral remedies can be executed effectively as a reasonable option if a proper methodology is utilized to apply these legal tests. Considering the

³⁴ EZRACHI, 2.

³⁵ EZRACHI, 3.

³⁶ EZRACHI, 4.

³⁷ EZRACHI, 6.

³⁸ It is indicated that: Structural remedies can only be imposed where there is no equally effective behavioural remedy or where any equally effective behavioural remedy would be more burdensome for the undertaking concerned than the structural remedy. If the Commission has a legitimate interest in doing so, it may also find that an infringement has been committed in the past.

³⁹ See Section V for more information.

current situation and the legal framework, applying *ex-post* remedies seems feasible if a proper procedure is introduced. Also, this paper aims to discuss the applicability of remedies in the absence of a sector-specific regulation. In other words, the applicability of structural remedies to Article 102 infringements is the opposite of the DMA of the European Commission and Türkiye E-Commerce Act and other draft regulations. The idea here is to discuss the probability of *ex-post* intervention in an unregulated industry, the digital sector. It is essential to point out that *ex-ante* solutions involve many risks for the evolution of the newly emerging digital sector and its healthy competition. Although a rigid *ex-ante* regulation could harm innovation, incentives, and competition, a systemic application of the well-known and well-defined method, behavioral and structural remedies, would not have the same adverse effects. Although an *ex-ante* control mechanism is essential for the operation of the European Commission since it immensely affects the *ex-post* intervention, the body that has power is not the competition authorities but the lawmakers and sector-specific regulators. In a regulated market, the competition problems are mitigated through sector-specific legislation (such as energy, telecommunication, and transport), and the leading players are the lawmakers' so-called sector-specific regulatory authorities⁴⁰. Therefore, the idea is to leave the digital sector liberated to allow the development of the online world and intervene, when necessary, through *ex-post* control regarding Article 102 violations. By this means, the power will be on the European Commission and the NCAs since they are well-equipped to deal with such competition issues.

III. MARKET POWER IN THE DIGITAL SECTOR

Dating back to the 1990s, the commercialization of the Internet has made it possible to connect personal computers worldwide and allowed new ways of communication between individuals and businesses on a global scale⁴¹. The transmission of data between individuals and technology pieces such as personal computers, smartphones, and other means led to the creation of the digital sector. In this newly emerged sector, many unique industries were created. In 2000, Richard Posner defined the digital sector as characterized by rapid technological development and digitalization. He identified three primary industries in the digital

⁴⁰ TAJANA, Alessandro, 'If I Had a Hammer... Structural Remedies and Abuse of Dominant Position' (2006) 7 **Competition and Regulation in Network Industries** 1, 3-29, 5.

⁴¹ AHLBORN, Christian, EVANS, David and PADILLA, Atilano Jorge, 'Competition Policy in the New Economy: Is European Competition Law up to the Challenge?' (2001) 22 **European Competition Law Review** 5, 156.

sector: the computer software industry, internet businesses, and internet communication services⁴². It has been over 23 years now, and the classification of Posner is still relevant to some extent. Later, David Evans and Richard Schmalensee proposed a new definition: the information technology industry⁴³. Since data collection and utilization are the core components for digitalizing services, the software industry, internet-based businesses, and communication services, the digital sector is information-based. However, it should be remembered that rapid digitalization and new methods of using data still change the structures of digital markets in the sector, and the evolution of the digital sector is still ongoing.

Technological developments not only led to the creation of new industries such as social networking or internet communications markets. It also contributed to the digitalization of long-time traditional industries such as retail, banking, shopping, and many others, which are all becoming internet-based. Intrinsically, digitalized industries' market structures also differentiate from traditional ones. While price can be a parameter to assess competition in every traditional industry, price is non-existent in many online industries on at least one market side. As Michael Gal and Daniel Rubinfeld emphasize, "*Free ... goods may be an effective means of growing demand for a product... A modern variant in software or digitally distributed content markets is to offer a basic product for free and charge for its premium versions or added features. Zero pricing may be motivated by increasing revenues in markets for complementary products that operate in more lucrative consumable or services markets*"⁴⁴." Therefore, the assessment of competition through demand/supply-side substitutability, which is based on price, including tests such as the small but significant and non-transitory increase in price (SSNIP) test, does not fit the digital sector. As identified in the European Parliament's Directorate-General for Internal Policies study, the current procedures in applying competition rules to Article 102 infringements in the digital sector need to be revised to answer current problems adequately⁴⁵. Price-centric tools and other traditional methods

⁴² POSNER, Richard, 'Antitrust in the New Economy (2000)' **University of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper** No. 106, 2.

⁴³ EVANS, David and SCHMALENSSEE, Richard, 'Some Economic Aspects of Antitrust Analysis in Dynamically Competitive Industries' in Adam B. Jaffe, Josh Lerner and Scott Stern (eds) **Innovation Policy and the Economy**, Volume 2 (1st ed, MIT Press, 2002), 5.

⁴⁴ GAL, Michael and RUBINFELD, Daniel, 'The Hidden Costs of Free Goods: Implication for Antitrust Enforcement' (2016) 80 **Antitrust Law Journal** 521, 525.

⁴⁵ Directorate General for Internal Policies, European Parliament, 'Challenges for Competition Policy in a Digitalised Economy' (2015) A study for the ECON Committee, IP/A/ECON/2014-12 PE 542.235, 69.

do not reflect the structures of today's digital markets, and the situation becomes a more severe problem since almost all traditional markets are also in digitalization⁴⁶.

As a result, unique competition problems⁴⁷ occur in the digital sector, and competition law mechanisms need to identify market power and abusive conduct in the digital sector⁴⁸. Therefore, the Large Online Platforms have recently faced many cases regarding abuse of their dominant position in Europe⁴⁹. In these cases, Google has received almost 8 billion euros of fines in Shopping, Android, and AdSense cases. Also, Microsoft has received a 2 billion euro fine from the Commission for abusing its dominant position. In a similar pattern, Amazon has faced a 3 billion euro fine by the Italian Antitrust Authority⁵⁰, and Qualcomm almost 1 billion euros by the Commission (which was annulled); furthermore, recently, Facebook faced 3 billion euros of class action in the UK⁵¹. There are several cases against Large Online Platforms opened by NCAs. TCA conducted four different proceedings against Google, which all resulted in fines⁵². There are ongoing investigations regarding the

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ These problems can be listed as: monopolisation, assessment of market power and new types of anti-competitive abusive behaviour which are out of scope of this paper. For more information: KÖKSAL, Alptekin, **Big Data and Competition Law: Market Power Assessment in the Data-Driven Economy** (Routledge, London, 2023)

⁴⁸ Directorate General for Internal Policies, European Parliament, 'Challenges for Competition Policy in a Digitalised Economy' (2015) A study for the ECON Committee, IP/A/ECON/2014-12 PE 542.235, 70.

⁴⁹ Case COMP/C-3/37.792 Microsoft, Commission Decision of 24 March 2004 relating to a proceeding under Article 82 of the EC Treaty against Microsoft Corporation; Case COMP/C-3/39.530 Microsoft, Commission Decision of 16 December 2009 relating to a proceeding under Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union and Article 54 of the EEA Agreement; Case T - 201/4 *Microsoft Corp. v Commission of the European Communities* [2007] ECLI: EU:T:2007:289; 2008; Case AT.39740 Google Search (Shopping) [2017] 4444 Final; Case No COMP/AT.40099, Google Android [2018] Commission Decision of 18 July 2018, C(2018) 4761 Final; Case No COMP/AT.40411 Google AdSense [2019] Commission Decision of 20 March 2019 relating to a proceeding under Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union and Article 54 of the EEA Agreement, C(2019) 2173; Case no COMP/AT.40703 - Amazon Buy Box within the meaning of Article 11(6) of Council Regulation No 1/2003 and Article 2(1) of Commission Regulation No 773/2004; B6-22/16, *Facebook Inc., Facebook Ireland Ltd., Facebook Deutschland GmbH, Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.* Bundeskartellamt 6th Decision Division (6 February 2019); Also See Apple Abuses: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_2061; <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/summary-of-decision-on-abuse-of-dominant-position-by-apple.pdf>.

⁵⁰ Autorita Garante della Concorrenza e del Mercato (Italian Competition Authority), Press Release (9 December 2021), Available at: <https://en.agcm.it/en/media/press-releases/2021/12/A528>.

⁵¹ Available at: <https://edition.cnn.com/2022/01/14/tech/facebook-uk-class-action/index.html>.

⁵² TCA, Rekabet Kurulu 19.09.2018 T., 18-33/555-273 S. Google Shopping Decision; TCA, Rekabet Kurulu 12.11.2020 T., 20-49/675-295 S. Google Decision; TCA, Rekabet Kurulu 08.04.2021 T., 21-20/248-105 S. Google Decision.

significant technology undertakings, and the NCAs and the European Commission will likely open new investigations and cases.

As mentioned in the previous section, all these fines are to penalize and deter undertakings by their nature, and they are not very effective in ending abuse, even though they are enormous. Most of these fines do not create much financial harm to technology giants, which are the leaders of the world economy right now, and still, the most valuable companies are tech giants. For the very same reason, the deterrence effect of these fines is also minimal. Therefore, punitive tools such as fines are only sometimes sufficient to achieve competition. Policymakers worldwide are also aware of the emerging situation, and many legislators are now regulating the digital sector by penalizing the technology giants. However, without an *ex-ante* intervention, a stricter and systematic application of Article 7 of Regulation 1/2003 could mitigate the current digital sector problems and leave enough space for innovation. However, the application of structural remedies has been very limited in the US and the EU case law. Moreover, applying structural remedies *ex-post* regarding the digital sector is almost non-existent. Therefore, a few merger remedies are explained below to provide an estimated understanding.

Although used as a last result, structural remedies were used in the US in the 1960s and 1970s for abuse of dominant position and monopoly cases⁵³. In that era, one of these structural remedies was the break-up of Bell Systems, which was wholly owned by AT&T in 1982⁵⁴. It was a monopolization case in the long-distance communication services and telecommunications equipment. After eight years of investigation, Bell Systems was split into seven regional independent companies called Regional Bell Operating Companies (RBOCs), and AT&T would no longer supply them with equipment. It is widely considered a successful structural remedy and perceived positive feedback in the US⁵⁵. In this sense, it is now widely argued that the conduct back in the 1970s could be applied again to the digital sector. However, the *laissez-faire* approach to competition and the idea of markets self-correcting themselves have been quite strong in the EU and the US, and it limits the application of structural remedies.

⁵³ TAJANA, 8.

⁵⁴ AT&T, 552 F. Supp. 131, 135 (DDC 1982).

⁵⁵ TAJANA, 8.

Additionally, not an Article 102 infringement, but other cases involving structural remedies regarding network industries was another AT&T break up in the US. The Department of Justice (US) approved a \$48 billion merger between AT&T and TCI (Tele-Communications Inc.) after AT&T agreed to complete divestiture of TCI's interests in Sprint PCS⁵⁶. The DOJ reviewed AT&T's takeover of TCI, and it was argued that the takeover would restrict competition in the mobile phone services market. AT&T is one of the two largest providers in the market at the time of the transaction. TCI, which AT&T will take over, holds 23.5% of Sprint PCS, which operates nationwide in the same market. According to the settlement, AT&T's shares in Sprint PCS will be exchanged with a trustee to be appointed. Also, the AT&T/Media One takeover significantly restricted competition in the broadband household internet services market⁵⁷. AT&T retains control of Excite (@Home), the largest broadband household internet services provider. Also, the acquired Media One has a 34% stake and significant management control of Service Co LLC, the second-largest provider in the same market. Therefore, AT&T has agreed to unbundle the shares it will hold in Service Co LLC, not to participate in the company's management, and only access its confidential information once the unbundling process is completed. The merger transaction is permitted under these conditions.

In the EU, as a part of competition law, structural remedies were used reluctantly, and it has a much shorter history than the US, as most of the structural remedies are applied through commitment mechanisms⁵⁸. However, the increasing concerns regarding the technology companies and the unprecedented market power of these undertakings in the digital sector have forced the European Commission, NCAs, and academia to consider structural remedies as an effective tool to end Article 102 infringements in the digital sector. Regarding the technology companies, the first attempt for structural remedies as an *ex-post* remedy for abuse of dominant position was in the case of Microsoft⁵⁹. In its decision, the European Commission found that Microsoft has been abusing its dominant position by "(a)

⁵⁶ For more information: https://www.justice.gov/archive/atr/public/press_releases/1998/2139.htm.

⁵⁷ For more information: <https://www.cnet.com/tech/mobile/at-t-mediaone-merger-a-done-deal/>.

⁵⁸ In the energy sector, the E.ON, RWE and ENI cases are the most critical decisions regarding applying structural remedies through commitment mechanisms to Article 102-type infringements in the EU. Cases COMP/B-1/39.388 - E.ON Electricity/Wholesale German Electricity Wholesale Market and COMP/B-1/39.389 - German Electricity Balancing Market (Text with EEA relevance); Case COMP/39.402- RWE Gas Foreclosure, Commission Decision (18 March 2009), 2009 OJ. (C 133) 10; Case COMP/39.315 ENI Commission Decision 29/12/2010.

⁵⁹ Case T - 201/4 *Microsoft Corp. v Commission of the European Communities* [2007] ECLI: EU:T:2007:289; Case COMP/C-3/37.792 *Microsoft*, Commission Decision of 24 March 2004 relating to a proceeding under Article 82 of the EC Treaty against Microsoft Corporation C[2004] 900 Final.

refusing to supply the Interoperability Information and allow its use to develop and distribute workgroup server operating system products and (b) making the availability of the Windows Client PC Operating System conditional on the simultaneous acquisition of Windows Media Player⁶⁰.” Regarding the second abuse (b), the initial remedy was structural⁶¹. According to the remedy, Microsoft must completely separate its operating system (Windows) from its application (Windows Media Player). Still, the remedy was rejected on appeal because this would have needed to be more efficient and would not have guaranteed increased competition⁶². Therefore, the agreed remedy was to offer a full-functioning version of the Windows OS that does not have Windows Media Player preinstalled. Still, Microsoft retains the right to offer a bundled version of Windows and Windows Media Player for the same price⁶³. Therefore, the remedy was completely ineffective; customers are more interested in a “better” version of Windows (including Media Player) for the same price.

Apart from the Microsoft Media Player case, structural remedies were not available for other abuse cases in the EU, such as shopping, AdSense, and Android. However, as discussed in the next section, instead of imposing structural remedies *ex-post*, the authorities and lawmakers have been discussing regulating big tech companies like public utilities in the past and even breaking up these undertakings due to the increasing concerns in the sector⁶⁴. Lawmakers have imposed *ex-ante* rules on once-liberalized markets in many network industries, including the energy sector⁶⁵. Measures were splitting historical monopolists vertically or separating the network ownership of undertakings. Similarly, the European Parliament subcommittee calls for Google to break up. In this sense, the European Parliament has told the European Commission to ensure Google properly implements the enforcer’s online search remedies and even called for a “full-blown structural separation” between its general and specialized search services⁶⁶. Also, the Federal Trade Commission sought to

⁶⁰ Case COMP/C-3/37.792, p 299.

⁶¹ LYONS, 22.

⁶² LYONS, 22.

⁶³ Case COMP/C-3/37.792, p 300.

⁶⁴ International Monetary Fund, ‘Rising Corporate Market Power: Emerging Policy Issues’ (2021) **Staff Discussion Notes Volume 2021**, Issue 001.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ ARANZE, Janith, EU parliament subcommittee calls for Google break-up, (27 October 2017) **Global Competition Review**, Available at: <https://globalcompetitionreview.com/article/eu-parliament-subcommittee-calls-google-break>.

break up Facebook. It announced a new antitrust lawsuit against Facebook, alleging that the social network has used monopoly power ‘to suppress, neutralize and deter serious competitive threats’ and must be broken up⁶⁷. The policy shift on both sides of the Atlantic is explained below.

IV. REMEDIES INTRODUCED BY THE AUTHORITIES IN THE EU AND US

Instead of focusing on the application of Article 7 Regulation 1/2003 by the Commission and the NCAs, lawmakers in the EU (and the US more recently) are now regulating the once liberalized industry: the digital sector. A crackdown on big technology companies started due to a recent policy shift in the US back in 2020⁶⁸. Although these undertakings are US-based and the Chicago School of Competition Law advocates for a non-interventionist approach that argues that digital markets will self-correct themselves, US authorities now call for the break-up of the Big Five, especially Meta (Facebook), Alphabet (Google), and Amazon. Also, the New Brandeis School of Competition and Lina Khan are at the forefront of advocating for an anti-monopoly agenda for the digital sector, which includes ex-ante measures to break up technology giants⁶⁹. Also, the Biden administration selected Lina Khan as the head of the Federal Trade Commission in 2021.

In 2020, the Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law of the House Committee on the Judiciary published a report of an investigation into the digital markets⁷⁰. In the report, technology giants are referred to as “companies that once were scrappy, underdog start-ups that challenged the status quo have become the kinds of monopolies we last saw in the era of oil barons and railroad tycoons⁷¹.” From the phrase the committee decided to include in the official report, it can be assumed that the progress toward *ex-ante* regulations for the digital sector is specifically politically aimed at some “some” undertakings, and competition concerns do not seem to be the number one consideration here. That being said, for the remedy to the

⁶⁷ The Federal Trade Commission, Press Release, FTC Alleges Facebook Resorted to Illegal Buy-or-Bury Scheme to Crush Competition After String of Failed Attempts to Innovate (19 August 2021) Available at: <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2021/08/ftc-alleges-facebook-resorted-illegal-buy-or-bury-scheme-crush-competition-after-string-failed>.

⁶⁸ For more information: <https://www.bbc.com/news/business-57783824>.

⁶⁹ KHAN, Lina, ‘Amazon’s Antitrust Paradox’ (2016) 126 *Yale Law Journal* 3.

⁷⁰ Available at: https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf.

⁷¹ *Ibid*, 6.

increasing market power of dominant tech giants, the study recommends structural separation of certain undertakings, prohibition of specific conduct, Interoperability and data portability, the presumptive prohibition against future mergers and acquisitions by technology giants, and even reasserting the anti-monopoly goals of competition law instead of consumer welfare approach to ensure a healthy and vibrant democracy⁷². New appointments of the Democrat Party administration to crucial institutions in the US signpost a significant change in the competition law and policy. Also, at the helm of Elisabeth Warren (Democratic Senator), competition investigations have recently started against Meta and Alphabet; strict measures are expected.

Also, the European Commission proposed an *ex-ante* regulation for the digital sector, the DMA, and the DSA, which already came into force. One main aim of the DMA is to create a pre-emptive setting of rules for the future⁷³. The DMA might also replace alternative solutions based on data policies such as GDPR violations since it presumes anticompetitive effects beforehand and bans take-it-or-leave-it data policies⁷⁴. Article 2 of the regulation defines the term ‘gatekeepers’, the content providers of core platform services. Also, it defines the term ‘core platform services,’ which are online intermediation services, online search engines, online social networking services, video-sharing platform services, interpersonal communication services, operating systems, web browsers, virtual assistants, cloud computing services, and online advertising services⁷⁵. According to the regulation, specific undertakings with dominant positions in these markets are regarded as gatekeepers. Although the list of undertakings is not explicitly announced, the regulation’s main subjects are the big technology companies. According to the Commission, the behavior and structures of these technology giants must be controlled through regulation, and healthy competition must be preserved in the digital sector by guaranteeing a level playing field for undertakings⁷⁶. The DMA will force “gatekeepers” to implement particular behavior and refrain from unfair

⁷² Ibid, 20.

⁷³ TÓTH, András, ‘Creating More Public Value in the EU Competition Law by Reaching a Higher Level of Prevention in the Particular Context of the Digital Markets’, in José Rivas (ed), **World Competition Law and Economics Review**, (Kluwer Law International; Kluwer Law International 2021, Volume 44 Issue 4) 438.

⁷⁴ KÖHLER, Alexander, ‘Online Advertising and the Competition for Data: What Abuse are we Looking for?’, in José Rivas (ed), **World Competition Law and Economics Review**, (Kluwer Law International; Kluwer Law International 2021, Volume 44 Issue 2) 226.

⁷⁵ Article 2 of the DMA.

⁷⁶ European Commission, Questions and answers: Digital Markets Act: Ensuring fair and open digital markets (15 December 2020) Brussels.

conduct, which is considered a behavioral remedy⁷⁷. Therefore, “gatekeepers” now have extra responsibilities by complying with additional obligations forced by the regulation. Moreover, as the Commission expresses, “When a company does not yet enjoy an entrenched and durable position, but it is foreseeable that a proportionate subset of obligations applies to ensure that the gatekeeper concerned does not achieve by unfair means an entrenched and durable position in its operations⁷⁸.”

Andreas Schwab from Parliament’s Internal Market and Consumer Protection Committee stated, “*The agreement ushers in a new era of tech regulation worldwide ... From now on, they (Big Tech companies) must show that they also allow for fair competition on the Internet. The new rules will help enforce that basic principle. The law avoids any form of overregulation for small businesses. App developers will get new opportunities, small businesses will get more access to business-relevant data, and the online advertising market will become fairer*⁷⁹.” All in all, the steps taken to control the market power of technology companies are quite aggressive. In European Competition Law, as a fundamental principle, market power or dominance is not anti-competitive *per se*. Moreover, big technology companies are the most successful in their strategies, innovations, and business conduct. None of them were first movers in their respective markets⁸⁰. In other words, their monopolistic powers or dominant positions do not stem from public authorities or legal monopolies, and they were just the most successful undertakings. Although commentators argue that the presence of regulation can inform the antitrust assessment⁸¹, on the other side of the coin, in the absence of abusive conduct, controlling the market power of technology companies through *ex-ante* solutions might not be the optimal solution for the issues of the digital sector because the main problem within this sector is the abuse of market power.

Leaving an analysis that establishes dominance and conducting an effects-based analysis must have a competition law basis. Although Andreas Schwab underlines that the DMA is not an overregulation and innovation will not

⁷⁷ Ibid.

⁷⁸ Ibid.

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ Alphabet/Google, Apple, Amazon, Microsoft and Meta/Facebook.

⁸¹ DUNNE, Niamh, ‘The Role of Regulation in EU Competition Law Assessment’, in José Rivas (ed), **World Competition Law and Economics Review**, (Kluwer Law International 2021, Volume 44 Issue 3) 288.

suffer when the digital sector becomes a regulated industry, sanctioning dominant undertakings without concern for abusive conduct and without a proper competition analysis is against the competition law and the policy's aim. More importantly, identifying abusive conduct in an emerging sector is vital for competition enforcement, and imposing *ex-post* remedies to abusive conduct through case law and precedent might be the correct option.

We claim that *ex-ante* regulation is unsuitable for digital markets in its current form, as *ex-ante* regulations might create several adverse effects. The *ex-ante* regulations might reduce productivity as a study indicates that shifting *ex-post* to *ex-ante* regulation in digital markets in the EU will result in a loss of about 85 billion EUR in GDP and 101 billion EUR in consumer welfare⁸². Studies suggest that when markets comply with a pre-determined set of operating procedures and standards, they reduce their efforts and investments in innovation⁸³. As digital markets require constant innovation and thus investment, forcing them to operate under pre-determined rules will reduce the appetite for innovation. *Ex-ante* regulation creates a regulated market with complex rules and thus requires constant re-evaluation of the rules and changes when necessary. However, conducting a swift evaluation of dynamic markets, such as digital markets, is challenging for regulators. In many legal systems, changing the regulations once they are introduced takes a long time. An OECD study claims that existing regulatory frameworks might not be agile enough to accommodate the fast pace of technological development and consequently, rules might become outdated⁸⁴. This creates a problem as outdated regulations harm innovation and create consumer harm. *Ex-ante* regulations, especially in complicated markets, create huge compliance costs, which causes market barriers for new entries. A pre-determined set of rules requires a constant internal compliance structure for enterprises, which creates an enormous transaction cost. This cost prevents small enterprises from investing in the market or, worse, completely abandoning it⁸⁵.

⁸² LEE-MAKIYAMA, Hosuk and GOPALAKRISHNAN Badri Narayanan, 'Economic Costs of Ex Ante Regulations' (2020) **ECIPE Occasional Papers**, No 7, October 2020, Available at: https://ecipe.org/wp-content/uploads/2020/10/ECI_20_OccPaper_07_2020_Ex-ante_Regulations_LY06.pdf.

⁸³ Ibid.

⁸⁴ OECD, Case Studies on the Regulatory Challenges Raised by Innovation and the Regulatory Responses (14 December 2021), Available at: <https://www.oecd.org/publications/case-studies-on-the-regulatory-challenges-raised-by-innovation-and-the-regulatory-responses-8fa190b5-en.htm>.

⁸⁵ SHIKHAR, Singla, 'Regulatory Costs and Market Power' (2023) **Law Fin Working Paper** No. 47, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4368609>.

The developments in the world indicate that there is no unified approach to regulating digital markets. The debate regarding the requirements of ex-ante rules is still very valid outside of the EU; Countries such as the USA and Canada⁸⁶ avoided ex-ante regulations regarding competition problems in digital markets⁸⁷. In developing countries, in Asian and Latin American countries, there are no ex-ante regulations as the necessity of the ex-ante regulations has not been concretely proven yet⁸⁸. To conduct a coherent study and stay within the limits of the subject of this article, further analysis will be left out of the scope of this paper. Instead, the focus will be on *ex-post* remedies.

The following sections discuss the application of structural remedies nationally to demonstrate the applicability of the strictest remedies available in European Competition Law to the global technology giants.

V. DEVELOPMENTS IN TURKISH COMPETITION LAW AS AN EXAMPLE OF APPLICATION

In 2020, the Grand National Assembly of Türkiye approved a few amendments to Law No. 4054 on the Protection of Competition⁸⁹. Since the Turkish Competition Authority took office in 1997, Law No. 4054 has been effective in Türkiye. For almost 25 years, the TCA has gained vast experience in enforcing competition rules nationally. However, the changes in the international markets and markets in Türkiye have made it necessary to redraft more than a couple of provisions of Law No. 4054. Also, there have been changes in the law of the European Union for more than 25 years since Law No. 4054 was implemented. One of the most essential parts of the reform package in the EU was Regulation 1/2003, which contributed to creating a modern approach in the EU. In line with all developments at the national and international level and emerging needs, amendments to be made in Law No.

⁸⁶ PECMAN, John, DO, Huy and MANGALY, Peter, ‘Canada Should Avoid Costly *Ex Ante* Regulation of Digital Markets’ **Competition Chronicle** (8 May 2023) Available at: https://www.competitionchronicle.com/2023/05/canada-should-avoid-costly-ex-ante-regulation-of-digital-markets/#_ftn9.

⁸⁷ REINSCH, William and SUOMINEN, Kati, ‘Are US Digital Platform Facing a Growing Wave of Ex Ante Competition Regulation’ **Center for Strategic & International Studies** (21 June 2023) Available at: <https://www.csis.org/analysis/are-us-digital-platforms-facing-growing-wave-ex-ante-competition-regulation>.

⁸⁸ For more information: <https://www.inhousecommunity.com/article/europe-asia-great-divide-regulating-digital-economy/>;
<https://truthonthemarket.com/2023/11/07/latin-america-should-follow-its-own-path-on-digital-markets-competition/>.

⁸⁹ Act on the Protection of Competition no. 4054 Türkiye (RKHK).

4054 aim to achieve the contemporary level in competition law and provide the necessary structure for the competition authority to meet the markets' needs better. According to the Recital of the Amendment Proposal, amendments to Law No. 4054 on the Protection of Competition in Türkiye help bring Turkish competition law closer to the EU law and help create a precedent for the emerging issues in competition law⁹⁰. Thus, it will be possible to make competition enforcement more active and dynamic by providing new rules. This will result in a more effective competition law system in Türkiye, which protects and improves competition in newly emerged markets to ensure efficiency, effective allocation, and welfare⁹¹.

One of the changes in the amendment law is structural remedies. The former Law No. 4054 on Protection of Competition article 9 states that if the TCA determines that Articles 4, 6, and 7 of this Law (Article 101, 102 TFEU and merger control provisions) have been violated, the relevant undertakings shall be notified to ensure competition by imposing behavioral remedies⁹². Before imposing remedies, the TCA shall notify the relevant undertakings in writing of their opinions on ending the violation. As can be seen, the former regulation does not mention structural remedies as a tool to restore competition, unlike Regulation 1/2003. Nevertheless, structural remedies have been used as a competition tool in practice for a long time by the TCA⁹³.

However, the Amendment Law grants the TCA the power to explicitly impose structural remedies for violations of Articles 101 and 102⁹⁴. The amended Article 9/1 states, "... The TCA shall notify in its final decision the behaviors that the relevant undertakings ... must carry out or refrain from to re-establish competition and *any structural remedies* in the form of undertakings transferring certain businesses, partnership shares or assets⁹⁵." It also adds that behavioral and structural measures must be proportionate to the violation and necessary to end it effectively. However, structural measures are only used

⁹⁰ Recital of RKKH: <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss215.pdf>.

⁹¹ Recital of RKKH.

⁹² Former RKKH Article 9.

⁹³ Article 101: Erdemir/Borcelik, OYSA; Mergers: Marmara Gıda/Gıdası; Doğan Gazetecilik; Oyak/Lafarg; Diageo/Mey içki; Afm/Mars; Luxottica/Essilor (01.10.2018, 18-36/585-286); Bayer/Monsanto Company (08.05.2018, 18-14/261-126); Tesco/Kipa; Lesaffre/Dosu Maya (12.12.2014, 14-52/903-411) Lesaffre/Dosu Maya (31.12.2018, 18-17/316-156)

⁹⁴ Amendment law article 9.

⁹⁵ Amendment law article 9. (*Emphasis added*)

when earlier behavioral measures are ineffective⁹⁶. In this sense, if it is determined with the final decision that the behavioral measures have been ineffective, the undertakings are given at least six months to comply with the structural remedies. Moreover, the preamble of the provision mentions that the amendment made in the first paragraph of Article 9 of Law No. 4054 clearly states that the Competition Board may introduce structural measures in its final decisions only⁹⁷. Moreover, legal guarantees are given to undertakings by the provision that structural measures grant an exceptional authority that can only be applied in cases where the behavioral measures introduced initially yielded positive results on the competition infringement.

Therefore, the amendment clearly and unequivocally indicates that:

- Structural remedies may be applied to Articles 101 and 102 violations *ex-post*.
- Structural remedies may be applied for each violation without restriction.
- Structural remedies can only be applied in the final decision.
- Structural remedies must be applied as a last resort where behavioral remedies are ineffective.
- Structural remedies must be proportionate.

Although the amendment is in line with Regulation 1/2003 on implementing Articles 101 and 102 TFEU, it introduces the abovementioned five-step methodology in applying structural remedies to Articles 101 and 102 violations. As mentioned above, in Article 7 of Regulation 1/2003, structural remedies can be imposed where there is no equally effective behavioral remedy or where an equally effective behavioral measure will be more burdensome for the undertaking concerned, which is a vague provision and moderately hard to implement by the NCAs and the Commission alike. However, Article 9 of Law No. 4054 introduces clarity. It provides legal predictability to undertakings subject to competition law infringements, as it states that structural remedies must be proportionate and can only be applied as a last resort where behavioral remedies are ineffective. The following section discusses applying first behavioral remedies and then structural remedies of Law No. 4054 *ex-post* in the context of competition infringements in the digital sector.

⁹⁶ Ibid.

⁹⁷ Preamble article 9.

VI. APPLICABILITY OF STRUCTURAL REMEDIES TO THE DIGITAL SECTOR ON A NATIONAL LEVEL

As we mentioned above, ex-ante regulation might create some adverse effects on digital markets. We do not claim all regulation has adverse effects. Rather, we claim that competition regulation must be the last resource, and digital markets are not suitable for competition regulation yet due to their dynamic nature. There are already extensive regulations regarding digital markets, such as the Digital Services Act, data protection, and others. Yet another interference with the market will create overregulation. Especially regarding competition regulation, there is no clear indication of market failure yet in digital markets. Almost all the competition infringement cases regarding digital markets are recent, and many of them have started to create solutions after enforcement with behavioral remedies.

The other problem with digital markets is the difficulty of defining markets and introducing predictable and applicable rules on these definitions. So-called digital markets do not constitute similar characteristics, and that is why the regulations and proposed regulations have several unrelated markets as subjects of the regulation. For example, the EU DMA divides markets into several subcategories and introduces several obligations under each market. It also has to define gatekeepers and introduce responsibilities for gatekeepers⁹⁸. Briefly, the process of the application of DMA is as such: first, the gatekeeper designation procedure applies. The Commission may conduct market investigations to designate specific undertakings as gatekeepers by applying quantitative thresholds. After that, within six months of gatekeeper designations, compliance with obligations and prohibitions stage starts. Gatekeepers must provide several reports and submit audits during this period⁹⁹. Designated gatekeepers must comply with specific “self-executing” obligations laid out in Articles 5, 6, and 7 DMA. Different obligations, such as access to data, prohibited practices, or interoperability requirements, follow different procedures. As an example, for Article 6 obligations, the Commission may also formally give directions to undertakings¹⁰⁰.

⁹⁸ PODSZUN, Rupprecht, ‘From Competition Law to Platform Regulation - Regulatory Choices for the Digital Markets Act’ (2022) *Economics* Volume 17, No 1.

⁹⁹ European Parliament, Digital Issues in Focus: Digital Markets Act Application Timeline (November 2022) Available at: <https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2022/739226/EPRS-AaG-739226-DMA-Application-timeline-FINAL.pdf>.

¹⁰⁰ Ibid.

Following the compliance period, obligations may be updated for each gatekeeper individually while EU Council and Parliament experts are consulted. On top of that, the Commission must also evaluate the regulation and report to the Parliament, the Council, and the European Economic and Social Committee while applying the DMA. To sum up, there are designation assessments, compliance assessments, monitoring, updates on prohibitions, implementations, reporting and notification requirements, audits, and even engaging with the lawmakers constantly. In other words, discussions regarding the application of DMA are already creating difficulties as authorities have to make several decisions constantly. Several companies already started legal challenges to the application of DMA and the decision of the Commissions¹⁰¹. In our opinion, the time has not yet come to interfere with digital markets as other options, especially competition law, have not materialized yet.

As an *ex-post* solution, the effectiveness of structural remedies cannot be foreseeable strictly for the competition infringements in the digital sector. However, sector-specific regulations, such as the DMA, are aggressive *ex-ante* measures that could lead to overregulation and could be detrimental to the innovative and dynamic character of the digital sector. The long-term effects of sector-specific regulation are especially yet to be seen since they are impossible to assess right now. However, structural remedies on specific occasions had positive economic and social consequences, such as the break-up of AT&T into regional undertakings in the US. Therefore, there might be better ideas than unproved aggressive measures to break up some undertakings for being ‘gatekeepers’ to specific markets for healthy competition in the digital sector. Instead, a well-known and established approach, such as the *ex-post* structural remedy, might be utilized. This Act means a greater focus for competition law assessment regarding Article 101 and 102 violations can be sustained, and enforcement powers would stay with the competition authorities rather than legislators. In other words, the powers of the competition authorities would be strengthened by the *ex-post* intervention in markets¹⁰². Therefore, NCAs and the Commission may use structural remedies as a last resort for competition law infringements in the digital sector without an *ex-ante* regulation. Also, it should be remembered that the problem with the applicability of structural remedies in

¹⁰¹ COULTER, Martin, Apple files legal challenge to EU’s Digital Markets Act **Reuters** (17 November 2023) Available at: <https://www.reuters.com/legal/transactional/apple-files-legal-challenge-eus-digital-markets-act-2023-11-17/>.

¹⁰² TAJANA, 27.

Europe is that some national legislations empower NCAs to impose structural measures aligned with Article 7(1) of Regulation 1/2003, whereas others still need to¹⁰³.

Structural remedies' most important positive effects are their application as a last resort and a completely based case-by-case application with economic analysis¹⁰⁴. Thus, it does not put all eggs in the same basket. It is based on already established market failure and only concentrates on correcting proven failures rather than designing the whole industry. The structural remedy's difficulty is finding a viable and long-lasting solution. However, the same applies to the regulation as well. Regarding local authorities' power to regulate global enterprises, the difficulty exists in any local application of local regulations to multinational enterprises¹⁰⁵.

The amendment to the Law on Protection of Competition in Türkiye introduces a procedure for applying structural remedies as a competition law remedy. The sequential application of first behavioral and then structural remedies promotes legal predictability and fairness and balances the application of remedies. Also, as the new law offers an *ex-post* solution when applied instead of a regulation such as the DMA, it may provide a suitable remedy to the dynamic character of the markets in the digital sector. Thus, the competition authorities should be empowered by imposing structural remedies to ensure a quick, simple, enforceable, and observable remedy¹⁰⁶. In non-compliance with structural remedies, the NCAs may impose additional sanctions, such as fines or periodic penalty payments for compliance with structural remedies¹⁰⁷.

To be clear, predictable, equal, and fair, there are several conditions under which structural remedies must be met. First, the remedy must be proportional. Thus, the remedy imposed on an undertaking to end the infringement and ensure healthy competition must be, at most, what is appropriate and

¹⁰³ ECN Recommendation on the Power to Impose Structural Remedies (9 December 2013) Available at: https://ec.europa.eu/competition/ecn/structural_remedies_09122013_en.pdf, 2.

¹⁰⁴ BOSTOEN, Friso and VAN WAMEL, David, 'Antitrust Remedies: From Caution to Creativity' (2023) 14 *Journal of European Competition Law and Practice*, No. 8.

¹⁰⁵ UNCTAD, International cooperation in competition law enforcement - challenges for developing countries and best practices (2021) **UNCTAD RESEARCH PAPER SERIES** No. 59, Available at: <https://unctad.org/publication/international-cooperation-competition-law-enforcement-challenges-developing-countries>.

¹⁰⁶ ECN paper, 5.

¹⁰⁷ ECN paper, 5.

necessary¹⁰⁸. Nevertheless, it should not be forgotten that Article 3(3) of the TEU states that “a highly competitive social market economy, aiming at full employment and social progress”, is one of the central policies and principles of the European Union¹⁰⁹. In other words, although not as high as the right to property, ensuring healthy competition is also a pretty important principle of the EU law. The structural remedies should be exercised by the EU law’s fundamental rights indicated in the Charter of Fundamental Rights of the European Union and the European Convention on Human Rights¹¹⁰. Therefore, if proportional and necessary, structural remedies may be the most appropriate for specific issues in the digital sector.

Principally, structural remedies should not be used as a punitive tool¹¹¹. As mentioned above, tools for punishment and tools for remedy significantly differ. The purpose of the remedy is to restore healthy competition by changing market structures. Only for non-compliance with structural remedies periodic penalty payments as part of the imposition of structural remedies can be regarded as punishment. Also, in terms of being a remedy instead of a punishment, structural measures must meet the necessities of the principle of legal certainty¹¹². That said, any remedy must meet the necessities of the principle of proportionality and the principle of legal certainty. The CJEU ruled that: “The principle of legal certainty requires that rules imposing charges ... must be clear and precise so that he may know without ambiguity what are his rights and obligations and may take steps accordingly¹¹³.” Therefore, any structural remedy imposed on infringing undertakings must be clear and precise so that undertakings know their obligations and the necessary steps to be taken. Amendment law No. 4054 brings legal certainty by creating a framework of first behavioral rather than structural remedies. Although there have been no structural remedies, the TCA imposed several behavioral remedies on the technology giants. It is the first step of *ex-post* intervention, and in case of non-compliance, structural remedies can be imposed on Google, Facebook, and Trendyol, an e-commerce giant in Türkiye. These decisions are explained below.

¹⁰⁸ HELLSTROM, 49.

¹⁰⁹ Article 3 TEU.

¹¹⁰ ECN paper, 3.

¹¹¹ HELLSTROM, 50.

¹¹² HELLSTROM, 51.

¹¹³ Joined cases 92 and 93/87 Commission of the European Communities v the French Republic and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland [1989] ECLI: EU:C:1989:77, para 22.

Regarding applying the “first behavioral and structural remedies” method, the first and foremost example is the TCA’s Google/Android decision¹¹⁴. In its decision, the TCA found that Google dominated the mobile operating systems market and abused its position through licensing agreements to promote its services and applications¹¹⁵. Thus, the TCA imposed behavioral remedies in its final decision to end infringement and ensure effective competition in the Turkish market. According to the decision, in addition to enormous fines, Google must remove the contractual provisions that regulate the obligation of installing the Google search widget, which it offers as a condition for licensing on the home screen. Thus, Google must ensure device manufacturers have the right to choose the search widget provider to be placed on the home screen, among Google or its competitors, and establish the freedom to place search widgets other than Google alone on the home screen¹¹⁶. Additionally, Google must remove the conditions included in the agreements for the default assignment of Google search in all search access points and must not introduce new obligations regarding the assignment of Google search as default at all search points that may arise due to design preferences¹¹⁷. Behavioral remedies also include removing the contractual provisions, which are provided as a condition for licensing, that regulate the obligation to install the Google Web component as default and exclusively in-app internet browser and removal of obligations from all existing contracts, especially Revenue Sharing Agreements signed with device manufacturers, stating that Google search competitors cannot be booted to devices and that device manufacturers cannot use products competing with Google search at any of the search points on the devices¹¹⁸. According to the newly established method in Türkiye, failure to comply with these obligations would result in structural remedies where Android and Google could become independent undertakings in Türkiye; thus, Android would not set Google apps and services as the default app or impose licensing preconditions.

Similarly, in another Google decision, the TCA found that Google is the dominant player in the search engine market and abused its position by favoring its services on the search results page¹¹⁹. Accordingly, the Authority imposed

¹¹⁴ TCA, Rekabet Kurulu 12.11.2020 T., 20-49/675-295 S. Google Decision.

¹¹⁵ Ibid, 116.

¹¹⁶ Ibid, 117.

¹¹⁷ Ibid, 117.

¹¹⁸ Ibid.

¹¹⁹ TCA, Rekabet Kurulu 08.04.2021 T., 21-20/248-105 S. Google Decision, 347.

behavioral measures in addition to fines. The Authority has decided that Google will not put its rivals in a disadvantageous position on the search results page and, thus, will report to the Authority annually for five years after implementing the behavioral measures¹²⁰.

More recently, the TCA has launched an investigation against Facebook and WhatsApp to determine whether there has been a violation of Article 6 of the Law on the Protection of Competition No. 4054 (Article 102 TFEU) after Facebook had announced that WhatsApp terms of use and privacy policy would be updated. Users must consent to the data sharing of WhatsApp with Facebook to continue using WhatsApp after 8 February 2021¹²¹. In its preliminary ruling, the Authority ruled that since the alleged anti-competitive conduct is likely to cause severe and irreversible consumer harm until the final decision of the investigation, Facebook must stop imposing the new conditions brought by WhatsApp users in Türkiye for the use of their data in other services as of 8 February 2021 and accordingly, comply with this measure¹²². That said, failure to comply with the remedy might lead to stricter remedies, such as structural ones. These examples are essential since the competition authorities of developing countries can also have the incentive and power to impose remedies and fines on global technology giants. As in the example of TCA, both Google and Facebook had to comply with the behavioral remedies imposed. It demonstrates that ex-post intervention on a national level can be enforceable and even effective in ending competition infringements¹²³.

In Türkiye, where the procedural establishment of behavioral and structural remedies now exist, and in Europe, the NCAs are incentivized for ex-post intervention in Article 102 infringements. One solid example is the Dutch Competition Authority. In 2019, the Dutch Competition Authority opened an abuse of dominance investigation against Apple¹²⁴. Although the investigation has started to identify potential abuse by Apple in various categories of mobile applications (in AppStore), the investigation later focused on (paid) dating apps

¹²⁰ Ibid, 347.

¹²¹ TCA, Rekabet Kurulu 11.01.2021 T., 21-02/25-M S. Decision.

¹²² Ibid.

¹²³ EROĞLU, Muzaffer, Turkish Competition Board (“TCB”) Has Launched an Investigation against Facebook for Its Recent Implementation Concerning Data Sharing Preferences (2022) *YIMEL*, BRILL: The Netherlands.

¹²⁴ Available at: <https://www.acm.nl/en/publications/acm-launches-investigation-abuse-dominance-apple-its-app-store>.

only¹²⁵. In its decision in 2021, the Dutch Competition Authority imposed behavioral remedies and periodic penalty payments on Apple for abusing its dominant position in the mobile operating systems market¹²⁶. The Authority ruled that Apple abused its dominant position by prohibiting dating applications from offering third-party payment methods in their respective applications, thus imposing unreasonable conditions on dating app providers in the market¹²⁷.

As a behavioral remedy, the Dutch Authority required Apple to allow dating applications to use third-party payment methods in their applications in the iOS ecosystem, and also, dating applications must have the option to refer to payment options outside the dating application¹²⁸. By this means, the Authority aimed to end competition infringement by letting dating applications choose their payment methods for digital content and services sold within the application in the Dutch App Store¹²⁹. Additionally, the Authority ruled that Apple must include executing the changes or pay a periodic penalty of 5 million euros per week, up to a maximum of 50 million¹³⁰. In other words, the Authority allowed Apple to change the payment conditions in the Dutch App Store, followed by periodic penalty payments for non-compliance remedies. On 14 January 2022, Apple announced: “To comply with the Authorities’ order, we are introducing two optional new entitlements exclusively applicable to dating apps on the Netherlands App Store that provide additional payment processing options for users. Dating app developers who desire to continue using Apple’s in-app purchase system may do so, and no further action is needed¹³¹.”

The recent investigation of the Dutch Competition Authority is another significant move wherein the absence of an *ex-ante* regulation, imposing behavioral remedies on a national level, and compliance with the decision of the NCA are successful. This decision could become a landmark, especially in Europe, where other NCAs may follow the precedent and enforce competition

¹²⁵ For more information: <https://www.lexxion.eu/en/coreblogpost/the-apple-app-store-case-in-the-netherlands-a-potential-game-changer/>.

¹²⁶ Autoriteit Consument and Markt Decision ACM/19/035630 (24 August 2021) Available at: <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/summary-of-decision-on-abuse-of-dominant-position-by-apple.pdf>.

¹²⁷ Ibid.

¹²⁸ Ibid.

¹²⁹ Ibid, para 20.

¹³⁰ Ibid, para 21.

¹³¹ Available at: <https://developer.apple.com/news/?id=mbbs4zql>.

rules nationally without overregulating the liberalized digital sector. As a policy option, if non-compliance with behavioral remedies also leads to structural remedies and periodic penalty payments, it could become even more enforceable by the NCAs. To sum up, the *ex-post* application of behavioral and structural remedies by the NCAs is entirely possible. However, the method also needs a well-defined procedure, such as in the example of the TCA, where legal certainty and proportionality can be achieved. Therefore, decision-makers and regulators should work on alternative solutions before regulating the sector, such as applying structural remedies *ex-post* to Article 102 infringements. With some exceptions, competition law is applied at a national level; thus, structural remedies must be applied at the domestic level, which might create some difficulties when applied to multinational companies. However, the same problems also occur with regulating digital markets as they have local characteristics and need to be applied at the domestic level. In this case, more flexible and case-by-case applied remedy systems might have advantages in digital markets as they will consider all aspects of market competition problems and specific problems attributed to undertakings. Moreover, structural remedies are the last resort, and undertakings will be more cautious when they recognize their actions against competition might have serious consequences. Since all the structural remedies are bound to be designed as unique and custom-based, it is much easier to build a balance between competition concerns, innovation, and economic freedoms.

VII. CONCLUSION

As identified by the literature and competition authorities, there needs to be a sector-specific regulation and the effective application of this regulation. The EU bodies and countries such as Germany have decided to fill this gap through extensive *ex-ante* regulation. However, the digital world has just emerged and proliferates with technological advancement. Consequently, the competition in the digital sector is characterized by innovation. Therefore, a rushed law-making process may harm healthy competition in the digital sector. Specific and detailed *ex-ante* mechanisms should always be cautiously approached since lawmakers and policymakers may not be familiar with the developments in the specific sector. It is almost impossible for legal experts to analyze the effects of data and digitalization adequately.

As an alternative, competition authorities and courts must be at the forefront of tackling newly emerging challenges in competition law. In other words, the power to intervene in the issues related to the digital sector must be

on NCAs and expert courts. Competition law application has effective *ex-post* mechanisms, such as behavioral and structural remedies. The proactive application of structural remedies as an *ex-post* mechanism for abuse of dominant position situations, especially in the digital sector, seems to suit the unique characteristics of the digital sector. As discussed in this paper, the *ex-post* application of behavioral and structural remedies by the NCAs is reasonably possible and practical.

The *ex-post* method also needs a well-defined procedure, as in the example of the Turkish Competition Authority, where legal certainty and proportionality can effectively be achieved. Therefore, lawmakers should consider workable solutions such as applying structural remedies *ex-post* to Article 102 infringements instead of *ex-ante* mechanisms, which are unsafe for the structure and evolution of newly emerged sectors. That being said, structural remedies, as an *ex-post* measure, will unlikely be used as the initial response since behavioral remedies are the primary option to deal with Article 102 infringements. The language and conditions of structural remedies demonstrate that these kinds of remedies will be used, even for the digital sector, as a last resort. It is also crucial to note that an effective commitment mechanism plays a vital role in applying *ex-post* remedies. Furthermore, in Türkiye, the Draft Law that introduces similar provisions to the DMA has not passed. Yet, the TCA actively monitors the digital sector and introduces very dynamic measures to prevent abusive behaviors by big technology companies.

This paper argues that a new mechanism that will regulate the whole digital sector is unnecessary in basic terms. The competitive world and free market economy do not need a new regulated sector. Although regulations such as the DMA or Turkish E-commerce law may be effective against Large Platform, there might also be overregulation, which harms healthy competition and the market economy. Thus, the established mechanisms and tools must be applied to competition infringements before regulating the digital sector since legal experts are unfamiliar with data science. Therefore, a harmonized method that effectively uses structural remedies, behavioral remedies, and commitment mechanisms would be ideal for newly emerged issues in the digital sector.

Hakem Değerlendirmesi : Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması : Yazarlar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review : *Externally peer-reviewed.*

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

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

BIBLIOGRAPHY

AHLBORN, C., EVANS, D. and PADILLA, AJ, ‘Competition Policy in the New Economy: Is European Competition Law up to the Challenge?’ (2001) 22 **European Competition Law Review** 5.

ARANZE, J., EU parliament subcommittee calls for Google break-up, (27 October 2017) **Global Competition Review**, Available at: <https://globalcompetitionreview.com/article/eu-parliament-subcommittee-calls-google-break>.

BAKER, J., Preserving a Political Bargain: The Political Economy of the non-interventionist challenge to monopolization enforcement (2010) 76 **Antitrust Law Journal** 3.

BORK, R., **The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself** (New York, 1978)

BOSTOEN, F. and VAN WAMEL, D., ‘Antitrust Remedies: From Caution to Creativity’ (2023) 14 **Journal of European Competition Law and Practice**, No. 8.

COULTER, M., Apple files legal challenge to EU’s Digital Markets Act **Reuters** (17 November 2023)

DAVIES, S. and LYONS, B., **Mergers and Merger Remedies in the EU: Assessing the Consequences for Competition** (Edward Elgar Publishing, 2007)

DUNNE, N., ‘The Role of Regulation in EU Competition Law Assessment’, in José Rivas (ed), **World Competition Law and Economics Review**, (Kluwer Law International; Kluwer Law International 2021, Volume 44 Issue 3)

EROĞLU, M, Turkish Competition Board (“TCB”) Has Launched an Investigation against Facebook for Its Recent Implementation Concerning Data Sharing Preferences, (YIMEL, BRILL: The Netherlands, 2022).

EVANS, D. and SCHMALENSEE, R., ‘Some Economic Aspects of Antitrust Analysis in Dynamically Competitive Industries’ in Adam B. Jaffe, Josh Lerner and Scott Stern (eds) **Innovation Policy and the Economy**, Volume 2 (1st ed, MIT Press, 2002)

EZRACHI, A., ‘Under (and Over) Prescribing of Behavioural Remedies’ (2006) **University of Oxford, Centre for Competition Law and Policy, Working Paper** (L) 13/05.

- FALCE, V. and FARAONE, NMF, 'Digital Ecosystems in the Wake of a Legislative/Regulatory Turmoil: A First (Tentative) Antitrust Assessment of the Italian (and European) Experience in the AGCM Case Law', in José Rivas (ed), **World Competition Law and Economics Review**, (Kluwer Law International; Kluwer Law International 2023, Volume 46 Issue 1)
- GAL, M. and RUBINFELD, D., 'The Hidden Costs of Free Goods: Implication for Antitrust Enforcement (2016) 80 **Antitrust Law Journal** 521.
- KHAN, L., 'Amazon's Antitrust Paradox' (2016) 126 **Yale Law Journal** 3.
- KÖHLER, A., 'Online Advertising and the Competition for Data: What Abuse are we Looking for?', in José Rivas (ed), **World Competition Law and Economics Review**, (Kluwer Law International; Kluwer Law International 2021, Volume 44 Issue 2)
- KÖKSAL, A., **Big Data and Competition Law: Market Power Assessment in the Data-Driven Economy** (Routledge, London, 2023)
- LEE-MAKIYAMA, H. and GOPALAKRISHNAN B., 'Economic Costs of Ex Ante Regulations' (2020) **ECIPE Occasional Papers**, No 7, October 2020.
- MAIER-RIGAUD, F., HELLSTROM, P. and FRIEDRICH BULST, FW, 'Remedies in European Antitrust Law' (2009) 76 **Antitrust Law Journal** 1, 43-63.
- MAIER-RIGAUD, F., Behavioural versus Structural Remedies in EU Competition Law, in P. Lowe, M. Marquis, & G. Monti (eds.), **European Competition Law Annual 2013, Effective and Legitimate Enforcement of Competition Law** (Chapter 7, Hart Publishing, 2016)
- MOTTA, M.; POLO, M. and VASCONCELOS, H., 'Merger Remedies in the European Union: An Overview', in François Lévêque and Howard Shelanski (eds), **Merger Remedies in American and European Union Competition Law** (Edward Elgar Publishing, 2003)
- PECMAN, J., DO, H. and MANGALY, P., 'Canada Should Avoid Costly *Ex Ante* Regulation of Digital Markets' **Competition Chronicle** (8 May 2023)
- PODSZUN, R., 'From Competition Law to Platform Regulation - Regulatory Choices for the Digital Markets Act' (2022) 7 **Economics** No 1.
- POSNER, R., The Chicago School of Antitrust Analysis (1979) 127 **U. Pa. L. Rev.** 925.
- POSNER, R., 'Antitrust in the New Economy (2000)' **University of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper** No. 106.
- REINSCH, W. and SUOMINEN, K., 'Are US Digital Platform Facing a Growing Wave of Ex Ante Competition Regulation' **Center for Strategic & International Studies** (21 June 2023)
- SHIKHAR, Singla, 'Regulatory Costs and Market Power' (2023) **LawFin Working Paper** No. 47.

- TAJANA, A., 'If I Had a Hammer... Structural Remedies and Abuse of Dominant Position' (2006) 7 **Competition and Regulation in Network Industries** 1, 3-29.
- TÓTH, A., 'Creating More Public Value in the EU Competition Law by Reaching a Higher Level of Prevention in the Particular Context of the Digital Markets', in José Rivas (ed), **World Competition Law and Economics Review**, (Kluwer Law International; Kluwer Law International 2021, Volume 44 Issue 4)
- VAN DE WAERDT, P., "Everything the Data Touches is Our Kingdom": Market Power of 'Data Ecosystems", in José Rivas (ed), **World Competition Law and Economics Review**, (Kluwer Law International; Kluwer Law International 2023, Volume 46 Issue 1)
- WHICH, R. and BAILEY, D., **Competition Law** (8th ed, Oxford University Press, 2015)

Others

- Autorita Garante della Concorrenza e del Mercato (Italian Competition Authority), Press Release (9 December 2021), Available at: <https://en.agcm.it/en/media/press-releases/2021/12/A528>.
- Directorate General for Internal Policies, European Parliament, 'Challenges for Competition Policy in a Digitalised Economy' (2015) A study for the ECON Committee, IP/A/ECON/2014-12 PE 542.235.
- ECN Recommendation on the Power to Impose Structural Remedies (9 December 2013) Available at: https://ec.europa.eu/competition/ecn/structural_remedies_09122013_en.pdf.
- European Commission, Questions and Answers: Digital Markets Act: Ensuring Fair and Open Digital Markets (15 December 2020) Brussels.
- European Commission, Press Release, Antitrust: Commission fines Qualcomm 997 million EUR for abuse of dominant market position (24 January 2018) Available at: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_18_421.
- European Parliament, Digital Issues in Focus: Digital Markets Act Application Timeline (November 2022) Available at: <https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2022/739226/EPRS-AaG-739226-DMA-Application-timeline-FINAL.pdf>.
- Furman Report, 'Unlocking digital competition: Report of the Digital Competition Expert Panel' HM Treasury (2019)
- International Monetary Fund, 'Rising Corporate Market Power: Emerging Policy Issues' (2021) Staff Discussion Notes Volume 2021, Issue 001.
- Investigation of Competition in Digital Markets: Majority Staff Report and Recommendations (Subcommittee on Antitrust, Commercial, and Administrative Law of the Committee on the Judiciary of the House of Representatives, October 2020)

OECD, Case Studies on the Regulatory Challenges Raised by Innovation and the Regulatory Responses (14 December 2021), Available at: <https://www.oecd.org/publications/case-studies-on-the-regulatory-challenges-raised-by-innovation-and-the-regulatory-responses-8fa190b5-en.htm>.

The Federal Trade Commission, Press Release, FTC Alleges Facebook Resorted to Illegal Buy-or-Bury Scheme to Crush Competition After String of Failed Attempts to Innovate (19 August 2021) Available at: <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2021/08/ftc-alleges-facebook-resorted-illegal-buy-or-bury-scheme-crush-competition-after-string-failed>.

UNCTAD, International cooperation in competition law enforcement - challenges for developing countries and best practices (2021) UNCTAD RESEARCH PAPER SERIES No. 59, Available at: <https://unctad.org/publication/international-cooperation-competition-law-enforcement-challenges-developing-countries>.

Paranın Değer Kaybı Bağlamında Aşkın Zarar^(*)

Excess Damage in the Context of the Depreciation of Money

Özcan GÜNERGÖK^(**)

Öz:

Türk Borçlar Kanunu sistemine göre bir para borcunun ifasında temerrüde düşen borçlu temerrüde düşmede kusuru olmasa dahi temerrüt faizi ödemekle yükümlüdür. Temerrüt faizinin alacaklıının alacağından uzak kalması sebebiyle uğrayacağı zararları karşılayacağı söylenebilir de, bu sonuç her zaman gerçekleşmeyebilir. Bazı hallerde alacaklıının geç ifa nedeniyle uğradığı zararlar temerrüt faizini de aşabilir. İşte bu gibi durumlarda kanun koyucu tarafından temerrüde düşmekte kusurlu olan borçluya alacaklıının gecikme faiziyle karşılanamayan zararlarını giderme yükümlülüğü de getirilmiştir. Türk Borçlar Kanunu m. 122 hükmü gereği, para borçlarında temerrüde düşen borçlu alacaklıının temerrüt faiziyle karşılanamayan zararlarını da gidermek zorundadır. Aşkın zarar olarak adlandırılan bu zarar farklı biçimlerde ortaya çıkabilir. Alacaklıının alacağına geç kavuşması nedeniyle kredi almak zorunda kalması, borçlunun geç ifası nedeniyle alacaklıının bir başka borç ilişkisinde kendi yükümlülüğünü ifa edememesi ve bundan dolayı ceza şart ödemesi, icra takibine maruz kalması nedeniyle ilave giderler oluşması vb. gibi haller bu çeşitliliğe örnek olarak gösterilebilir. Temerrüt faizi ile alacaklıının gecikmeden kaynaklanan zararlarının karşılanması amaçlanır. Bu amacı sağlamak, ekonomik verilerle uyumlu bir temerrüt faizi sisteminin kurulmasına bağlıdır. Bu düzenin sağlanamaması durumunda kötüniyetli borçlular geç ifa ile avantaj elde etmeye çalışacaklardır ki, bu bilinen bir olgudur. Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, alacaklıının alacağını geç elde etmesi nedeniyle paranın alım gücündeki azalmanın karşılanmamasını mülkiyet hakkının ihlali olarak görmektedir. Adli yargı ise Anayasa yargısı ile uyumlu bir uygulama içinde değildir. Bu makalede adli yargının uygulaması eleştirilerek paranın alım gücündeki kayıpların aşkın zarar kapsamında olduğu ve tazmini gerektiği görüşü savunulmaktadır.

Anahtar Kelimeler:

Aşkın Zarar, Munzam Zarar, Temerrüt, Faiz, Faizle Karşılanamayan Zarar.

^(*) Araştırma Makalesi / *Research Article*
Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 06.12.2023
Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 15.02.2024
DOI: <https://doi.org/10.58733/imhfd.1451597>

Bu makaleye atf için: GÜNERGÖK, Özcan, "Paranın Değer Kaybı Bağlamında Aşkın Zarar", **İMİHFD**, C. 9, S. 1, 2024, s. 171-210

^(**) Prof. Dr., İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul - Türkiye
E-posta: gunergok@gmail.com
Orcid: <https://orcid.org/0000-0004-2604-3765>

Abstract:

A debtor who defaults in the performance of a monetary debt is obliged to pay default interest, even if there is no defect in defaulting. Although it can be said that the default interest will cover the losses incurred by the creditor due to the distance from the receivable, this result may not always be realized. In some cases, the losses may also exceed the default interest. In such cases, the obligation has also been imposed by the legislator on the debtor who is defective in default to repair the creditor's losses that cannot be covered by the delay interest. According to the provision of Article 122 of Turkish Code of Obligations, the debtor who defaults on money debts must also compensate the losses of the creditor that cannot be covered with default interest. With the default interest, it is aimed to cover the losses of the creditor arising from the delay. The Constitutional Court and the European Court of Human Rights consider the failure to cover the decrease in the purchasing power of money as a violation of the right to property in the face of the creditor's late receipt of the receivable. The judicial judiciary, on the other hand, is not in a practice compatible with the Constitutional judiciary. In this article, the application of judicial jurisdiction will be criticized and the opinion that losses in the purchasing power of money are within the scope of excess damage and compensation is required will be defended.

Keywords:

Excess Damage, Additional Damage, Default, Interest, Damage That Cannot be Covered by Default Interest.

GİRİŞ

Anayasa Mahkemesi son yıllarda önüne gelen bireysel başvurulara ilişkin verdiği bazı kararlarında, alacaklının alacağına geç kavuşması nedeniyle alacağının ekonomik koşullardan dolayı alım gücünün azalmış olması karşısında mülkiyet hakkının ihlal edilmiş olacağı sonucuna varmıştır. AYM'nin görüşü alacağına geç kavuşan alacaklının zararlarının giderilmesi gerektiği anlamına gelmektedir. Bu da özel hukuk alanında aşkın zarar ile ifade edilebilir. AYM'nin kararlarından sonra, Yargıtay'ın bazı Hukuk Daireleri ile Hukuk Genel Kurulu bu konuda farklı kararlar vermiştir.

Bir yanda Anayasayı yorumlayarak bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edilip edilmediğini belirleyerek olumsuz sonuçları gidermeye çalışan Anayasa Yargısı, diğer tarafta yürürlükteki hukuku uygulayan adli yargı ortak bir noktada buluşmamış görünmektedir. Adli yargıda da Yargıtay'ın birbirleri ile çelişen kararları bulunmakta, istikrarlı, yeknesak uygulama sağlanamamaktadır.

Bu çalışmada mevcut olgular göz önünde bulundurularak ortaya çıkan sorunun aşkın zarar kapsamında değerlendirilmesi ve çözüm önerilerinde bulunulması amaçlanmaktadır.

I. ARA BORÇLARINDA BORÇLUNUN TEMERRÜDÜNÜN SONUCU OLARAK TEMERRÜT FAİZİ VE AŞKIN ZARAR

A. Borçlunun Temerrüdünün Sonuçlarından Biri Olarak Temerrüt Faizi

1. Genel Olarak

TBK m. 122 hükmüne göre, “*Alacaklı, temerrüt faizini aşan bir zarara uğramış olursa, borçlu kendisinin hiçbir kusuru bulunmadığını ispat etmedikçe, bu zararı da gidermekle yükümlüdür*”. Kanun koyucu para borçlarında alacaklının parasından uzak kaldığı dönemde ona temerrüt faizi ödenmesi gerekliliğini getirerek onun zarara uğramasını önlemek istemiş, ancak bazı durumlarda temerrüt faizinin de yeterli olamayacağını öngörerek, onun temerrüt faizi aşan zararlarını da talep edebileceğini kabul etmiştir. Aşkın zarar olarak görülen bu temerrüt faizini aşan zarar kavramını daha iyi kavrayabilmek için temerrüt faizinin de ele alınması gerekir.

2. Temerrüt Faizi

Borçlunun temerrüdü TBK m. 117-126 arasında düzenlenmiştir. Para borçları bakımından ilk akla gelen sonuç temerrüt faizi ödenmesidir. Bir para borcunun ödenmesinde temerrüde düşen borçlu, temerrüde düştüğü andan, temerrüdün sona erdiği ana kadar temerrüt faizi ödemekle yükümlüdür. Bu yükümlük temerrüde bağlanan doğal bir sonuçtur. Temerrüt faizi istenebilmesi için tarafların ayrıca anlaşmalarına gerek yoktur¹. Temerrüt faizi yasadan kaynaklanan faizdir². Temerrüt faizinin işlemesi için sadece borçlunun temerrüdünün gerçekleşmiş olması gerekli ve yeterlidir³.

Temerrüt faizini düzenleyen kanun hükmü temerrüde düşen borçlunun ifaya kadar para üzerinde tasarruf edebileceği ve bu yolla alacaklının malvarlığına hanel getireceği varsayımına dayanmaktadır. Borçlunun gerçekte bu parayı kendi yararına kullanıp kullanmadığı burada herhangi bir rol oynamaz⁴.

¹ GÜNERGÖK, Özcan / KAYIHAN, Şaban, **Borçlar Hukuku Dersleri**, Umuttepe Yayınları, İstanbul, 2020, s. 305.

² WEBER, Rolf H. / EMMENEGGER, Susan, **Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, BK - Berner Kommentar**, Stämpfli Verlag AG, Bern 2020, Art. 104, N. 8.

³ WIEGAND, Wolfgang, **Obligationenrecht I, Art. 1-529**, Helbing Lichtenhahn Verlag, 5. Auflage, Basel, 2011, Art. 104, N. 3.

⁴ WIEGAND, Art. 104, N. 1.

Temerrüt faizi talep edilebilmesi zarar şartına bağlanmamıştır. Alacaklı herhangi bir zarara uğramamış olsa dahi temerrüt faizi isteyebilir⁵. Bundan dolayı temerrüt faizinin zarar şartına bağlı olmayan bir götürü tazminat olduğu ifade edilir⁶. Bununla birlikte temerrüt faizinin istenebilmesi için zararın aranmaması gerekçesiyle onun tazminat olmadığı da savunulmaktadır⁷.

Borçludan temerrüt faizi istenebilmesi için, onun kusurlu olması gerekmez. Borçlunun kusuru temerrüt faizini aşan zararların giderilmesi bakımından gerekli olup, temerrüde düşmede kusuru olmasa dahi borçlu temerrüt faizi ödemek zorundadır⁸.

TBK m. 120 gereği, “*Uygulanacak yıllık temerrüt faizi, sözleşmede kararlaştırılmamışsa, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenir*”. Taraflarca temerrüt faizi oranının belirlenmesinde mutlak bir serbesti bulunmamaktadır. Taraflarca belirlenecek olan temerrüt faizi yürürlükteki mevzuatta düzenlenen faizin yüzde yüz fazlasını aşamaz (TBK m. 210, f. 2). Akdi faiz kararlaştırılmış olan durumlarda ise taraflar ayrıca temerrüt faizi oranını belirlememişler ise akdi faiz oranı temerrüt faizi için de esas alınır (TBK m. 120, f. 3).

Türk Hukukunda temerrüt faizi 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizi Hakkında Kanun ile düzenlenmiştir.

3095 sayılı Kanunun 2’nci maddesi temerrüt faizine ilişkin olarak 1’inci maddeye atıf yapmaktadır. Buna göre, “*Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanununa göre faiz ödenmesi gereken hallerde, miktarı sözleşme ile tespit edilmemişse bu ödeme yıllık yüzde oniki oranı üzerinden yapılır. Cumhurbaşkanı, bu oranı aylık olarak belirlemeye, yüzde onuna kadar indirmeye veya bir katına kadar artırmaya yetkilidir*” (m. 1). Bu düzenleme kapsamında kanuni faiz oranı %12’dir. Ancak bu oran parlamenter sistem döneminde yetkili olan Bakanlar Kurulu tarafından 19.12.2005 tarihli kararla 01.01.2006 tarihinden geçerli olmak üzere %9’a düşürülmüştür. Bu oran adi işlerde uygulanacak temerrüt faizi oranıdır.

⁵ GÜNERGÖK / KAYIHAN, s. 305; WEBER / EMMENEGGER, Art. 104, N. 7. Art. 104, N. 5 ve 34.

⁶ BLAESER, Alexander, *Die Zinsen im schweizerischen Obligationenrecht Geltendes Recht und Vorschlag für eine Revision*, Dike Verlag AG, Zürich, 2011, s. 101; OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, M. Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I, Gözden Geçirilmiş 16. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018, s. 491; TEKİNAY, S. Sulhi / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Haluk / ALTOP, Atilla, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s. 930; WEBER / EMMENEGGER, Art. 104, N. 7.

⁷ BLAESER, s. 101.

⁸ GÜNERGÖK / KAYIHAN, s. 306; WIEGAND, Art. 104, N. 1.

Kanun ticari işlerde farklı bir düzenleme getirmiştir. Buna göre, “*Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasının önceki yılın 31 Aralık günü kısa vadeli avanslar için uyguladığı faiz oranı, yukarıda açıklanan miktardan fazla ise, arada sözleşme olmasa bile ticari işlerde temerrüt faizi bu oran üzerinden istenebilir. Söz konusu avans faiz oranı, 30 Haziran günü önceki yılın 31 Aralık günü uygulanan avans faiz oranından beş puan veya daha çok farklı ise yılın ikinci yarısında bu oran geçerli olur*” (m. 2, f. 2).

Ticari işlerde avans faizi oranında temerrüt faizi istenebilmesi için borçlunun da tacir olması gerekir.

Borçlunun temerrüdü sürerken faiz oranlarında değişiklik olduğu takdirde, temerrüt faizi kademeli olarak hesaplanır. Yani, her bir oran sadece yürürlükte olduğu ilgili dönem için uygulanır. Temerrüt faizinin hesaplanmaya başladığı tarih ile ifa zamanına kadar geçen sürede değişen faiz oranları, geçerli oldukları dönemle sınırlı olarak para borcuna uygulanır ve her bir dönem için hesaplanan tutarlar toplanarak toplam faiz alacağına ulaşılır⁹.

B. Aşkın Zarar Kavramı

Türk Borçlar Kanunu m. 122 temerrüde düşen borçlunun temerrüde düşmede kusuru bulunmadığını ispat edemediği takdirde temerrüt faizini aşan zararları da karşılayacağını düzenlemiştir. Art. 106 OR düzenlemesinde bu husus “*Alacaklı kendisine temerrüt faizi yoluyla ödenenden daha büyük bir zarara uğramış ise*” şeklinde ifade edilmiştir. İsviçre öğretisinde bu zarar için “*weiterer Schaden*” ifadesi kullanılmaktadır. Alman Medeni Kanununda da “*Temerrüt Faizi ve Başkaca Temerrüt zararı (Verzugzins und sonstiger Verzugschaden)*” başlıklı §288 BGB hükmünde para borcunda temerrüt durumunda temerrüt faizinin ödeneceği belirtildikten sonra 4. bentte başka bir zararın ileri sürülmesine engel bulunmadığı belirtilmiştir. Kanun burada “*weiterer Schaden*” kavramını esas almıştır. Aşkın zararın istenebileceğine dair düzenlemenin amacı kendisine isnat edilebilecek tüm gecikme zararlarını güvence altına almak olduğu ifade edilir^{10,11}.

Faizi aşan zarar olması nedeniyle “*aşkın zarar*” ifadesi bunu en iyi açıklayan ifadedir. 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde yaygın olarak kullanılan ve

⁹ GÜNERGÖK / KAYIHAN, s. 306.

¹⁰ BLAESER, s. 106-107; WIEGAND, Art. 106 OR, N 1.

¹¹ Aşkın zararın giderilmesine ilişkin prensibin tarihi gelişimi hakkında bkz. ÖÇAL, Akar, **Munzam Zarar**, EİTİAD, C. 3, S. 1, 1967, s. 145 vd.

bugün hala kullanımda olan “*munzam zarar*” da aynı faizle karşılanamayan zararı ifade için kullanılmaktadır.

Aşkın zarar sadece sözleşmeler için değil, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme borçlarından kaynaklanan alacaklar hakkında da uygulanır. Borcun kaynağı belirleyici değildir. Kaynağı ne olursa olsun önemli olan, temerrüt faizi yürütülebilecek bir para borcunun varlığıdır¹².

II. AŞKIN ZARARIN İSTENEBİLME KOŞULLARI

A. Genel Olarak

Aşkın zararın istenebilmesi faizi aşan bir zararın varlığına, borçlunun temerrüde düşmekte kusurlu olmasına ve zarar ile temerrüt arasında nedensellik bağı bulunmasına bağlıdır. Bu üç unsur birlikte gerçekleştiğinde temerrüt faizini aşan zararın giderilmesi istenebilecektir.

B. Aşkın Zarar Olarak Görülebilecek Zarar

Kanun tüketici ya da örnek kabilinden sayma suretiyle ne tür zararların aşkın zarar olacağı konusunda bir düzenleme getirmemiş, genel olarak faizi aşan zararın varlığından bahsetmiştir.

Para borcu vaktinde ödenmediği için, alacaklının bir başkasına sözleşme cezası ödemiş olması, alacağını vaktinde tahsil edememiş olması nedeniyle temerrüt faizinden daha yüksek faizle tüketim ödücü almış olması, bir fırsatı kaçırmaması vs. hallerinde aşkın zararın varlığından bahsedilebilir¹³. Gene alacaklının alacağını vaktinde tahsil edememiş olması nedeniyle bir başkasına olan borcunu ödeyememesinden dolayı hakkında takibe geçilmiş olması durumunda bu takip nedeniyle uğranılan zararlar da aşkın zarar olarak görülebilecektir¹⁴.

Bu çalışmamızın eksenini ekonomik koşulların değişmesinden dolayı temerrüt nedeniyle uğranılan zararlar oluşturmaktadır. Bu bağlamda enflasyon nedeniyle paranın alım gücünün düşmesi ve döviz kurlarındaki değişim nedeniyle uğranılan zararların aşkın zarar olarak görülüp görülemeyeceği ele alınmalıdır.

¹² REİSOĞLU, Sefa, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Beta Yayınları, İstanbul, 2012. s. 377; KILIÇOĞLU, Ahmet, M., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Turhan Kitabevi, Ankara 2021, s. 905.

¹³ OĞUZMAN / ÖZ, C. I, s. 496.

¹⁴ BARLAS, Nami, **Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar**, Kazancı Kitap, İstanbul 1992, s. 203; AKÇAAL, Mehmet, “Güncel İçtihatlar Işığında Munzam Zarar”, **SDÜHFD**, Y. 2022, C. 12, S. 2, s. 1077.

1. Paranın Alım Gücünün Düşmesi

Para itibari değeri olan bir araçtır. Paranın alım gücü ekonomik koşullara göre zamanla değişkenlik gösterebilir. Borçlunun temerrüdünden dolayı alacağına geç kavuşan alacaklının tahsil ettiği paranın ifa zamanında gerçekleşmiş olsa idi sahip olacağı alım gücü ile tahsil edilen tarihteki alım gücünün alacaklı aleyhine değişmesi mümkündür.

Aşkın zarar tartışmasında paranın alım gücündeki kayıp açısından normal enflasyon dönemi ve yüksek enflasyon dönemi ayırımı yapılmaktadır¹⁵.

a. Normal Enflasyon Dönemleri

Normal enflasyon dönemlerinde paranın değerindeki düşüşün doğrudan giderilmesi gereken bir zarar olarak görülmediği, alacaklı alacağını zamanında elde etmiş olsa idi dahi aynı kaybın yaşanacak olmasından dolayı zarardan bahsedilemeyeceği, ancak alacaklının zararını ispat ederek tazminat isteminde bulunabileceği ifade edilir¹⁶. Burada alacaklının parayı zamanında elde etmiş olsa idi alacağı bir malı daha ucuz alacağını ortaya koyarak zararını ispat edecektir. Satın alınacak bir malın temerrüt nedeniyle geç satın alınmış olmasından dolayı ortaya çıkan fiyat farkı giderilmesi gereken bir zarardır. Burada alacaklının parayı zamanında elde etmiş olsa idi alacağı önlemlerle bu zararın oluşumunu önleyeceğini ispat etmesi gerekir¹⁷.

Paranın değer kaybetmesinin bir zarar olarak görülebilmesi için alacaklının malvarlığında azalmaya yol açması gerektiği, zamanında ifa gerçekleşmiş olsa bile paranın alacaklının malvarlığı içinde de değer kaybedeceği dikkate alındığında paranın değer kaybının kural olarak bir zarar oluşturmadığının da söylenebileceği ifade edilmektedir¹⁸. Gene alacaklının parasına zamanında kavuşması durumunda bunu kazanca çevirebileceği konusunda genel bir yaşam deneyimi bulunmadığı da savunulmaktadır¹⁹.

b. Yüksek Enflasyon Dönemi

Enflasyonun süreklilik arz ettiği ve yüksek seyrettiği dönemlerde para borcunun ödenmesinde temerrüde düşülmesi durumunda alacaklının giderilmesi

¹⁵ AYRANCI, Hasan, **Türk Borçlar Hukukunda Munzam Zarar (BK. m. 105)**, Yetkin Yayınları, Ankara 2006, s. 165 vd.

¹⁶ AYRANCI, s. 165.

¹⁷ AYRANCI, s. 165, dn. 246'da sayılı yazarlar.

¹⁸ ÖZDEMİR, Atalay, **Özel Hukukta Paranın Değer Kaybının Giderimi**, Ankara 2004, s. 4.

¹⁹ ÖZDEMİR, s. 26-27.

gereken bir zarara uğradığı kabul edilir²⁰. Yüksek enflasyon döneminde zararın varlığı kabul edilmekle birlikte -bazı kolaylıklar sağlansa da- alacaklı gene de zararını ispat etmelidir²¹.

Normal enflasyon döneminden farklı olarak yüksek enflasyon döneminde bireylerin paralarını atıl tutmayacakları, paranın değerini korumak için yatırıma dönüştürecekleri biçiminde bir genel yaşam deneyimi bulunduğu savunulur²². Bu durum fiili karine olarak görülür²³. Yani buna göre ortalama bir birey enflasyonun yüksek seyrettiği, fiyatların sıklıkla değiştiği bir ortamda parasının değerini koruyacak önlemler alması beklenir. Bu faiz oranlarının durumuna göre vadeli mevduat olabileceği gibi, altın, gümüş gibi kıymetli madenler, tahvil, yabancı para vs. de olabilir. Yüksek enflasyon döneminde borçlunun temerrüdü nedeniyle alacağına kavuşamayan alacaklının ifa zamanında gerçekleşmiş olsa idi belirtilen yatırım araçlarından yararlanarak parasının değerini koruyacağı karine olarak kabul edilebilir.

Borçlunun temerrüdü nedeniyle alacaklının zararını somut olarak ispatlayabildiği durumlarda herhangi bir problem yaşanmaz. Alacaklının uğradığı zararı somut olarak ortaya koyamadığı durumlarda haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlerin kıyasen sözleşmeye aykırılık hallerine de uygulanacağını belirten TBK m. 114, f. 2 hükmü yollamasıyla TBK m. 50, f. 2 hükmünden yararlanılabilir. Söz konusu hükme göre, “*Uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler*”. Bu kapsamda alacaklının paranın satın alma gücünün düştüğünü ortaya koyması halinde bir zarara uğradığı kabul edilebilecektir. Bu da enflasyon oranlarının, fiyat endekslerindeki değişimlerin sunulmasıyla gerçekleşecektir²⁴. Aşkın zararın talep edildiği davada bu verilere dayanılması halinde, bunlar ilgili resmi kurumlardan istenerek dosyaya konulduğunda zarar hesabı konusunda bilirkişi incelemesi yapılmalıdır. Paranın alım gücündeki düşüş özel ve teknik bilgi gerektirdiğinden bu hesaplamayı finans uzmanı bilirkişi yapabilecektir. Çünkü

²⁰ AKMAN, Sermet, “Karşılaştırmalı Olarak Alman ve İsviçre Hukukunda Yüksek Oranlı Enflasyonun Para Borçlarına Etkisi ile Bu Konudaki Yargıtay Kararları”, *İBD*, Y. 1989, C. 63, S. 10-12, s. 625; ALBAŞ, Hakan, *Paranın Değer Kaybından Doğan Zararların Tazmin Edilebilirliği*, (BK m. 105), Seçkin Yayınları, Ankara, 2004, s. 180; AYRANCI, s. 169..

²¹ AYRANCI, s. 169.

²² WEBER, Rolf H., *Gedanken zur Verzugschaden bei Geldschulden*, Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Zürich 1989, s. 329 (Verzugsschadenregelung).

²³ AYRANCI, s. 170.

²⁴ ALBAŞ, s. 180-181; AYRANCI, s. 171.

enflasyon oranı paranın değer kaybını hesaplamada tek belirleyici unsur değildir²⁵.

Alacaklının yüksek enflasyon döneminde paranın değer kaybından dolayı zarara uğradığının kabulü bir karine olup aksinin borçlu tarafından ispatı mümkündür.

Alacaklının borç zamanında ifa edilmiş olsa idi dahi parayı elinde tutacağı ispatlanabildiği takdirde karinenin çürütüldüğü kabul edilir²⁶.

İsviçre uygulamasının dövizden farklı olarak genel satın alma gücündeki kötüleşmeyi giderilmesi gereken bir temerrüt zararı olarak görmediği, yüksek enflasyon oranlarında da paranın maddi kıymetlere dönüştürüleceği konusunda bir karinenin bulunmadığı²⁷, ancak duruma göre yüksek enflasyon zamanlarında ulusal paranın çökecek şekilde hızlı değer kaybetmesi halinde bir zararın varlığının kabul edilmesi gerektiği ifade edilir²⁸. Ancak bu gibi durumlarda somut zarar ispatı aranmalıdır. Gene alacaklı alacağını kıymetlenen mallara yatıracaklarını ve bu yolla zararın meydana gelmeyecek olduğunu somut olarak ispatlaması halinde alım gücü kaybının giderilmesi gerekir²⁹.

2. Döviz Kurlarındaki Değişimler

Yabancı paranın değerindeki değişim çeşitli sebeplere dayanabilir. Ekonomi yönetiminin kendi para biriminin yabancı para birimi karşısında değerini düşürmesi (devalüasyon) söz konusu olabileceği gibi, serbest piyasa koşullarında kurlarda değişim yaşanması da değişimin sebebi olabilir.

a. Devalüasyon Nedeniyle Uğranılan Zarar

Devalüasyon ulusal paranın yabancı paralar karşısındaki değerinin azalmasını ifade eder³⁰. Ekonomi yönetimi ulusal paranın değerini diğer yabancı para birimi karşısında düşürerek ihracatı destekler ve bununla yurt içine döviz girişinin artması amaçlanır.

²⁵ ALBAŞ, s. 38.

²⁶ AYRANCI, s. 172; ÖZDEMİR, s. 28.

²⁷ WEBER / EMMENEGGER BK, Art. 106 OR N 31.

²⁸ BLAESER, s. 111.

²⁹ BLAESER, s. 111.

³⁰ Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Terimler Sözlüğü, Terimler Sözlüğü (archive.org) ET.: 06.09.2023.

Ulusal paranın devalüe edilmesiyle para alacaklısının zarara uğraması söz konusu olabilmektedir³¹.

Salt ulusal paranın devalüe edilmesiyle alacaklı doğrudan bir zarara uğramaz. Devalüasyon ile herkes açısından aynı oranda paranın alım gücünde bir kayıp söz konusudur.

Düşük enflasyonun bulunduğu bir ortam ile enflasyonun yüksek seyrettiği ortamlarda bireylerin paranın değerini korumaya ilişkin yaklaşımları aynı olmaz. Enflasyonun yüksek olduğu, itibari değer olan paranın her geçen gün eridiği bir ortamda bireyler paralarının enflasyon karşısında erimesini önlemek için değişik enstrümanlara yönelirler. Altın, gümüş gibi değerli madenler, yabancı para, vadeli mevduat, borsa vs. bireylerin paralarının değerini korumak için başvurdukları araçlardır.

Alacaklının para alacağını zamanında elde etmiş olsa idi belirli bir yatırım yapacağını ispat etmesi halinde devalüasyon nedeniyle oluşan fark zarar olarak istenebilir³². Örneğin bir ithalat şirketinin alacağını elde ettiğinde dövize çevireceği söylenebilir³³.

Devalüasyon nedeniyle uğranılan zararın istenebilmesi için somut olarak zararın ispatını arayan bir görüş de, sürekli devalüasyon yapılan veya ulusal paranın kur karşılığının otomatik olarak düştüğü ekonomilerde durumun farklı olduğunu, bu halde sürekli enflasyon için öngörülen karinenin kabul edilebileceğini belirtmekte, dolayısıyla aşkın zararın söz konusu olacağını kabul etmektedir³⁴.

İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında alacaklının devalüasyon nedeniyle kur kaybının istenebilmesi için borç zamanında ödenmiş olsa idi tahsil edilen parayı devalüe edilmeyen bir başka paraya dönüştürecek olduğunu ispat etmesi gerektiğini belirtmiştir. Yüksek Mahkeme alacaklının yerleşim yerindeki yasal kurda kayıp mevcut ise, hakimin genel yaşam deneyimine ve hayatın olağan akışına dayanarak zararın varlığını kabul edeceğini, burada bir fiili karine söz konusu olduğunu ifade etmiştir³⁵.

³¹ AYRANCI, s. 174.

³² SCHENKER, Franz, **Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzugs im schweizerischen Obligationenrecht**, Übersicht, Würdigung und Kritik (Diss.), Freiburg 1988, N. 283 (AYRANCI, s. 174'ten naklen).

³³ Aynı yönde bkz. AYRANCI, s. 175.

³⁴ AYRANCI, s. 175.

³⁵ BGE 117 II 256 E 2b; BGE 109 II 440 E. 2.

b. Genel Olarak Döviz Kurlarındaki Değişim

İsviçre öğretisinde hakim görüş borçlunun temerrüdü sırasında döviz kurundaki değişimden ya da alacağın kurunun değerinin düşürülmesinden kaynaklanan kayıpların (değer kayıpları) aşkın zarar olduğu yönündedir³⁶. İsviçre Federal Mahkemesinin görüşü de bu yöndedir³⁷.

İsviçre Federal Mahkemesi birçok kere görüşünü değiştirmiş olmasına rağmen artık görüşünün yerleşik hale geldiği söylenebilir. Buna göre Federal Mahkeme alacaklının her teorik kur kaybını temerrüt zararı olarak isteyemeyeceği görüşündedir. Yani Federal Mahkeme ilke olarak kur kaybının aşkın zarar olabileceğini kabul etmekle birlikte her kur kaybını aşkın zarar olarak görmekte, somut olayın özelliğine yönelmektedir. Federal Mahkeme alacaklının muacceliyet anında yabancı para borcunu kendi yerleşim yeri ya da ticaret merkezindeki kur üzerinden ülke parasına çevireceğini karine olarak kabul etmektedir. Buna göre yurt içinde yerleşik bir İsviçreli'nin onu İsviçre Frankı'na çevireceği kabul edilir³⁸. Gene ispatı kolaylaştıran bir fiili karine söz konusudur³⁹. Temerrüde düşen borçlu beklenmedik halden de sorumlu olduğundan ve bu halde alacaklı nedensellik bağını ispat etmek zorunda olmadığından prensip olarak borçlu kayıptan sorumludur⁴⁰. Alacaklının parayı varsayılan para birimi yerine değeri artan başka bir yabancı para birimine çevireceğini iddia etmesi halinde bunu ispat etmesi gerekir⁴¹. Uygun belirtiler bulunması durumunda borçlunun bu karineyi çürütebileceği ifade edilir⁴². Gene dönüştürme karinesi lehine koşullar mevcut değil ise de, belirtiler değiştirme yönünde de görülebilir. Örneğin alacaklının önceki ödemeleri talep ettiği para birimine çevirmiş ve bu defa da o şekilde hareket edecek olması, alacaklının tüm malvarlığını bu para birimine yatırmış olması ya da temerrüt sırasında bunun gibi döviz işlemleri yapmış olması bu kabildendir⁴³. Yani bu durumda alacaklı aşkın zararının giderilmesi isteminde bulunabilecektir.

³⁶ BLAESER, s. 110; BUCHER, Eugen, **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage**, Schulthess Verlag AG, Zürich 1988, s. 362, dn. 133; WEBER / EMMENEGGER, Art. 106, N. 25; BECKER, Hermann, **Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen**, Art. 1-183 OR, Berner Kommentar Band/Nr. VI/1, 2. Auflage, 1945, Art. 103, n. 14;

³⁷ BGer 5C.122/2002 E. 3.2 v. 07.10.2002.

³⁸ BGE 109 II 436 E. 2b; BLAESER, s. 110; WEBER / EMMENEGGER, Art. 106 OR, N. 27.

³⁹ BGE 109 II 436 E. 2c.

⁴⁰ WEBER / EMMENEGGER, Art. 106 OR, N. 26.

⁴¹ WEBER / EMMENEGGER, Art. 106 OR, N. 28.

⁴² WEBER / EMMENEGGER, Art. 106 OR, N. 29.

⁴³ WEBER / EMMENEGGER, Art. 106 OR, N. 26.

İsviçre ve Alman Hukuk sistemlerinde yabancı paranın ülke parasına dönüştürüleceği yönünde bir karine kabul edilmekte ise de hukukumuz açısından böyle bir kabul söz konusu değildir⁴⁴. Yabancı paranın Türk Lirasına çevrilmesi söz konusu olmadığı gibi, paranın değerini koruması için milli paranın yabancı para birimine çevrildiğinin daha yaygın bir uygulama olduğu bilinen bir olgudur.

Yabancı para borçlarında alacaklının devalüasyon ve kur riskini ilke olarak alacaklının taşıyacağına ilişkin İsviçre ve Alman Hukuklarındaki bu durum Türk Hukuku açısından doğrudan bir tehlike oluşturmamaktadır. TBK m. 99 hükmüne göre, “*Konusu para olan borç Ülke parasıyla ödenir.*”

Ülke parası dışında başka bir para birimiyle ödeme yapılması kararlaştırılmışsa, sözleşmede aynen ödeme veya bu anlama gelen bir ifade bulunmadıkça borç, ödeme günündeki rayiç üzerinden Ülke parasıyla da ödenebilir.

Ülke parası dışında başka bir para birimiyle belirlenmiş ve sözleşmede aynen ödeme ya da bu anlama gelen bir ifade de bulunmadıkça, borcun ödeme gününde ödenmemesi üzerine alacaklı, bu alacağının aynen veya vade ya da fiili ödeme günündeki rayiç üzerinden Ülke parası ile ödenmesini isteyebilir”.

Gerçek olmayan yabancı para borçlarında borçlunun temerrüde düşmesi durumunda alacaklı alacağının aynen veya hangi tarihteki kur onun lehine ise vade ya da fiili ödeme günündeki rayiç üzerinden Türk Lirası olarak ödeme yapılmasını isteme imkanına sahiptir. Bu durumda alacaklının gerek kur atakları gerek devalüasyon durumunda bir zarara uğramayacağı söylenebilecektir. Burada alacaklının takibe geçerken tercihini vadedeki kur üzerinden yapmış olması ve sonrasında bir yaşanan devalüasyon veya kur atağı sebebiyle fiili ödeme tarihindeki kur üzerinden aradaki farkı aşkın zarar olarak isteyip isteyemeyeceği tartışması söz konusu olabilir.

Tercihini vadedeki kur üzerinden yapmış olan alacaklının artık daha sonra ortaya çıkan farkı talep edemeyeceği söylenebileceği gibi⁴⁵, daha sonraki değişimin olağan dışı artış olması halinde bunun da faizle karşılanamayan zarar olarak istenebileceği de savunulabilir. Kanaatimce, vadedeki kur üzerinden kendisine ödeme yapılmasını tercih eden alacaklı ilke olarak bu tercihi ile bağlı olmalıdır. Ancak olağan artış olarak görülemeyen, ani kur atakları ve yüksek oranda devalüasyon durumunda ortaya çıkan farkın faizle karşılanamayan zarar

⁴⁴ AYRANCI, 181.

⁴⁵ OĞUZMAN / ÖZ, C. I, s. 501; EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 24. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, N. 3464; Yar. HGK, E. 1998/11-299, K. 1998/380, 03.06.1998 (www.kazanci.com) E.T. 23.09.2019.

olarak giderilmesini istenmesine engel bulunmamalıdır. Çünkü yapılan tercih normal koşullarda gerçekleşen artışlar bakımından alacaklının göze aldığı bir artış olarak görülebilir. Ancak alacaklı tarafından olağan dışı hareketlerin de göze alındığı kolaylıkla söylenememelidir.

C. Kusur

Aşkın zarar olarak nitelenebilecek bir zararın varlığı durumunda bunun giderilmesinin istenebilmesi borçlunun temerrüde düşmekte kusuru bulunmasına bağlıdır. Kusurun mutlaka ağır kusur olması gerekmez. Hafif kusurun varlığı da yeterlidir⁴⁶.

Sözleşme sorumluluğuna hâkim olan prensip gereği, alacaklı borçlunun kusurunu ispat etmek zorunda değildir; aksine, borçlu kendi kusursuzluğunu kanıtlamalıdır. Alacaklıya düşen şey, kendi uğradığı zararın varlığını ispat etmektir. Alacaklı, borçlunun temerrüdünden dolayı temerrüt faizini aşan bir zararının bulunduğunu, borçlu ise temerrüde düşmekte kendisinin hiçbir kusuru bulunmadığını kanıtlayacaktır⁴⁷. TBK m. 122, f. 1 hükmü de açıkça “*borçlu kendisinin hiçbir kusuru bulunmadığını ispat etmedikçe, bu zararı da gidermekle yükümlüdür*” diyerek bu genel ilkeyi özel olarak da tekrar etmiştir.

D. Nedensellik Bağı

Alacaklının uğradığı aşkın zarar ile borçlunun temerrüdü arasında uygun nedensellik bağı bulunmalıdır. Nedenselliğin ispatı aşağıda değerlendirme ve eleştiri bahsinde ele alınacaktır.

IV. TÜRK HUKUKUNDA ANAYASA YARGISI VE ADLİ YARGININ YAKLAŞIMI

A. Anayasa Mahkemesinin Yaklaşımı

Anayasa Mahkemesi önüne gelen bireysel başvuru dosyalarında son yıllarda verdiği kararlarda konuya ağırlıklı olarak mülkiyet hakkının ihlali penceresinden bakmış ve alacaklının uzun süren yargılamalardan dolayı alacağına geç kavuşmasıyla faizle karşılanamayan zararların olduğunu, bunun mülkiyet hakkının ihlali olduğunu değerlendirmiştir⁴⁸.

⁴⁶ AKÇAAL, s. 1079; AYRANCI, s. 125.

⁴⁷ GÜNERGÖK / KAYIHAN, s. 31.

⁴⁸ “(...) 52. Anayasa'nın 35. maddesiyle güvenceye bağlanan mülkiyet hakkı, ekonomik değer ifade eden ve parayla değerlendirilebilen her türlü malvarlığı hakkını kapsamaktadır (AYM, E. 2015/39, K. 2015/62,

Anayasa Mahkemesi'nin 2014/2267 sayılı, 21.12.2017 günlü kararı⁴⁹ aşkın zararın tekrar tartışmaların odağına girmesine yol açmıştır. Bu bireysel başvuru dosyasında başvuru, “*mahkemece hükmedilen alacağın değer kaybına uğratılarak ödenmesi nedeniyle mülkiyet hakkının; yargılamanın uzun sürmesi nedeniyle de makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği*” iddialarına dayanmaktadır. Anayasa Mahkemesi öncelikle alacakların mülkiyet hakkı kapsamında olduğunu belirlemiş, ekonomik koşulların temerrüt faizinin çok üstünde gerçekleşmesi durumunda borçluların borçlarını ödemediklerini, yargıdaki iş yükünün arttığını, borçluların yargı sürecini uzatmaya çalıştıklarını, bunun yargıya güveni azalttığını, kendiliğinden hak almanın yaygınlaştığını ve kamu düzeninin bozulmasına yol açtığını belirterek olumsuz bir olguya dikkat çekmiştir. Anayasa Mahkemesi bu kararında, alacağın geç ödenmesi durumunda geçen süre zarfında enflasyon nedeniyle paranın değerinde meydana gelen hissedilir aşınma ile mülkiyetin gerçek değerinin azaldığı gibi bu bedelin tasarruf veya yatırım aracı olarak getirisinden yararlanmak imkânının da bulunmadığını, bu yolla kişilerin mülkiyet haklarından mahrum edilerek haksızlığa uğratıldıklarını belirtmiştir⁵⁰. Anayasa Mahkemesi kararında AİHM'nin bazı kararlarına atıfta bulunmuş, AİHM'nin yaklaşımının da bu yönde olduğunu ortaya koymuştur⁵¹.

1/7/2015, Ş 20). Bu bağlamda mülk olarak değerlendirilmesi gerektiğinde kuşku bulunmayan menkul ve gayrimenkul mallar ile bunların üzerinde tesis edilen sınırlı ayni haklar ve fikri hakların yanı sıra icrası kabil olan her türlü alacak da mülkiyet hakkının kapsamına dâhildir (Mahmut Duran ve diğerleri, B. No: 2014/11441, 1/2/2017, §60) (...)” AYM, 2014/2267, 21.12.2017 T., RG. 25.01.2018 T.ve 30312 S.

⁴⁹ AYM, 2014/2267, 21.12.2017 T., RG. 25.01.2018 T.ve 30312 S.

⁵⁰ “(...) 71. Enflasyon ve buna bağlı olarak oluşan döviz kuru, mevduat faizi, Hazine bonusu ve devlet tahvili faiz oranlarının sabit yasal ve temerrüt faiz oranlarının çok üstünde gerçekleşmesi; borçlunun yararlanmasında, alacaklının ise zarara uğraması sonucunu doğurmaktadır. Bu nedenle borçlu borcunu süresinde ödememekte, yargı yoluna başvurulduğunda da yargı süresini uzatma gayreti göstermekte; böylece yargı mercilerindeki dava ve takipler çoğalmakta, yargıya güven azalmakta, kendiliğinden hak almak düşüncesi yaygınlaşarak kamu düzeni bozulmakta, kişi ve toplum güvenliği sarsılmaktadır (AYNI, E. 1997/34, K. 1998/79, 15/12/1998).

72. Mülkiyet hakkı kapsamında alacağın geç ödenmesi durumunda arada geçen sürede enflasyon nedeniyle paranın değerinde oluşan hissedilir aşınma ile mülkiyetin gerçek değeri azaldığı gibi bu bedelin tasarruf veya yatırım aracı olarak getirisinden yararlanmak imkânı da bulunmamaktadır. Bu şekilde kişiler mülkiyet haklarından mahrum edilerek haksızlığa uğratılmaktadır (AYM, E. 2008/58, K. 2011/37, 10/2/2011). (...)”.

⁵¹ “(...) 42. Yine benzer şekilde sefine Baş/Türkiye (B. No: 49548/99, 24/06/2008, §§58-64) kararında da tazminatın değer kaybına uğratılarak ödendiğine ilişkin şikâyet incelenmiştir. Başvuruya konu olayda, idare mahkemesince başvuru tarihinden itibaren geçerli olmak üzere dul aylığına hak kazandığı kabul edilmiştir. AİHM öncelikle, idare mahkemesinin kararının talep edilebilir bir “alacak” oluşturduğu ve bu nedenle başvuru tarihinden itibaren geçerli olacak şekilde geriye dönük olarak bu hakkın başvuru tarihine tanındığını vurgulamıştır.

Bununla birlikte AİHM, başvuru tarihinden itibaren geçerli olacak şekilde geriye dönük olarak bu hakkın başvuru tarihinden itibaren geçerli olacak şekilde geriye dönük olarak bu hakkın başvuru tarihine tanındığını vurgulamıştır.

Anayasa Mahkemesi sonuç itibarıyla bireysel başvurunun kabul edilebilir olduğuna ve mülkiyet hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunduğundan kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir.

B. Yargıtay'ın Yaklaşımı

Anayasa Mahkemesi aşkın zarar konusundaki yaklaşımını ortaya koyduktan sonra Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin bu durumu dikkate alarak görüşünü bu yönde değiştirdiği görülmektedir. Özel Daire ilgili AYM kararı sonrası verdiği bir kararda aşağıdaki şekilde hüküm oluşturmuştur: “(...) Dairemizce uzun yıllar munzam zararın varlığını davacı alacaklının somut delillerle kanıtlamak zorunda olduğu kabul edilip uygulanmış olmakla birlikte, Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru sonucunda vermiş olduğu, 21.12.2017 gün ve 2014/2267 sayılı başvuru no.lu kararına konu uyuşmazlıkta, başvurunun mülkiyet hakkı kapsamındaki alacağının enflasyon karşısında önemli ölçüde değer kaybına uğratarak ödendiği anlaşıldığından başvurucuya şahsi ve olağan dışı bir külfet yüklediği, bu tespite rağmen derece mahkemelerinin başvurunun zarara uğradığını ayrıca ispatlaması gerektiği yönündeki katı yorumu nedeniyle somut olay bakımından kamu yararı ile başvurunun mülkiyet hakkının korunması arasında kurulması gereken adil dengenin başvuru aleyhine değerlendirilip mülkiyet hakkının ihlâl edildiğine ve yeniden yargılama yapılmasına karar verilmiş olması karşısında, hak ihlâline neden olmamak düşüncesiyle munzam zararın somut delillerle kanıtlanması gerektiği uygulamasından vazgeçilmiş, gelişen ekonomik koşullar, mülkiyet hakkı ile kamu yararı arasındaki adil dengenin korunması Anayasa Mahkemesinin ihlâl kararlarının bağlayıcılığı göz önünde tutularak enflasyon ve buna bağlı olarak döviz kurları, mevduat faizleri, devlet tahvilleri ve diğer yatırım araçlarının faiz oranları ile birlikte getirilerinin temerrüt faizden fazla olması halinde munzam zararın varlığının karine olarak kabul edilmesi gerektiği benimsenmiştir.

ihlalin hem zamanı hem de mağdurun bu hakkı kullanmadığı süre gözönüne alınarak telafi yoluna gidilmesi gerekmektedir. Mahkeme bu çerçevede başvurunun banka hesabına yatırılan paranın yargılamada geçen süre içinde uğradığı maddi kaybın sonuçlarını gidermeye yetmediğini belirtmiştir. AİHM, geçen sürenin yalnızca devlete yarar sağladığını ve ilgili dönemde Türkiye'de paranın hızla değer kaybettiğini gözönüne alarak başvurunun mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

43. Ayrıca AİHM; Kat İnşaat Ticaret Kollektif Şirketi-İsmet Kamış ve Ortakları/Türkiye ((k.k.), B. No: 74495/01, 31/1/2006) kararında, ilke olarak alacağın geç ödenmesinden doğan bir zararın varlığının ileri sürüldüğü durumlarda enflasyon oranı esas alınarak faiz ödenmesi suretiyle zararın giderilebileceğini kabul etmiştir. Aynı ilkeye, benzer şekilde ve bu karara atıfla daha önce değinilen Naci Balkar (Baltutan) ve Ano İnşaat ve Ticaret Ltd. Şti./Türkiye kararında da yer verilmiştir. (...)”.

Bu açıklamalar doğrultusunda somut olaya gelince; davacı, alacağının temerrüde rağmen süresinde ödenmemesi nedeniyle vergi, ... prim borçları, kira ve faturalarının gecikme faizi ve zararlar ödemiş, şirkete ait dükkânın borçları karşılığı alacaklılara verilmek zorunda kaldığı ve şirketin aldığı diğer işleri tamamlamadığını ileri sürmüştür ise de; yapıldığı ileri sürülen ödemeler, maruz kalınan icra takiplerinin davacı şirketin davalıdan olan alacağını zamanında tahsil edememesi nedeniyle yapıldığı, ileri sürülen zararlar ile geç ödeme arasında illiyet bağının bulunduğu ve munzam zararın varlığı somut delillerle kanıtlanamamıştır. Ancak davalı tarafça enflasyonun yüksekliği ve paranın satın alma gücündeki azalma nedeniyle faizle karşılanmayan zararın varlığına dair karinenin aksi de ileri sürülüp ispatlanmamıştır.

Bu durumda mahkemece, ülkemizde yaşanan ve herkes tarafından bilinen enflasyon olgusu nedeniyle her zaman alacaklının zararının temerrüt faizi ile karşılanması mümkün olmayacağı, gecikme halinde faizle karşılanmayan zararın varlığı karine kabul edilip bu karinenin aksi davalı borçlu tarafından ileri sürülüp kanıtlanamadığından öncelikle temerrüt tarihleri ile tahsil tarihlerindeki enflasyon verilerini gösterir TEFİ, TÜFE-ÜFE oranları, bankalardan mevduat faiz oranları, döviz kurları, devlet tahvil faiz oranları, işçi ücretleri ve diğer yatırım araçları ile ilgili bilgiler resmi kurumlardan sorulup tespit edildikten sonra tahsiline karar verilen alacağın tahsil edilip temerrüt tarihi itibarıyla bu yatırım araçlarından oluşacak sepete yatırılması halinde tahsil tarihlerinde ulaşabileceği miktar ile bulunacak bu miktardan davada kabul edilen alacağın tahsil tarihinde ulaştığı miktar hesaplatılarak faizle karşılanmayan zarar ve miktarı konusunda yeniden oluşturulacak bilirkişi kurulundan gerekçeli ve denetime elverişli rapor alınıp sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken bu hususlar üzerinde durulmadan eksik inceleme sonucu davanın reddi doğru olmamış, kararın bozulması uygun bulunmuştur. (...)"

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi⁵² açıkça aşkın zararın somut delillerle kanıtlanması gerektiği uygulamasından vazgeçtiğini, paranın alım gücündeki kaybın temerrüt faizinden fazla olması durumunda aşkın zararın varlığının karine olarak kabul edilmesi gerektiğini içtihat etmiştir.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi usulsüz işlemlerden dolayı 1999 yılında BDDK tarafından elkonulup TMSF'ye devredilen bankalardan birindeki parasına on altı yıl sonra kavuşan tüketicinin açtığı aşkın zarar davasının tüketici mahkemesi tarafından reddedilmesi üzerine yaptığı temyiz incelemesinde olağan ekono-

⁵² İlgili daire kapatılmış olup 6. Hukuk Dairesi olarak devam etmektedir.

mik koşullarda alacaklının zararını somut olarak hesaplaması gerektiğini, enflasyonist ortamda bulunan makul, normal bir kişinin sahip olduğu parayı atıl şekilde elde tutmayacağı, gelir getiren bir yatırıma yöneleceğinin insan yapısının ve çıkarlarını koruma içgüdüsünün de doğal bir sonucu olduğu gerekçesiyle yerel mahkeme kararını bozmuştur. Özel Daire ayrıca enflasyonist ekonominin olumsuz etki ve sonuçlarının az veya çok herkesin bildiği, gerektiğinde bilinebilmesinin kolayca gerçekleştirilebileceği ve mahkemelerin de bilgisi altında olan vakıalar olarak kabulü gerektiğini belirterek ispat kolaylığı tanımıştır⁵³. Özel Dairenin bu kararına karşı ilk derece mahkemesinin direnmesi üzerine

⁵³ “(...) Bu itibarla, munzam zarar davalarında alacaklının (davacının) ispat yükümlülüğü çok sıkı kurallara bağlanmamalı, genel ispat yöntemlerinde olduğu gibi her olayın kendi yapısı ve özelliği içinde değerlendirilmeye tabi tutulmalıdır.

Ülkemizde süregelen enflasyonun belli yıllarda yüzde yüzlerde seyrettiği, vadeli mevduatların en az bu oranlarda gelir getirdiği, yabancı para değerinin (kurların) her zaman temerrüt faiz oranlarını aştığı, banka kredileri faizlerinin yüzde iki yüze kavuştuğu, paranın iç alım (satım) alma değerinin büyük ölçüde azaldığı tartışmasız ve yaşanan bir gerçek olduğu çok açıktır. Böyle bir enflasyonist ortamda bireyin parasının değerini sabit tutmak ve kazanç sağlamak için bir çaba ve girişimlerde bulunması, örneğin en azından vadeli mevduat veya kurları devamlı yükselen döviz yatırımlarında değerlendirmesi, olayların normal akışına, hayat tecrübelerine uygun düşen bir karine olarak kabul edilmesi zorunludur. Gerçekten de, anlatılan enflasyonist ortamda yaşanan makul, normal bir kişinin parasını atıl biçimde elde tutmayacağı, gelir getirci bir yatırıma dönüştüreceği, insan yapısının ve menfaatlerini koruma içgüdüsünün de doğal bir sonucudur. Hal böyle olunca, enflasyonist ekonominin olumsuz etki ve sonuçları kamuca az veya çok herkesin bildiği, en önemlisi gerekli olduğu takdirde bilinebilmesinin kolayca gerçekleştirilebileceği ve mahkemelerin de bilgisi altında olan vakıalar olarak kabulü gerekir.

Munzam zararın enflasyonun gündemde olmadığı ve döviz kurlarının da istikrar kazandığı dönemlerde doğmuş olması halinde ise, ispat yükü bakımından durum farklı olup, buna ilişkin Dairemiz’in uygulaması, alacaklının munzam zararını somut olarak kanıtlaması gerektiği yönündedir. Somut olayda, davaya konu paranın 09.12.1999 tarihinde Egeabank A.Ş.’ye yatırıldığı ve 09.05.2016 tarihinde temerrüt faizi ile birlikte tahsil edildiği, munzam zararının oluştuğu iddia edilen dönemin 16 yıllık bir süreci kapsadığı anlaşılmaktadır. Bu itibarla, mahkemeye, munzam zararın oluşumundaki zaman kesitinin ekonomik koşullarının farklılığı gözetenmeden tüm dönem için somut ispat arayan yazılı gerekçe ile sonuca gidilmesi isabetli görülmemiştir.

Bu durumda, ilk derece mahkemesince, munzam zararın ispatı noktasında yukarıda açıklanan ilkeler gözetilerek, Dairemizin yerleşik içtihatlarında belirtildiği şekilde sepet formülüne göre munzam zararı hesabı yapılması, bu doğrultuda, munzam zararın tespit edilebilmesi için borçlunun temerrüde düştüğü tarihten ödememin gerçekleştirildiği güne kadar geçen süre içerisinde her yıl itibarı ile gerçekleşen yıllık enflasyon artış oranı, bu oranın eşya fiyatlarına yansımaya durumu, mevduat ve Devlet tahvillerine verilen faiz oranları, Türk Lirası karşısında döviz kurlarına ilişkin değişiklik listeleri davacıdan istenmek, gerektiğinde bunları ilgili resmi kurum veya kuruluşlardan araştırmak, bu sahada uzman bilirkişi görüşünden de yararlanılmak suretiyle bu süre içerisindeki para değerinin düşmesi, alım gücü azalması nedeniyle alacaklının maruz kaldığı zarar miktarının yukarıda değinilen unsurların toplanıp, ortalamaları bulunarak belirlenmek ve istenilen alacağın temel hukuki yapısı nedeniyle bir tazminat alacağı niteliğinde olduğundan ve bu zararın oluşmasında ülkenin içinde bulunduğu ekonomik ve sosyal ortamın da etkili bulunduğu ve bundan ülkede yaşamını sürdüren gerçek veya tüzel kişilerin etkilenmemesinin kaçınılmaz olduğu ve nihayet her somut olayın özelliği de dikkate alınarak, bulunacak miktarın TBK’nın 50 ve 51. maddeleri (mülga BK’nun 42 ve 43.) çerçevesinde değerlendirmeye de tabi tutularak belirlenmesi ve bundan sonra bulunan bu zarar miktarından davacının alacağını tahsil ederken aldığı temerrüt faizi miktarı düşülerek hasil olacak sonuç çerçevesinde davacının munzam zararının olup olmadığı ve miktarı tayin ve tespit edilmesi gerekirken eksik incelemeye dayalı hüküm tesisi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir...” Yar. 11. HD, E. 2018/512, K. 2019/3201, 29.04.2019 (Kazancı), E.T.: 15.09.2023.

konu Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na taşınmıştır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu önüne gelen bu dosyada paranın alım gücünün düşmesinin alacaklı açısından aşkın zarar olmadığına, zararın somut olarak ispatlanması gerektiğine hükmetmiştir⁵⁴.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi daha önce verdiği yukarıda anılan kararın Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından bozulması üzerine görüş değişikliğine gitmiş, aşkın zararın somut olarak ispat edilmesi gerektiği, ekonomik koşullar nedeniyle ortaya çıkan olumsuzlukların alacaklı zararı olarak görülemeyeceği yönünde görüş oluşturmuştur⁵⁵. Özel Dairenin kararında bir üye açıkça AYM kararına atıfta bulunarak karara muhalif kalmıştır⁵⁶.

⁵⁴ “32. Her ne kadar bozma kararında, ülkemizde belirli dönemlerde mevcut olan ekonomik olumsuzluklar nedeniyle paranın satın alma değerinin önemli derecede azaldığı, böyle bir ortamda bireyin parasının değerini sabit tutmak ve kazanç sağlamak için girişimlerde bulunmasının olayların normal akışına, genel hayat tecrübelerine uygun düşen bir karine olarak kabul edilmesinin zorunlu olduğu, enflasyonist ekonominin olumsuz etki ve sonuçlarının kamu tarafından bilindiği yahut bilinebileceğinden bu durumun mahkemelerin bilgileri dâhilinde olduğu, bu sebeple aşkın (munzam) zararın oluşumundaki zaman diliminin ekonomik koşullarının farklılığı gözetilmeksizin tüm dönem için somut ispat arayan yazılı gerekçeyle sonuca gidilmesinin hatalı olduğu belirtilmiş ise de; davacı tarafından talep edilen aşkın (munzam) zararın dayanağı olarak ileri sürülen iddia, geç ödeme nedeniyle kendisince, bizzat ve somut olarak uğranılan zarar iddiasından ziyade ekonomik koşullardaki olumsuzluklar nedeniyle paranın satın alma gücündeki meydana gelen azalmanın aşkın (munzam) zararı oluşturduğu yönündedir. Başka bir anlatımla davacı tarafından, ülkemizdeki belirli dönemlerdeki ekonomik koşullarda mevcut olumsuzluklardan hareketle, kendi durumuna özgü şekilde açık ve somut olarak oluşan bir zarar olgusuna dair bir iddiada bulunulmadığı gibi bu yönde ispata yeter herhangi bir delil de sunulmamıştır. Açılan davada sadece, ekonomik koşullardaki olumsuzluklardan hareketle davacının durumunda olan bir bireyin elindeki varlığını koruma amacıyla belirli yatırımlara yönlendireceğine dair faraziyeyle dayalı olarak aşkın (munzam) zararın ortaya çıktığı ileri sürülmüştür.

33. Türk Borçlar Kanunu'nun 122. maddesi kapsamında aşkın (munzam) zararın talep edilebilirliğinin bir koşulu da alacaklı yönünden mevcut olan zararın açık ve somut bir biçimde ispatıdır. Bu bağlamda ekonomik koşullardaki olumsuzluklar nedeniyle paranın satın alma gücünde meydana gelen azalma, alacaklı yönünden aşkın (munzam) zarar olarak nitelendirilemeyeceği gibi salt bu olguya dayanılması neticesinde zararın ispatına dair koşulun gerçekleştiği söylenemez. Zira burada zararın olgusunun, HMK'nın 194. maddesi kapsamında ispata elverişli bir şekilde somutlaştırılarak zarar iddiasının ispatı için gerekli tüm deliller ortaya konulmalıdır.

34. Bu itibarla davacı tarafından ileri sürülen, ülkemizdeki belirli dönemlerde mevcut olan ekonomik olumsuzluklardan enflasyon, yüksek faiz, para değerindeki düşüş gibi olgulara dayalı aşkın (munzam) zarar talebi, zarar olgusunun delili olarak kabul edilemez. Zira ülkemizdeki belirli dönemlerde var olan ekonomik koşullardaki olumsuzluklar nedeniyle paranın satın alma gücünde meydana gelen azalma, tek başına davacının temerrüt faizi dışında bir zararının varlığının ispatı değildir. Dolayısıyla ekonomik şartlar sebebiyle ortaya çıkan yüksek enflasyon, döviz kurlarındaki dalgalanma, serbest piyasadaki faiz oranlarının yüksek oluşu, paranın satın alma gücünde meydana gelen azalma gibi olumsuzluklar, bir karine olarak kabul edilip davacıyı, kendi somut durumuna özgü vakialarla oluştuğu iddia olunan zararı ispat yükümlülüğünden kurtarmayacağı gibi davacıya bu yönde herhangi bir ispat kolaylığı da sağlamaz” (Yarg. HGK, E. 2021/11-938, K. 2022/401, 29.03.2022 (Kazancı) E.T.: 15.09.2022.

⁵⁵ “Aşkın (munzam) zararın ispatına ilişkin yükümlülük, bu zararın varlığını iddia eden alacaklının üzerindedir. Bu bağlamda aşkın (munzam) zarar alacaklısı, 6098 sayılı Kanun'un 122 nci maddesine dayalı olarak tazminat talebinde bulunabilmesi için öncelikle kaynağı ne olursa olsun evvela bir alacağı olduğunu, borçlunun temerrütte bulunduğunu, illiyet bağı ve bu alacağını tahsil edememesinden veya geç ödeme yapılmasından doğan ve duruma göre malvarlığında azalma veya engellenen kazançlardan oluşan

Kapatılan 18. Hukuk Dairesi (yeni 5. Hukuk Dairesi) kamulaştırma bedelinin geç ödenmesi nedeniyle aşkın zarar ödetilmesine karar veren yerel mahkeme kararını Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 19.06.1996 T., 1996/5-44 E.-1996/1503 K. sayılı kararı ve Özel Daire'nin 22.03.1994 gün ve 1994/2060-3571 sayılı kararına atıfta bulunarak bozmuştur. Özel Daire kararında genel ve soyut nitelikteki enflasyonun ya da banka mevduat faizinin temerrüt faizinden yüksek olmasının aşkın zararın oluştuğu ve kanıtlandığı anlamına gelmeyeceğine, davacının kanıtlaması gereken hususun enflasyon ve mevduat faizinin yük-

zararını kanıtlamak durumundadır. Aşkın (munzam) zararın talebinde varlığı iddia olunan zararın, yine alacaklı tarafından yasal ispat vasıtalarıyla somut, inanılır ve açık bir biçimde ispatlaması gerekir. Başka bir anlatımla, alacaklı tarafça aşkın (munzam) zarar olgusu, 6100 sayılı Kanun'un 194 üncü maddesi gereğince ispata elverişli şekilde somutlaştırılarak ileri sürülen iddianın ispatı için gerekli tüm deliller somut olarak ortaya konulmalıdır. Bu itibarla salt ülkenin ve piyasanın içinde bulunduğu ekonomik olumsuzluklardan olan enflasyon, yüksek faiz, para değerindeki düşüş gibi olgulara dayalı olarak ileri sürülen aşkın (munzam) zarar talebi, alacaklının bu sebeple zarara uğradığını açık ve somut bir biçimde iddia ve ispat etmediği müddetçe, 6098 sayılı Kanun'un 122 nci maddesi kapsamında aşkın (munzam) zararın kanıtı olarak ileri sürülemez ve anılan şartlar sebebiyle ortaya çıkan olumsuzluklar alacaklı zararı olarak kabul edilemez. Dolayısıyla 6098 sayılı Kanun'un 122 nci maddesinde karşılanması öngörülen faizi aşan aşkın zararın, genel ekonomik olumsuzlukların (ülkede cari enflasyon oranı, yüksek ve değişken döviz kurları, mevduat faizleri, paranın satın alma gücünde meydana gelen azalma) dışında davacının durumuna özgü somut vakıalarla ispatlanması gerekir. Başka bir anlatımla yüksek enflasyon, dolar kurundaki artış, serbest piyasadaki faiz oranlarının yüksek oluşu, paranın satın alma gücünde meydana gelen azalma, davacıyı ispat yükünden kurtarmayacağı gibi herhangi bir ispat kolaylığı da sağlamaz. Bu kapsamda ülkenin içinde bulunduğu ekonomik olumsuzluklardan hareketle ileri sürülen soyut ve varsayım dayalı zarar iddiaları hükme esas alınmaz. Davacı, dava dilekçesi ile bankaya yatırdığı parayı mahkeme kararı ve icra dosyası vasıtasıyla geç tahsil etmesi nedeniyle paranın enflasyon karşısında eridiğini ileri sürmüş olup, somut bir maddi zarara uğradığını ileri sürmemiş ve parasını geç tahsil ettiği için temerrüt faizini aşan somut bir maddi zarara uğradığını ispat edememiştir. Bu itibarla bölge adliye mahkemesince davacının istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle davacının başvurusunun kabulü ile ilk derece mahkemesi kararının kaldırılarak davanın kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiş ve kararın bu nedenle bozulmasına karar vermek gerekmiştir". Yarg. 11. HD., E. 2021/ 6204, K. 2023/ 160, 16.03.2023 (K. İçtihat Bülteni) E.T.: 15.09.2023.

⁵⁶ "Dava; 818 sayılı Borçlar Kanunu 122 nci maddesine dayalı munzam zarar istemine ilişkindir. Kural olarak borçlu borcunu zamanında ödeseydi ödenen parayı davacı alacaklının somut bir yatırıma dönüştüreceği ileri sürüldüğü takdirde bu yatırımın yapılanmaması nedeniyle zararın oluştuğu iddiasını ispat yükü üzerinde olan davacı; somutlaştırdığı zararı ispatlamakla yükümlüdür. Ancak bu şekilde bir somutlaştırma yapıp ispat edilmemesine rağmen davacının faizi aşan bir zararının bulunmadığını kabul etmek özellikle yüksek enflasyon ortamında paranın değer kaybı gereği karşısında hakkaniyete uygun bir çözüm yöntemi olmaz. Çoğun içinde az da vardır ilkesi gereğince yüksek enflasyona bağlı olarak paranın alım gücünün düşmesi nedeniyle oluşan bir zararın varlığının da ayrıca kanıtlanması gerekmez. Anayasa Mahkemesinin 2014/2267 başvuru numaralı 21.12.2017 sayılı kararında da yerel mahkemenin munzam zararının somutlaştırılıp kanıtlanamadığı yönündeki kararını onayan Yargıtay Özel Dairesinin kararı; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları da emsal gösterilerek yüksek enflasyonun alacağın değer kaybına uğramadan ödenmesinde dikkate alınması gerektiğine işaret etmiştir. Nitekim 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu 187/2 maddesinde herkesçe bilinen vakıaların ve ikrar edilmiş vakıaların ispatının gerekmediği belirtilmiştir. İspat zorluğunun bulunduğu durumlarda dahi 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu 50 nci maddesi gereğince zararın hakim tarafından takdir edilmesi gerekmektedir. Hakim takdir hakkını kullanırken elbette dosyaya sunulu TCMB'nin değişik yatırım argümanlarına ilişkin verilerden yararlanması ve gerektiğinde bilirkişi raporu alması gerekmektedir. O halde Bölge Adliye Mahkemesince yukarıda açıklanan ilkelere uygun olarak oluşturulan kararın onanması gerektiğinden aksi yöndeki çoğunluk bozma gerekçelerine katılmıyorum. Ali Orhan Üye" (Yarg. 11. HD., E. 2021/6204, K. 2023/160, 16.03.2023, (K. İçtihat Bülteni) E.T.: 15.09.2023.

seklği gibi genel olgular olmayıp, şahsen ve somut olarak geç ödemededen dolayı zarar görüldüğü olgusu olduğuna işaret edilmiştir⁵⁷. Kararda direnilmesi üzerine

⁵⁷ “(...) Munzam zararın tazmini konusuyla ilgili olup Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Dairemizin 22.03.1994 gün ve 1994/2060-3571 sayılı kararı ve bunu izleyen kararlarında belirtildiği gibi; alacaklı, uğradığı zararın kendisine ödenen temerrüt faizinden fazla olduğunu somut olgulara dayanarak inanılır, kesin ve net bir biçimde kanıtlamak zorundadır. Genel ve soyut nitelikteki enflasyonun ya da bankalarda mevduat için ödenen faizin temerrüt faizinden yüksek oranda olması, munzam zararın gerçekleştiği ve kanıtlandığı anlamına gelmez. Burada davacının kanıtlanması gereken husus, enflasyon ve mevduat faizinin yüksekliği gibi genel olgular değil, şahsen ve somut olarak geç ödemededen dolayı zarar gördüğü keyfiyettir. Örneğin, alacağını zamanında tahsil edememekten ötürü başkasına olan borcunu ödemek için daha yüksek oranda faizle borç aldığı; alacaklı olduğu parayı zamanında alsa idi, yabancı para ile ödemek durumunda olduğu borcunu, geçen süre içinde gerçekleşen bu fark nedeniyle daha yüksek kurdan ödemek zorunda kaldığı; borçludan alacağını zamanında tahsil edeceğine güvenerek üçüncü kişilere karşı bir takım yükümlülükler altına girip, borçlunun borcunu geç ödemesi yüzünden bu üçüncü kişilere karşı edimini yerine getiremediği için ceza şart ya da vergi cezası ödediğini, mallarının haczedildiğini veya yüksek faizli kredi almak zorunda kaldığını kanıtlamak durumundadır. Yoksa soyut ve doğrudan davacının zararını ifade etmeyen, genel ekonomik konjoktürrel olgular Borçlar Yasasının 105. maddesinde sözü edilen munzam zararın tazminini gerektirmez.

Öte yandan, borçlunun borcunu ödemedede temerrüde düşmesi durumunda, alacaklının başkaca bir hususu kanıtlamadan salt ülkenin içinde bulunduğu ekonomik olumsuzluklar (enflasyon, yüksek faiz, döviz kur farkı, paranın değerindeki düşüş vb. gibi olgular) Borçlar Yasasının 105. maddesindeki munzam zararın kanıtları olarak gösterilip, bunların doğurduğu olumsuzluk gerçek zarar olarak gösterilemez. Bunu kabul etmek hukuk tekniği bakımından da olanaklı değildir. Çünkü, alacaklının somut olarak herhangi bir zarara uğradığını kanıtlamak için salt enflasyon (ya da onun yarattığı diğer olumsuzluklar) oranında bir zarara uğradığını varsaymak, yasal faiz oranını enflasyon oranına çıkarmak olur ki, bu yetki yalnızca Yasa koyucuya verilmiştir. Yasa koyucunun amacı, vadeli mevduat ya da enflasyon oranını aynen yansıtmak olsaydı, temerrüt faizini de bu unsurlara bağlardı ve 3095 ve 4489 sayılı Yasalarda yaptığı gibi belli bir oran belirlemezdi. Yasa koyucu tüm bu ekonomik olumsuzlukları değerlendirip, bunların yaratacağı zarar dolayısıyla tazminat oranını -Anayasadan aldığı yasa yapma yetkisine dayanarak- belirlemiş iken, bu yasal düzenleme gözardı edilip, aynı ekonomik göstergelere dayanılarak tazmin edilecek zararın -temerrüt faizinden- daha fazla olduğu kabul edilemez.

Bu durumda Borçlar Yasasının 105. maddesinde karşılanması öngörülen faizi aşan-munzam zararın, Ülkede varlığı kabul edilen genel ekonomik olumsuzlukların (enflasyon oranı, yüksek ve değişken döviz kurları, mevduat faizleri vb. gibi) “malum ve meşhur” olgular olarak kabulü ile değil, bunlar dışında davacının durumuna özgü somut olaylarla kanıtlanması gerekir. Bu konularda alacaklı, önemli bir kanıtlanma kulfeti altındadır. Kanıtlanma yükünü yerine getirirken, kural olarak her hangi bir kanıtlanma kolaylığından yararlanabilir. Örneğin enflasyon, somut olguların kanıtlanmasında özellikle zararın miktarının saptanmasında kolaylık sağlayabilir ise de, kanıtlanma zorunluluğunu ortadan kaldırmaz. Zararın varlığı ileri sürülerek somut olgular ile kanıtlandıktan sonra miktarının belirlenmesinde -yukarıda açıklandığı gibi- zamanında ödeme yapılmadığı için alınmak zorunda kalınan borca ödenen yüksek faiz oranının, malvarlığında oluşan azalmanın veya dövize ödenen yüksek kurun ve ülkede geçerli diğer ekonomik göstergelerin dikkate alınacağı doğaldır.

Bundan ayrı, uğranılan zararın, borçlunun ve alacaklının dışında gelişen Ülkenin ekonomik politikasına bağlı verilere endekslenmesi durumunda, bunlardan hangisinin uygulanacağı konusu da ayrı bir kargaşa yaratmaktadır. Örneğin zararın hesaplanmasında TEFE mi, TÜFE mi, döviz mi, mevduat faizi mi, yoksa Devlet Tahvili mi esas alınacaktır! Nitekim somut olayda bilirkişi, davacının zararını yıllık yasal faiz oranlarına göre hesaplamış mahkemece de bu miktar esas almıştır. Bu da gösteriyor ki, davacı ileri sürdüğü munzam zararını somut olgularla kanıtlamadıkça zarar miktarının saptanması gerçekçi olmayacak, bir bakıma varsayımına dayanacaktır.

Yukarda ayrıntılı biçimde açıklandığı üzere; davada somut olaylara dayanılarak bir zararın gerçekleştiği ileri sürülüp, yöntemince kanıtlanmı bulunmadığı cihetle, Borçlar Yasasının 105. maddesi gereğince tazminata hükmedilemeyeceği gözetilmeden, yazılı gerekçe ile davanın kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiştir...” (Yarg. 18. HD., 11.03.2013 T., 2013/370 E.-2013/3521 K. İçtihat Bülteni E.T.: 15.09.2023).

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu direnme kararını bozmuştur. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bozma gerekçesi olarak değişen ekonomik koşulların zaten yasa koyucu tarafından dikkate alınarak 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizi Hakkında Kanun'da düzenleme yapıldığını, faiz düzenlemesinde göz önünde bulundurulmuş ekonomik koşulların aşkın zararın bilinen kanıtları olarak görülemeyeceği, davaya özgü somut olgulara dayanılması, yani elverişli ve geçerli delillerle zararın ispatlanması gerektiğine işaret etmiştir⁵⁸. Bu karara muhalif kalan bazı üyeler AYM'nin bireysel başvuru kararına atıfta bulunarak borçlunun temerrüdünden dolayı krediye başvurmayıp kendi malvarlığı değerlerini

⁵⁸ “(...) 27. Kanun koyucu, bir para borcunun gününde ödenmemesinden dolayı alacaklının zarara uğrayacağı kabul edip, bu zararın, ülkenin içinde bulunduğu ekonomik konjonktürü dikkate alarak belli bir oranda olacağını benimsemiştir. Nitekim 818 sayılı BK'nın 103. maddesine göre temerrüt faizi oranı %5 iken, 04.12.1984 tarihli ve 3095 sayılı Kanun ile bu oranın %30'a çıkarılması ve yine 3095 sayılı Kanun'da 15.12.1999 tarihli ve 4489 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonucu Merkez Bankasının kısa vadeli kredi işlemlerinde uyguladığı reeskont faiz oranı esas alınarak, değişen faiz oranlarının benimsenmesi bunun kanıtıdır.

28. Bu noktada ülkenin içinde bulunduğu ekonomik olumsuzluklar (enflasyon, yüksek faiz, para değerindeki devamlı düşüş) dikkate alınarak, kanun hükmüyle geçmiş günler faizine ilişkin düzenleme yapılmış iken, aynı olguların 818 sayılı BK'nın 105. maddesinde öngörülen münzam zararın bilinen kanıtları olarak gösterilip, bunların doğurduğu olumsuzluklar gerçek zarar olarak gösterilemez.

29. Kanun koyucu tüm bu ekonomik olumsuzlukları değerlendirip, bunların doğuracağı zarar dolayısıyla tazminat oranını Anayasa'dan aldığı yasa yapma yetkisine dayanarak belirlemiş iken, zımnen bu takdirin yerinde olmadığı ileri sürülüp, aynı ekonomik göstergelere dayanılarak tazmin edilecek zararın geçmiş günler faizinden fazla olduğu kabul edilemez.

30. Uğrılan zarar, yetkili merciin belirlediğinden fazla ve bu nedenle 105. maddeye dayanılarak münzam zarar istenecek ise, artık o merciin, zararın oranını belirlemek için kullandığı dikkate aldığı değerlendirildiği ölçüde ve bunların “maruf ve meşhur” oldukları olgusuna değil, davaya özgü somut vakialara dayanılması gerekir. Bunlar da, elverişli ve geçerli delillerle kanıtlanmalıdır.

31. Burada kanıtlanacak olgular geç ödeme ile davacının maruz kaldığı zararı doğuran vakıalar ve bu vakıalar nedeniyle uğrılan fiili zarardır. Örneğin, alacağını gününde alamayan alacaklının, aynı gün vadesi gelmiş bir borcunu ödemek için, borçlunun ödemediği geçmiş günler faizi yerine bunun üzerindeki bir faizle borçlanması, ya da alacaklısına daha yüksek oranda faiz ödemek durumunda kalması; dövizle ödemeyi kabul ettiği borcu için, alacağını gününde tahsil edememesi nedeniyle sonraki günlerde daha yüksek kurdan döviz satın almak zorunda kalması gibi maddi olgularla kanıtlanan zarar söz konusudur.

32. 818 sayılı BK'nın 105. maddesinde öngörülen münzam zararın, aynı Kanun'un 103. maddesi ve 3095 sayılı Kanun ile saptanan faiz oranının dayanağı olan ekonomik olumsuzluklara dayandırılması ve herkeşçe bilinenin kanıtlanmamasına gerek olmadığı sonucuna varılması mümkün değildir. Bu itibarla 818 sayılı BK'nın 105. maddesinde karşılanması öngörülen faizi aşan zararın, genel ekonomik olumsuzlukların (ülkede cari enflasyon oranı, yüksek ve değişken döviz kurları, mevduat faizleri) dışında, davacının durumuna özgü, somut vakıalarla ispatlanması gerekir. Başka bir anlatımla yüksek enflasyon, dolar kurundaki artış, serbest piyasadaki faiz oranlarının yüksek oluşu davacıyı ispat yükünden kurtarmaz. Aksinin kabulü hâlinde 3095 sayılı Kanun ile diğer Kanunlardaki faizle ilgili hükümlerin uygulanması sonuçsuz kalacak, her olayda münzam zarara hükmedilmesi sonucunu doğuracaktır ki, kanun koyucunun 818 sayılı BK'nın 105. maddesinde yaptığı düzenlemenin amacının da bu olmadığı anlaşılmaktadır.

33. O hâlde somut uyumsuzlukta yukarıda açıklanan ilkeler çerçevesinde, somut vakıalara dayanılarak bir zararın gerçekleştiği ileri sürülüp kanıtlanmadığından, 818 sayılı BK'nın 105. maddesi gereğince tazminata hükmedilemeyeceği sonuca varılmıştır. (...)” Yar. HGK., E. 2017/(18) 5-2800, K. 2021/1629, 09.12.2021 (K. İçtihat Bülteni) E.T. 16.09.2023.

kullanmak zorunda kalan ve bu suretle malvarlığı eriyen alacaklının enflasyon karşısında zarara uğramadığının söylenemeyeceğini, zararın sadece pasiflerin artması olmadığını, aktiflerdeki erimenin de zarar olduğunu, zamanında ifa olsa idi alınabilecek bir değer alım gücünü aşan artan fiyatlar nedeniyle alınamayacak olmasının da malvarlığında bir azalmaya işaret ettiğini belirtmişlerdir⁵⁹.

Yargıtay 19.⁶⁰, 5.⁶¹ ve 13.⁶² Hukuk Daireleri de AYM kararı sonrası vermiş olduğu kararlarda ekonomik koşullardaki değişimin aşkın zarar için yeterli olmadığı görüşünü benimsemişlerdir.

⁵⁹ “Yargıtay uygulamasında aşırı fiyat artışları ile gerçekleşen enflasyon karşısında munzam zararın varlığının kanıtlanmış sayılacağı yönünde bazı kararlar bulunmakla birlikte ağırlıklı uygulama olarak munzam zararın varlığının davacı alacaklının somut delillerle kanıtlamak zorunda olduğu kabul edilerek verilen kararlar da bulunmaktadır.

Munzam zararlar ilgili bu farklı uygulamalar sürmekte iken somut zararın varlığı ve ispatı aranarak reddedilen bir davayla ilgili olarak yapılan bireysel başvuruda ihlal kararı ile sonuçlanan Anayasa Mahkemesi kararı bulunmaktadır.

Anayasa Mahkemesi 21.12.2017 gün ve 2014/2267 başvuru numaralı bu kararında; başvurusunun mülkiyet hakkı kapsamındaki alacağının enflasyon karşısında önemli ölçüde değer kaybına uğratılarak ödendiği anlaşıldığından başvurucuya şahsi ve olağan dışı bir külfet yüklediği, bu tespite rağmen derece mahkemelerinin başvurusunun zarara uğradığını ayrıca ispatlaması gerektiği yönündeki katı yorumu nedeniyle somut olay bakımından kamu yararı ile başvurusunun mülkiyet hakkının korunması arasında kurulması gereken adil dengenin başvuru aleyhine değerlendirilip mülkiyet hakkının ihlâl edildiğine ve yeniden yargılama yapılmasına karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesinin bu kararıyla birlikte, somut zararın varlığı ve ispatını arayan mevcut ağırlıklı uygulamanın yeniden gözden geçirilmesi gerekir. Zira bireysel başvuru kararları ilgili dosya bakımından bağlayıcı olup tüm yargısal uygulamalar için bağlayıcı olduğundan söz edilemez ise de temel hak ve hürriyetlerin kapsamının belirlenip bu kapsama uygun yargısal uygulamaların gerçekleştirilebilmesi için yol gösterici, subjektif etkiye sahip kararlar olarak dikkate alınmalıdır.

Alacaklının alacağı zamanında alamaması nedeniyle kredi çekmek zorunda kalması, faizle borç para alması gibi nedenlerle somut zararın varlığı kabul edilirken, bu şekilde davranmayıp mülkiyet hakkına tabi elindeki kaynakları kullanmak zorunda kalan ve bu kapsamda malvarlığı eriyen kimsenin enflasyon ortamında zarara uğramadığından söz edilemez. Zira zarar sadece pasiflerdeki artma ile değil aktiflerdeki erime ile de gerçekleşir. Ayrıca alacağı zamanında alsa idi bir aktiflere katılarak değer korunacağı bir malvarlığı değerinin (ev, araba vs.), alacak elde edildiğinde alım gücünü aşan malvarlığına katılamayacak derecede fiyatının yükselmiş olması nedeniyle malvarlığına katılamayacak olması da malvarlığı değerindeki azalmaya işaret edecektir.

Açıklanan nedenlerle pasiflerdeki artma anlamında her zaman somut zararın aranması hakkaniyete uygun sonuçlar vermeyecektir. Fiyatların aşırı yükseldiği, döviz fiyatlarında öngörülme yen değişikliklerin olduğu dönemlerde gerçekleşen enflasyona bağlı olarak alacaklının alacağını geç alması nedeniyle zararın gerçekleşeceği hayatın olağan akışında herkesçe bilinebilen bir olgu olmakla bu gibi durumlarda munzam zararın gerçekleştiği karine olarak kabul edilmelidir. Bu düzeye ulaşmamış olağan yükselmelerde ise bu karine uygulanamayacak ve somut zararın gerçekleştiğinin ispatı yine de aranacaktır.

Sözü edilen karinenin gerçekleştiği durumlarda munzam zararın varlığı ve zarar miktarı konusunda fiyat artış endeksleri, döviz kurları, yatırım araçları, faiz kurları, çalışanların ücretleri gibi ekonomik göstergeler de değerlendirilmek suretiyle alınacak bilirkişi veya bilirkişi kurulu raporu ile elde edilen ve elde edilmesi gereken değerler de karşılaştırılmak suretiyle munzam zararın varlığı ve miktarı belirlenebilecektir” Yar. HGK., E. 2017/(18) 5-2800, K. 2021/1629, 09.12.2021, (K. İçtihat Bülteni) E.T. 16.09.2023..

⁶⁰ Yar. 19. HD, E. 208/1690, K. 2019/2185, 02.04.2019, www.yargitay.gov.tr, E.T.: 17.10.2023.

⁶¹ Yar. 5. HD, E. 2017/17721, K. 2019/604, 21.01.2019, www.yargitay.gov.tr, E.T.: 17.10.2023.

V. AŞKIN ZARARIN İSPATI BAKIMINDAN ÖĞRETİDEKİ GÖRÜŞLER VE YARGI KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Genel Olarak Aşkın Zararın İspatı

Türk Medeni Kanunu m. 6 hükmü gereği, “*Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür*”. Gene HMK m. 190 hükmüne göre, “(1) *İspat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir*.”

(2) *Kanuni bir karineye dayanan taraf, sadece karinenin temelini oluşturan vakıya ilişkin ispat yükü altındadır. Kanunda öngörülen istisnalar dışında, karşı taraf, kanuni karinenin aksini ispat edebilir*”. Aşkın zararın ispatı konusunda kanunda bir ayrık durum düzenlenmediğine göre, ilke olarak temerrüt faizini aşan zararın varlığını ileri süren alacaklı borçlunun temerrüdü nedeniyle faizle karşılanamayan bir zararının bulunduğunu ispat etmelidir.

Türk Borçlar Kanunu m. 122 (Art. 106 OR) hükmü aksi kararlaştırılabilen bir hükümdür. Tarafların anlaşarak aşkın zararın istenemeyeceğini ya da herhangi kusurun ya da zararın ispatına gerek olmaksızın aşkın zararın talep edilebileceğini kararlaştırmaları mümkündür⁶³. Böylesi bir belirleme bulunmadığı sürece ilke olarak alacaklı uğradığı zararları ispat etmelidir. Yani alacaklı ancak bütünüyle belirli zarar verici olayları ya da yoksun kalınan kar durumunda zarar verici davranışla imkansızlaşan gelir getirici olayları ispat ettiği takdirde zararını ispat etmiş olur⁶⁴. Duruma göre ya alacağın elde edilmesinin imkansız olması ya da ortaya çıkan masrafların caydırıcı etkiye sahip olacağı şekilde ispat güç ve masraflı olabilir⁶⁵. Bundan dolayı uygulama, alacaklıya bazı olaylarda ispat kolaylıkları sağlamaktadır⁶⁶. Buna göre özellikle paralı ticari ilişkilerde alacaklının potansiyel ticareti hakkındaki karinelere dayanılarak uygulamada bir zararın bulunduğu kabul edilmektedir. İspat kolaylığına ilişkin bu fiili karine soyut zarar ispatı olarak anlaşılmalı, aksine sadece örneğin ortalama benzer günlük yapılan işlemler gibi ispatlanmış hesaplama unsurlarına dayalı olarak zarar be-

⁶² Yar. 13. HD, E. 2016/10665, K. 2019/6982, 30.05.2019, www.yargitay.gov.tr, E.T.: 17.10.2023.

⁶³ FURRER, Andreas / WEY, Rainer, **CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**, Schulthess Medien AG, Zürich, 2016, Art. 106, N. 4; WEBER / EMMENEGGER, Art. 106, N. 8; WIEGAND, Art. 106, N. 3; BLAESER, s. 107.

⁶⁴ BLAESER, s. 107; WIEGAND, Art. 106, N. 3; WEBER / EMMENEGGER, Art. 106, N. 7.

⁶⁵ WEBER / EMMENEGGER, Art. 106 OR N. 12; BLAESER, s. 107.

⁶⁶ BLAESER, s. 107; WEBER / EMMENEGGER, Art. 106 OR N. 12.

lirlenmelidir⁶⁷. Burada ispat yükü tersine çevrilmemektedir⁶⁸. Sadece varlığı genel yaşam deneyimlerine göre kabul edilebilecek olgular söz konusudur⁶⁹.

İspatın nasıl gerçekleşeceği bir yöntem sorunudur. Zararın ispatı konusunda somut ve soyut yöntemler söz konusu olabilir. Somut yöntemde alacaklı alacağını somut olgu ve ispat araçlarıyla ortaya koymalıdır. Bu yönteme göre salt ekonomik verilere dayanılarak aşkın zararın varlığı ortaya konmuş olmaz⁷⁰. Alacaklının ileri sürdüğü olgular ve diğer ispat araçları temerrüt ile zarar arasında uygun nedenselliğin bulunduğunu göstermelidir⁷¹. Soyut yöntemde ise zararın varlığını somut olarak ortaya koyan ispat araçlarına gereksinim olmaksızın resmi veriler, istatistikler gibi ekonomik göstergelerden yararlanılarak temerrüt faizini aşan bir zararın varlığı ispatlanabilir. Bu yöntemde enflasyon, devalüasyon, altın fiyatları, fiyat endekslerindeki değişim, asgari ücret artışı vs. esas alınarak zararın ispatı yoluna gidilmektedir⁷².

B. Öğretideki Görüşler

Türk öğretisine bakıldığında paranın alım gücündeki düşüşün aşkın zarar kapsamında görülüp görülemeyeceği ve ispatı konusunda farklı yaklaşımlara rastlanmaktadır.

Bir görüş paranın alım gücünün azalması nedeniyle alacaklının uğradığı zararı aşkın zarar kapsamında görmektedir⁷³.

Bir yazar alacaklının zararını ispatlamasının her zaman kolay olmadığını, bu nedenle alacaklının ispat yükünün hafifletilmesi gerektiğini, sorunun paranın değerini kaybetmesinden kaynaklandığını belirterek, zararın ispatı kolaylığı bağlamında maddi, özellikle tabii karinelere dayanarak yararlanılabileceğini savunmaktadır⁷⁴.

⁶⁷ BGE 123 III 241 E. 3a; BLAESER, s. 107.

⁶⁸ BGE 123 III 241 E. 3a.

⁶⁹ WEBER / EMMENEGGER, Art. 106 OR, N. 34; BLAESER, s. 107.

⁷⁰ ALTAŞ, Hüseyin, "Munzam Zararın İspatı Sorunu", *AÜHF*, Y. 2011, C. 50, S. 1, s. 123 vd.; ZEYTİNOĞLU, Emin, "Para Borçlarında Temerrüt Halinde Munzam Zarar", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Y. 4, S. 8, 2005/2, s. 259 vd.; NEBİOĞLU, Öner, "Güncel Yargı Kararları Bağlamında Aşkın Zarar", *TBB*, Y. 2023, S. 165, s. 120.

⁷¹ NEBİOĞLU, s. 121.

⁷² KESER, Yıldırım, "Munzam Zararın İspatı", *İnÜHF*, Y. 2020, C. 11, S. 2, s. 490; BARLAS, s. 212-213; AKMAN, s. 635.

⁷³ AKMAN, s. 635; ALBAŞ, s. 180-181; BARLAS, s. 212-213; KILIÇOĞLU, s. 920 vd.

⁷⁴ ANTALYA, O. Gökhan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. V/2, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2019, N. 2692.

Yüksek enflasyondan dolayı paranın alım gücünü yitirmesi halinde bunun aşkın zarar olduğunu kabul eden bir yazar parayı vaktinde tahsil eden kişinin bunu vadeli hesapta ya da başka gelir getiren yerlere yatırmasının beklenen davranış olduğunu, bunun toplumun içinde bulunduğu sosyal-ekonomik duruma uygun düşeceğini belirttikten sonra, borçlunun temerrüdü nedeniyle vaktinde alacağını elde edemeyen alacaklının zararının vadeli mevduat hesabındaki faiz oranına eşit olduğunun karine olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır⁷⁵.

Bu konuyu ele alan bir yazar temerrüt sırasında paranın alım gücünün azalması nedeniyle alacaklının uğradığı zararın da aşkın zarar olarak görülmesi gerektiğini, hatta bu konuda Türk hukukunda takınılması gereken tavrın Alman ve İsviçre'ye oranla daha cesur olması gerektiğini ve alacaklının parasını değer kaybetmeyecek biçimde değerlendireceğine ilişkin karine bakımından bu sistemlerde egemen olan olumsuz tutumun ülkemiz açısından reddedilmesi gerektiğini savunmaktadır⁷⁶. Bu görüşe gerekçe olarak aynen şu ifadelere yer vermektedir:

“Anılan ülkelerde yıllık enflasyon hızı %5’i hemen hemen hiç aşmamakta, %1 ilâ %3 arası bir oranda kalmakta, hatta bazen deflasyonla karşılaşmaktadır. Böylesine elverişli bir ekonomide alacaklıların elde ettikleri paraları hemen mal veya hizmet edimlerine yatırmalarına gerek bulunmadığı için, bu yolda bir karine de oluşmamaktadır. Kaldı ki, bir değer kaybı husule geldiğinde bu kayıp çoğu zaman elde edilen %5 (Almanya’da %4) oranındaki temerrüt faizi ile karşılanmaktadır. Buna karşılık Türkiye’de seyreden reel enflasyonunun yıllık hızı %60 ilâ %80 oranında değişmektedir. Böyle bir ortamda, alacağını zamanında elde eden alacaklının bunu bir an önce değer kaybını önleyici biçimde değerlendirmesi ve bir mal veya hizmet edimine yöneltmesi ülkemizde geçerli bulunan hayat tecrübelerine uygun ve normal bir davranış teşkil eder. Bu nedenle, Türk hukukunda, alım gücü kaybı şeklinde ortaya çıkan aşkın zararın giderilmesinde alacaklı lehine belirtilen doğrultuda bir fülî karinenin varlığını kabul etmek doğru olur”⁷⁷.

Bir başka yazar tacirler yönünden bir zarar karinesinin varlığını kabul etmenin zorunlu olduğunu, aksinin borçlu tarafından ispat edilebileceğini, adi

⁷⁵ TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 943-944.

⁷⁶ BARLAS, s. 212.

⁷⁷ BARLAS, s. 212.

işlerde ise böyle bir karinenin varlığından söz etmenin güç olduğunu savunmaktadır⁷⁸.

Bir başka yazar para borçlusunun aşkın zarar kapsamında para değerinin düşmesinden ileri gelen zararı da karşılamak zorunda kalacağı, alacaklının parayı zamanında elde etmiş olsa idi parayı en elverişli biçimde kullanacağını karine olarak kabul edileceği düşüncesindedir⁷⁹.

Bir başka yazar uygulama bakımından yüksek enflasyon döneminde paranın alım gücünü yitirmesi halinde kaybedilen alım gücünün aşkın zarar olarak borçludan tazmininin istenip istenemeyeceğinin temel bir sorun olduğunu belirttikten sonra Yargıtay ve öğretici tarafından parayı zamanında elde etmiş olsaydı onu enflasyona karşı koruyacak şekilde değerlendireceğini somut olarak ispatlayabildiği takdirde alacaklıya bu imkanın tanındığını belirterek yüksek enflasyon olgusunun tek başına aşkın zararın varlığını ispata yetmeyeceğini savunmaktadır⁸⁰.

Soyut yöntemin her alacak için uygulanamayacağını savunan bir yazar, her para alacağında soyut yöntemin uygulanması durumunda her uzun süren dava sonunda yeni bir davanın açılacağını, yargının iş yükünün artacağını, aşkın zararın hiçbir zaman temerrüt faizini mutlak surette enflasyon ya da devalüasyon oranına çıkarmak gibi bir amacı olmadığını, soyut yöntemin uygulanmasında borcun kaynağına bakılması gerektiğini, sözleşmeden doğan para alacaklarında soyut yöntemle başvurulmaması gerektiğini, sözleşmenin iradeye dayalı olduğunu, konusu para olan bir sözleşmede alacaklının borçlunun temerrüde düşebileceğini ve paranın değer kaybedebileceğini öngörebileceğini, alacaklının kanun koyucunun faiz sistemini bilebilecek durumda olduğunu, bu halde somut metoda göre dava açılması gerektiğini, aksi halde her davanın yeni bir dava doğuracağını belirtmektedir. Yazar, sözleşmenin diğer tarafının kamu kurumları ya da banka gibi özel izin ve imtiyazla çalışan kurumlar olması durumunda soyut metodun uygulanabileceğini, örnek olarak bankaların güven kurumları olduklarını, bankanın borcunu zamanında ödememesi ve alacaklının dava yoluyla alacağını elde etmesinin zaman alması durumunda temerrüt faizini aşan zararın soyut yöntemle belirlenmesi gerektiğini, bunun sebebinin kuruma duyulan güven olduğunu savunmaktadır⁸¹.

⁷⁸ ÖNDERİ, Gökhan, "Para Borçlarında Borçlu Temerrüdü Halinde Alacaklının Munzam Zararının Tazminini İsteyebilmesi Konusundaki Yargıtay Uygulaması", *İBD*, Y. 2013, C. 87, S. 2, s. 293.

⁷⁹ SEROZAN, Rona, *İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. III*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016, s. 225-226.

⁸⁰ GÜMÜŞ, M. Alper, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 930-931.

⁸¹ KESER, s. 493.

Bir başka yazar da sermaye kaybından doğan zararın aslında alacak dolayısıyla uğranılan zarar olmayıp asıl alacağın bizzat kendisinin olduğunun ileri sürülebileceğini, ancak pratik olarak değer kaybının zarar olarak kabul edilip aşkın zarar tazminatına hükmedilmesinin yerinde olacağını, aksinin kabulünün borçluların kasıtlı olarak borcu ödeme de temerrüde düşerek kara geçmek isteyebileceklerini, bunun da hem sosyal hem de ticari hayatı etkileyeceğini belirtmiştir⁸².

Bir başka yazar, paranın değerindeki düşüşün aşkın zarar olarak görülmesinin pozitif hukuk bakımından sağlam teorik zemini bulunmadığını, 3095 sayılı Kanun mevcut iken bir hukuk boşluğundan bahsedilemeyeceğini, bu yaklaşımın para borcuna ilişkin neredeyse her olayda aşkın zarara hükmedilmesi riski içerdiğini, TBK m. 122'nin amacının bu olmadığını, boşluk yok iken hakimin hukuk yaratamayacağını, burada kural içi boşluk da bulunmadığını, hakimin vicdani kanaatine göre takdir hakkının söz konusu olmadığını, götürü nitelikteki temerrüt faizinden farklı olarak alacaklının somut olarak zararını kanıtlaması gerektiğini, zararın varlığı ispatlanamamış iken farazi hesaplama yapılamayacağını savunmaktadır⁸³.

Bir görüşe göre, paranın değer kaybı aşkın zarar altında görülmemelidir. Aşkın zarar enflasyon zararının karşılanmayan kısmı değil, başka olası zararlardır. Para borçlarında ilke faiz değil, bugünkü para değerine göre gerçek karşılığının ödenmesidir. Bu yol izlenmediğinden tartışmalar ortaya çıkmaktadır. Paranın gerçek değerini karşılayan farkının istenmesinde faiz ya da aşkın zarar kapsamında olmayan, TMK m. 2'ye göre çözülmesi gereken asıl borç söz konusudur^{84,85}.

C. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Yargıtay Uygulamasının Eleştirisi

1. Konuya İlişkin Görüşlerimiz ve Öğretideki Görüşlerin Eleştirisi

Öncelikle belirtmek gerekir ki, aşkın zararın giderilmesinin istenebilmesi için zararın varlığı zorunludur. TBK m. 122 hükmü bu zararın nasıl ispatlanacağı konusunda bir düzenleme içermemektedir. Bundan dolayı konu tartışmaları beraberinde getirmektedir. Faizle karşılanamayan bir zararın somut olarak ispat-

⁸² KOCA, Mehmet Reis, Türk Hukukunda Munzam Zarar Uygulaması, KÜSBE, **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Kırıkkale 2004, s. 84.

⁸³ AKÇAAL, s. 1090.

⁸⁴ HATEMİ, Hüseyin / GÖKYAYLA, Kadir E., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, s. 283.

⁸⁵ Bu görüş adına aşkın zarar demese de, aslında farklı bir bakış açısıyla paranın değer kaybının giderilmesi gerektiğini kabul etmektedir.

lanabildiği durumlarda genel olarak bir tartışma yaşanmaz iken, alacaklının bir zararının olduğu ekonomi bilimi bakımından ortada iken bunun somut olarak ispatı gerektiğini ileri sürmenin, paranın değer kaybının sonuçlarını alacaklı üzerinde bırakmanın adil bir sonuç doğurmadığı açıktır. Hukukun hedefi adaleti gerçekleştirmektir. Bu ifade hukukçunun pozitif düzenlemeleri görmezden gelmesi anlamına gelmemektedir. Hukuk hakim kanunu uygulamakla yükümlüdür. Boşluk gündeme geldiğinde hakimin hukuk yaratması söz konusu olacaktır. Aktarılan bir görüşte ortada bir boşluğun bulunmadığı savunulmuştur⁸⁶. Yasal faiz düzenlemesi Türk Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu kapsamında faiz ödenmesi gereken hallerde uygulanacak faiz oranlarını düzenlemiştir. Bu düzenlemelerden hiçbir şekilde faizi aşan zararın istenemeyeceği sonucu çıkmamaktadır. TBK m. 122 hükmü ise açıkça faizle karşılanamayan zararların istenebileceğini düzenlemektedir. Buradan paranın alım gücünde meydana gelen değer kayıplarının istenebilmesinin 3095 sayılı Kanunun yok sayılması anlamına gelmediğini belirtmek gerekir⁸⁷. Mevaz Kanunda Art. 104 OR para borcunda temerrüde düşen borçlunun sözleşmeye göre daha az oranda olsa bile yıllık %5 faiz ödemek zorunda olduğunu düzenlemiştir. Yani İsviçre’de sabit bir faiz oranı düzenlenmiş ve bunun sözleşmedeki faizden fazla olması durumunda dahi uygulanacağını belirtmekle temerrüt faizinin temerrüde düşen borçluyu cezalandırıcı yönü olduğu da vurgulanmıştır. Buradan da aslında temerrüt faizinin belirlenmesinde ekonomik göstergelerin göz ardı edilmediği anlaşılmaktadır.

Faizle karşılanamayan zararın mutlaka bir kredi alınmak zorunda kalınması, borçlunun temerrüdü nedeniyle alacaklının bir başka ilişkideki yükümlülüğünü yerine getirememiş olmasından kaynaklı somut bir zarara uğraması gerektiği yönünde ne TBK m. 122, ne de kaynak kanun Art. 106 OR hükümlerinde açık bir düzenleme bulunmaktadır. Burada temerrüt faizi ödenmesine rağmen alacaklının faizi aşan zararı olabileceği kabul edilmiş olup, bunun içeriğini doldurmak ise yorum meselesidir. Önemli olan temerrüt nedeniyle alacaklının faizi aşan bir zararının bulunmasıdır. Bu zararın normal koşullarda somut olarak ortaya konması elbette gereklidir. Ancak ispatın her zaman somut olarak ortaya konamayacağı da bir gerçektir. Kusurlu olarak temerrüde düşen borçludan yıllar sonra alacağını faiziyle birlikte tahsil eden alacaklının enflasyonist ortamda

⁸⁶ AKÇAAL, s. 1089-1090.

⁸⁷ Paranın alım gücündeki düşüş nedeniyle aşkın zararın kabulünün temerrüt faizine ilişkin düzenlemeyi boşa çıkaracağı düşüncesini eleştiren OĞUZMAN / ÖZ, temerrüt faizinde kusur aranmazken, aşkın zararda kusurun varlığının aranmasının kanundaki faiz oranına ayrı bir uygulama alanı bırakacağını ifade etmektedirler (OĞUZMAN / ÖZ, C. 1, s. 501, dn. 592).

hiçbir zararının bulunmadığını söylemek mümkün değildir. Bunu ileri sürmek ekonomi bilimini inkar etmektir. Bu durumda alacaklının zararını somut olarak ispat etmesi gerektiğini ileri sürmek imkansız dayatmak ve o hakkı inkar etmek anlamına gelir. Tazminat hukukunda zararın somutlaştırılması genel kabul gören bir prensiptir. Bunun amacı soyut iddialara dayalı olarak tazminat istemlerinin önüne geçmek, alacaklının haksız olarak zenginleşmesini önlemektir. Yoksa hiçbir şekilde somut olarak ortaya deyim yerinde ise kuruşu kuruşuna konamayan zararın tazmininin istenemeyeceğinin amaçlanmamıştır. Kaldı ki TBK m. 114, f. 2 yollamasıyla sözleşmelere de uygulanabilen TBK m. 50, f. 2 hükmü uğranılan zararın tam olarak ispat edilemediği durumlarda hakime takdir hakkı tanımakta ve olayların akışına ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde bulundurarak zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirleme yükümlülüğü getirmektedir. Salt zararın tam olarak ispat edilemediği gerekçesiyle tazminat isteminin reddi mümkün değildir.

Paranın alım gücündeki düşüşle alacaklının zarara uğradığı her türlü tartışmadan uzaktır. Sorun bunun ispatı ise bu ispat da ekonomi biliminin referans aldığı verilerle gerçekleştirilebilir. Bazı yargı kararlarında referans alınan enflasyon oranı, TEFE, TÜFE verileri vb. veriler keyfi bir hesaplama olmayıp bilimsel verilerin kullanılmasıyla zararın belirlenmesine yarayan araçlardır.

Gene paranın alım gücündeki düşüş nedeniyle aşkın zararın sözleşmenin diğer tarafının kamu kurumları ya da özel imtiyazla çalışan kurumlar olması durumunda söz konusu olabileceği görüşünün⁸⁸ yasal bir dayanağı olmadığı gibi, böylesi bir ayırımı gitmek sorunu sadece küçük bir kesim için çözmek anlamına gelir. Borç ilişkilerinin taraflarını salt bu kurumların oluşturmadığını, bunların işlem hayatında sınırlı bir kesimi oluşturduğu söylenebilecektir.

2. Yargıtay Uygulamasının Eleştirisi

818 sayılı Borçlar Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde Yargıtay'ın farklı daireleri arasındaki görüş ayrılıkları nedeniyle iki defa içtihadı birleştirme gündeme gelmiş, ancak her defasında içtihatların birleştirilmesine gerek olmadığı yönünde karar verilmiştir⁸⁹. Bu kararların ilkinde kaynağını değişik ve çok türlü maddi olaylardan alan aşkın zararların ispatı işleminin, içtihatların birleştirilmesi yolu ile tek bir ispat vasıtasına bağlanmasının hakim delilleri serbestçe

⁸⁸ KESER, s. 493.

⁸⁹ YİBBGK, E. 1997/2, K. 1999/1, 8.10.1999.; YİBBGK, E. 2001/2, k. 2002/2, 12.04.2002 Kararın eleştirisi için bkz. DUMAN, Özgür, "Enflasyon Karşısında Para Alacaklarının Korunması ve Mülkiyet Hakkı", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Y. 2018, C. 6, S. 12, s. 418 vd.

takdir etmesini öngören hükümleri sınırlandıracağı ve hukukun gelişmesini de önleyeceği gerekçesiyle içtihatların birleştirilmesine gerek olmadığına karar verilmiştir⁹⁰. Bu kararın incelenmesinde içtihatların birleştirilmesi yönünde görüşlerin de bulunduğu, ancak kurulun içtihatların birleştirilmesine gerek görmediği anlaşılmaktadır. Yargıtay'ın genelde içtihatların birleştirilmesi konusunda çok istekli bir tutum takınmadığı, genel yaklaşımının içtihatların birleştirilmesi başvurularına temkinli yaklaşmak olduğu gözlemlenmektedir. Yargıtay'ın söz konusu karardaki gerekçesi ikna edici değildir. Aşkın zarar olarak görülebilecek olguların farklı olabileceği kabul edilebilir olmakla birlikte, Yargıtay paranın değer kaybından dolayı alacaklının aşkın zarar talep edip edemeyeceği konusunda ilke ve ölçütler koyarak konuyu çözüme kavuşturabilirdi⁹¹. Hakim delilleri serbestçe takdir edebilmesi prensibi de bu kararın alınmasına engel olamaz. Ortaya konulacak ilkeler kapsamında hakim dosyadaki delilleri serbestçe takdir etmesinde hukuken bir engel bulunmamaktadır.

Bu konuda verilen ikinci kararın gerekçesinde şu ifadeler yer verilmiştir: *“(...) sabit faiz sistemini benimseyen 3095 sayılı yasa, Anayasa Mahkemesince iptal edilerek yürürlükten kaldırılmış, 15.12.1999 tarih ve 4489 sayılı yasa ile değişken faiz sistemi getirilmiştir. Yeni uygulamaya göre T.C. Merkez Bankasınınca saptanan faiz oranlarının, Türk Lirasındaki değer kaybının ve banka mevduat faizlerinin üzerinde gerçekleştirdiği gözlemlenmiştir. (...) 3050 sayılı yasada 15.12.1999 gün ve 4489 sayılı yasa ile yapılan değişiklikte temerrüt faizi, reeskont faizi seviyesine çıkarılmıştır. Bu şekilde temerrüt faizinin üzerinde munzam bir zararın meydana gelme olasılığı da imkansız denecek şekilde*

⁹⁰ “(...) içtihat aykırılığına konu tüm kararların dayandığı maddi olgularda izlenen, ortak yön; paranın vadesinde tahsil edilmesi halinde alacaklının mevduat faizi, repo, döviz geliri ve sair nedenlerle kazanç sağlayabileceği iddiasına ve varsayımına dayanmaktadır. Bu itibarla sorun yalnız paranın yoğun ve sürekli olarak değer kaybettiği dönemlerde paranın değer yitirmesi hukuki nedenine dayanan, bu dönemde paranın sağlayacağı kazanç kaybından doğan zarar istemleri ile sınırlıdır. Zarar bu niteliği itibarıyla “kaybedilen kazanç”, “mahrum kalınan kar” niteliğindedir. Zararın varsayımına dayanması bu tür zararlarının ispatında Borçlar Kanununun 42/2 ve yargılama hukuku bakımından da Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 240. Maddesinin uygulanmasını ön plana çıkarmaktadır.

Borçlar Kanununun 42/2. maddesi “hakimin takdir hakkı” Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 240. maddesi de hakimin delilleri serbestçe edindiği kanaate göre takdirini düzenlemektedir”. Görüldüğü şekilde, her iki konu da, hakimin önüne gelen somut olayların kendine özgü durum ve koşullarıyla doğrudan ilgili olduğu açıktır. Bu nitelikte, kaynağını değişik ve çok türlü maddi olgulardan alan zararların kanıtlanması işleminin, içtihatların birleştirilmesi yolu ile tek bir isbat vasıtasına bağlanması; Hakimin, delilleri serbestçe takdir edip vicdani kanatine göre hüküm kurmasını öneren yasal kuralı sınırlandıracağı gibi hukukun zaman içinde gelişimini de önleyeceği sonucuna kavuşulmuş, bu düşünce ve sakıncalar önde tutularak içtihatların birleştirilmesine gerek görülmemiştir”. YİBBGK, E. 1997/2, K. 1991/1, 8.10.1999 (ZEYTİNOĞLU, s. 259’dan naklen).

⁹¹ Bu bağlamda öğretide para değerlerindeki değişiklik nedeniyle aşkın zararının kabulü halinde, bu kabulün diğer aşkın zarar tazminatları bakımından uygulanmayacağı belirtilerek yeni davaların açılmasına sebebiyet verilmesi endişesinin aşılacağı ifade edilmektedir (DUMAN, s. 413).

*azalmıştır*⁹².” Yani Yargıtay’a göre değişken faiz sisteminin getirilmiş olması, TCMB tarafından belirlenen faiz oranlarının Türk Lirasının değer kaybının ve mevduat faizlerinin üzerinde gerçekleşmiş olması karşısında aşkın zarar olasılığı imkansız denecek kadar azdır. Oysa bırakın adi kanuni faizi, ticari işlerde uygulanan avans faizi oranları dahi bazı durumlarda paranın değer kaybı karşısında katlanılamayacak ölçüde düşük kalmaktadır.

Yargıtay’ın 26.11.1999 tarih ve 23888 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 15.12.1998 T., 1997/34 E.-1998/79 K. sayılı AYM kararına atıfta bulunmuş olması karşısında söz konusu kararın incelenmesinde yarar vardır. AYM’nin önüne gelen itiraz başvurusunda 3095 sayılı Kanununun 1., 2. ve 4. maddelerinin iptali istenmiştir. İptali istenen 1. maddede yasal faizin %30 olduğu, bu oranı Bakanlar Kurulunun %80’ine kadar arttırmaya ve eksiltmeye yetkili olduğu düzenlenmiş idi. İkinci maddede ise, temerrüt hallerinde 1. maddedeki (yasal) faizin uygulanacağı (f. 1), Bakanlar Kurulunun artırma ve eksiltmeye yetkili olduğu (f. 2), ödeme yerinde ve ödeme zamanındaki banka iskontosunun bu miktardan fazla olması halinde ise, arada sözleşme olmasa bile, ticari işlerde temerrüt faizinin T.C. Merkez Bankasının kısa vadeli krediler için öngördüğü reeskont faiz oranına göre istenebileceği esası mevcut idi (f. 3). AYM yaptığı yargılama sonucu 1. maddenin bütünüyle, 2. maddedeki 1. ve 2. fıkraların iptaline, 2. maddenin 3. fıkrasının iptali isteminin reddine karar vermiştir. AYM’nin iptal gerekçesi irdelenerek mevcut iptal sonrası getirilen düzenlemelerin AYM’nin bakış açısına göre Anayasa’ya aykırılık olgusunu ortadan kaldırıp kaldırmadığı anlaşılacaktır. Daha açık bir deyişle günümüzde yürürlükte olan düzenlemenin Anayasa’ya aykırılığı iddiası ile AYM’nin önüne gitmesi durumunda nasıl bir karar verileceğini öngörmeye çalışmakta yarar vardır.

AYM’nin gerekçesine bakıldığında şu ifadeler yer almaktadır:

“(…) Anayasa’nın 2. maddesindeki hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasakoyucunun da uyması gereken temel hukuk ilkeleri ve Anayasa bulunduğu bilincinde olan devlettir.

⁹² YİBBGK, E. 2001/2, K. 2002/2, 12.04.2002.

Anayasa'nın 5. maddesinde, "Devletin temel amaç ve görevleri ...; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır." denilmektedir. Buna göre Devlet, bireyin yaşamını kolaylaştırmak, insan onuruna yaraşır bir ortam yaratmakla yükümlüdür.

3095 sayılı Yasa'nın 1. ve 2. maddelerinin birinci fıkralarında, yasal ve temerrüt faiz oranı senelik %30 olarak belirlenmiş, maddelerin ikinci fıkralarında da belirli koşulların gerçekleşmesi durumunda, bu oranın %80'ine kadar artırma ve eksiltme yetkisi Bakanlar Kurulu'na verilmiştir.

Bakanlar Kurulu bu yetkiye dayanarak 1.1.1998 gününden geçerli olmak üzere %30 oranını %50'ye çıkarmıştır. Bu artırmaya karşın, yasal ve temerrüt faiz oranları banka mevduat faiz oranlarının çok gerisinde kalmıştır.

Hazine'nin iç borçlanma aracı olarak kimi zaman çıkardığı tahvil ve bonolara ödediği faizler de yasal faiz oranının çok üzerinde gerçekleşmiştir. Dövizin Türk Lirası karşısında kazandığı yıllık değer de yasal faiz oranlarının çok üstünde olmuştur.

Hazine Müsteşarlığı verilerine göre 1984-1998 yıllarının 14 yıllık ortalama artışı Toptan Eşya Fiyat Endeksi'ne göre %65, Tüketici Fiyat Endeksine göre %68'dir. T.C. Merkez Bankası'nca belirlenen ağırlıklı mevduat faiz oranları 1992 yılında %74,24, 1993 yılında %74,68'dir.

Enflasyon ve buna bağlı olarak oluşan döviz kuru, mevduat faizi, hazine bonusu ve devlet tahvili faiz oranlarının sabit yasal ve temerrüt faiz oranlarının çok üstünde gerçekleşmesi borçlunun yararlanması alacaklının zararına uğraması sonucunu doğurmuştur. Bu nedenle, borçlu, süresinde borcunu ödememekte, yargı yoluna başvurulduğunda da yargı sürecini uzatma gayreti göstermekte, böylece yargı mercilerindeki dava ve takipler çoğalmakta, yargıya güven azalmakta, kendiliğinden hak almak düşüncesi yaygınlaşarak, kamu düzeni bozulmakta kişi ve toplum güvenliği sarsılmaktadır. İtiraz konusu kuralların borçlu yararına, alacaklı zararına sonuçlar doğurması, ekonomik ve sosyal yaşamı olumsuz yönde etkilediği gibi Hukuk Devleti ilkesini de zedelemektedir.

Açıklanan nedenlerle, Yasa'nın incelenen kuralları Anayasa'nın 2. ve 5. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir".

Gereğe bakıldığında yasal faiz oranının paranın değer kaybını karşılaması gerektiği sonucuna varılabilir. Çünkü AYM Bakanlar Kurulu'nun arttırdığı faiz oranının dahi alacaklıların zararını karşılamadığını, bu kuralların borçlu yararına, alacaklı zararına sonuçlar doğurduğunu, bunun da ekonomik ve sosyal yaşamı olumsuz etkilediğini, borçluların süresinde ödemede isteksizliğinin yargıda işyükünü arttırdığı, yargıya güveni azalttığı, kamu düzeninin bozulduğunu ve toplum güvenliğinin sarsıldığını belirtmektedir. İptal kararı sonrası yasakoyucunun yapacağı düzenlemenin AYM'nin ileri sürdüğü gerekçelerdeki endişeleri bertaraf edecek biçimde olmalıdır. İptal kararı sonrası getirilen düzenlemelere bakıldığında 4489 sayılı Kanunun 1. maddesiyle 3095 sayılı Kanun'un 1. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir:

“Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanununa göre faiz ödenmesi gereken hallerde, miktarı sözleşme ile tespit edilmemişse bu ödeme, yıllık, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasının önceki yılın 31 Aralık günü kısa vadeli kredi işlemlerinde uyguladığı reeskont oranı üzerinden yapılır. Söz konusu reeskont oranı, 30 Haziran günü önceki yılın 31 Aralık günü uygulanan reeskont oranından beş puan veya daha çok farklı ise, yılın ikinci yansında bu oran geçerli olur”.

4489 sayılı Kanunun 2. maddesi ile 3095 sayılı Kanun'un 2. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir:

“Bir miktar paranın ödenmesinde temerrüde düşen borçlu, sözleşme ile aksi kararlaştırılmadıkça, geçmiş günler için 1 inci maddede belirlenen orana göre temerrüt faizi ödemeye mecburdur.

Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasının önceki yılın 31 Aralık günü kısa vadeli avanslar için uyguladığı faiz oranı, yukarıda açıklanan miktardan fazla ise, arada sözleşme olmasa bile ticarî işlerde temerrüt faizi bu oran üzerinden istenebilir. Söz konusu avans faiz oranı, 30 Haziran günü önceki yılın 31 Aralık günü uygulanan avans faiz oranından beş puan veya daha çok farklı ise yılın ikinci yarısında bu oran geçerli olur.

Temerrüt faizi miktarının sözleşmede kararlaştırılmamış olduğu hallerde, akdî faiz miktarı yukarıdaki fıkralarda öngörülen miktarın üstünde ise, temerrüt faizi, akdî faiz miktarından az olamaz”.

Ancak 2005 yılında kanunda 5335 sayılı Kanun'un 14. maddesiyle 3095 sayılı Kanun'un 1. maddesi tekrar değiştirilmiştir. Halen yürürlükte olan yeni düzenleme şu şekildedir:

“Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanununa göre faiz ödenmesi gereken hallerde, miktarı sözleşme ile tespit edilmemişse bu ödeme yıllık yüzde oniki oranı üzerinden yapılır.

Bakanlar Kurulu⁹³, bu oranı aylık olarak belirlemeye, yüzde onuna kadar indirmeye veya bir katına kadar artırmaya yetkilidir”.

2005 yılında getirilen yeni düzenleme aslında AYM tarafından iptal edilmiş olan düzenlemenin aynısıdır. Sadece yeni ekonomik koşullara göre %30 olan oranı %12’ye düşürülmüş, eskiden %80’ine kadar arttırma ve düşürme yetkisi %10’una kadar indirme, bir katına kadar arttırma biçiminde düzenlenmiştir.

Anayasa Mahkemesi’nin iptal ettiği düzenlemeyi sekiz yıl sonra tekrar canlandırmanın hukuk devleti ilkesiyle bağdaşması mümkün değildir. Yasa koyucunun daha önce iptal edilen içeriği öz itibariyle birebir aynı biçimde tekrar kanun hükmü haline getirmesi açıkça Anayasa’ya aykırı düzenleme yapmak anlamına gelir. Yürürlükteki Kanun’un itiraz yoluyla AYM önüne götürülmesi durumunda iptal kararı verileceğinde kuşku bulunmamaktadır. Hem iptal edilen içeriğin tekrar canlandırılmış olması hem de iptale dayanak olan olguların bugün itibariyle halen mevcut olması bu görüşümüzü teyit etmektedir. AYM’nin bireysel başvurularda verdiği hak ihlali kararları da bu düşüncüyü desteklemektedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 375 (i) hükmüne göre, *“Kararın, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması veya karar aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvuru hakkında dostane çözüm ya da tek taraflı deklarasyon sonucunda düşme kararı verilmesi”* yargılamanın yenilenmesi sebebidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin hak ihlali kararlarını yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak gören ilk düzenleme 23.01.2003 tarihinde yürürlükten kalkan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 445. maddesinin ilk fıkrası 11. bendinde getirilmiştir. Avrupa Birliği’ne uyum kapsamında bu düzenleme getirildiğinde AYM’ye bireysel başvuru yolu mevcut değildi. Zaten AYM’ye bireysel başvuru yolu açılmasının sebebi Türkiye’den AİHM’ne giden çok sayıda dava olması ve Türkiye’nin tazminat ödemelerine mahkum olmasının önüne geçilmesi, bir ihlal var ise iç hukukta AİHM öncesinde sorunun çözülmesinin amaçlanması idi. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu 12.01.2011 tarihinden kabul edilmiş olup, o tarih itibariyle Türkiye’de bireysel başvuru yolu başlamamıştı. 2010 Anayasa referandumu ile bireysel başvuru yolu Anayasa’ya girmiş olmakla birlikte, HMK’nın yasalaşma süreci zaten mecliste yürütülmekte idi.

⁹³ Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçişten sonra bu yetki Cumhurbaşkanı’na geçmiştir.

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun 30.03.2011 tarihinde kabul edilmiş, bu kanunun bireysel başvuruyu düzenleyen 45-51. Maddelerinin 23/9/2012 tarihinde, diğer hükümlerinin ise yayımı tarihinde yürürlüğe gireceği belirtilmiştir (m. 76). Kanununun 50 (2) maddesine göre, “*Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir.*”

Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir”. Bu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, HMK’ya alınmasa da AYM’nin hak ihlali kararlarının adı geçen mahkemece gerekli görülmesi durumunda yargılamanın yenilenmesi sebebi olduğu açıkça düzenlenmiştir.

Anayasa Mahkemesi’nin bireysel başvuru kararları somut olay özelinde verilmek ve sadece tarafları bağlamakla birlikte, mahkeme burada hem T.C. Anayasası’nı hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ni dikkate alarak karar verdiği için, AYM’nin Yargıtay veya Danıştay’ın üzerinde olmamasına rağmen onun kararlarının görmezden gelinmesi de mümkün değildir. Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerin anayasaya aykırılığının iddia edilememesi nedeniyle AİHM’nin kararlarının Yargıtay tarafından dikkate alındığı bir gerçektir. AYM tarafından iptal edilen TMK m. 187 hükmüne göre, “*Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır; ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruyla kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir*” hükmüne göre kadının kocasının soyadını almaksızın sadece kızlık soyadını kullanması mümkün değildir. İptal kararının gündemde olmadığı dönemde verilen bir Hukuk Genel Kurulu kararında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kadının soyadını AİHS kapsamında özel yaşamın parçası olarak gördüğü⁹⁴ gerekçesiyle yürürlükte olan ilgili hükmü varlığına rağmen uygulamamıştır. Yani Yüksek Mahkeme AİHS’ne aykırı olan TMK m. 187 hükmünü uluslararası anlaşmaya aykırılık nedeniyle uygulanamaz görerek kadının sadece kendi kızlık soyadını taşıyabileceğine karar vermiştir⁹⁵.

⁹⁴ AİHM, 16.10.2004 tarihli Ünal Tekeli kararı.

⁹⁵ “*Dava, evlilik soyadının iptali ile evlilik birliği içinde kızlık soyadının kullanılması istemine ilişkindir. Her ne kadar Anayasa Mahkemesi Medeni Kanun’un 187. maddesini Anayasa’ya aykırı bulmamışsa da usulüne uygun olarak yürürlüğe konulan temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalarda yer*”

Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kararlarında AİHM'nin kararlarına da atıfta bulunarak para kaybındaki değer karşılanmamasını mülkiyet hakkının ihlali olarak görmesi karşısında, adli yargının 3095 sayılı Kanunun varlığını gerekçe göstererek aşkın zarar istemini reddetmesi mümkün görülmemelidir. Gene bireysel başvuruya ilişkin düzenlemenin de HMK'daki gibi yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak düzenlendiği dikkate alınınca bireysel başvuru kararlarında benimsenen ilkesel duruşun adli ya da idari yargı tarafından göz ardı edilemeyeceği, söz konusu Anayasa'ya ya da AİHS m. 14'teki ayrımcılık yasasına aykırılık tespitlerinin kadının soyadı konusunda dikkate alındığı gibi burada da göz önünde bulundurulması gerekir. Anayasa Mahkemesi tarafından anayasaya aykırılığın tespit edildiği yerde, adli ya da idari yargının anayasaya aykırı yorum yapamaması gerekir⁹⁶.

Aşkın zararın farklı biçimlerde ortaya çıkabileceği kuşkusuzdur. Yargıtay'ın bu tespitine katılmakla birlikte, hakimin delilleri takdir etme serbestisini ortadan kaldırmayacak şekilde paranın değerindeki kayıpların aşkın zarar oluşturup oluşturmayacağı, bu kayıpların aşkın zarar olarak görülmesi durumunda ise paranın alım gücündeki kayıpların hangi koşullarda tolere edilebileceği, ne oranda bir kayıp halinde aşkın zarar olarak kabul edilebileceği konusunda bir içtihadı birleştirme kararı verilmesine engel bulunmamaktadır. Paranın alım gücündeki düşüşlerin aşkın zarar olarak kabul edilmesi durumunda açılacak dava sayısının artacağı kuşkusuzdur. Ancak salt yargının iş yükünün artması adaletli bir karar alınmasına engel görülmemelidir. Bir dönem iş yükü artsa da bu yönde alınacak bir içtihadı birleştirme kararının gerçeklerle örtüşmeyen temerrüt faizi düzenlemelerinin ardına saklanma alışkanlığını zamanla azaltacağı, borcun vadesinde ifa edilmemesi durumunda mütemerrit borçlunun durumunun ağırlaşaacağı bilincinin de oluşacağı kanaatindeyim.

alan düzenlemeler kanun hükmünde olup hukukumuzda kanunlar ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalar arasında bir çeşit hiyerarşi ihdas edilmiş ve aralarında uyumsuzluk bulunması halinde antlaşmalara öncelik tanınacağı hüküm altına alınmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarına göre, kişinin soyadı özel hayat kapsamında değerlendirilmiş ve evli kadının kocasının soyadını kullanma zorunluluğu özel hayata bir müdahale olarak kabul edilerek Medeni Kanun'un konuya ilişkin düzenlemesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. ve 14. maddelerine aykırı bulunmuştur. Buna göre, AİHS ve diğer uluslararası insan hakları antlaşmaları ile çatışan 4721 sayılı Kanun'un 187. maddesi karara esas alınmayarak, kızlık soyadının kullanılması talebi AİHS'nin 8. ve Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında bir insan hakkı olarak kabul edilip cinsiyete dayalı olarak bir ayırma tabii tutulmaksızın erkek ve kadın arasında eşit şekilde uygulanması gerektiğinden kızlık soyadını kullanmak istemek için haklı bir gerekçenin bulunmasına ihtiyaç bulunmadığının kabulü ile davacının isteminin kabulüne ilişkin yerel mahkeme kararının onanması gerekmiştir.” Yarg. HGK, E. 2014/2-889, K. 2015/2011, 30.9.2015, (Kazancı İçtihat Bankası).

⁹⁶ Aynı yönde bkz. NEBİOĞLU, Öner, s. 133.

SONUÇ

Borçlunun temerrüdünde faizle karşılanamayan zarar TBK m. 122 gereğince aşkın zarar olarak istenebilir. Borçlunun temerrüdünden dolayı faizi aşan zararın istenebileceği düzenlenmiş olmakla birlikte somut olayda bir zararın aşkın zarar olarak görülüp görülemeyeceği yorum meselesidir. Alacağın elde edilememesinden dolayı bir başka borcunu ödeyemeyen ve kendi alacaklısına tazminat ödemek zorunda kalan alacaklının bu zararını aşkın zarar kapsamında isteyebileceğinde tereddüt bulunmamaktadır. Tazminat hukukunda asıl olan gerçek zararın giderilmesidir. Bu bağlamda zararın somut olarak ispatlanabildiği durumlarda para borcu alacaklısı temerrüt nedeniyle uğradığı faizle karşılanamayan zararları kolaylıkla elde edebilirken, paranın değer kaybı durumunda bu kaybın aşkın zarar kapsamında istenip istenemeyeceği tartışmalıdır. Zararın giderilmesi gerektiğine göre, parasına geç kavuşan alacaklının enflasyonist ortamda bir zarara uğramadığını ileri sürmek ekonominin kurallarını inkar etmek olur.

Paranın değerindeki kayıpları zarar olarak görmekle beraber, 3095 sayılı Kanunun varlığı karşısında bu zararın gideriminin istenemeyeceğini kabul etmek birçok yönden sakıncalıdır. Öncelikle 3095 sayılı Kanun'un Anayasa'ya ve AİHS'ne uygun olduğu kolaylıkla söylenemeyecektir. AYM'nin iptal kararı sonrasında aynı hükmün tekrar yasaya alınış olması başlı başına Anayasa'ya aykırılığı tekrar etmek anlamına gelir. İtiraz yoluyla AYM önüne gitmesi durumunda iptal edileceği kuvvetle muhtemel olan bir düzenlemeyi gerekçe göstererek Kanun koyucunun iradesinin bu yönde olduğunu, boşluk bulunmaması nedeniyle hükmün uygulanmak zorunda olduğunu söylemek Anayasa'ya açıkça aykırı hükmü uygulamak anlamına gelir. Oysa kadının kocanın soyadını kullanması zorunluluğu getiren TMK m. 187 hükmünün AİHS'ne aykırı olduğu gerekçesiyle Yargıtay tarafından Kanun hükmü iptal edilmeden önce de TMK m. 187 hükmünün varlığına rağmen kadının sadece kendi soyadını kullanmasına hakkı olduğu kabul edilmekte idi.

Anayasa Mahkemesi ve AİHM alacak haklarını da mülkiyet hakkı kapsamında görüp, paraya geç ulaşılması durumunda aşkın zarar talep edilebileceğini kabul etmekte, aksi durumu mülkiyet hakkının ihlali olarak görüp hak ihlali kararları verdiği ortada iken bu kararların görmezden gelinmesi hukuk güvenliği açısından sakıncalıdır. Adli yargının AYM'nin yorumunu gözardı etmesi kendi yorumunun Anayasa'ya uygun olmaması sonucunu doğuracağı gibi, AYM nezdindeki bireysel başvuru dosya sayılarını da arttıracak ve bireysel başvuru yolu kilitlenecektir.

Yargıtay'ın içtihatları birleştirme yoluna giderek sorunu çözmesi gerekir. Yargıtay'ın hakimın takdir hakkını ortadan kaldırmayacak biçimde ilkeleri ortaya koyan içtihadı birleştirme kötüniyetli borçluların borçlarını kasıtlı olarak ödememeleri ve yargıyı buna alet etmelerini önlemesi mümkündür. Paranın alım gücünün düşmesi nedeniyle aşkın zarar istenebileceğinin kabulü halinde adli yargıdaki davaların artacağı gerekçesi de isabetli değildir. Önemli olan adil karara ulaşmaktır. Kaldı ki ilk sıralarda adli yargının iş yükü artsa da ifayı kasıtlı olarak geciktirmenin bir avantaj sağlamadığının görülmesiyle bu yola başvurunun azalacağı ve bir disiplinin yerleşeceği de söylenebilir.

Hakem Değerlendirmesi : Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması : Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review : *Externally peer-reviewed.*

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

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

KAYNAKÇA

- AKÇAAL, Mehmet: “Güncel İctihatlar Işığında Munzam Zarar”, **SDÜHFD**, Y. 2022, C. 12, S. 2, s. 1069-1099.
- AKMAN, Sermet, “Karşılaştırmalı Olarak Alman ve İsviçre Hukukunda Yüksek Oranlı Enflasyonun Para Borçlarına Etkisi ile Bu Konudaki Yargıtay Kararları”, **İBD**, Y. 1989, C. 63, S. 10-12, s. 624-636.
- ALBAŞ, Hakan, **Paranın Değer Kaybından Doğan Zararların Tazmin Edilebilirliği, (BK m. 105)**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2004.
- ALTAŞ, Hüseyin, “Munzam Zararın İspatı Sorunu”, **AÜHFD**, Y. 2001, C. 50, S. 1, s. 121-129.
- ANTALYA, O. Gökhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V/2**, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.
- AYRANCI, Hasan, **Türk Borçlar Hukukunda Munzam Zarar (BK. m. 105)**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006.
- BARLAS, Nami, **Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar**, Kazancı Kitap, İstanbul, 1992.
- BECKER, Hermann, **Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR**, Berner Kommentar Band/Nr. VI/1, 2. Auflage, Bern 1945.
- BLAESER, Alexander, **Die Zinsen im schweizerischen Obligationenrecht Geltendes Recht und Vorschlag für eine Revision**, Dike Verlag AG, Zürich, 2011.
- BUCHER, Eugen, **Schweizerisches Obligationenrecht**, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Schulthess Verlag AG, Zürich, 1988.
- DUMAN, Özgür, “Enflasyon Karşısında Para Alacaklarının Korunması ve Mülkiyet Hakkı”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Y. 2018, C. 6, S. 12, Aralık, s. 401-462.
- EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 24. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- GEZDER, Ümit / HOLMLUND, Maja, “Evlenen ve Boşanan Kadının Soyadı Meselesi”, **İMİHFD**, Y. 2021, C. VI, S. 10, s. 233-247.

- GÜMÜŞ, M. Alper, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- GÜNERGÖK, Özcan / KAYIHAN, Şaban, **Borçlar Hukuku Dersleri**, Umuttepe Yayınları, İstanbul, 2020.
- HATEMİ, Hüseyin / GÖKYAYLA, Kadir E., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.
- KESER, Yıldırım, “Munzam Zararın İspatı”, **İNÜHFD**, Y. 2020, C. 11, S. 2, s. 484-495.
- KOCA, Mehmet Reis, “Türk Hukukunda Munzam Zarar Uygulaması”, **KÜSBE**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale 2004.
- NEBİOĞLU, Öner, “Güncel Yargı Kararları Bağlamında Aşkın Zarar”, **TBB**, Y. 2023, S. 165, s. 105-135.
- OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I**, Gözden Geçirilmiş 16. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018.
- ÖNDERİ, Gökhan, “Para Borçlarında Borçlu Temerrüdü Halinde Alacaklının Munzam Zararının Tazminini İsteyebilmesi Konusundaki Yargıtay Uygulaması”, **İBD**, Y. 2013, C. 87, S. 2, s. 274-299.
- ÖZDEMİR, Atalay, **Özel Hukukta Paranın Değer Kaybının Giderimi**, Ankara, 2004.
- REİSOĞLU, Sefa, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Beta Yayınları, İstanbul, 2012.
- KILIÇOĞLU, Ahmet, M., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021.
- SCHENKER, Franz, **Die Voraussetzungen und die Folgen des Schulnderverzugs im schweizerischen Obligationenrecht**, Übersicht, Würdigung und Kritik (Diss.), Freiburg, 1988.
- SEROZAN, Rona, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. III**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016.
- TEKİNAY, S. Sulhi / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Haluk / ALTOP, Atilla, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.
- WEBER, Rolf H., **Gedanken zur Verzugschaden bei Geldschulden**, Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Zürich, 1989.
- WIEGAND, Wolfgang, **Obligationenrecht I, Art. 1-529**, Helbing Lichtenhahn Verlag, 5. Auflage, Basel, 2011.
- ZEYTİNOĞLU, Emin, “Para Borçlarında Temerrüd Halinde Munzam Zarar”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Y. 2005, C. 4, S. 2, s. 253-263.

Hükmün Tamamlanmasına Müracaat Bakımından Gerekli Olan Talep Şartı: Türk ve Alman Medenî Usûl Hukuku (HMK m. 305/A; dZPO §321) Kapsamında Değerlendirmeler^(*)

The Request Condition for the Application for the Completion of the
Judgment: Evaluations Under Turkish and German Civil Procedure
Law (art. 305/A of the CCP; dZPO §321)

Serpil IŞIK^(**)

Öz:

Medenî usûl hukukunda yargılama mahkemelerce verilen hüküm ile sona erer. Hâkim tarafından verilen hüküm sonradan değiştirilemez. Kural bu olmakla birlikte, bazı durumlarda, yargılamada taraflarca ileri sürülmüş olmasına rağmen birtakım hususlar hakkında mahkeme tarafından kısmen veya tamamen karar verilmemiş olabilir. Taraflarca talep edilmesine veya re'sen hükme geçirilmesi gerekmesine rağmen nihai kararda yer alması unutulmuş hususlara ilişkin eksikliğin giderilebilmesi için hükmün tamamlanması yoluna müracaat edilebilmesi mümkündür. Alman Medeni Usul Kanunu (dZPO) §321 ile düzenlenen hükmün tamamlanması kurumu Türk hukukunda 7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na (HMK) eklenmiştir. Yapılan değişiklik sonrasında hükmün tamamlanmasına ilişkin esaslar HMK'nın 305/A maddesinde öngörülmüştür. Hükmün tamamlanması için gerekli olan şartlardan biri taraflardan birinin bu yöndeki talebidir. dZPO §321 Abs. 2 ve HMK m. 305/A düzenlemelerinde hükmün tamamlanması yoluna tarafların talebi üzerine gidilebileceği açıkça öngörülmektedir. Zira hâkim verdiği kararda unutulmuş ve eksik kalan hususların var olduğunu sonradan gerekçeyi yazdırırken fark etse dahi bunları kendiliğinden tamamlayamaz. Hükmün ta-

^(*) Araştırma Makalesi / *Research Article*
Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 15.12.2023
Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 08.03.2024
DOI: <https://doi.org/10.58733/imhfd.1451612>

Bu makaleye atf için; IŞIK, Serpil, "Hükmün Tamamlanmasına Müracaat Bakımından Gerekli Olan Talep Şartı: Türk ve Alman Medenî Usûl Hukuku (HMK m. 305/A; dZPO §321) Kapsamında Değerlendirmeler", **İMHFD**, C. 9, S. 1, 2024, s. 211-251

^(**) Arş. Gör. Dr., İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul-Türkiye
E-posta: isikserpil1988@hotmail.com
Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4329-1138>

mamlanması için taraflarca hükmü veren mahkemeden dilekçeyle talepte bulunulması gerekmektedir. Taraflardan her biri nihai kararın tebliğinden itibaren bir ay içinde HMK m. 305/A uyarınca ek karar verilmesini talep edebilir. Çalışmamızda hükmün tamamlanmasına müracaat bakımından gerekli olan talep şartı açıklanarak Türk ve Alman medeni usul hukuku (HMK m. 305/A; dZPO §321) kapsamında değerlendirmelerde bulunulacaktır.

Anahtar Kelimeler:

Hükmün Tamamlanması, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 305/A, Alman Medeni Usul Kanunu (dZPO) §321, Ek Karar, Hükmün Tamamlanmasının Şartları.

Abstract:

In Civil Procedural Law, the proceedings end with the judgment rendered by the courts. The judgment rendered by the judge cannot be changed afterwards. Although this is the rule, in some cases, the court may not decide on certain issues in whole or in part, even though they have been raised by the parties in the proceedings. It is possible to apply for supplementation of the judgment in order to eliminate the deficiency regarding the matters that are forgotten to be included in the final judgment, although they are requested by the parties or should be included in the judgment ex officio. The institution of completion of judgment, which is regulated by §321 of the German Code of Civil Procedure (dZPO), was added to the Code of Civil Procedure No. 6100 (CCP) with the Law No. 7251 on the Amendment of the Code of Civil Procedure and Certain Laws. Following the amendment, the principles regarding the completion of the judgment are stipulated in Article 305/A of the CCP. One of the conditions for the completion of the judgment is the request of one of the parties. In our study, we aim to explain the requirement of the request necessary for the application for the completion of the judgment and to propose solutions to the problems arising in this context.

Keywords:

Completion of the Judgment, art. 305/A of the Code of Civil Procedure, §321 of the German Code of Civil Procedure (dZPO), Supplementary Decision, Conditions for the Completion of the Judgment.

GİRİŞ

Taraflarca ileri sürülen asli ve tali talepler ile masraflar hakkında karar vermek mahkemenin görevidir¹. Böylelikle uyuşmazlık çözümlenerek hukuki kesinlik sağlanmış ve barış tesis edilmiş olur. Ancak, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı çözüme kavuşturan mahkeme kararının eksik olması durumunda bu amaçlara ulaşılamaz ve hukuki dinlenilme hakkı ihlal edilmiş olur². Bu durumda kanun koyucu nihai kararda hukuki uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmamış kısmına ilişkin olarak meydana gelen boşluğun giderilebilmesi için “*hükmün tamamlanması*” müessesesini öngörmüştür³.

¹ SAENGER, Ingo (Hrsg.), **Zivilprozessordnung**: Familienverfahren, Gerichts Verfassung, Europäisches Verfahrensrecht: Handkommentar, (NomosKommentar), 10. Auflage, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2023, **ZPO §321**, N. 1.

² SAENGER, **ZPO §321**, N. 1.

³ SAENGER, **ZPO §321**, N. 1; MUSIELAK, Hans-Joachim / VOIT, Wolfgang, **ZPO Zivilprozessordnung: Kommentar**, 20. Auflage, München, Verlag Franz Vahlen, 2023, N. 1.

Hükmün tamamlanması (*Ergänzung des Urteil*) Alman Medeni Usul Kanunu'nun (*Zivilprozessordnung* - "dZPO") 321'inci paragrafında düzenlenmektedir⁴. 28.07.2020 tarihli 7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un⁵ yürürlüğe girmesiyle birlikte hükmün tamamlanması kurumu 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na⁶ (HMK) eklenmiştir⁷. Ayrıca, HMK'nın beşinci Kısmının İkinci bölümünün başlığı "*Hükmün Tashihi, Tavzihi ve Tamamlanması*" şeklinde değiştirilmiştir⁸. Böylelikle HMK m. 437/f. 4'te tahkim yargılaması için halihazırda uygulanan hükmün tamamlanması⁹ kurumu devlet yargısı bakımından da kabul edilmiştir¹⁰.

Hükmün tamamlanmasına ilişkin olarak HMK m. 305/A'da bir düzenlemenin getirilmiş olması *kanaatimizce* önemli bir yeniliktir¹¹. Zira 7251 sayılı Kanun değişikliği ile hükmün tamamlanmasının HMK'ya eklenmesinden önce re'sen hükme geçirilmesi gerekli olmasına veya açıkça talep edilmesine rağmen

⁴ ANDERS, Monika / GEHLE, Burkhard, **Zivilprozessordnung: ZPO**, 81. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2023, N. 1ff.; SAENGER, **ZPO §321**, N. 1ff.; MUSIELAK, Hans-Joachim, **Münchener Kommentar zur ZPO**, 6. Auflage, 2020, N. 1ff.; ELZER, Oliver, **Beck'scher Online Kommentar ZPO**, (Hrsg: Vorwerk / Wolf), 40. Edition, 2023, **ZPO §321**, N. 1ff.; STEIN, Friedrich / JONAS, Martin, **Kommentar zur Zivilprozessordnung**, 22. Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen, 2013, **ZPO §321**, N. 1ff.; MUSIELAK / VOIT, **ZPO §321**, N. 1ff.

⁵ RG., 22.07.2020, S. 31199.

⁶ RG., 4.2.2011, S. 27836.

⁷ BAHADIR, Zeynep: "Medeni Yargıda Hükmün Tamamlanmasının Hükmün Kesinleşmesi ve Cebri İcrası Bakımından Etkisi", **İHM**, C. 80, S. 2, 2022, (s. 507-536), s. 510; KARAASLAN, Erol / KARAASLAN, Varol, "Hükmün Tamamlanması", **İMÜHFD**, 8(2), 2021, (s. 557-578), s. 558.

⁸ ÖZTEK, Selçuk / TAŞPINAR AYYAZ, Sema / KALE, Serdar, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında 20 Mart 2020 Tarihli Kanun Teklifi'ne İlişkin Bazı Açıklamalar ve Kanun Teklifinin Değerlendirilmesi", **TBB**, Y. 33, S. 149, Temmuz-Ağustos 2020, (s. 77-152), s. 137; AKKAYA, Tolga, "Medeni Usul Hukukunda Hükmün (Nihai Kararların) Tamamlanması", **AHBVÜ-HFD**, C. 25, S. 1, 2021, (s. 19-60), s. 22.

⁹ SELÇUK, Seyhan, "Hakem Kararlarının Tamamlanması Talep Edilmeden Aynı Sebep İptal Talebinde Bulunulmasında Hukuki Menfaat", **ABD**, C. 76, S. 1, 2018, (s. 271-295), s. 281 vd.; TUTUMLU, Mehmet Akif, "Hukuk Davaları İçin Zorunlu Bir Kurum: Hükmün Tamamlanması", **LHD**, C. 11, S. 132, 2013, (s. 53-64), s. 56; HENDEM, Burcu, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Yeni Bir Düzenleme: Hükmün Tamamlanması", **MİHDER**, C. 17, S. 49, 2021, (s. 611-655), s. 617; KARAASLAN / KARAASLAN, s. 558.

¹⁰ PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet, "Hukuk Muhakemeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair 7251 Sayılı Kanun Hakkında Değerlendirme" **TBB**, S. 150, 2020, (s. 247-299), s. 280.

¹¹ Bu görüşte bkz. PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifinin (2020) Değerlendirilmesi", *LexperaBlog*, (30.03.2020) <https://blog.lexpera.com.tr/hmk-ile-bazi-kanunlarda-degisiklik-yapilmasina-dair-kanun-teklifinin-2020-degerlendirilmesi/>, E.T. 02.10.2023; TUTUMLU, Mehmet Akif: "Hukuk Davalarında Hükmün Tamamlanması Kurum ve Uygulanma Koşulları", **ABD**, C. 78, S. 3, 2020, (s. 403-414), s. 406.

mahkeme tarafından hükümde yer verilmesi unutulmuş hususlara ilişkin olarak eksikliğin giderilebilmesi için taraflarca ya *kanun yoluna gidilmekte* ya da unutulmuş hususla ilgili olarak *yeni bir dava açılmaktaydı*¹². Bu durum ise taraflara ciddi bir zaman ve emek kaybı yaşatmaktaydı. 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na hükmün tamamlanmasıyla ilgili olarak 305/A maddesinin eklenmesiyle birlikte tarafların *-eğer mümkünse-* yeni bir dava açarak veya *-kanun yolunun açık olması durumunda-* istinaf yoluna müracaat ederek yaşayacakları zaman kaybı önlemiş oldu. Bu anlamda hükmün tamamlanması adalete erişimi hızlandırarak usul ekonomisi ilkesine (HMK m. 30) hizmet eden bir kurumdur¹³. Hükmün tamamlanması ile nihai kararda eksik bırakılan talepler hakkında kısa sürede ek karar verilmesi sayesinde adaletin bir an evvel tecelli ettirilmesi sağlanarak aralarında uyuşmazlık bulunan tarafların elde etmeyi istedikleri netice-i talebe kavuşmaları amaç edinilmiştir¹⁴. Hükmün tamamlanması müessesesinin getirmesi ile amaçlanan hususların gerçekleşebilmesi için kanunda öngörülen şartların yerine getirilmesi önem arz etmektedir.

Çalışmamızda, hükmün tamamlanmasına müracaat bakımından gerekli olan *“talep şartı”* inceleme konusu yapılmaktadır. Bu kapsamda, öncelikle, hükmün tamamlanması hakkında genel açıklamalarda bulunularak HMK m. 305/A-HMK m. 306 (dZPO §321) düzenlemelerinden hareketle hükmün tamamlanmasının şartları kısaca ifade edilmektedir. Sonrasında, bu şartlardan biri olarak *“talep”* konusunda ayrıntılı açıklamalar yapılmaktadır. Bu kapsamda hükmün tamamlanması talebinin süresi, şekli ve hukuki yarar konuları üzerinde durulmaktadır. Ayrıca hükmün tamamlanması talebinde bulunabilecek olan kişiler değerlendirilerek fer'i müdahil, asli müdahil ile ihtiyari ve mecburi dava arkadaşlarının hükmün tamamlanması talebinde bulup bulunamayacakları ele alınmaktadır. Son olarak, hükmün tamamlanması talebinin ilk hükmün kesinleşmesine ve cebri icraya etkisi ortaya konularak hükmün tamamlanmasına müracaat bakımından gerekli olan talep şartı Türk ve Alman Medenî Usûl Hukuku (HMK m. 305/A; dZPO §321) kapsamında değerlendirilmeye çalışılmaktadır.

¹² BAHADIR, s. 510.

¹³ BAHADIR, s. 510.

¹⁴ ÇAVUŞ, Burcu, **Medenî Usûl Hukukunda Hükmün Tamamlanması**, On İki Levha, İstanbul, 2022, s. 233.

I. HÜKMÜN TAMAMLANMASI HAKKINDA GENEL AÇIKLAMALAR: KAVRAM, KANUNİ TEMEL, AMAÇ VE HUKUKİ NİTELİK

Hükmün tamamlanması, yargılamada ileri sürülmesine veya re'sen hükme geçirilmesi gerekmesine rağmen kısmen veya tamamen karar verilmeyen konularda, talep üzerine kararı veren mahkemece bu eksikliğin tamamlanmasıdır¹⁵. Alman hukukunda hükmün tamamlanması Alman Medeni Usul Kanunu'nun "*Ergänzung des Urteils*" kenar başlıklı §321'de ifade edilmektedir¹⁶. Alman Medeni Usul Kanunu §321 Abs. 1 hükmünde aşağıdaki şekilde bir düzenleme getirilmiştir:

“(1) Taraflardan biri tarafından başlangıçta tespit edilen veya sonradan düzeltilen olgulara göre bir ana veya yan talep ileri sürülmüşse veya nihai kararda masraflar konusu tamamen veya kısmen göz ardı edilmişse, talep üzerine mahkemece karar daha sonradan verilecek olan bir kararla tamamlanır”¹⁷.”

Türk hukukunda ise hükmün tamamlanması HMK m. 305/A'da düzenlenmektedir. "*Hükmün tamamlanması*" kenar başlıklı HMK m. 305/A'ya göre,

“Taraflardan her biri, nihai kararın tebliğinden itibaren bir ay içinde, yargılamada ileri sürülmesine veya kendiliğinden hükme geçirilmesi gerekli olmasına rağmen hakkında tamamen veya kısmen karar verilmeyen hususlarda, ek karar verilmesini isteyebilir. Bu karara karşı kanun yoluna başvurulabilir”¹⁸.”

¹⁵ BAHADIR, s. 511. HMK m. 305/A'da kanun koyucu, "hüküm" ifadesine yer vermiş olsa da burada kastedilen nihai kararlardır (KARAASLAN / KARAASLAN, s. 561). Bilindiği üzere, nihai kararlar mahkemenin dosyadan el çekmesini gerektiren ve yargılamaya son veren usule ve esasa ilişkin bütün kararlardır (BORAN GÜNEYSU, Nilüfer, **Medeni Usûl Hukukunda Karar**, Ankara, Yetkin, 2014, s. 106). Bu kapsamda, HMK m. 305 uyarınca sadece esasa ilişkin nihai kararlar için değil, aynı zamanda usule ilişkin nihai kararlar bakımından da gidilebilir.

¹⁶ dZPO §321 için bkz. ANDERS / GEHLE / HUNKE, **ZPO §321**, N. 1ff.; SAENGER, **ZPO §321**, N. 1ff.; MUSIELAK / MüKoZPO, **ZPO §321**, N. 1ff; ELZER, **ZPO §321**, N. 1ff; STEIN / JONAS, **§321**, N. 1ff; MUSIELAK / VOIT, **ZPO §321**, N. 1ff.

¹⁷ Alman Medeni Usul Kanunu'nun §321 Abs. 1 hükmünün çeviriye esas alınan Almanca orijinal metni şu şekildedir:

“(1) Wenn ien nach dem ursprünglich festgestellten oder nachträglich berichtigten Tatbestand von einer Partei geltende Haupt- oder Nebenanspruch oder wenn der Kostenpunkt bei der Endentscheidung ganz oder teilweise übergangen ist so ist auf Antrag des Urteil durch nachträgliche Entscheidung zu ergänzen” (https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/_321.html, E.T. 14.12.2023).

¹⁸ HMK m. 305/A'nın gerekçesi şu şekildedir:

“Uygulamada, esas hakkında hüküm verildikten sonra çeşitli sebeplerden dolayı taleplerden bir veya birkaçı hakkında karar verilmediği görülmektedir. Kanunun. Mevcut hükümlerine göre, dava konusu olup talepte yer alan ancak hükmünde yer verilmeyen bir hususun hükme eklenmesi ancak kanun yolunda ileri sürülebilmektedir. Düzenlemeyle, nihai kararın tebliğinden itibaren bir ay içinde tarafların başvurması şartıyla yargılamada ileri sürülen veya mahkemece kendiliğinden hükme geçirilmesi gereken ancak hük-

Görüldüğü üzere, aralarında uyuşmazlık bulunan taraflarca talep edilmesine ve yargılama konusu yapılmasına karşılık hakkında hüküm verilmeyen veya re'sen hükme bağlanması gerekli olmasına rağmen hükme geçirilmeyen hususların ek karara konu edilerek hükmün tamamlanması yoluna gidilebilmesi mümkündür¹⁹.

Uyuşmazlığın çözümlenmesi için müracaat edilen mahkemenin ortaya koyduğu kararda taleplerin tamamı veya bir kısmı hakkında hüküm verilmemiş olması hak arama hürriyetinin ve hukuki dinlenilme hakkının (HMK m. 27) ihlal edilmesi sonucunu doğurur²⁰. Dolayısıyla, hükmün tamamlanması mahkemece karar verilmesi gerekmesine rağmen unutulurak karara bağlanmayan talepler veya uyuşmazlık konuları hakkındaki eksikliğin giderilmesi amacını taşımaktadır²¹.

Hükmün tamamlanması için nihai kararda bir boşluk olması gerekmektedir²². Bu kapsamda hükmün tamamlanması yanlış bir kararın düzeltilmesi amacını taşımaz²³.

Hukuki niteliği bakımından hükmün tamamlanması bir kanun yolu müessesesi değildir²⁴. Zira kanun yollarının temel özellikleri olan erteleyici etki ve aktarıcı etki hükmün tamamlanmasında karşımıza çıkmaz²⁵. Medenî usûl hukukunda bir hakkın korunması veya kullanılması için müracaat edilebilecek her türlü usûlî araç hukuki çare olarak nitelendirilmektedir²⁶. Hükmün tamamlanması eksik olan nihai kararlardaki noksanlıkların giderilmesini sağlayan usulî araçlardan birisidir²⁷. Bu sebeple hükmün tamamlanması hukuki nitelik olarak bir “*hukuki çare*”dir²⁸.

me verilmeyen talepler hakkında mahkemece ek karar verilmesi açıkça hüküm altına alınmaktadır. Bu kararlara karşı kanun yoluna başvurulabilecektir” (https://www.tbmm.gov.tr/, E.T. 14.12.2023).

¹⁹ BUDAK, Ali Cem / KARAASLAN, Varol, **Medenî Usul Hukuku**, 5. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2021, N. 18a, s. 329.

²⁰ FASCHING, W. Hans, **Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen**, 3. Band, 2. Auflage, Wien, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2004, §321 s. 1319.

²¹ BAUMBACH Adolf / LAUTERBACH, Wolfgang / ALBERS, Jan / HARTMANN, Peter, **Zivilprozessordnung**, 58. Aufl., München, Verlag C.H. Beck, 2000, N. 2.

²² SAENGER, **ZPO §321**, N. 1; MUSIELAK / VOIT, **ZPO §321**, N. 3; MUSIELAK, **ZPO §321**, N. 1. Hükmün tamamlanması için nihai kararda bir boşluk olması gereklidir (SAENGER, **ZPO §321**, N. 1; MUSIELAK / VOIT, **ZPO §321**, N. 3).

²³ MUSIELAK / VOIT, **ZPO §321**, N. 3; SAENGER, **ZPO §321**, N. 3; BGH NJW 19, 1527, 1530; 06, 1351, 1352; BAG NZA 12, 582.

²⁴ PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 443; HENDEM, s. 650.

²⁵ AKKAYA, s. 26.

²⁶ PEKCANITEZ, Hakan / SİMİL, Cemil, **İcra-İflas Hukukunda Şikâyet**, 2. Bası, İstanbul, Vedat, 2017, s. 47; AKKAYA, s. 26.

²⁷ AKKAYA, s. 26.

²⁸ AKKAYA, s. 26; HENDEM, s. 650.

II. HÜKMÜN TAMAMLANMASI KURUMUNA MÜRACAAT ŞARTLARI

Hükmün tamamlanmasına müracaat edebilmek için gerekli olan şartlar kanunda tek tek sayılmamıştır²⁹. Ancak, hükmün tamamlanması yoluna müracaat edebilmek için birtakım şartların var olduğu açıktır³⁰.

Hükmün tamamlanması kurumunun şartlarının neler olduğu değerlendirilirken HMK m. 305/A- HMK m. 306 (dZPO §321) düzenlemelerinin göz önünde bulundurulması gerekmektedir³¹. Bu doğrultuda, hükmün tamamlanması yoluna gidebilmek için gerekli olan şartlar şunlardır³²:

- (1) *Hükmün tamamlanması talebine konu edilebilecek nihai bir mahkeme kararının bulunması,*
- (2) *Yargılamada ileri sürülen veya kendiliğinden hükme geçirilmesi gereken bir hususta kısmen veya tamamen karar verilmemiş olması,*
- (3) *Nihai karardaki bu eksikliğin gözden kaçırılmış bir eksiklik olması,*
- (4) *Hükmün tamamlanmasına ilişkin talebin usulüne uygun bir şekilde ve süresinde yapılması.*

Hükmün tamamlanması şartlarının var olmaması durumunda mahkemeye yöneltilen bu husustaki taleplerin reddedilmesi gerekmektedir³³. Bu sebeple aralarında uyuşmazlık bulunan taraflarca talep edilmesine ve yargılama konusu yapılmasına karşılık hakkında hüküm verilmeyen veya re'sen hükme bağlanması gerekli olmasına rağmen hükme geçirilmeyen hususların ek karara konu edilerek giderilebilmesi için hükmün tamamlanması şartlarının yerine getirilmesi önem arz etmektedir. Yukarıda görüldüğü üzere, hükmün tamamlanması için gerekli olan şartlardan biri, "*hükmün tamamlanmasına ilişkin talebin usulüne uygun bir şekilde ve süresinde yapılması*"dır. Çalışmamızın devamında, hükmün tamamlanmasının bütün şartları incelenmeyecek olup yalnızca talep şartıyla sınırlı olarak değerlendirmelerde bulunulacaktır.

²⁹ HENDEM, s. 634.

³⁰ HENDEM, s. 634.

³¹ HENDEM, s. 634.

³² Hükmün tamamlanması şartları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. AKKAYA, s. 34; ARSLANDOĞAN, Birce, "Alman Yargılama Hukukundaki Düzenleme Işığında Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 'Hükmün Tamamlanması' Başlıklı 305/A Hükmüne İlişkin Değerlendirmeler", *KHAS-HFD*, C. 9, S. 1, 2021, (s. 117-133), s. 122 vd.; HENDEM, s. 634 vd.; BAHADIR, s. 514.

³³ BELGİN GÜNEŞ, Derya, "Medeni Usul Hukukunda Hükmün Tamamlanması (HMK m. 305/A)" *İNÜHFD*, C. 12, S. 1, 2021, (s. 313-328), s. 323; TUTUMLU, s. 413; HENDEM, s. 640.

III. HÜKMÜN TAMAMLANMASININ ŞARTLARINDAN BİRİ OLARAK “TALEP”

A. Talep Şartı: Genel Olarak

Hükmün tamamlanması için ön koşul taraflardan birinin bu yöndeki talebidir³⁴. dZPO §321 Abs. 2 ve HMK m. 305/A düzenlemelerinde hükmün tamamlanması yoluna tarafların talebi üzerine gidilebileceği açıkça ifade edilmektedir.

Davayı gören mahkeme re’sen hükmün tamamlanması yoluna gidemez³⁵. Hâkim verdiği kararda unutulmuş ve eksik kalan hususların var olduğunu sonradan gerekçeyi yazdırırken fark etse dahi bunları kendiliğinden tamamlayamaz³⁶. Hâkim kısa kararda yer vermediği bir hususu gerekçeli kararına ekleyemez³⁷. Mahkemenin re’sen karar verebileceği yargılama giderleri vb. konularda karar verilmemiş olması durumunda bile taraflardan birinin hükmün tamamlanması talebinde bulunması gerekmektedir³⁸. Aksi takdirde, kendiliğinden karar verebileceği durumlarda dahi mahkemenin re’sen ek karar vererek hükmün tamamlanması yoluna gitmesi mümkün değildir³⁹.

Kanun koyucu dZPO §321 Abs. 2 ve HMK m. 305/A’da medenî usûl hukukunda geçerli olan ilkelere uygun bir düzenleme getirmiştir. Nitekim, hükmün tamamlanmasına ilişkin pozitif düzenleme, “*taleple bağıllık*” (HMK m. 26) ve “*tasarruf ilkeleri*” (HMK m. 24) ile paralellik arz etmektedir⁴⁰. Zira mahkeme nihai kararı verdiği bir uyuşmazlık bakımından taraflardan birinin talebi olmaksızın eksik bırakılan hususları kendiliğinden ek karar vererek tamamlayamayacaktır⁴¹. Bu durum hâkimin iki taraftan birinin talebi olmaksızın kendiliğinden bir

³⁴ SAENGER, **ZPO §321**, N. 3.

³⁵ OLG Hamm NJW-RR 00, 1524. SAENGER, **ZPO §321**, N. 1; TANRIVER, Süha, **Medenî Usûl Hukuku, C. I, Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması**, Tümüyle Gözden Geçirilmiş, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2021, s. 1135; KURU, Baki / AYDIN, Burak, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, 6. Baskı, Yetkin, Ankara, 2021, §71, s. 594.

³⁶ TUTUMLU, s. 411. Gaziantep BAM, 10. HD, T. 05.11.2020, E. 2020/1194, K. 2020/749: “... Mahkeme 25/08/2020 tarihli ek kararında HMK’nın 305/A maddesi uyarınca hüküm kurmuş ise de somut olayda nihai kararın tebliğinden itibaren bir ay içinde talepte bulunulmadığından hükmün bu düzenleme uyarınca tamamlanması mümkün olmamakla birlikte, kanunun açık hükmü gereğince mahkemeye talep olmaksızın verilen ek karar hukuki sonuç doğurmayacaktır...” (KARAASLAN / KARAASLAN, s. 572).

³⁷ TUTUMLU, s. 411.

³⁸ STEIN / JONAS, §321, N. 19; WIECZOREK, Bernhard / SCHUTZE, Rolf A. (Hrsg.), **Zivilprozessordnung und Nebengesetze**, Walter de Gruyter, Berlin, 2014, §321, N. 22; AKKAYA, s. 43; BELGİN GÜNEŞ, s. 321.

³⁹ AKKAYA, s. 43; BELGİN GÜNEŞ, s. 321. Aksi görüşte bkz. KARAASLAN / KARAASLAN, s. 573.

⁴⁰ ÇAVUŞ, s. 228.

⁴¹ ÇAVUŞ, s. 229.

davayı incelemeyeceği ve karara bağlayamayacağı (HMK m. 26) şekildeki tasarruf ilkesiyle örtüşmektedir. Keza hâkim sadece taraflarca hükmün tamamlanmasına konu edilen taleplerle sınırlı olarak ek karar verebilecektir. Bu da “*hâkim tarafların talep sonuçlarıyla bağlıdır; ondan fazlasına veya başka bir şeye karar veremez*” şeklindeki taleple bağlılık ilkesiyle (HMK m. 26) uyumludur.

Hükmün tamamlanması talebi bakımından başvuru harcı alınmamaktadır⁴². Zira mevzuatımızda hükmün tamamlanması talebinde bulunulduğunda başvuru harcı alınacağına dair bir düzenleme mevcut değildir⁴³.

B. Hükmün Tamamlanması Talebinin Şekli ve Talep Üzerine Verilecek Olan Karar

Hükmün tamamlanması hükmü veren mahkemeden yazılı olarak talep edilebilir⁴⁴. Taraflardan birinin hükmün tamamlanması için dilekçeyle müracaat etmesi ve talepte bulunması zorunludur⁴⁵. Hükmün tamamlanmasında dilekçeye nihai kararın verildiği davadaki tarafların sayısı kadar nüsha eklenir (HMK m. 306/f. 1). Hükmün tamamlanması talebi mahkemeye iletildiğinde dilekçenin bir nüshası cevap süresi belirlenerek mahkeme tarafından yargılamanın karşı tarafına tebliğ edilir⁴⁶. Hükmün tamamlanması talebine ilişkin olarak verilen cevap ise ek karar talep eden tarafa tebliğ olunur. Hükmün tamamlanması başvurusunun mahkeme tarafından incelenebilmesi için karşı tarafın cevap vermesi mecburi değildir. Mahkeme hükmün tamamlanması talebine ilişkin dilekçeye karşı tarafça cevap verilse de verilmese de dosya üzerinden inceleme yaparak karar verir⁴⁷. Mahkeme gerekli bulursa sözlü açıklamalarını yapabilmesi için uyumsuzluğun iki tarafını duruşmaya davet edebilir (HMK m. 306/f. 2).

Hükmün tamamlanması talebinde bulunan taraf dilekçesinde “*ek karar verilmesini*” isteyebilir⁴⁸. Hükmün tamamlanması talebini içeren dilekçede nihai kararın verildiği ilk davada ileri sürülmeyen talepler istenemez⁴⁹. Hükmün tamamlanması talebinin ileri sürüldüğü dilekçenin içeriğinde mahkemece kendiliğinden hükme

⁴² TUTUMLU, s. 412; ÇAVUŞ, s. 233.

⁴³ ÇAVUŞ, s. 233; TUTUMLU, s. 412.

⁴⁴ STEIN / JONAS, §321, N. 19.

⁴⁵ KARAASLAN / KARAASLAN, s. 572; KARSLI, Abdurrahim, **Medeni Muhakeme Hukuku**, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2020, s. 709.

⁴⁶ TANRIVER, s. 1135; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 570.

⁴⁷ SAENGER, **ZPO §321**, N. 13.

⁴⁸ AKKAYA, s. 49.

⁴⁹ TANRIVER, s. 1135; AKKAYA, s. 49; HENDEM, s. 637; ÇAVUŞ, s. 254.

geçirilmesi gereken veya davada ileri sürülmesine rağmen hakkında tamamen veya kısmen karar verilmeyen konularda ek karar verilmesi talep edilebilir⁵⁰.

Hükmün tamamlanması talebine yönelik dilekçede hâkim tarafların taleplerine konu ettiği eksik hususlarla bağlıdır⁵¹. Tamamlama talebinin iletildiği mahkemece tarafın talebinden başka eksik hususlar fark edilse de bu hususlar incelenemez⁵².

Mahkeme hükmün tamamlanması talebini inceledikten sonra nihai kararda tamamen veya kısmen karar verilmeyen hususlar bulunduğu kanaatine erişirse “*ek karar*” verir⁵³. Ayrıca, bu durumu mahkemede bulunan nüshalar ile verilen suretlerin altına yazar⁵⁴ (HMK m. 306/f. 3). Tamamlayıcı karar nihai kararın bir parçası olduğundan HMK m. 305/A uyarınca verilen ek karar ile asıl kararın esas numaralarının aynı olması gerekir⁵⁵.

Hükmün tamamlanması kararına karşı kanun yoluna müracaat edilebilmesi mümkündür⁵⁶. Bağımsız bir karar olarak ek karar ayrıca kanun yoluna götürülebilir⁵⁷.

C. Hükmün Tamamlanmasının Talep Edileceği Görevli ve Yetkili Mahkeme

Hükmün tamamlanması eksik hükmü veren görevli ve yetkili mahkemeden talep edilebilir⁵⁸.

Esas hakkında nihai kararı veren mahkeme ilk derece mahkemesi ise hükmün tamamlanmasını talep edecek olan taraf başvurusunu ilk derece mahkemesine iletmelidir⁵⁹. Bununla birlikte bölge adliye mahkemesinin istinaf kanun yolu olarak ya da ilk derece mahkemesi sıfatıyla nihai karar verdiği durumlarda hükmün tamamlanması talebinin şartlarının oluştuğunu düşünen taraf kararı veren bölge adliye mahkemesine müracaat ederek tamamlama talebinde bulun-

⁵⁰ ÇAVUŞ, s. 254.

⁵¹ TUTUMLU, s. 413.

⁵² TUTUMLU, s. 413.

⁵³ ÇAVUŞ, s. 262.

⁵⁴ ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 541.

⁵⁵ ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 541.

⁵⁶ SAENGER, **ZPO §321**, N. 14.

⁵⁷ SAENGER, **ZPO §321**, N. 14. BGH NJW 00, 3008; ATALI, Murat / ERMENEK, İbrahim / ERDOĞAN, Ersin, **Medenî Usûl Hukuku**, 5. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2022, s. 570.

⁵⁸ MUSIELAK / MüKoZPO, **ZPO §321**, N. 10; MUSIELAK, **ZPO §321**, N. 8; SAENGER, **ZPO §321**, N. 9; AKKAYA, s. 48; ARSLANDOĞAN, s. 124; BELGİN GÜNEŞ, s. 323; HENDEM, s. 640.

⁵⁹ PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet, **Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı**, 9. Bası, On İki Levha, 2021, s. 436; AKKAYA, s. 48; HENDEM, s. 640; ÇAVUŞ, s. 251.

malıdır⁶⁰. Yargıtay'ın ilk derece mahkemesi sıfatıyla veya temyiz incelemesi neticesinde verdiği kararların tamamlanması ise Yargıtay'ın ilgili hukuk dairesinden talep edilmelidir⁶¹.

Hükmün tamamlanması bakımından nihai kararı veren mahkeme yetkili mahkemedir⁶². Eksik hükmü veren başka bir yer mahkemesinden hükmün tamamlanması talebinde bulunulamaz⁶³. HMK m. 305/A uyarınca gerçekleştirilecek olan hükmün tamamlanması talebi açısından eksik hükmü veren mahkemenin yetkisi “*kesin yetki*”dir⁶⁴.

Hakimlerde değişiklik olsa bile hükmün tamamlanması talebinin ileri sürüleceği ilk kararı veren görevli ve yetkili mahkemede bir değişiklik olmaz⁶⁵.

D. Hükmün Tamamlanması Talebine İlişkin Süre

1. Hükmün Tamamlanması Talebine İlişkin Olarak Kanunda Öngörülen Süre

Hükmün tamamlanmasına müracaat etmek isteyen kişiler bakımından kanun koyucu tarafından zamansal bir sınır öngörülmüştür. Hükmün tamamlanmasına müracaat etmek isteyen taraflar bu yöndeki taleplerini süresi içerisinde ileri sürmelidir⁶⁶.

Türk hukukunda hükmün tamamlanması talebi, bir aylık süre içinde yapılmalıdır⁶⁷ (HMK m. 305/A). Alman hukukunda ise Alman Medeni Usul Kanunu §321 uyarınca hükmün tamamlanması başvurusu iki haftalık süre içinde gerçekleştirilmelidir⁶⁸.

Hükmün tamamlanması talebinde bulunmak için kanunda öngörülen süre sınırı mahkemece verilen nihai kararın tebliğinden itibaren başlar⁶⁹. Bu doğrultuda,

⁶⁰ MUSIELAK / MüKoZPO, **ZPO §321**, N. 11; AKKAYA, s. 48; HENDEM, s. 640; PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 436; ÇAVUŞ, s. 251.

⁶¹ PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 436; AKKAYA, s. 37-38; HENDEM, s. 640; ÇAVUŞ, s. 251.

⁶² ÇAVUŞ, s. 251-252.

⁶³ ÇAVUŞ, s. 252.

⁶⁴ ÇAVUŞ, s. 252.

⁶⁵ SAENGER, **ZPO §321**, N. 10; ARSLANDOĞAN, s. 125; ÇAVUŞ, s. 252.

⁶⁶ SAENGER, **ZPO §321**, N. 9.

⁶⁷ AKKAYA, s. 45; KARAASLAN / KARAASLAN, s. 573; ÇAVUŞ, s. 237; TUTUMLU, s. 412; HENDEM, s. 639.

⁶⁸ MUSIELAK / VOIT, **ZPO §321**, N. 9.

⁶⁹ SAENGER, **ZPO §321**, N. 10.

Alman hukukunda da dZPO §321 Abs. 2’de ek kararın hükmün tebliğinden itibaren iki hafta içerisinde istenebileceği ifade edilmektedir⁷⁰. Türk hukukunda hükmün tamamlanması için kanunda öngörülen bir aylık sürenin başlangıcı nihai kararın taraflara tebliğidir⁷¹. Türk hukukunda HMK m. 305/A’da açıkça hükmün tamamlanması talebinin gerçekleştirilebileceği bir aylık sürenin başlangıcı bakımından nihai kararın tebliğ edilmesi öngörüldüğünden hâkim tarafından sadece hüküm sonucunun tefhimi talep süresinin başlamasını sağlamaz⁷².

Alman hukukunda da dZPO §321 Abs. 2’de ek kararın hükmün tebliğinden itibaren iki hafta içerisinde istenebileceği ifade edilmektedir⁷³. Diğer taraftan, Alman Medeni Usul Kanunu’nda kısa kararın tamamlanması gerektiği durumlarda hükmün tamamlanması talebinin kısa kararın tefhimi ile başlayabileceği düzenlenmektedir⁷⁴. Alman hukukunda hükmün tamamlanması için dZPO §321 Abs. 2’de öngörülen iki haftalık sürenin kısa kararın tefhimi ile başlayabilmesi için ekleme ihtiyacının kısa karardan açıkça tespit edilebilmesi gerekmektedir⁷⁵.

HMK m. 305/A’da hükmün tamamlanması talebi için öngörülen bir aylık sürenin başlangıcı olarak nihai kararın tebliğ edilmesi önem arz eder. Bununla birlikte, mahkemece nihai kararın taraflara tebliğ edilmesinden önce sürenin başlamadığı zaman diliminde hükmün tamamlanması taraflarca talep edilebilir⁷⁶.

Mahkemece verilen nihai karar kısa kararın tefhimi ile açıklanırsa hükmün tamamlanmasını talep süresi gerekçeli kararın taraflara tebliğinden itibaren başlar⁷⁷.

Davacı veya davalı tarafta birden fazla kimsenin bulunması durumunda nihai kararın tebliğ tarihi herkes için farklı olabilir⁷⁸. Bu nedenle hükmün tamam-

⁷⁰ SAENGER, **ZPO §321**, N. 10; ELZER, **ZPO §321**, N. 29; ROSENBERG / SCHWAB / GOTTWALD, §40, N. 25; MUSIELAK / MüKoZPO, **ZPO §321**, N. 11.

⁷¹ TANRIVER, s. 1134; HENDEM, s. 639; AKKAYA, s. 45; ÇAVUŞ, s. 238; TUTUMLU, s. 412; GÖRGÜN, Şanal L. / BÖRÜ, Levent / KODAKOĞLU, Mehmet, **Medeni Usûl Hukuku**, Değiştirilmiş, Genişletilmiş ve Yargı Kararları İşlenmiş 12. Baskı, Ankara, Yetkin, 2023, s. 616. “Somut olayda, nihai kararın tebliğinden itibaren bir ay içinde talepte bulunulmadığından hükmün bu düzenleme uyarınca tamamlanması mümkün değildir” (Bursa BAM, 4. HD, 05.11.2020, E. 2020/1333, K. 2020/1175, KARAASLAN / KARAASLAN, s. 573, dn. 50. Aynı yönde bkz. Gaziantep BAM, 11. HD, 04.03.2021, E. 2021/183, K. 2021/387, KARAASLAN / KARAASLAN, s. 573, dn. 50).

⁷² ÇAVUŞ, s. 239.

⁷³ SAENGER, **ZPO §321**, N. 10; ELZER, **ZPO §321**, N. 29; ROSENBERG / SCHWAB / GOTTWALD, §40, N. 25; MUSIELAK / MüKoZPO, **ZPO §321**, N. 11.

⁷⁴ ROSENBERG / SCHWAB / GOTTWALD, §40, N. 25; SAENGER, **ZPO §321**, N. 3; MUSIELAK / MüKoZPO, **ZPO §321**, N. 11.

⁷⁵ SAENGER, **ZPO §321**, N. 10.

⁷⁶ ÇAVUŞ, s. 239.

⁷⁷ AKKAYA, s. 45.

lanması için HMK m. 305/A'da öngörülen bir aylık sürenin başlangıcı davanın taraflarında yer alan birden fazla kimse bakımından farklılık arz edebilir.

Vekil ile takip edilen davalarda hükmün tamamlanmasını talep süresi nihai kararın vekile tebliğinden itibaren başlar⁷⁹. Böyle bir durumda uyuşmazlığı çözmekle görevli mahkemece verilen nihai karar vekil yerine asile tebliğ edilmişse hükmün tamamlanmasına müracaat bakımından HMK m. 305/A'da tayin edilen bir aylık süre de işlemeye başlamaz⁸⁰.

2. Hükmün Tamamlanmasını Talep Bakımından Kanunda Öngörülen Sürenin Hukuki Niteliği

Hükmün tamamlanması için öngörülen süre “*hak düşürücü süre*”dir⁸¹. Bu sebeple, nihai kararın tebliğinden itibaren bir aylık süre geçtikten sonra hükmün tamamlanması talebinde bulunulamaz⁸².

Hükmün tamamlanması talebi için kabul edilen bir aylık süre kanunda belirlenen sürelerdendir⁸³. Kanun koyucunun kanunda belirlediği süreler “*kesin süre*”dir⁸⁴. Hükmün tamamlanması için kanunda öngörülen ve kesin süre niteliğinde olan bu sürenin yeniden verilmesi mümkün değildir⁸⁵. Ayrıca, hükmün tamamlanması için söz konusu olan bir aylık süre mahkemece tayin edilen bir süre olmayıp kanunda öngörülen bir süre olduğundan bu sürenin hâkim tarafından kısaltılması veya uzatılması söz konusu olamaz⁸⁶.

Türk hukukunda talep sahipleri mahkemece nihai kararın kendilerine tebliğinden itibaren bir ay içerisinde hükmün tamamlanmasını talep etmezlerse aynı zamanda iki haftalık istinaf süresini de kaçırmış olurlar⁸⁷. Böyle bir durumda talep etmelerine rağmen karar verilmeyen hususlar hakkında harç yatırarak yeni bir dava açmaları gerekir⁸⁸.

⁷⁸ Örneğin, ihtiyari dava arkadaşlığında ihtiyari dava arkadaşlarının vekilleri ortak olmadıkça durum bu şekildedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. aşa. III, E, 3, b.

⁷⁹ MUSIELAK / MüKoZPO, **ZPO §321**, N. 10; MUSIELAK, **ZPO §321**, N. 8; ÇAVUŞ, s. 243.

⁸⁰ ÇAVUŞ, s. 243-244.

⁸¹ TUTUMLU, s. 412; AKKAYA, s. 45; ÇAVUŞ, s. 240.

⁸² AKKAYA, s. 45; TUTUMLU, s. 412; ÇAVUŞ, s. 240-241.

⁸³ ÇAVUŞ, s. 240.

⁸⁴ PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 128.

⁸⁵ ELZER, **ZPO §321**, N. 29; SAENGER, **ZPO §321**, N. 10; ÇAVUŞ, s. 240.

⁸⁶ SAENGER, **ZPO §321**, N. 10; ELZER, **ZPO §321**, N. 29; ÇAVUŞ, s. 240.

⁸⁷ HENDEM, s. 639.

⁸⁸ HENDEM, s. 639.

3. Hükümün Tamamlanması İçin Kanunda Öngörülen Sürenin Kaçırılması Durumunda Eski Hale Getirme Kurumuna Müracaat Edilip Edilemeyeceği

Hükümün tamamlanması için HMK m. 305/A (dZPO §321)'da öngörülen sürenin kaçırılması durumunda eski hale getirme kurumuna müracaat edilip edilemeyeceği hususunun değerlendirilmesi gerekmektedir⁸⁹. Kanunda belirtilen süreler (veya hâkimin kesin olarak belirlediği süre) içinde elde olmayan sebeplerle bir işlem yapmayan kimsenin eski hale getirme yoluna gitmesi mümkündür (HMK m. 95/f. 1). İlk derece ve istinaf yargılamalarında en geç nihai karar verilinceye kadar eski hale getirme talebinde bulunulabilir (HMK m. 96/f. 2).

Hükümün tamamlanması talebine ilişkin süre ise mahkemenin nihai kararının taraflara tebliği ile başlar⁹⁰. Bu sebeple nihai kararın taraflara tebliğ edilmesinden itibaren bir aylık süre içerisinde hükümün tamamlanmasına müracaat edebilecek olan kimselerin⁹¹ kanunda öngörülen süreyi kaçırmaları durumunda eski hale getirme talebinde bulunamayacakları düşünülebilir. Diğer bir ifadeyle, mahkemece nihai kararın verilmiş olması "... nihai karar verilinceye kadar" eski hale getirme talebinde bulunulmasına fiili bir engel gibi görünmektedir. Bununla birlikte, kanun koyucunun gerçek amacı bu olsaydı kanun yoluna müracaat süreleri bakımından da eski hale getirme yoluna başvurma imkânı tanımazdı. Oysaki, nihai karar verildikten sonra istinaf yoluna müracaat hakkının düşmesi bölge adliye mahkemesinden; temyiz yoluna başvuru hakkının düşmesi durumunda ise Yargıtay'dan eski hale getirme talebinde bulunulabileceği kanunda açıkça düzenlenmiştir⁹² (HMK m. 98/f. 2). Hükümün tamamlanması kurumu hukuki nitelik bakımından kanun yolu olmayıp hukuki çare⁹³ ise de nihai kararın verilmesinden sonra eski hale getirme talep edilebileceğine ilişkin HMK m. 98/f. 2'deki istisnai hükümün kıyas yoluyla uygulanabilmesi mümkündür⁹⁴. Böylelikle *kanaatimizce* elde olmayan sebeplerle süresi içerisinde hükümün tamamlanması yoluna gidilememesi durumunda eski hale getirme kurumuna müracaat edilebilir⁹⁵.

⁸⁹ AKKAYA, s. 45; ÇAVUŞ, s. 241.

⁹⁰ SAENGER, **ZPO §321**, N. 10; ELZER, **ZPO §321**, N. 29; ROSENBERG / SCHWAB / GOTTWALD, §40, N. 25; MUSIELAK / MüKoZPO, **ZPO §321**, N. 11; TANRIVER, s. 1134; HENDEM, s. 639; AKKAYA, s. 45; ÇAVUŞ, s. 238; TUTUMLU, s. 412; GÖRGÜN / BÖRÜ / KODAKOĞLU, s. 616.

⁹¹ Bkz. aşa. III, E.

⁹² ÇAVUŞ, s. 241.

⁹³ AKKAYA, s. 26; HENDEM, s. 650.

⁹⁴ ÇAVUŞ, s. 242.

⁹⁵ FASCHING, Hans W / BYDLINSKI, Michael: **Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen**, 2. Auflage, Band 3, §§226-460, Wien, Manzsche Verlags, 2004, s. 1323; AKKAYA, s. 45; ÇAVUŞ, s. 242.

E. Hükmün Tamamlanmasını Talep Edebilecek Olan Kimseler

1. Davanın Taraflarının Hükmün Tamamlanması Talebinde Bulunması

a. Genel Olarak

Hükmün tamamlanmasını düzenleyen HMK m. 305/A'ya göre *taraflardan her biri* hükmün tamamlanması yoluna müracaat edebilecektir⁹⁶. Bu sebeple hükmün tamamlanmasına müracaat edebilmek için davanın *taraflarından biri* olmak gerekir⁹⁷.

Yargılamanın tarafları bakımından HMK m. 50 vd.'nda çeşitli düzenlemeler getirilmektedir. Bununla birlikte, davada tarafın kim olduğu⁹⁸ hakkında kanunda herhangi bir tanımlama yapılmamaktadır. Bu sebeple doktrinde ileri sürülen görüşler doğrultusunda davada tarafın kim olduğu açıklanmaya çalışılmaktadır⁹⁹. Doktrinde taraf kavramını açıklamak bakımından ileri sürülen teorilerden *maddi taraf teorisine (materielle Parteibegriff)* göre taraf maddi hukuk ilişkisine göre belirlenebilir¹⁰⁰. Bununla birlikte doktrinde ileri sürülen *şekli taraf teorisine (formelle Parteibegriff)* göre, yargılamanın tarafları davada kendi adına hukuki koruma talep eden kişi ile kendisine karşı hukuki koruma talep edilen kişilerdir¹⁰¹. Günümüzde ağırlıklı olarak kabul edilen taraf teorisi ise “*şekli taraf teorisi*”dir¹⁰². Bu durumda davanın tarafları dava dilekçesinde davacı ve davalı olarak belirtilen kişilerdir¹⁰³.

⁹⁶ AKKAYA, s. 44; TUTUMLU, s. 405.

⁹⁷ TUTUMLU, s. 405; KURU, Baki / AYDIN, Burak, **Medeni Usul Hukuku El Kitabı**, Cilt 2, Yetkin, Ankara, s. 1588.

⁹⁸ Davada tarafın kim olduğu hakkımda ayrıntılı bilgi için bkz. ROSENBERG / SCHWAB / GOTTWALD, §40, N. 10-12.

⁹⁹ Taraf kavramını açıklayan teoriler için bkz. HABSCHIED, Walter. J., **Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, Ein Lehrbuch seiner Grundlagen** (unter Mitarbeit von lic. Iur. Stephan Berti), (Das Recht in Theorie und Praxis), Verlag Helbing & Lichtenhahn, Basel und Frankfurt am Main, 1986, §20, N. 320-322, s. 115-116; STAEHELIN, Ernst, **Die Nebenparteien im Zivilprozess unter besonderer Berücksichtigung der Kantone Basel-Stadt, Basel-land, Aargau und Solothurn in Basler Studien zur Rechtswissenschaft** Reihe A: Privatrecht Band 2, Basel; Frankfurt am Main, Verlag Helbing und Lichtenhahn, 1981, s. 21-26; ROSENBERG / SCHWAB / GOTTWALD, §40, N. 1-6; Ayrıca şekli ve maddi taraf teorilerinden başka üçüncü bir taraf teorisi olarak *Hans-Otto de Boor* tarafından ortaya konulan “*fonksiyonel taraf teorisi*” (*Der funktionelle Parteibegriff*) için bkz. Hans-Otto DE BOOR, **Zur Lehre vom Parteivchsel und vom Parteibegriff**, in Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Dr. Heinrich Sieber, Bd. II, Leipzig, 1943, s. 39ff.; STAEHELIN, s. 23-25.

¹⁰⁰ STAEHELIN, s. 23; FASCHING, W. Hans, **Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts: Lehr- und Handbuch für Studium und Praxis**, Wien, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1984, N. 319, s. 152; HABSCHIED, §20, N. 320, s. 115.

¹⁰¹ STAEHELIN, s. 25; FASCHING, N. 319, s. 152; HABSCHIED, §20, N. 322, s. 116; BERGERFURTH, Bruno, **Der Zivilprozeß, Klage-Urteil-Rechtsmittel**, Rudolf Haufe Verlag, Freiburg im Breisgau, 1968, N. 140, s. 76.

¹⁰² ROSENBERG / SCHWAB / GOTTWALD, §40, N. 4; GOLDSCHMIDT, James, **Zivilprozessrecht**, Verlag von Julius Springer, Berlin, 1929, s. 70; BRUNS, Rudolf, **Zivilprozeßrecht (Ein systematische Darstellung)**,

Mahkemeden hukuki koruma talep eden veya kendisine karşı hukuki korunma talep edilen kimseler taraf olmaları¹⁰⁴ sebebiyle HMK m. 305/A'da düzenlenen hükmün tamamlanması yoluna müracaat edebilirler¹⁰⁵. Hukuki yararı bulunan davalı veya davacıdan herhangi birinin hükmün tamamlanması talebinde bulunabilmesi mümkündür¹⁰⁶. Yalnızca nihai kararın verildiği yargılamada hükmü geçirilmeyerek eksik bırakılan talebi ileri sürmüş olan tarafın hükmün tamamlanmasına gidebileceği şeklinde bir kural söz konusu değildir¹⁰⁷. Belirtmek gerekir ki sadece davacının değil; aynı zamanda nihai kararın verildiği davanın davalısının da hükmün tamamlanmasını isteyebileceği haller olabilir¹⁰⁸. Bu bağlamda örneğin 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun¹⁰⁹ (İİK) 67'nci maddesinde öngörülen itirazın iptali davasında kötüniyet tazminatına ilişkin talebin karara bağlanmasının unutulduğu durumlarda davalının hükmün tamamlanması yoluna müracaat etmesi mümkündür¹¹⁰.

Nihai kararın verilmesinden sonra davacı veya davalı asilin ölmesi halinde halefiyet¹¹¹ kuralı gereğince mirasçılar tarafından da hükmün tamamlanması talep edilebilir¹¹².

Berlin u.Frankfurt a.M., Verlag Franz Vahlen, 1968, s. 60; GRUNSKY, Wolfgang, **Grundlagen des Verfahrensrechts, Eine rechtsvergleichende Darstellung von ZPO, FGG, VwGO, FGO und SGG**, 2. Auflage, Bielefeld, 1974, s. 236; ZEISS, Walter / SCHREIBER, Klaus, **Zivilprozessrecht**, 12. Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014, s. 48; SCHONKE, Adolf / KUCHINKE, Kurt, **Zivilprozessrecht: Ein Lehrbuch**, 9. Auflage, C.F. Müller, Karlsruhe, 1969, s. 92; STAEHELIN, s. 26; GULDENER, Max: Schweizerisches Zivilprozeßrecht, Dritte verbesserte und vermehrte Auflage, Zurich, Schulthess Verlag, 1979, s. 124; KUMMER, Max, **Grundriss des Zivilprozessrechts**, Dritte Auflage, Stämpfli, Bern, 1978, s. 61; BLOMEYER, Arwed, **Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren**, Zweite überarbeitete Auflage, Berlin, 1985, s. 63; HÄFLIGER, Ruth, **Die Parteifähigkeit im Zivilprozess**, Zürich, Schulthess Verlag, 1987, s. 2.

¹⁰³ STEIN / JONAS / BORK, §50, N. 42; KURU, Baki / ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder, **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, 6100 sayılı HMK'na Göre Yeniden Yazılmış 24. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013, s. 207; ERIŞİR, Evrim, **Medeni Usûl Hukukunda Taraf Ehliyeti**, İzmir, Güncel Hukuk Yayınları, 2007, s. 131; KALE, Serdar, **Medeni Yargılamada Taraf Ehliyeti**, İstanbul, On İki Levha, 2010, s. 58.

¹⁰⁴ STAEHELIN, s. 25; FASCHING, N. 319, s. 152; HABSCHIED, §20, N. 322, s. 116; BERGERFURTH, N. 140, s. 76; KARSLI, s. 274. DEREN-YILDIRIM, Nevhis, **Türk, İsviçre ve Alman Medeni Usul Hukukunda Kesin Hükmün Sûbjektif Sınırları (Kesin Hükmün 3. Kişilere Sirayeti Sorunu)**, İstanbul, Alfa Basım, 1996, s. 18.

¹⁰⁵ TUTUMLU, s. 411; ÇAVUŞ, s. 234.

¹⁰⁶ AKKAYA, s. 44; BELGİN GÜNEŞ, s. 321.

¹⁰⁷ BELGİN GÜNEŞ, s. 321; AKKAYA, s. 44. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, mahkemenin nihai kararının HMK m. 305/A uyarınca hükmün tamamlanmasını talep eden tarafın lehine ya da aleyhine olmasının bir önemi yoktur. Davacı veya davalıdan her birinin mahkemeye yöneltilen talepler konusunda olumlu ya da olumsuz bir hüküm verilmesi bakımından hukuki yararı mevcuttur (AKKAYA, s. 44).

¹⁰⁸ TUTUMLU, s. 411.

¹⁰⁹ RG, 19.06.1932, S. 2128.

¹¹⁰ TUTUMLU, s. 411.

¹¹¹ Halefiyet kavramı, miras hukukunda, mirasçılardan mirasın yerini almaları ve mirase ait olan bütün hak ve borçların mirasçılara intikal etmesi manasında "külli halefiyet" olarak ya da başkasına ait olan bir borcu yer-

b. Yasal Temsilci ile Temsil Edilenler Açısından Hükmün Tamamlanması Talebinde Bulunulması

Hükmün tamamlanmasına başvuracak bir kişinin bu hususta talepte bulunabilme yeteneğinin var olması şarttır¹¹³. Dava ehliyeti (*Die Prozessfähigkeit*) bir kimsenin davayı bizzat kendisi ya da temsilcisi aracılığıyla takip edebilme ya da usuli işlemler yapabilme ehliyetidir¹¹⁴. Dava ehliyeti medeni hakları kullanma ehliyetine göre tayin edilmektedir (HMK m. 51).

Bu kapsamda, fiil ehliyetine (TMK m. 9) sahip olan her kişi, dava ehliyetine de sahiptir¹¹⁵ (HMK m. 51). Dolayısıyla, nihai kararın eksik verildiği yargılamada fiil ehliyetine sahip olan kişiler aynı zamanda dava ehliyetini de haiz olduğundan hükmün tamamlanması talebinde bulunabilirler¹¹⁶.

Ayırt etme gücüne sahip olmayan küçük veya kısıtlılar kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarına ilişkin davalar hariç olmak üzere dava ehliyetine sahip değildirler¹¹⁷. Bu kişiler tarafından açılacak olan davalar yasal temsilcileri aracılığıyla yürütülür (HMK m. 52). Yargılamanın tarafının ayırt etme gücü olmayan küçük ve kısıtlı kimse olduğu hallerde mahkemece verilen nihai kararda noksanlıkların bulunması üzerine HMK m. 305/A'da öngörülen hükmün tamamlanması yoluna müracaat edilecek olması durumunda başvuruda bulunacak olan kimse yasal temsilcidir¹¹⁸.

ne getiren kimsenin kanundan dolayı kendiliğinden alacaklıyı tatmin ettiği oranda alacaklının haklarına sahip olması anlamında “*cuzi halefiyet*” olarak da ifade edilebilecektir (KILIÇOĞLU, Ahmet M., **Türk Borçlar Hukukunda Kanuni Halefiyet**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1979, s. 7. Külli halefiyet olarak mirasçılık durumu hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. YILDIRIR, Efe Can, “Ölüme Bağlı Tasarruf Yoluyla Vakıf Kurma”, **MÜHF-HAD**, 29(1), 2023, (s. 679-728), s. 698 vd. Ayrıca, halefiyetin özel bir hali için bkz. YILDIRIR, Efe Can, “Paylı Mülkiyetten Doğan veya Paylı Malı İlgilendiren Gider ve Yükümlülüklerden Paydaşların Dış ve İç İlişkideki Sorumluluğu”, **AndHD**, 10(1), 2024, (s. 195-222), s. 215).

¹¹² TUTUMLU, s. 412.

¹¹³ ELZER, **ZPO §321**, N. 26; ÇAVUŞ, s. 233.

¹¹⁴ STAEHELIN, s. 34; VOGEL, Oscar / SPUHLER, Karl, **Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz**, 7. Auflage, Bern, Stämpfli Verlag, 2001, §25, N. 16, s. 138; GULDENER, s. 127; FASCHING, N. 346, s. 163; ROSENBERG / SCHWAB / GOTTWALD, §43, N. 1, s. 212; HABSCHEID, §20, N. 325, s. 116; ÜSTÜNDAĞ, Saim, **Medeni Yargılama Hukuku**, C. I-II, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 7. Baskı, İstanbul, Nesil Matbaacılık, 2000, s. 291.

¹¹⁵ PEKCANITEZ, Hakan / MERİÇ, Nedim, **Medeni Usûl Hukukunda Fer'i Müdahale**, 2. Bası, İstanbul, On İki Levha, 2020, s. 585; ALANGOYA, Yavuz / YILDIRIM, M. Kâmil / DEREN-YILDIRIM, Nevhis: **Medeni Usul Hukuku Esasları**, 8. Bs., İstanbul, Beta, 2011, s. 116.

¹¹⁶ ÇAVUŞ, s. 233.

¹¹⁷ ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder / TAŞPINAR AYVAZ, Sema / HANAĞASI, Emel, **Medeni Usul Hukuku**, Güncellenmiş 8. Baskı, Yetkin, Ankara, 2022, s. 294.

¹¹⁸ ÇAVUŞ, s. 234-235.

c. Vekil ile Takip Edilen Davalar Açısından Hükümün Tamamlanması Talebinde Bulunulması

Dava ehliyeti bulunan herkes davasını bizzat açıp takip edebileceği gibi bir vekil vasıtasıyla da yürütebilir (HMK m. 71) Bununla birlikte taraflardan biri davasını vekil aracılığıyla takip etmek isterse sadece avukat olan kimseleri vekil olarak tayin edebilir¹¹⁹.

Vekil aracılığıyla takip edilen davalar bakımından, nihai kararda eksikliklerin bulunması durumunda vekil tarafından HMK m. 305/A'da öngörülen hükümün tamamlanması yoluna gidilebilmesi mümkündür¹²⁰.

Hükümün tamamlanmasına müracaat edilmesi HMK m. 74'te sayılan vekile özel yetki verilmesini gerektiren hallerden biri değildir¹²¹. Dolayısıyla, davanın vekil aracılığıyla takip edilmesi ihtimalinde vekil tarafından nihai kararın kendisine tebliğinden itibaren bir ay içerisinde yargılamada ileri sürülen veya kendiliğinden hükme geçirilmesi gereken hususlarda kısmen veya tamamen karar verilmediği gerekçesiyle hükümün tamamlanması yoluna müracaat edebilmesi mümkündür¹²².

2. Davaya Müdahale Edenlerin Hükümün Tamamlanmasını Talep Edip Edemeyeceği

a. Genel Olarak

Yargılamada davanın taraflarından başka kendi hakları için yer alan “*asli müdahil*” ya da “*fer’i müdahil*” söz konusu olabilir. Davaya müdahale eden asli müdahil ile fer’i müdahilin HMK m. 305/A (dZPO §321) uyarınca hükümün tamamlanması yoluna müracaat edip edemeyeceğinin değerlendirilmesi gerekir.

b. Davaya Fer’i Müdahil Olarak Katılanların Hükümün Tamamlanmasını Talep Edip Edemeyeceği

Üçüncü kişinin davayı kazanmasında hukuki yararı bulunan taraf yanında ve ona yardımcı olmak amacıyla tahkikat sona erinceye kadar davaya katılmasına “*fer’i müdahale*” (*Nebenintervention*) (HMK m. 66) denilmektedir¹²³. Fer’i

¹¹⁹ KURU, Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı**, İstanbul, Alfa Basım, 1995, s. 274; ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 293.

¹²⁰ MUSIELAK, **ZPO §321**, N. 8; MUSIELAK / MüKoZPO, **ZPO §321**, N. 10; ÇAVUŞ, s. 235.

¹²¹ Bkz. HMK m. 74.

¹²² MUSIELAK / MüKoZPO, **ZPO §321**, N. 10; MUSIELAK, **ZPO §321**, N. 8; ÇAVUŞ, s. 235.

¹²³ PEKCANITEZ, Hakan / MERİÇ, Nedim, **Medenî Usûl Hukukunda Fer’i Müdahale**, 2. Bası, İstanbul, On İki Levha, 2020, s. 22; BUDAK, Ali Cem, **Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması**, İstanbul, Beta Basım, 2000, s. 49.

müdahil, görülmekte olan davada taraflardan birinin yanında yer almakla kendi adına bir hukuki koruma talebinde bulunamayacağı gibi kendisine karşı da herhangi bir hukuki koruma talebinde bulunulamaz¹²⁴. Bu doğrultuda, fer'i müdahilin davaya katılımı ile edindiği konum taraf olarak addedilemeyecektir¹²⁵. Fer'i müdahil davanın asıl tarafının yardımcısı konumundadır¹²⁶. Fer'i müdahil yargılamada taraf sıfatına sahip olamayacağı¹²⁷ için hakkında hüküm de verilemez¹²⁸. Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 69/f. 1'de de açıkça "*Müdahilin de yer aldığı asıl davada hüküm, taraflar hakkında verilir*" denilmektedir¹²⁹. Davada taraf olmayan fer'i müdahil taraf yardımcısı olarak yer aldığı davada verilen nihai kararda eksiklik veya karar boşluğu bulunması durumunda hükmün tamamlanması (HMK m. 305/A; dZPO §321) talebinde bulunamaz¹³⁰.

¹²⁴ PEKCANİTEZ / MERİÇ, s. 35.

¹²⁵ KITTNER, Thomas, Streithilfe und Streitverkündung, *JuS*, 1985, Heft 9, (s. 703-707), s. 707. Fer'i müdahil, şekli taraf teorisine göre taraf olarak nitelendirilemeyecektir (STAHL, Walter E., **Beiladung und Nebenintervention**, Duncker & Humblot, Berlin, 1972, s. 97; WALSMANN, Hans, **Die steitgenössische Nebenintervention**, Leipzig, A. Deichert'sche Verlagsbuchhandlung Nacht (Georg Böhme), 1905, s. 76; PEKCANİTEZ / MERİÇ, s. 55). Türk medenî usûl hukukunda hem doktrinde hem de uygulamada yaygın görüş, fer'i müdahilin davanın tarafı olmayacağı yönündedir. Doktrinde bkz. POSTACIOĞLU, İlhan E., **Medeni Usul Hukuku Derşleri**, 6. Baskı, İstanbul, 1975, s. 312; ÜSTÜNDAĞ, s. 367; KURU, Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. IV**, 6. Baskı, İstanbul, Demir-Demir, 2001, s. 3467 vd.; PEKCANİTEZ / MERİÇ, s. 55. Yarg. 7. HD, 5.4.2011, E. 2010/6953, K. 2011/2169: "... **fer'i müdahil davanın tarafı olmadığından, hüküm verirken adı karar başlığında davacı veya davalı olarak gösterilemeyeceği gibi, hakkında olumlu ya da olumsuz bir hüküm de kurulamaz...**" (Kazancı). Ayrıca bkz. Yarg. 13. HD, 14.7.2011, E. 2011/2076, K. 2011/11534 (Kazancı); Yarg. 11. HD, 20.1.2011, E. 2010/10435, K. 2011/452 (Kazancı).

¹²⁶ PEKCANİTEZ / MERİÇ, s. 320. Fer'i müdahilin yargılamadaki bu konumu ona sadece, yanında yer aldığı tarafın davayı kazanmasına katkıda bulunmak ve bu sayede kendi durumunun bu davadan olumsuz etkilenmesini önlemeye çalışma imkanlarını vermektedir (KARSLI, s. 299; PEKCANİTEZ / MERİÇ, s. 320; ATALI, **Pekcanitez Usul**, §7, s. 717).

¹²⁷ KITTNER, s. 707.

¹²⁸ PEKCANİTEZ / MERİÇ, s. 343. Fer'i müdahilin taraf yardımcısı olarak davada yer alması hususu onun davada kullanabileceği yetkilerin neler olabileceğini de belirlemektedir. Buna ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. KURU / ARSLAN / YILMAZ, s. 496; KURU, **C. IV**, s. 3473.

¹²⁹ Kural, fer'i müdahilin davada taraf sıfatına sahip olmaması ve davada fer'i müdahil hakkında hüküm verilememesidir (KARAFAKİH, İsmail Hakkı, **Hukuk Muhakemeleri Usulü Esasları**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Ankara, 1952, s. 136; BELGESAY, Mustafa Reşit, **Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, Birinci Cilt, İstanbul, 1939, s. 164; BİLGE, Necip / ÖNEN, Ergun, **Medeni Yargılama Hukuku Derşleri**, 3. Baskı, Ankara, 1978, s. 270; BERKİN, Necmeddin M., **Tatbikatçılara - Medeni Usul Hukuku Rehberi**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1982, s. 703; ÖNEN, Ergun: **Medeni Yargılama Hukuku**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1979, s. 78; PEKCANİTEZ / MERİÇ, s. 343). Dolayısıyla, fer'i müdahilin davada taraf sıfatı kazanamayacak olması nedeniyle ve ayrıca kararı kanun yoluna götürebilecek olan kimselerin ise ancak davanın tarafları olabileceğinden bahisle, fer'i müdahilin verilen hükmü tek başına kanun yoluna götürme yetkisi bulunmayacaktır (KURU, **El Kitabı**, s. 585).

¹³⁰ ÇAVUŞ, s. 237; KARAASLAN / KARAASLAN, s. 572; TUTUMLU, s. 412; HENDEM, s. 638. Aksi yönde bkz. ARSLANDOĞAN, s. 214; ELZER, **ZPO §321**, N. 25.

Fer'i müdahilin kanun yoluna müracaat imkânı ancak yanında yer aldığı tarafın kanun yoluna başvurusu durumunda mümkündür¹³¹. Fer'i müdahilin hükmün tamamlanmasını talep etme imkânı taraf sıfatını haiz olmaması sebebiyle bulunmasa da kendisini ilgilendiren hususlarda hakkında hüküm verilmesi ihtimalinde verilen hükümde herhangi bir eksiklik veya boşluk bulunması durumunda HMK m. 305/A'ya gitmek bakımından hukuki yararı söz konusu olabilir¹³². Diğer bir ifadeyle, lehine yargılama gideri gibi mahkemece hüküm verilmesi gereken bir durum olmasına karşılık karar verilmemişse fer'i müdahilin bu konuda hükmün tamamlanmasını talep etmek bakımından hukuki yararı mevcuttur¹³³. Bununla birlikte, HMK m. 328'te¹³⁴ öngörülen fer'i müdahale giderlerinden başka sebeplerle fer'i müdahil hükmün tamamlanması yoluna müracaat edemez¹³⁵.

Diğer taraftan, fer'i müdahale giderleri hakkında karar verilmemesi sebebiyle nihai kararda meydana gelen boşluğun giderilmesi konusunda fer'i müdahilin hükmün tamamlanmasını talep etme süresinin ne olacağı konusunda kanunda bir netlik bulunmamaktadır. *Doktrinde bizim de katıldığımız görüş uyarınca*, fer'i müdahil, fer'i müdahale giderleri hakkında hükümde bulunan boşluğun giderilebilmesi için hükmün tamamlanması yoluna nihai kararın kendisine tebliğinden itibaren bir ay içerisinde müracaat edebilir¹³⁶. Fer'i müdahil için hükmün tamamlanmasını talep süresinin başlangıcı hükmün kendisine tebliğ edildiği tarih olduğu için nihai karar kesinleştikten sonra kararın tebliğinin gerçekleştiği hallerde dahi fer'i müdahil hükmün tamamlanması yoluna müracaat ederek tamamlayıcı ek karar isteyebilir¹³⁷.

¹³¹ Yarg. 4. HD, 13.05.2019, E. 2019/515, K. 2019/2765 (Kazancı). Yarg. 22. HD, 10.09.2015, 15999/24604 "... Fer'i müdahilin yer aldığı davada hüküm, taraflar hakkında verilir. Bu karara karşı kanun yoluna başvuru hakkı da, yalnız davanın taraflarına aittir. Fer'i müdahil, yanında davaya katıldığı tarafla birlikte kararı kanun yoluna götürebilir. Yalnız başına kanun yoluna başvurma yetkisi yoktur. Ancak, kanuna aykırı olarak kendisi hakkında hüküm verilmişse, sadece hükmün kendisine ilişkin bölümünü tek başına temyiz edebilir..." (Kazancı).

¹³² KARAASLAN / KARAASLAN, s. 572.

¹³³ AKKAYA, s. 44-45; ÇAVUŞ, s. 237.

¹³⁴ Fer'i müdahale gideri kenar başlıklı HMK m. 328 şu şekilde bir düzenleme getirmektedir:

"(1) Fer'i müdahil olarak davada yer alan kimse, yanında katıldığı taraf haksız çıkarsa, yalnızca fer'i müdahale giderinden sorumlu tutulur, aksi hâlde bu giderler diğer tarafa yükletilir. Ancak, hüküm üçüncü kişinin katıldığı taraf lehine verilmiş olsa bile, lehine hükmolunan tarafın hâl ve davranışı, üçüncü kişinin davaya katılmasını gerektirmişse, müdahale giderinin tamamı veya bir kısmı, lehine hüküm verilen tarafa yükletilebilir".

¹³⁵ KARAASLAN / KARAASLAN, s. 572.

¹³⁶ Bu yönde bkz. ÇAVUŞ, s. 246.

¹³⁷ ÇAVUŞ, s. 246.

c. Davanın İhbarı Halinde Kendisine İhbarda Bulunulan Kimsenin Hükmün Tamamlanmasını Talep Edip Edemeyeceği

Davanın ihbarı (*Streitverkündung*) açılmış ve görülmekte olan davada taraflardan birinin davaya katılıp yardım etmesini sağlamak amacıyla kendisi ile arasında rücu ilişkisi bulunan bir üçüncü kişiye davayı bildirmesidir¹³⁸. Davanın ihbarı üzerine üçüncü kişi davada yer almak isterse bunu tamamen fer'i müdahaleye ilişkin hükümler (HMK m. 66-69) uyarınca gerçekleştirebilir¹³⁹. Davanın ihbarı üzerine davaya fer'i müdahil olarak katılan üçüncü kişinin davanın tarafı olmaması sebebiyle yargılamada ileri sürülen veya kendiliğinden hükme geçirilmesi gereken hususlarda kısmen veya tamamen karar verilmediği gerekçesiyle HMK m. 305/A uyarınca hükmün tamamlanması yoluna müracaat edebilmesi mümkün değildir¹⁴⁰.

HMK m. 61 uyarınca gerçekleştirilen davanın ihbarı üzerine ihbar alan üçüncü kişinin açılmış ve görülmekte olan davada taraflardan birinin yanında fer'i müdahil olarak yer alması kanunun ona tanıdığı bir imkandır. Fakat ihbar olunan üçüncü kişinin ihbar üzerine hareketsiz kalması da mümkündür¹⁴¹. Dava kendisine ihbar olunan kimsenin hareketsiz kalması durumunda hareketsiz kalan ihbar olunanın lehine ya da aleyhine hüküm kurulabilmesi söz konusu değildir¹⁴². İhbarın yapıldığı ilk davada hareketsiz kaldığı için hakkında hüküm kurulamayan ihbar olunanın HMK m. 305/A uyarınca hükmün tamamlanması yoluna müracaat etmek bakımından hukuki yararı bulunmamaktadır.

Diğer taraftan ihbarın yapıldığı ilk dava kaybedilirse ihbarda bulunan tarafın ihbar olunan kişiye karşı rücu davası açması söz konusu olacaktır¹⁴³. Kendi-

¹³⁸ ATALI Murat, **Medeni Yargılama Usulünde Davanın İhbarı**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007, s. 41; ANSAY, Sabri Şakir, **Hukuk Yargılama Usulleri**, 7. Baskı, Ankara, 1960, s. 115. Davanın ihbarının amacı, açılmış ve görülmekte olan bir davanın, üçüncü bir kişiye, davaya müdahale etmesini sağlamak amacıyla duyurulmasıdır (KURU, C. IV, s. 3515; PEKCANITEZ, Hakan, **Medeni Usul Hukukunda Fer'i Müdahale**, Ankara, 1992, s. 108).

¹³⁹ KURU / ARSLAN / YILMAZ, s. 503. Kendisine dava ihbar edilen üçüncü kişi, davaya fer'i müdahil olarak katılırsa, davada fer'i müdahilin sahip olduğu hak ve yetkileri haiz olur (ANSAY, s. 118).

¹⁴⁰ Bkz. yuk. III, E, 2, b.

¹⁴¹ STAEHELIN, s. 123; BOCKERMANN, Bernhard: "Ablehnung eines Sachverständigen oder Richters durch Streitverkündung oder Klageerhebung", **Monatsschrift für Deutsches Recht**, 23/2002, (s. 1348-1352), s. 1349. Davanın ihbarı, ihbarı alan üçüncü kişiyi görülmekte olan davanın taraflardan birisinin yanında (fer'i) müdahil olarak yer alma konusunda zorlamayı da içeren bir bildirim değildir (KONURALP, Haluk: Davanın İhbar Edildiği Kimsenin İhbar Edeni Temsil Etmesi, **Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a 65. Yaş Armağanı**, Ankara, 1988, (s. 553-566), s. 556). Dolayısıyla, ihbar olunan kimse dilerse, ihbar üzerine ihbarın gerçekleştiği davaya katılabilir dilerse de söz konusu davaya katılmama yönünde de bir tavır takınabilir (BOCKERMANN, s. 1349).

¹⁴² KURU, C. IV, s. 3534.

¹⁴³ HABERBECK, Philipp H., *Streitverkündung und Nebenintervention im Schlichtungsverfahren? in: Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht (ZZZ)*, 2013, Heft 32, (s. 269-275), s. 275.

sine davanın ihbar edildiği üçüncü kişi ihbar etkisi (HMK m. 64; m. 69/f. 2) sebebiyle rücu davasında önceki davada verilen hükmün yanlış olduğunu ileri süremeyecektir¹⁴⁴. İhbar üzerine hareketsiz kalan üçüncü kişi sonradan açılan rücu davasında ihbarın yapıldığı ilk davadan farklı olarak taraf sıfatına sahip olacaktır. Bu sebeple sonradan açılan rücu davasında verilen kararda bir noksanlık olursa HMK m. 305/A uyarınca hükmün tamamlanmasını talep edebilecektir.

d. Davaya Asli Müdahil Olarak Katılanların Hükmün Tamamlanmasını Talep Edip Edemeyeceği

Bir davanın konusu olan hak veya şey üzerinde kısmen veya tamamen hak iddia eden üçüncü kişinin bu durumu ileri sürerek yargılamanın taraflarına karşı hüküm verilinceye kadar aynı mahkemede dava açmasına “*asli müdahale*” (*Hauptintervention*) denilmektedir¹⁴⁵ (HMK m. 65/f. 1). Asli müdahale davasının temel özelliği asli müdahil olmakta hukuki yararı bulunan kimsenin ilk davanın görüldüğü mahkemede davanın taraflarını davalı göstererek bir dava açması ve her iki davanın da birlikte görülmesidir¹⁴⁶.

Asli müdahil açtığı dava bakımından taraf sıfatını haizdir¹⁴⁷. Açtığı davada taraf sıfatını haiz olan asli müdahil taraf sıfatıyla yapılabilecek işlemleri yapmaya yetkilidir¹⁴⁸. Asli müdahilin taraf olarak yer aldığı dava sonucunda mahkeme tarafından verilen nihai kararın eksik olması veya karar boşluğu barındırması durumunda yargılamanın gerek karşı tarafının gerekse de asli müdahilin HMK m. 305/A uyarınca hükmün tamamlanması talebinde bulunması mümkündür¹⁴⁹.

Asli müdahilin taraf olduğu dava bakımından hükmün tamamlanması talebini tek başına yapması söz konusu olur¹⁵⁰. Diğer taraftan, asli müdahale davasının davalısı konumundaki asıl davanın davalısı ve davacısı ise aralarında şekli

¹⁴⁴ ROSENBERG / SCHWAB / GOTTWALD, §50, Rdn. 57, s. 259; ZEISS, §86, N. 758, s. 273; HK-ZPO / SAENGER / BENDTSEN, §68, N. 1, s. 216; PRUTTING / GEHRLEIN / GEHRLEIN, ZPO Kommentar §68, Rdn. 1, s. 291; BAUMBACH / LAUTERBACH / ALBERS / HARTMANN, §68, Rdn. 1, s. 256; MUSIELAK / VOIT-WETH, §68, N. 1, s. 343.

¹⁴⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZEKES, Muhammed, **Medeni Usul Hukukunda Asli müdahale**, İstanbul, Alfa Basım, 1995, s. 14 vd.; KODAKOĞLU, Mehmet: **Medeni Usul Hukukunda Asli Müdahale**, Ankara, Legem Yayıncılık, 2018, s. 31.

¹⁴⁶ HMK'nın 65'inci maddesinin gerekçesi.

¹⁴⁷ KARAASLAN / KARAASLAN, s. 568; KARSLI, s. 301.

¹⁴⁸ Asli müdahilin yer aldığı davada, asli müdahilin asıl davanın taraflarına karşı açtığı dava ile asıl davadaki talep birlikte karara bağlanacaktır (KARAASLAN / KARAASLAN, s. 568).

¹⁴⁹ ÇAVUŞ, s. 236; TUTUMLU, s. 411; HENDEM, s. 637; KARAASLAN / KARAASLAN, s. 572.

¹⁵⁰ AKKAYA, s. 43, dn. 66.

mecburi dava arkadaşlığı gündeme geleceğinden hükmün tamamlanmasına ilişkin taleplerini ayrı ayrı ileri sürebilir¹⁵¹.

3. Dava Arkadaşlarının Hükmün Tamamlanmasını Talep Edip Edemeyeceği

a. Genel Olarak

Davanın açılmasıyla birlikte davanın davacı veya davalı taraflarında değişikliklerin meydana gelmesi mümkündür¹⁵². Bu durum taraflardan birinin ya da her ikisinin yanına bir veya birden fazla kimsenin katılması şeklinde bir taraf yığılması¹⁵³ (*Dava arkadaşlığı; Streitgenossenschaft*) olabileceği gibi davanın davacı veya davalı taraflarında yer alan kişilerin tamamen değişerek onların yerine başka kişi veya kişilerin geçmesi şeklinde¹⁵⁴ (*Tarafa değişiklik; Parteiwechsel*) de olabilecektir¹⁵⁵.

Bu ilk ihtimalde, tarafın tamamen değişmesi değil, yanına başka kişilerin katılması biçiminde gerçekleşen bir taraf değişikliği söz konusu olur. Davanın taraflarında birden fazla kişinin olması davada iki taraf olabileceği kuralına (*Zweiparteienprinzip*¹⁵⁶) aykırılık teşkil etmez¹⁵⁷. Bu halde o zamana kadar dava-

¹⁵¹ TUTUMLU, s. 411; HENDEM, s. 638.

¹⁵² BİLGE, Necip, **Medeni Yargılama Hukuku Dersleri**, 2. Baskı, Ankara, 1967, s. 203.

¹⁵³ Dava arkadaşlığı (*Die Streitgenossenschaft*) (dZPO §§59-62) hakkında bkz. WALSMANN, s. 84 ff.; VOSSLER, Norbert, "Die gerichtliche Zuständigkeitsbestimmung für Streitgenossen", **Neue Juristische Wochenschrift**, 3/2006, (s. 117-121), s. 119; WETZELL, Georg Wilhelm, **System des ordentlichen Zivilprozesses**, Neudruck der 3. Auflage Leipzig, Scientia Verlag Aalen, 1978, §63, s. 824 vd.; SAENGER, Ingo (Hrsg.), **Zivilprozessordnung: Familienverfahren, Gerichts Verfassung, Europäisches Verfahrensrecht: Handkommentar, (NomosKommentar)**, 7. Auflage, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2017, §§59-62, s. 200-209; VOGEL / SPUHLER, §26, N. 46, s. 143; BAUMBACH Adolf / LAUTERBACH, Wolfgang / ALBERS, Jan / HARTMANN, Peter, **Zivilprozeß-ordnung**, 58. Aufl., München, Verlag C.H. Beck, 2000, §§59-62, s. 240-246; ZEISS, Walter, **Zivilprozeßrecht**, 9. neubearbeitete Auflage, J.C.B Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1997, §85, N. 744, s. 269; PRUTTING, Hanns / GEHRLEIN, Markus, **Zivilprozessordnung Kommentar**, 9. Auflage, Köln, Luchterhand Verlag, 2017, §§59-62, s. 268-281; ROSENBERG, Leo / SCHWAB, Karl Heinz / GOTTWALD, Peter, **Zivilprozeßrecht**, 15. Aufl., München, C.H. Beck, 1993, §§48-49, s. 240-251; MUSIELAK, Hans-Joachim / VOIT, Wolfgang, **ZPO Zivilprozessordnung: Kommentar**, 14. Auflage, München, Verlag Franz Vahlen, 2017, §§59-62, s. 311-327; HABSCHIED, §21, N. 336ff.; BERGERFURTH, N. 142, s. 77; Rudolf BRUNS, **Zivilprozeßrecht (Ein systematische Darstellung)**, Berlin u. Frankfurt a.M., Verlag Franz Vahlen, 1968, §11, s. 83.

¹⁵⁴ Tarafa değişiklik (*Der Parteiwechsel*) (HMK m. 124; SchwZPO Art. 83 Abs. 4) hakkında bkz. ROSENBERG / SCHWAB / GOTTWALD, §42, N. 1, s. 206; VOGEL / SPÜHLER, §28, N. 94ff; FASCHING, N. 383, s. 177-178. Tarafa iradi değişikliğe ilişkin bir örnek için bkz. YILDIRIR, Efe Can, **Adi Ortaklık Sözleşmesinin Sona Erme Sebepleri**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 381.

¹⁵⁵ PEKCANITEZ / TAŞ KORKMAZ, **Pekcanitez Usul**, §6, s. 631; ULUKAPI, Ömer, **Medeni Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı**, Konya, Mimoza Yayınları, 1991, s. 31.

¹⁵⁶ İki taraf sistemi (*Zweiparteiensystem*) hakkında bkz. HABSCHIED, §20, N. 318, s. 114.

¹⁵⁷ FISCHER, Philipp / LIEDER Jan, "Die Streitverkündungsklage in der neuen schweizerischen Zivilprozessordnung und ihre Bedeutung für das deutsche Zivilprozessrecht", **ZZPInt** 16, 2011, (s. 219-261), s. 220; VOGEL / SPUHLER, §1, N. 9, s. 35; ROBMANN, Wolfgang, **Die Beiladung im Zivilprozess**,

yı sürdürmüş olan taraf davaya devam ederken yanına taraf sıfatını haiz olan başka kimseler de katılmaktadır. Başka kimselerin de davaya katılımı ile davanın davacı veya davalı tarafında meydana gelen çokluk “*dava arkadaşlığı*” olarak adlandırılmaktadır¹⁵⁸. Dava arkadaşlığı “*ihtiyari dava arkadaşlığı*” ve “*mecburi dava arkadaşlığı*” olarak ikiye ayrılır.

Dava arkadaşlığının mevcut olduğu bir ihtimalde HMK m. 305/A uyarınca hükmün tamamlanması talebinin ileri sürülüp sürülemediği meselesi ihtiyari ve mecburi dava arkadaşlığına göre ayrı ayrı değerlendirilmelidir¹⁵⁹.

b. İhtiyari Dava Arkadaşlarının Hükmün Tamamlanmasını Talep Edip Edemeyeceği

İhtiyari dava arkadaşlığında¹⁶⁰ (*Einfache Streitgenossenschaft*) dava arkadaşısı sayısı kadar dava söz konusudur¹⁶¹. Aynı davada birden fazla kişinin davanın davalı veya davacı tarafında ihtiyari dava arkadaşı olarak yer almaları yargılamanın gerektirdiği şekilde birlikte hareket etmeleri ve aynı tahkikat aşamasını paylaşmaları sadece şekli bakımdandır¹⁶².

Bir davanın aynı tarafında ihtiyari dava arkadaşı olarak yer alan kimseler kendi davalarının tarafı olurlar¹⁶³. Bu sebeptendir ki, ihtiyari dava arkadaşlığının

München, Univ., Diss., 1967, s. 49; ROSENBERG / SCHWAB / GOTTWALD, §40, N. 26ff., s. 201 vd.; ULUKAPI, s. 31; KARSLI, s. 273; ALANGOYA, Yavuz: **Medeni Usul Hukukunda Dava Ortaklığı (Tarafların Taaddüdü)**, 1965 Tıpkı Basım, İstanbul, Nemaş, 1999, s. 52; KURU / ARSLAN / YILMAZ, s. 207, 473; POSTACIOĞLU, s. 285; ALANGOYA / YILDIRIM / DEREN-YILDIRIM, s. 113. Ayrıca, iki taraf sistemi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KOCH, Harald, “Alternativen zum Zweiparteiensystem im Zivilprozeß - Parteübergreifende”, *Interessen und objektive Prozeßführungsrechte*, **KritV**, 1989, (s. 323-340), s. 323-340.

¹⁵⁸ PEKCANITEZ / TAŞ KORKMAZ, **Pekcanitez Usul**, §6, s. 685.

¹⁵⁹ HENDEM, s. 638.

¹⁶⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. ROSENBERG / SCHWAB / GOTTWALD, §48, N. 1, s. 240; VOGEL / SPÜHLER, §26, N. 59, s. 146; HK-ZPO / SAENGER / BENDTSEN, §59, N. 1; PRUTTING / GEHRLIN / GEHRLIN, **ZPO Kommentar** §§59, BAUMBACH / LAUTERBACH / ALBERS / HARTMANN, §59, Rdn. 2, s. 237; MUSIELAK / VOIT-WETH, §59, 60, N. 1-3, s. 312; ZEISS, §85, N. 745, s. 269; FASCHING, N. 364, s. 168; HABSCHIED, §21, N. 339-340, s. 121.

¹⁶¹ KURU / ARSLAN / YILMAZ, s. 480; Baki KURU, **Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. III**, 6. Baskı, İstanbul, Demir-Demir, 2001, s. 3337; KURU, **El Kitabı**, s. 556; POSTACIOĞLU, s. 289-290; ÜSTÜNDAĞ, s. 352; PEKCANITEZ / TAŞ KORKMAZ, **Pekcanitez Usul**, §6, s. 695.

¹⁶² ULUKAPI, s. 207; KURU / ARSLAN / YILMAZ, s. 504; KURU, **El Kitabı**, s. 556. Bu durum, yargılamanın yürütülmesinde gereksiz emek, zaman, gider kayıplarına engel olunması suretiyle tahkikati ve aynı zamanda yargılamayı çabuklaştırıp kolaylaştırma amaçlarına hizmet etmektedir (MUSIELAK / VOIT-WETH, §§59, 60, N. 2, s. 312; LUKE, Gerhard / RAUSCHER, Thomas / WAX, Peter / WENZEL, Joachim / WOLFGANG, Krüger (Hrsg), **Münchener Kommentar Zur Zivilprozessordnung: ZPO**: mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Band 1, §§1-354, 5. Aufl. München, 2012, §59, N. 2; ULUKAPI, s. 109). Bir davada taraflardan birinde yer alan ihtiyari dava arkadaşlarının her birinin davası esas bakımından diğerlerinin davasından bağımsızdır (HMK m. 58).

¹⁶³ ALANGOYA, s. 127; POSTACIOĞLU, s. 290; ULUKAPI, s. 224.

söz konusu olduğu bir durumda dava arkadaşlarından birinin nihai hükümdeki eksikliği veya unutulmuş bir şeyi fark etmesi ihtimalinde HMK m 305/A uyarınca hükümün tamamlanması talebinde bulunabilmesi mümkündür¹⁶⁴. İhtiyari dava arkadaşlığında hükümün tamamlanmasını her bir dava arkadaşı ayrı ayrı talep edebilir¹⁶⁵. Mahkemece verilecek olan tamamlayıcı ek karar yalnızca hükümün tamamlanması yoluna müracaat eden ihtiyari dava arkadaşı bakımından hüküm ifade eder.

İhtiyari dava arkadaşlarına mahkemenin verdiği nihai karar ayrı ayrı tebliğe çıkartılacağından hükümün tamamlanmasını talep süresinin başlangıcı da her bir ihtiyari dava arkadaşı bakımından farklılık arz edecektir¹⁶⁶.

c. Mecburi Dava Arkadaşlarının Hükümün Tamamlanmasını Talep Edip Edemeyeceği

Maddi hukuka göre bir hakkın birden fazla kimse tarafından birlikte kullanılması veya birden fazla kimseye karşı birlikte ileri sürülmesi ve tamamı hakkında tek hüküm verilmesi gereken hallerde mecburi dava arkadaşlığı mevcuttur (HMK m. 59). Mecburi dava arkadaşlığı hüküm ve sonuçları bakımından “*maddi mecburi dava arkadaşlığı*” ve “*şekli mecburi dava arkadaşlığı*” olarak ikiye ayrılır¹⁶⁷.

Mecburi dava arkadaşlığında¹⁶⁸ (*Notwendige Streitgenossenschaft*) davacı veya davalı tarafta birden fazla dava arkadaşı bulursa da dava arkadaşı sayısı kadar dava bulunmamaktadır¹⁶⁹. Maddi mecburi dava arkadaşlığında tek bir dava söz konusudur¹⁷⁰. Maddi mecburi dava arkadaşlığında dava arkadaşları hakkında tek bir hüküm verilmesi esası geçerlidir¹⁷¹.

¹⁶⁴ ÇAVUŞ, s. 236; HENDEM, s. 639.

¹⁶⁵ AKKAYA, s. 43; HENDEM, s. 639.

¹⁶⁶ ÇAVUŞ, s. 244.

¹⁶⁷ ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYYVAZ / HANAĞASI, s. 582.

¹⁶⁸ HMK m. 59; karşı: dZPO §62. Ayrıntılı bilgi için bkz. BICHLER, Hans Wolfgang, **Die Notwendige Beilandung**, Inaugural-Dissertation zur Erlangung des Doktorgrades der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Johann Wolfgang Goethe-Universität zu Frankfurt am Main, 1966, §4, s. 48; BAUMBACH / LAUTERBACH / ALBERS / HARTMANN, §62, Rdn. 2, s. 241; VOGEL / SPUHLER, §26, N. 47, s. 143; ZEISS, §85, N. 747, s. 270; MUSIELAK / VOIT-WETH, §62, N. 1-2, s. 319; PRUTING / GEHRLEIN / GEHRLEIN, **ZPO Kommentar** §62, Rdn. 1, s. 274; HK-ZPO / SAENGER / BENDTSEN, §62, N. 1, s. 204-205; ROSENBERG / SCHWAB / GOTTWALD, §49, Rdn. 1-2-, s. 244; FASCHING, N. 364, s. 168; HABSCHEID, §21, N. 341ff., s. 121-125; BRUNS, §9, s. 86.

¹⁶⁹ ULUKAPI, s. 143, 149.

¹⁷⁰ ULUKAPI, s. 186. Mahkemece yapılacak tahkikat ve yargılama işlemlerinde mecburi dava arkadaşlarının birlikte hareket etme zorunlulukları mevcuttur (KARSLI, s. 314). Maddi mecburi dava arkadaşlığında

Maddi mecburi dava arkadaşlığında dava arkadaşları açılan davanın tarafıdır. Mecburi dava arkadaşlığının söz konusu olduğu bir durumda dava arkadaşları mahkemece verilen nihai kararda eksiklik veya boşluk olduğunu tespit ederlerse HMK m. 305/A uyarınca hükmün tamamlanmasını talep edebilirler¹⁷². Mecburi arkadaşlarının hep birlikte hareket etmeleri zorunlu olduğundan bütün dava arkadaşlarının beraberce hükmün tamamlanması talebinde bulunmaları gerekir¹⁷³.

Şekli mecburi dava arkadaşlığında da dava arkadaşları davanın tarafı sıfatına sahiptir. Şekli mecburi dava arkadaşlarının maddi mecburi dava arkadaşlarından farklı olarak birlikte hareket etme zorunlulukları yoktur¹⁷⁴. Bu sebeple şekli mecburi dava arkadaşları HMK m. 305/A uyarınca hükmün tamamlanmasını ayrı ayrı talep edebilirler¹⁷⁵.

4. Özellik Arz Eden Bazı Durumlar Bakımından Hükmün Tamamlanması Talebinde Bulunabilecek Olan Kimseler

a. Cumhuriyet Savcısının Davada Taraf Olarak Yer Aldığı Hukuk Davalarında Hükmün Tamamlanması Talebi

Kanun koyucu, kamu yararının korunmasının gerekli olduğu bazı durumlarda Cumhuriyet Savcısına hukuk davası açma yetkisi tanımıştır¹⁷⁶. Cumhuriyet savcısının HMK m. 70 uyarınca taraf olarak yer aldığı bir hukuk davasında yargılamada ileri sürülen veya kendiliğinden hükme geçirilmesi gereken hususlarda kısmen veya tamamen karar verilmediği gerekçesiyle hükmün tamamlanması yoluna müracaat edebilmesi mümkündür¹⁷⁷.

b. Çekişmesiz Yargıda Hükmün Tamamlanması Talebi

Çekişmesiz yargıda çekişme bulunmadığı için birbirleriyle uyumsuzluk içinde olan iki taraf yoktur¹⁷⁸. Taraf kavramı yerine çekişmesiz yargıda “*ilgili*”

birden fazla kişi birlikte dava açmalı veya birden fazla kişiye karşı birlikte dava açılmalıdır (HMK m. 60/c. 1, 2). Ortada tek bir dava söz konusu olduğu için nihai kararda bütün dava arkadaşlarının isimlerinin yazılması önem arz etmektedir. Aksi halde, bu konuda yapılacak herhangi bir yanlışlık, özellikle cebri icra aşamasında problemlerin yaşanmasına sebebiyet verecektir (YARDIMCI, Taner Emre, **Hukuk Davalarında Mecburi Dava Arkadaşlığı**, Ankara, Adalet, 2021, s. 554; KARAASLAN / KARAASLAN, s. 569).

¹⁷¹ KARSLI, s. 313.

¹⁷² ÇAVUŞ, s. 235.

¹⁷³ AKKAYA, s. 43, dn. 66.

¹⁷⁴ ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 555, 556.

¹⁷⁵ HENDEM, s. 639.

¹⁷⁶ ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 138.

¹⁷⁷ ÇAVUŞ, s. 236.

¹⁷⁸ ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 79; KARSLI, s. 45.

söz konusudur¹⁷⁹. *Kanaatimizce* çekişmesiz yargıda talep edilmesine karşılık hakkında hüküm verilmeyen veya re'sen hükme geçirilmesi gerekli olmasına rağmen hükümde yer verilmeyen hususların *-taraf olmamakla birlikte-* ilgili sıfatına sahip olan kimselere hükmün tamamlanmasına konu edilebilmesi mümkündür¹⁸⁰. Ayrıca, çekişmesiz yargı sonucunda verilecek olan karardan hukuki durumları etkilenen üçüncü kişiler de maddi anlamda ilgili olarak değerlendirilebileceğinden hükmün tamamlanması talebinde bulunmaları mümkündür¹⁸¹.

c. Karşı Davada Hükmün Tamamlanması Talebi

Açılmış ve görülmekte olan bir davada davalı tarafın cevap dilekçesinde asıl davanın davacısına karşı aynı mahkemede (ve aynı dosyada) dava açmasına “*karşı dava*” denilmektedir¹⁸² (HMK m. 132-133). Karşı dava hakkında ayrı bir karar verilmemiş olması durumunda davalı veya davacı tarafından hükmün tamamlanması talep edilerek bu eksikliğin ek karar ile giderilmesi sağlanabilir¹⁸³. Bu doğrultuda karşı davada yargılamanın davalı veya davacı tarafları taraf sıfatını haiz olduklarından HMK m. 305/A uyarınca hükmün tamamlanması yoluna gidebilirler¹⁸⁴. Hukuki yararı bulunan asıl davanın veya karşı davanın davacı veya davalıları talepte bulunarak hükmün tamamlanması yoluna müracaat edebilirler¹⁸⁵.

d. Birleşen Davalarda Hükmün Tamamlanması Talebi

Aynı yargı çevresinde yer alan aynı düzey ve sıfattaki hukuk mahkemelelerinde ayrı ayrı açılmış ve hala görülmekte olan davaların aralarında bağlantı bulunması ihtimalinde davanın her aşamasında talep üzerine veya kendiliğinden ilk davanın açıldığı mahkemede birleştirilmesi mümkündür¹⁸⁶ (HMK m. 166/f. 1). Davaların birleştirilmesi kararı üzerine mahkemece (birleştirilen) davalardan biri hakkında karar verilmemiş olduğu fark edilirse hükmün tamamlanması

¹⁷⁹ KARSLI, s. 45.

¹⁸⁰ Bu görüşte bkz. ÇAVUŞ, s. 237; AKKAYA, s. 36; BELGİN GÜNEŞ, s. 317.

¹⁸¹ ÇAVUŞ, s. 237.

¹⁸² KURU / ARSLAN / YILMAZ, s. 524.

¹⁸³ KARAASLAN / KARAASLAN, s. 568.

¹⁸⁴ TUTUMLU, s. 411.

¹⁸⁵ KARAASLAN / KARAASLAN, s. 572.

¹⁸⁶ ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 569; KURU / ARSLAN / YILMAZ, s. 491; KARSLI, s. 696.

yoluna müracaat edilebilir¹⁸⁷. Nitekim birleşen davada davacı veya davalı olarak yer alan kişiler taraf sıfatını haiz olduklarından hükmün tamamlanması talebinde bulunabilirler¹⁸⁸.

F. Hükmün Tamamlanmasını Talep Bakımından “Hukuki Yarar”

Hükmün tamamlanmasını talep edebilmek için “*hukuki yararın*” bulunması gerekmektedir¹⁸⁹. HMK m. 114/f. 1, (h) uyarınca hukuki yarar bir dava şartıdır. Kanunda dava şartı olarak düzenlenen hukuki yarar esasen daha geniş bir kavramı karşılar¹⁹⁰. Bu sebeple, sadece dava açarken değil; aynı zamanda mahkemenin herhangi bir talepte bulunurken de bu talebin sonucunda elde edilecek bir menfaatin var olması gerekmektedir¹⁹¹.

HMK m. 305/A uyarınca hükmün tamamlanması yoluna müracaat edilirken talep sahibinin “*somut*” ve “*güncel*” bir hukuki yararının bulunması şarttır¹⁹². Nihai kararın taraflara tebliğinden itibaren bir ay içerisinde karar verilmeyen hususlar hakkında istinaf yoluna gitmek veya yeni bir dava açmak yerine hüküm veren mahkemeden HMK m. 305/A uyarınca ek karar talep etmek hukuki yarar açısından daha uygundur¹⁹³.

HMK m. 305/A’da öngörülen hükmün tamamlanması bakımından tarafların hukuki yararı nihai kararda gözden kaçırılarak hükme geçirilmeyen talep bakımından mahkemece ek bir karar elde edilmesidir¹⁹⁴. Zira ilk derece mahkemesi nihai kararını ortaya koyduktan sonra dosyadan el çekmiş olacaktır¹⁹⁵. Bu durum, hükmün verilmesiyle hakimlik sona erer anlamına gelen “*Lata sententia iudex desinit esse iudex*” prensibinin Roma’dan günümüze kadar gelmesinin bir sonucudur¹⁹⁶. Bunun için kural olarak taraflardan birinin talebi üzerine dosyanın mahkemece incelenerek tekrardan karar verilebilmesi hükümde değişiklik veya

¹⁸⁷ KARAASLAN / KARAASLAN, s. 568.

¹⁸⁸ TUTUMLU, s. 411; KARAASLAN / KARAASLAN, s. 572.

¹⁸⁹ AKKAYA, s. 46; ÇAVUŞ, s. 247; BELGİN GÜNEŞ, s. 321.

¹⁹⁰ HANAĞASI, Emel, **Davada Menfaat**, Yetkin, Ankara, 2009, s. 27.

¹⁹¹ HENDEM, s. 633; HANAĞASI, s. 86.

¹⁹² AKKAYA, s. 46; ÇAVUŞ, s. 247; BELGİN GÜNEŞ, s. 321.

¹⁹³ HENDEM, s. 633-634.

¹⁹⁴ ÇAVUŞ, s. 247; AKKAYA, s. 46.

¹⁹⁵ KURU / ARSLAN / YILMAZ, s. 450; ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYYAZ / HANAĞASI, s. 527.

¹⁹⁶ Digesta 42.1.55. Ulphian (STERCHI, M. H., Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, Staempfli, Bern, 2012, Art. 334, N. 2).

düzeltilme yapılabilmesi mümkün değildir¹⁹⁷. Bu sebeple nihai kararını vererek dosyadan el çeken mahkemenin eksik bıraktığı hususları giderebilmesi bakımından taraflarca HMK m. 305/A (dZPO §321) hükmün tamamlanması yoluna müracaat edilmesi bakımından hukuki yararları mevcuttur.

Ayrıca nihai kararın verilmesinden sonra istinafa müracaat edilmesi durumunda kanun yoluna başvuran tarafın HMK m. 305/A'da öngörülen hükmün tamamlanmasını da talep etmesinde herhangi bir engel bulunmamaktadır¹⁹⁸. Böyle bir durumda hükmün tamamlanması talebinde bulunan tarafın hukuki yararının varlığından söz edilebilir.

Hükmün tamamlanması yoluna hukuki menfaati olan taraflardan herhangi birinin gidebilmesi mümkündür. Hükmün tamamlanmasına müracaat edecek kimsenin yargılamada eksik bırakılan talebi ileri sürmüş olan taraf olması şart değildir¹⁹⁹. *Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre*, mahkemenin nihai kararının HMK m. 305/A uyarınca hükmün tamamlanmasını talep eden tarafın lehine ya da aleyhine olmasının bir önemi yoktur²⁰⁰. Davacı veya davalıdan her birinin mahkemeye yöneltilen talepler konusunda olumlu ya da olumsuz bir hüküm verilmesi bakımından hukuki yararı mevcuttur²⁰¹.

HMK m. 305/A'da öngörülen prosedüre müracaat bakımından hukuki yarar mevcut değilse mahkemece hükmün tamamlanması talebinin reddine karar verilmesi gerekmektedir²⁰².

G. Hükmün Tamamlanması Talebinin İlk Hükmün Kesinleşmesine ve Cebri İcrasına Etkisi

Hükmün tamamlanması talebinde bulunulmuş olması mahkemece verilen nihai kararın kesinleşmesini önlemez²⁰³. Mahkemece verilen ilk kararın tamamlanması talep edilmiş olsa da kanun yoluna müracaat etme süresi işlemeye devam eder²⁰⁴. Hükmün tamamlanması talebinde bulunulmuş olması verilen nihai kararın kanun yollarına götürülmesine engelleyici bir etki doğurmaz²⁰⁵. *Kanaa-*

¹⁹⁷ GÖRGÜN / BÖRÜ / KODAKOĞLU, s. 613.

¹⁹⁸ KARAASLAN / KARAASLAN, s. 572.

¹⁹⁹ BELGİN GÜNEŞ, s. 321.

²⁰⁰ AKKAYA, s. 44.

²⁰¹ AKKAYA, s. 44.

²⁰² KARAASLAN / KARAASLAN, s. 572.

²⁰³ PEKCANİTEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 443; AKKAYA, s. 49.

²⁰⁴ TANRIVER, s. 1135; AKKAYA, s. 49.

²⁰⁵ TANRIVER, s. 1035; BELGİN GÜNEŞ, s. 322.

timizce burada asıl hükme karşı kanun yoluna müracaat süresinin ek kararın tebliğinden itibaren başlatılması daha isabetli olacaktır²⁰⁶.

Hükmün tamamlanması talebinde bulunulmuş olsa dahi verilen ilk karara karşı süresi içerisinde kanun yoluna müracaat edilmezse bu hüküm şeklen kesinleşir²⁰⁷.

Hükmün tamamlanması kurumuna müracaat edilmesi takip hukuku bakımından da sonuçlar doğurur. Tamamlama kararlarının tahkimde hakem kararının bir parçasını oluşturacağını ifade eden²⁰⁸ HMK m. 437/f. 5'e ilişkin düzenleme HMK m. 305/A'da yer almamıştır²⁰⁹. Dolayısıyla, mahkemece verilen nihai karar ile tamamlama sonucu verilen ek kararın ayrı ayrı cebri icraya konu edilip edilemeyeceği meselesi *doktrinde* tartışma konusu olmuştur²¹⁰. *Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre* tamamlayıcı ek karar ilk karardan bağımsız değildir²¹¹. Bu sebeple ek karar ilk karardan bağımsız olarak cebri icraya konu edilemez²¹². Mahkemece verilen nihai karara karşı gerçekleştirilen cebri icra takibi ile birlikte ek kararın da icra edilmesi istenebilir²¹³. *Doktrinde ileri sürülen ve bizim de katıldığımız görüşe göre* mahkemece verilen nihai karar ile tamamlama sonucu verilen ek karar bağımsız kararlardır²¹⁴. Zira tamamlayıcı ek karar ilk kararda hüküm kurulmayan eksik bırakılan hususlarda karar verilmesini temin eder²¹⁵ ve temel işlevi ilk hükmün düzeltilmesi²¹⁶ veya ortadan kaldırılması değildir²¹⁷. Bu sebeple, hükmün tamamlanmasına ilişkin yargılama ilk yargılamadan bağımsız kararlar verilmesi sonucunu doğurur. Dolayısıyla, doktrinde de

²⁰⁶ HENDEM, s. 652.

²⁰⁷ AKKAYA, s. 49.

²⁰⁸ SELÇUK, s. 282; BAHADIR, s. 525. MTK m. 14/B'de de hakem heyeti tarafından verilecek olan tamamlama kararlarının "*hakem kararının bir parçasını oluşturacağı*" öngörülmüştür (KALAFATOĞLU, Mehmet Polat, "Milletlerarası Tahkim Kanunu Uyarınca Hakem Kararı Hakkında Düzeltme, Yorum ve Tamamlama Kararları ve Bu Kararların İptali Davası Açama Süresine Etkisi", **Public and Private Law Bulletin**, 40(1), 2020, (s. 25-53), s. 39).

²⁰⁹ Doktrinde bu hususa ilişkin olarak getirilen eleştiriler için bkz. PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, **Değişiklikler**, s. 283; BAHADIR, s. 525.

²¹⁰ PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, **Değişiklikler**, s. 283; BAHADIR, s. 525.

²¹¹ ÖZTEK / TAŞPINAR AYVAZ / KALE, s. 137; BELGİN GÜNEŞ, s. 324; BAHADIR, s. 525.

²¹² BELGİN GÜNEŞ, s. 324.

²¹³ BELGİN GÜNEŞ, s. 324.

²¹⁴ BAHADIR, s. 525.

²¹⁵ BAUMBACH / LAUTERBACH / ALBERS / HARTMANN, N. 2.

²¹⁶ MUSIELAK / VOIT, **ZPO §321**, N. 3; SAENGER, **ZPO §321**, N. 3; BGH NJW 19, 1527, 1530; 06, 1351, 1352; BAG NZA 12, 582.

²¹⁷ BAHADIR, s. 525-526.

ifade edilen şekilde kendi başlarına birer ilam niteliğini kazanan ilk karar ile tamamlayıcı ek kararın beraberce cebri icraya konu edilmesi de gerekmemektedir²¹⁸. Bu sebeple, hükmün tamamlanması talebinde bulunulmuş olması mahkemece verilen nihai kararın cebri icrasına engel teşkil etmez²¹⁹. Taraflarca hükmün tamamlanması yoluna müracaat edilmiş olsa da verilen ilk kararın icra edilmesi söz konusu olabilir. Ayrıca mahkemece verilen ilk hükmün cebri icraya konu edilmesi de HMK m. 305/A'da öngörülen süre içerisinde hükmün tamamlanması talebinde bulunulmasına engel teşkil etmez²²⁰.

Netice itibariyle, HMK m. 305/A'de öngörülen hükmün tamamlanması yargılaması, nihai kararın verildiği ilk yargılamadan farklı olduğundan mahkemece verilen ilk hükmün kesinleşmesine ve cebri icrasına herhangi bir etkisi olmaz.

SONUÇ

Mahkemenin görevi uyuşmazlığın taraflarınca ileri sürülen talepler ile masraflar hakkında nihai bir karar vermektir. Bunun amacı hukuki kesinlik ve barış yaratmaktır. Ancak mahkemece verilen kararın eksik olması ihtimalinde bu amaçlara ulaşılamaz. Bu durumda Alman hukukunda kanun koyucu hukuki uyuşmazlığın çözülmemiş kısmına ilişkin bir kararla hükmün tamamlanmasına karar verilebileceğini Alman Medeni Usul Kanunu §321'de öngörmektedir. Türk hukukunda ise hükmün tamamlanması müessesesi 28.07.2020 tarihli ve 7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un yürürlüğe girmesi ile birlikte Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenmiştir. Böylelikle hukuk yargılamasında hükmün tamamlanması HMK m. 305/A'da öngörülmüştür. Türk hukukunda halihazırda tahkim yargılaması için HMK m. 437/f. 4'te düzenlenmiş olan hükmün tamamlanması kurumunun devlet yargısı bakımından da kabul edilmesi *kanaatimizce* oldukça önemli bir gelişmedir. Zira HMK m. 305/A'da öngörülen hükmün tamamlanması ile devlet yargısı bakımından nihai kararda eksik bırakılan talepler hakkında kısa sürede ek karar verilmesi sağlanarak adaletin bir an evvel sağlanması temin edilebilir.

7251 sayılı Kanun değişikliği ile hükmün tamamlanmasının Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 305/A'ya eklenmesinden önce bu konuda herhangi bir

²¹⁸ BAHADIR, s. 526.

²¹⁹ TANRIVER, s. 1135; AKKAYA, s. 50; BELGİN GÜNEŞ, s. 322; HENDEM, s. 627-628.

²²⁰ AKKAYA, s. 50.

düzenleme bulunmaması sebebiyle hissedilen eksiklik kanun yoluna müracaat edilerek giderilmekteydi. Bu sebeple, HMK m. 305/A'ya eklenen hükmün tamamlanmasına ilişkin düzenleme kanun yoluna müracaat edilerek yaşanan zaman kaybını gidermektedir ve böylelikle usul ekonomisi ilkesine (HMK m. 30) de hizmet etmesi bakımından *kanaatimizce* isabetli bir düzenlemedir.

Hükmün tamamlanmasına müracaat edebilmek için gerekli olan şartlar hakkında açıkça sayılmamıştır. Diğer taraftan, gerek Alman hukukunda (dZPO §321) gerekse de Türk hukukunda hükmün tamamlanmasının düzenlendiği maddeler (HMK m. 305/A - m. 306) değerlendirildiğinde bahsi geçen müesseye müracaat edebilmek bakımından bazı şartların mevcut olduğundan görülmektedir. Bu kapsamda hükmün tamamlanmasını şartları; (1) Hükmün tamamlanması talebine konu edilebilecek nihai bir mahkeme kararının bulunması, (2) yargılamada ileri sürülen veya kendiliğinden hükme geçirilmesi gereken bir hususta kısmen veya tamamen karar verilmemiş olması, (3) nihai karardaki bu eksikliğin gözden kaçırılmış bir eksiklik olması, (4) hükmün tamamlanmasına ilişkin talebin usulüne uygun bir şekilde ve süresinde yapılmış olması şeklindedir. Görüldüğü üzere, hükmün tamamlanması için gerekli olan şartlardan biri tarafların bu yöndeki talebinin var olmasıdır. Çalışmamızda, hükmüne tamamlanmasının talep şartı incelenmiştir. Hükmün tamamlanmasına müracaat bakımından gerekli olan talep şartı konusunda ulaştığımız sonuçları aşağıdaki şekilde açıklayabiliriz:

- 1) dZPO §321 Abs. 2 ve HMK m. 305/A'da hükmün tamamlanması kurumuna tarafların talebi üzerine müracaat edilebileceği açıkça ifade edilmektedir. Hâkim verdiği kararda, eksik kalan veya unutilan hususların bulunduğunu sonradan fark etse dahi bunu kendiliğinden tamamlayamaz. dZPO §321 Abs. 2 ile HMK m. 305/A'da kabul edilen hükmün tamamlanmasına müracaat bakımından ön koşulun tarafların bu yöndeki taleplerinin olması şeklindeki düzenleme medeni usul hukukunda geçerli olan ilkelere uygundur. Zira hükmün tamamlanmasına ilişkin olarak kanunda öngörülen düzenleme taleple bağluluk (HMK m. 26) ve tasarruf ilkeleri (HMK m. 24) ile uyumludur.
- 2) Hükmün tamamlanması talebi eksik hükmü veren mahkemeye yöneltilmelidir. Hakimlerde değişiklik olması durumunda dahi hükmün tamamlanmasının talebinin ileri sürüleceği ilk kararı veren görevli ve yetkili mahkemede değişiklik olmaz. Hükmün tamamlanması hükmü veren mahkemeden yazılı olarak talep edilebilir. Hükmün tamamlanması için taraflardan birinin dilekçeyle müracaat etmesi zorunludur. Taraflar buna ilişkin dilekçelerinde “*ek karar*” verilmesini isteyebilirler. Hükmün tamamlanmasına ilişkin di-

lekçede hükmün verildiği ilk davada ileri sürülmeyen taleplerde bulunulamaz. Hâkim dilekçede tarafların talebinden başka eksik hususlar bulunduğunu fark etse dahi kendiliğinden bunları inceleyemez.

- 3) Hükmün tamamlanmasına yönelik talep, süresi içinde yapılmalıdır. Türk hukukunda HMK m. 305/A'da hükmün tamamlanmasının nihai kararın tebliğinden itibaren bir ay içerisinde yapılabileceği öngörülmüştür. Alman hukukunda dZPO §321'de ise hükmün tamamlanmasına ilişkin süre iki haftadır. Türk hukukunda hükmün tamamlanması talebinin gerçekleştirilebileceği bir aylık sürenin başlangıcı bakımından nihai kararın tebliğ edilmesi gerektiğinden yalnızca hükmün tefhimi talep süresinin başlamasını sağlamaz. Bununla birlikte dZPO §321 Abs. 2'de hükmün tamamlanması talebinin kısa kararın tefhiminden itibaren iki hafta içinde yapılabileceği öngörülmektedir. Alman hukukunda dZPO §321 Abs. 2'de düzenlenen iki haftalık sürenin kısa kararın tefhiminden itibaren başlayabilmesi için ek karar ihtiyacının kısa karardan açıkça anlaşılabilmesi gerekmektedir. Hükmün tamamlanması için kanunda öngörülen süre hak düşürücü süredir. Bu sebeple, kanunda öngörülen süreler geçtikten sonra hükmün tamamlanması talebinde bulunulamaz.
- 4) Taraflardan her biri hükmün tamamlanması yoluna müracaat edebilir. Hükmün tamamlanmasına müracaat edebilecek olan kimsenin hükme geçirilmeyerek eksik bırakılan talebi ileri sürmüş olan taraf olması şart değildir.

Hükmün tamamlanmasına müracaat edebilecek olan kimselerin dava ehliyetine sahip olması gerekir. Ayrıt etme gücüne sahip olmayan küçük veya kısıtlıların davanın tarafı olduğu durumlarda hükmün tamamlanmasına başvuracak olan kimse yasal temsilcidir. Vekil ile takip edilen davalar bakımından hükmün tamamlanması yoluna vekil tarafından müracaat edilebilir. Hükmün tamamlanması davaya vekalette özel yetki verilmesini gerektiren durumlardan (HMK m. 74) değildir. Fer'i müdahil yargılamada taraf sıfatını haiz olmadığı için hükmün tamamlanması talebinde bulunamaz. Asli müdahil ise açtığı dava bakımından taraf sıfatını haizdir. Bu sebeple, asli müdahilin taraf olduğu dava bakımından hükmün tamamlanması talebini tek başına gerçekleştirebilmesi mümkündür. İhtiyari dava arkadaşlığının bulunduğu bir durumda, ihtiyari dava arkadaşları kendi davalarının tarafıdır. Bu sebeple, ihtiyari dava arkadaşlarının her biri, hükmü tamamlanması talebinde bulunabilirler. Mecburi dava arkadaşlığında, dava arkadaşlarından her biri, taraf sıfatını haizdir. Mecburi dava arkadaşlığının var olduğu bir durumda dava arkadaşlarının hepsinin hükmün tamamlanması talebinde bulunması gerekmektedir.

- 5) Hükümün tamamlanması talebinde bulunurken talep sahibinin somut ve güncel bir hukuki yararının olması gerekir. Hükümün tamamlanması bakımından tarafların hukuki yararı nihai kararda gözden kaçırılarak hükme geçirilmeyen talep bakımından ek bir karar verilmesidir. Hukuki yararı bulunmayan bir kişi tarafından hükümün tamamlanması yoluna müracaat edilirse mahkemece talebin reddedilmesi gerekir.
- 6) Hükümün tamamlanmasına müracaat edilmesi, mahkemece verilen nihai kararın kanun yoluna götürülmesine engel teşkil etmez. Hükümün tamamlanması talebinde bulunulmuş olması asıl kararın icrasına engel olmaz.

Hakem Değerlendirmesi : Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması : Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review : *Externally peer-reviewed.*

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

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

KAYNAKÇA

- AKKAYA, Tolga: “Medeni Usul Hukukunda Hükmün (Nihai Kararların) Tamamlanması”, **AHBVÜ-HFD**, C. 25, S. 1, 2021, (s. 19-60).
- ALANGOYA, Yavuz: **Medeni Usul Hukukunda Dava Ortaklığı (Tarafların Taaddüdü)**, 1965 Tıpkı Basım, İstanbul, Nemaş, 1999.
- ALANGOYA, Yavuz / YILDIRIM, M. Kâmil / DEREN-YILDIRIM, Nevhis: **Medeni Usul Hukuku Esasları**, 8. Bs., İstanbul, Beta, 2011.
- ANDERS, Monika / GEHLE, Burkhard, **Zivilprozessordnung: ZPO**, 81. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2023.
- ANSAY, Sabri Şakir, **Hukuk Yargılama Usulleri**, 7. Baskı, Ankara, 1960.
- ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder / TAŞPINAR AYVAZ, Sema / HANAĞASI, Emel, **Medeni Usul Hukuku**, Güncellenmiş 8. Baskı, Yetkin, Ankara, 2022.
- ARSLANDOĞAN, Birce: “Alman Yargılama Hukukundaki Düzenleme İşığında Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun ‘Hükmün Tamamlanması’ Başlıklı 305/A Hükmüne İlişkin Değerlendirmeler”, **KHAS-HFD**, C. 9, S. 1, 2021, (s. 117-133).
- ATALI, Murat, **Medeni Yargılama Usulünde Davanın İhbarı**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007.
- ATALI, Murat / ERMENEK, İbrahim / ERDOĞAN, Ersin, **Medenî Usûl Hukuku**, 5. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2022.
- BAHADIR, Zeynep: “Medenî Yargıda Hükmün Tamamlanmasının Hükmün Kesinleşmesi ve Cebrî İcrası Bakımından Etkisi”, **İHM**, C. 80, S. 2, 2022, (s. 507-536).
- BAUMBACH Adolf / LAUTERBACH, Wolfgang / ALBERS, Jan / HARTMANN, Peter, **Zivilprozeß-ordnung**, 58. Aufl., München, Verlag C.H. Beck, 2000.
- BELGESAY, Mustafa Reşit, **Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, Birinci Cilt, İstanbul, 1939.
- BELGİN GÜNEŞ, Derya, “Medeni Usul Hukukunda Hükmün Tamamlanması (HMK m. 305/A)” **İNÜHFD**, C. 12, S. 1, 2021, (s. 313-328).
- BERGERFURTH, Bruno, **Der Zivilprozeß, Klage-Urteil-Rechtsmittel**, Rudolf Haufe Verlag, Freiburg, 1968.

- BERKİN, Necmeddin M., **Tatbikatçılara - Medeni Usul Hukuku Rehberi**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1982.
- BICHLER, Hans Wolfgang, **Die Notwendige Beilandung**, Inaugunal-Dissertation zur Erlangung des Doktorgrades der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Johann Wolfgang Goethe-Universität zu Frankfurt am Main, 1966.
- BİLGE, Necip / ÖNEN, Ergun, **Medeni Yargılama Hukuku Dersleri**, 3. Bs., Ankara, 1978.
- BİLGE, Necip, **Medeni Yargılama Hukuku Dersleri**, 2. Bs., Ankara, 1967.
- BLOMEYER, Arwed, **Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren**, Zweite überarbeitete Auflage, Berlin, 1985.
- BOCKERMANN, Bernhard: "Ablehnung eines Sachverständigen oder Richters durch Streitverkündung oder Klageerhebung", **Monatsschrift für Deutsches Recht**, 23/2002, (s. 1348-1352).
- BORAN GÜNEYSU, Nilüfer, **Medenî Usûl Hukukunda Karar**, Ankara, Yetkin, 2014.
- BUDAK, Ali Cem / KARAASLAN, Varol, **Medenî Usul Hukuku**, 5. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2021.
- BUDAK, Ali Cem, **Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması**, İstanbul, Beta Basım, 2000.
- BRUNS, Rudolf, **Zivilprozeßrecht (Ein systematische Darstellung)**, Berlin u. Frankfurt a.M., Verlag Franz Vahlen, 1968.
- ÇAVUŞ, Burcu: **Medenî Usûl Hukukunda Hükmün Tamamlanması**, On İki Levha, İstanbul, 2022.
- DE BOOR, Hans-Otto, **Zur Lehre vom Parteiwechsel und vom Parteibegriff**, in Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Dr. Heinrich Sieber, Bd. II, Leipzig, 1943.
- DEREN-YILDIRIM, Nevhis, **Türk, İsviçre ve Alman Medeni Usul Hukukunda Kesin Hükmün Sübjektif Sınırları (Kesin Hükmün 3. Kişilere Sirayeti Sorunu)**, İstanbul, Alfa Basım, 1996.
- ELZER, Oliver, **Beck'scher Online Kommentar ZPO**, (Hrsg: Vorwerk / Wolf), 40. Edition, 2023.
- ERİŞİR, Evrim, **Medeni Usûl Hukukunda Taraf Ehliyeti**, İzmir, Güncel Hukuk Yayınları, 2007.
- FASCHING, W. Hans, **Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen**, 3. Band, 2. Auflage, Wien, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2004 (*Kommentar*).
- FASCHING, W. Hans, **Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts: Lehr- und Handbuch für Studium und Praxis**, Wien, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1984.

FISCHER, Philipp / LIEDER, Jan: “Die Streitverkündungsklage in der neuen schweizerischen Zivilprozessordnung und ihre Bedeutung für das deutsche Zivilprozessrecht”, **ZZPInt** 16 (2011), (s. 219-261).

GOLDSCHMIDT, James, **Zivilprozessrecht**, Verlag von Julius Springer, Berlin, 1929.

GÖRGÜN, Şanal L. / BÖRÜ, Levent / KODAKOĞLU, Mehmet, **Medenî Usûl Hukuku**, Değiştirilmiş, Genişletilmiş ve Yargı Kararları İşlenmiş 12. Baskı, Ankara, Yetkin, 2023.

GRUNSKY, Wolfgang, **Grundlagen des Verfahrensrechts, Eine rechtsvergleichende Darstellung von ZPO, FGG, VwGO, FGO und SGG**, 2. Auflage, Bielefeld, 1974.

GULDENER, Max, **Schweizerisches Zivilprozeßrecht**, Dritte verbesserte und vermehrte Auflage, Zurich, Schulthess Verlag, 1979.

HABERBECK, Philipp H., Streitverkündung und Nebenintervention im Schlichtungsverfahren? *in*: Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht (ZZZ), 2013, Heft 32, (s. 269-275), s. 275.

HABSCHEID, Walter. J., **Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, Ein Lehrbuch seiner Grundlagen** (unter Mitarbeit von lic. İur. Stephan Berti), (Das Recht in Theorie und Praxis), Verlag Helbing & Lichtenhahn, Basel und Frankfurt am Main, 1986.

HANAĞASI, Emel, **Davada Menfaat**, Yetkin, Ankara, 2009.

HENDEM, Burcu: “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Yeni Bir Düzenleme: Hükmün Tamamlanması”, **MİHDER**, C. 17, S. 49, 2021, (s. 611-655).

HÄFLIGER, Ruth, **Die Parteifähigkeit im Zivilprozess**, Zürich, Schulthess Verlag, 1987.

KALAFATOĞLU, Mehmet Polat, “Milletlerarası Tahkim Kanunu Uyarınca Hakem Kararı Hakkında Düzeltme, Yorum ve Tamamlama Kararları ve Bu Kararların İptali Davası Açama Süresine Etkisi”, **Public and Private Law Bulletin**, 40(1), 2020, (s. 25-53).

KALE, Serdar, **Medeni Yargılamada Taraf Ehliyeti**, İstanbul, On İki Levha, 2010.

KARAASLAN, Erol / KARAASLAN, Varol, “Hükmün Tamamlanması”, **İMÜHFD**, 8(2), 2021, (s. 557-578).

KARAFAKİH, İsmail Hakkı, **Hukuk Muhakemeleri Usulü Esasları**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Ankara, 1952.

KARSLI, Abdurrahim, **Medeni Muhakeme Hukuku**, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2020.

KITTNER, Thomas, Streithilfe und Streitverkündung, **JuS**, 1985, Heft 9, (s. 703-707).

KILIÇOĞLU, Ahmet M., **Türk Borçlar Hukukunda Kanuni Halefiyet**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1979.

- KOCH, Harald, “Alternativen zum Zweiparteiensystem im Zivilprozeß - Parteiübergreifende”, Interessen und objektive Prozeßführungsrechte-, **KritV**, 1989, (s. 323-340).
- KODAKOĞLU, Mehmet, **Medenî Usul Hukukunda Aslî Müdahale**, Ankara, Legem Yayıncılık, 2018.
- KONURALP, Haluk: “Davanın İhbar Edildiği Kimsenin İhbar Edeni Temsil Etmesi”, **Prof. Dr. Yaşar Karayalçın’a 65. Yaş Armağanı**, Ankara, 1988, (s. 553-566).
- KUMMER, Max, **Grundriss des Zivilprozessrechts**, Dritte Auflage, Stämpfli, Bern, 1978.
- KURU, Baki / ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder, **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, 6100 sayılı HMK’na Göre Yeniden Yazılmış 24. Bs., Ankara, Yetkin, 2013.
- KURU, Baki / AYDIN, Burak, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, 6. Baskı, Yetkin, Ankara, 2021 (*İstinaf*).
- KURU, Baki / AYDIN, Burak, **Medeni Usul Hukuku El Kitabı, Cilt 2**, Yetkin, Ankara, 2021 (C. 2).
- KURU, Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı**, İstanbul, Alfa Basım, 1995 (*El Kitabı*).
- KURU, Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. III**, 6. Bs., İstanbul, Demir-Demir, 2001 (C. III).
- KURU, Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. IV**, 6. Bs., İstanbul, Demir-Demir, 2001 (C. IV).
- LUKE, Gerhard / RAUSCHER, Thomas / WAX, Peter / WENZEL, Joachim / WOLFGANG, Krüger (Hrsg), **Münchener Kommentar Zur Zivilprozessordnung: ZPO: mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen**, Band 1, §§1-354, 5. Aufl. München, 2012 (MüKoZPO / SCHULTHES).
- MUSIELAK, Hans-Joachim, **Münchener Kommentar zur ZPO**, 6. Auflage, 2020 (MUSIELAK, **ZPO §321**).
- MUSIELAK, Hans-Joachim / VOIT, Wolfgang, **ZPO Zivilprozessordnung: Kommentar**, 14. Auflage, München, Verlag Franz Vahlen, 2017 (MUSIELAK / VOIT-*WETH*).
- MUSIELAK, Hans-Joachim / VOIT, Wolfgang, **ZPO Zivilprozessordnung: Kommentar**, 20. Auflage, München, Verlag Franz Vahlen, 2023 (MUSIELAK / VOIT).
- ÖNEN, Ergun, **Medeni Yargılama Hukuku**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1979.
- ÖZEKES, Muhammed, **Medeni Usul Hukukunda Asli müdahale**, İstanbul, Alfa Basım, 1995.
- PEKCANITEZ, Hakan, **Medeni Usul Hukukunda Fer’i Müdahale**, Ankara, 1992.
- PEKCANITEZ, Hakan / MERİÇ, Nedim, **Medenî Usûl Hukukunda Fer’i Müdahale**, 2. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020.

- PEKCANITEZ, Hakan / SİMİL, Cemil, **İcra-İflas Hukukunda Şikâyet**, 2. Bası, İstanbul, Vedat, 2017.
- PEKCANITEZ, Hakan / ÖZEKES, Muhammet / AKKAN, Mine / TAŞ KORKMAZ, Hülya (Editör): **Pekcanitez Usûl, Medeni Usul Hukuku, Cilt I**, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017 (*Yazar, Pekcanitez Usul*).
- PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet, **Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı**, 9. Bası, On İki Levha, 2021.
- PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet, “Hukuk Muhakemeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair 7251 Sayılı Kanun Hakkında Değerlendirme” **TBB**, S. 150, 2020, (s. 247-299) (*Değişiklikler*).
- PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifinin (2020) Değerlendirilmesi”, *LexperaBlog*, (30.03.2020) <https://blog.lexpera.com.tr/hmk-ile-bazi-kanunlarda-degisiklik-yapilmasina-dair-kanun-teklifinin-2020-degerlendirilmesi/>, E.T. 02.10.2023 (*Değerlendirme*).
- POSTACIOĞLU, İlhan E., **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, 6. Bs., İstanbul, 1975.
- PRUTTING, Hanns / GEHRLEIN, Markus, **Zivilprozessordnung Kommentar**, 9. Auflage, Köln, Luchterhand Verlag, 2017.
- ROSENBERG, Leo / SCHWAB, Karl Heinz / GOTTWALD, Peter, **Zivilprozeßrecht**, 15. Aufl., München, C.H. Beck, 1993.
- ROßMANN, Wolfgang, **Die Beiladung im Zivilprozess**, München, Univ., Diss., 1967.
- SAENGER, Ingo (Hrsg.), **Zivilprozessordnung: Familienverfahren, Gerichts Verfassung, Europäisches Verfahrensrecht: Handkommentar, (NomosKommentar)**, 7. Auflage, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2017 (HK-ZPO / BENDTSEN).
- SAENGER, Ingo (Hrsg.), **Zivilprozessordnung: Familienverfahren, Gerichts Verfassung, Europäisches Verfahrensrecht: Handkommentar, (NomosKommentar)**, 10. Auflage, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2023.
- SCHONKE, Adolf / KUCHINKE, Kurt, **Zivilprozessrecht: Ein Lehrbuch**, 9. Auflage, C.F. Müller, Karlsruhe, 1969.
- SELÇUK, Seyhan, “Hakem Kararlarının Tamamlanması Talep Edilmeden Aynı Sebeple İptal Talebinde Bulunulmasında Hukuki Menfaat”, **ABD**, C. 76, S. 1, 2018, (s. 271-295).
- STAEHELIN, Ernst, **Die Nebenparteien im Zivilprozess unter besonderer Berücksichtigung der Kantone Basel-Stadt, Basel-land, Aargau und Solothurn in Basler Studien zur Rechtswissenschaft**, Reihe A: Privatrecht Band 2, Basel; Frankfurt am Main, Verlag Helbing und Leichtenhahn, 1981.
- STAHL, Walter E., **Beiladung und Nebenintervention**, Duncker & Humblot, Berlin, 1972.
- STEIN, Friedrich / JONAS, Martin, **Kommentar zur Zivilprozessordnung**, 22. Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen, 2013.

- STERCHI, M. H., **Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, schweizerische Zivilprozessordnung, Band II**, Staempfli, Bern, 2012.
- TANRIVER, Süha, **Medenî Usûl Hukuku, C. I, Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması**, Tümüyle Gözden Geçirilmiş, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 4. Bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2021.
- TUTUMLU, Mehmet Akif, “Hukuk Davalarında Hükümün Tamamlanması Kurum ve Uygulanma Koşulları”, **ABD**, C. 78, S. 3, 2020, (s. 403-414).
- TUTUMLU, Mehmet Akif, “Hukuk Davaları İçin Zorunlu Bir Kurum: Hükümün Tamamlanması”, **LHD**, C. 11, S. 132, 2013, (s. 53-64) (*Hükümün Tamamlanması*).
- ULUKAPI, Ömer, **Medeni Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı**, Konya, Mimoza Yayınları, 1991.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim: **Medeni Yargılama Hukuku**, C. I-II, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 7. Bs., İstanbul, Nesil Matbaacılık, 2000.
- VOGEL, Oscar / SPULER, Karl, **Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz**, 7. Auflage, Bern, Stämpfli Verlag, 2001.
- VOSSLER, Norbert, “Die gerichtliche Zuständigkeitsbestimmung für Streitgenossen”, **Neue Juristische Wochenschrift**, 3/2006, (s. 117-121).
- WALSMANN, Hans, **Die steitgenössische Nebenintervention**, Leipzig, A. Deichert'sche Verlagsbuchhandlung Nacht (Georg Böhme), 1905.
- WETZELL, Georg Wilhelm, **System des ordentlichen Zivilprozesses**, Neudruck der 3. Auflage Leipzig, Scientia Verlag Aalen, 1978.
- WIECZOREK, Bernhard / SCHUTZE, Rolf A. (Hrsg), **Zivilprozessordnung und Nebengesetze**, Walter de Gruyter, Berlin, 2014.
- YARDIMCI, Taner Emre, **Hukuk Davalarında Mecburi Dava Arkadaşlığı**, Ankara, Adalet, 2021.
- YILDIRIR, Efe Can, “Ölüme Bağlı Tasarruf Yoluyla Vakıf Kurma”, **MÜHF-HAD**, 29(1), 2023, (s. 679-728) (*Vakıf Kurma*).
- YILDIRIR, Efe Can, **Adi Ortaklık Sözleşmesinin Sona Erme Sebepleri**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023 (*Adi Ortaklık*).
- YILDIRIR, Efe Can, “Paylı Mülkiyetten Doğan veya Paylı Malı İlgilendiren Gider ve Yükümlülüklerden Paydaşların Dış ve İç İlişkideki Sorumluluğu”, **AndHD**, 10(1), 2024, (s. 195-222) (*Paylı Mülkiyet*).
- ZEISS, Walter, **Zivilprozeßrecht**, 9. neubearbeite Auflage, J.C.B Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1997.
- ZEISS, Walter / SCHREIBER, Klaus, **Zivilprozessrecht**, 12. Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014.

Elektronik Kaynaklar

<https://beck-online.beck.de/Home>.

<http://www.kazanci.com/>.

<https://www.lexpera.com.tr/>.

<https://www.resmigazete.gov.tr/>.

<https://www.admin.ch>.

<https://www.lexpera.com.tr/resmi-gazete>.

<https://www.mevzuat.gov.tr/>.

Eşlerin Soyadı ve Kanun Metni Önerisi^(*)

Surname of Spouses and Legislative Proposal

Tuğçem SEÇER^(**)

Öz:

Ailenin soyadı, uzun zamandır tartışılan bir meseledir. Bu tartışmaların çerçevesi ise, kadın ve erkek eşitliğinin sağlanması ile ayrımcılık yasağı kavramlarıyla çizilmiştir. Birçok ulusal ve uluslararası metinde kadın ve erkeğin evlilik birliği öncesinde, içerisinde ve sonrasında eşit haklara sahip olması gerekliliği düzenlenmişken soyadına ilişkin hükümlerin ayrımcılık meydana getirmesi uzun bir önemli bir sorun olarak görülmüştür. Ancak zamanla kadının soyadı, erkeğin soyadı ve en önemlisi ailenin soyadı çözülmesi gereken bir mesele haline gelmiştir. Bu çerçevede, birçok hukuk sisteminde ayrımcılığı ortadan kaldırmak ve eşitliği sağlamak amacıyla değişiklik yapılmıştır. Kadının soyadı hâlen önemli ve güncel bir meseledir. Çünkü yapılan düzenlemeler, kadının serbestçe soyadı seçmesini mümkün kılmadığı gibi hâlâ yapılması beklenen düzenlemeler de söz konusudur. Özellikle, Anayasa Mahkemesi tarafından 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun kadının soyadını düzenleyen 187. maddesinin birinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı bularak iptal edilmesi, konunun güncelliğini arttırmıştır. Bu kapsamda, pek çok yargı kararına, öğreti tartışmalarına, feminist harekete konu olan kadının soyadına ilişkin hüküm yürürlükten kalkmış; ancak halen konuya ilişkin hukuki bir düzenleme yapılmamıştır. Görüleceği üzere kadının soyadı elbette önemlidir; ancak üzerinde pek durulmayan ve konuşulması gereken başka bir mesele, erkeğin soyadıdır. Çünkü erkeğin soyadı meselesi henüz konuşulmasa da kadının soyadı kadar önemlidir ve irdelenmelidir. Bu nedenle, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda yapılması öngörülen yeni soyadı düzenlemesinin kadının ya da erkeğin soyadından ziyade ailenin soyadına yönelik olması gereklidir. Bu çerçevede, çalışmanın birinci bölümünde genel anlamda soyadı kavramı, ikinci bölümünde bir hukuki mesele olarak soyadı, üçüncü bölümünde ise bir kanun metni önerisi getirilmiştir.

Anahtar Kelimeler:

Soyadı, Eşitlik, Ayrımcılık, Aile.

^(*) Araştırma Makalesi / *Research Article*
Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 13.12.2023
Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 14.02.2024

DOI: <https://doi.org/10.58733/imhfd.1451617>

Bu makaleye atıf için: SEÇER, Tuğçem, "Eşlerin Soyadı ve Kanun Metni Önerisi", *İMİHFD*, C. 9, S. 1, 2024, s. 253-291

^(**) Dr. Öğr. Üyesi, Başkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Ankara - Türkiye
E-posta: tugcemsahin@ankara.baskent.edu.tr
Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-7121-1217>

Abstract:

The surname of the family has been discussed for a long time. The framework of these discussions is drawn with the concepts of ensuring equality between man and woman and prohibition of discrimination. While, in national and international legislations, it is regulated that woman and man should have equal rights before, during and after marriage, the contradiction of the provisions regarding the surname was not seen as an important problem for a long time. However, over time, the surname of the woman, the surname of the man and, most importantly, the surname of the family has become an issue that needs to be resolved. Unfortunately, the civil law provisions regarding surname still cause inequality and discrimination. In this framework, new regulations have been made in many civil codes to eliminate discrimination and ensure equality. In particular, the Constitutional Court's annulment of the first paragraph of Article 187 of the Civil Code No. 4721, which regulates the surname of women, has increased the popularity of this issue. Nevertheless, the surname of woman is still an important and current issue. Because current regulations shall not allow women to freely choose her surname. However, another issue that has not been emphasized enough yet but also should be discussed is the surname of man. Because the surname of man is as an important issue as the surname of woman and should be examined. For this reason, the new surname legislation should regulate the family name rather than the surname of the woman or man individually. In this framework, the first part of the study discusses the concept of surname in general, the second part explains surname as a legal issue, and the third part proposes a legal regulation.

Keywords:

Surname, Equality, Discrimination, Family.

GİRİŞ

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, Mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medeni'si'nin kadın ve erkek arasında eşitliği zedelediği düşünülen hükümlerine ilişkin modern bir bakış açısı taşır. Bu çerçevede, kadın erkek eşitliğini sağlamak amacıyla aile hukukuna ilişkin birçok yenilik ve değişiklik getirir. Değişen bu hükümlerden önemli bir kısmı *ailenin soyadına* ilişkindir.

Bilindiği üzere Türk Hukuku'nda kadın ve erkek arasında ayrımcılığı ortadan kaldırmak ve eşitliği sağlamak amacıyla soyadına ilişkin hükümlerde birçok değişiklik yapılmıştır. Ancak yapılan değişikliklerin yeterli olmaması nedeniyle süreç içerisinde mahkeme kararları ile eşitlik sağlanmaya çalışılmış; buna karşın hukuki mevzuatta yeterli ve gerekli düzenlemeler hâlen yapılmamıştır.

Son olarak, Anayasa Mahkemesi, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun soyadını düzenleyen, "*Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır; ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruyla kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir.*" biçimindeki 187. maddesinin birinci fıkrasını Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir¹. Bu

¹ AYM, T. 22.02.2023, 2022/155 E ve 2023/38 K, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

kapsamda, pek çok yargı kararına, öğreti tartışmalarına, feminist harekete konu olan kadının soyadına ilişkin hüküm yürürlükten kalkmış; ancak halen konuya ilişkin hukuki bir düzenleme yapılmamıştır.

Bu çerçevede çalışmanın konusu kadının bir süredir sahip olduğu soyadını seçme hakkının erkeğe de tanınması ve soyadına ilişkin yapılması beklenen kanuni düzenlemeye kişi hak ve özgürlüklerini temin edecek, kişiler arasında eşitliği sağlayacak bir öneri sunmaktır. Zira kanuni düzenlemeler yapılırken ve bu kapsamda kadın erkek eşitliği sağlanırken bir dengenin izlenmesi gerekir. Ancak mülga hükümde, erkeğin evlendikten sonra kadın gibi soyadını seçme hakkı bulunmaz ve tartışılmayan bu durum da kadın erkek eşitliğine aykırıdır. Bu nedenle yapılacak düzenlemede bu hususun da dikkate alınması, düzenlemenin uzun süreli olması bakımından oldukça önemlidir.

Çalışmanın birinci bölümünde genel anlamda soyadı kavramı, ikinci bölümünde bir hukuki mesele olarak soyadı incelenmiştir. Bir hukuki mesele olarak soyadı kavramı; kadının soyadı ve erkeğin soyadı olarak irdelenmiştir. Zira kavramın her iki süje bakımından ayrıca değerlendirilmesi gerekmiştir. Son olarak ise çalışma hali hazırda mülga olmuş olan soyadı hükmüne ilişkin bir kanun metni önerisi getirmiştir.

Kadın erkek eşitliği, birçok uluslararası belgede açıkça düzenlenir. Bu çerçevede, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin² ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddesine göre hak ve özgürlüklerden yararlanmada cinsiyete bağlı ayrımcılık yapılamaz. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ilişkin 7 numaralı Protokol'ün³ 5. maddesinde ise doğrudan eşler arasında eşitlik düzenlenir. Benzer şekilde, Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'nin⁴ 16. maddesinin g bendi de karı ve koca için aile adına ilişkin eşit haklar tanınacağını düzenler. Yine, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesi'nin⁵ 23. maddesinde ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi⁶ 16. maddesinde de eşlerin evlilik birliği süresince ve sonrasında eşit haklara sahip olduğunu ifade eder. Uluslararası belgelerin dışında, Anayasa'da da kadın

² Bkz. https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_tur, E.T. 02.02.2024.

³ Bkz. https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_tur, E.T. 02.02.2024.

⁴ Bkz. https://cocukhaklari.barobirlik.org.tr/dokuman/mevzuat_uamevzuat/kadinlarakarsiherturluayriciligini.pdf, E.T. 02.02.2024.

⁵ Bkz. <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c016/tbmm22016089ss0150.pdf>, E.T. 02.02.2024.

⁶ Bkz. https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/trk.pdf, E.T. 02.02.2024.

erkek eşitliği düzenlenir. Anayasa'nın 10. maddesinin 2. fıkrasına göre “*Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir.*” Yine, Anayasa'nın 41. maddesinde “*Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır.*” denilir.

Görüleceği üzere kadın erkek arasındaki eşitlik, özellikle evlilik birliği bağlamında ayrıca düzenlenmiş önemli bir mesele olmasına rağmen 4721 sayılı Türk Medeni Kanun'un kadın bakımından olduğu kadar erkek için de eşit haklar kabul ettiğini söylemek mümkün değildir. Kadın bakımından bir ayrımcılığın söz konusu olduğu muhakkaktır. Ancak bu ayrımcılığın erkek bakımından da varoluşu yadsınamaz bir gerçektir. Zira Mülga Kanun, kadına evlendikten sonra doğrudan kocanın soyadını kullanma ya da kendi bekârlık soyadıyla birlikte kocanın soyadını kullanma biçiminde bir seçim hakkı tanımıştır. Ayrıca yerleşik yargı kararlarıyla kadına, yalın bir biçimde kendi soyadını kullanma imkânı da sağlanmıştır. Oysa, erkek evlendikten sonra kendi soyadını kullanmaya mecburdur. Bu çerçeveden bakıldığında olması gereken hem kadın hem de erkek bakımından bir kişilik hakkı olan soyadının seçilebilmesini sağlayan bir kanuni düzenlemenin varlığıdır.

I. SOYADI KAVRAMI

Soyadı, gerçek kişilerin kanunen kullanmak zorunda olduğu, bir aileyi diğerinden ayırmayı amaçlayan aile adı olarak ifade edilebilir⁷. Türk Dil Kurumu

⁷ ABİK, Yıldız, *Kadının Soyadı ve Buna Bağlı Olarak Çocuğun Soyadı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005, s. 31; HELVACI, Serap / KOCABAŞ, Gediz, “Fransız, Alman, İsviçre ve Türk Hukuklarında Kadının Soyadı”, *Mehmet Akif Aydın'a Armağan*, Y. 2015, C. 21, S. 2, s. 615; KILIÇOĞLU, YILMAZ Kumru, “Kadının Bitmeyen Soyadı Sorunu”, *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 2014, C. 4, s. 583; AYAN Serkan, “Anayasa Mahkemesi Kararları ve Çocuklar ile Kadının Soyadına İlişkin Değişiklik Tasarısı Taslağı Işığında Soyadının İlk Kez Edinilmesi Kendiliğinden Değişmesi ve Değiştirilmesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2012, C. XVI, S. 4, s. 20; AKKAYAN YILDIRIM Ayça, “Evlilik Dışı Çocuğun Soyadı ve 02.07.2009 Tarih 2005/114E. 2009/105K. Sayılı Anayasa Mahkemesi Kararının Bu Bağlamda Değerlendirilmesi”, *Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan Cilt I*, On İki Levha Yayınları 2010, s. 69; ÇATALOĞLU, Burcu Bahar / GÜNEŞ PESCHKE, Seldağ, “30.09.2015 tarihli HGK Kararı ve Sonrası Evli Kadının Soyadına İlişkin Bir Değerlendirme”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2020, C. 69, S. 2, s. 401; GENÇCAN, Ömer Uğur, *Evliliğin Genel Hükümleri*, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 151; OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, *Kişiler Hukuku*, 20. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2021, s. 119; ERDOĞAN, İhsan, “Şahsiyeti İncitici Soyadı Meselesi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 1998, C. 6, S. 1-2, s. 705; GÖZTEPE, Ece, “Anayasal Eşitlik İlkesi Açısından Evlilikte Kadınların Soyadı”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Y. 1999, C. 54, S. 2, s. 115; OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, “Soyadı ile İlgili İsviçre Medeni Kanunu'nda 2013 Yılında Yürürlüğe Giren Değişiklikler ile Türk Hukukundaki Durumun Karşılaştırılması”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Y. 2016, C. 22, s. 2019; SUNA, İffet Didem, “Kadının Soyadı”, *Konya Barosu Dergisi*, Y. 2021, S. 1, s. 35; MOROĞLU, Nazan, “Kadının Kimlik Sorunu Kadının Soyadı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Y. 2012, S. 99, s. 247; TACİR, Hamide, “Evli Kadının Kendi Soyadını Kullanması Konusunda Anayasa Mahkemesinin Yaklaşımının Temel Hak ve Özgürlükler Bakımından Değerlendirilmesi”, *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2017, C. 5, S. 1, s. 51.

Sözlüğü'ne göre soyadı “herkesin ailece anılmasına yarayan öz adından sonraki adı, aile adı, aile ismi” olarak tanımlanır⁸.

Anayasa Mahkemesi'ne göre soyadı, “bir aileyi tanıtan, onun bireylerini başka bireylerinden ayırt eden, aile bireylerinin kimliğinin ortak unsurunu oluşturan ve kuşaktan kuşağa aktarılan aile adı olarak” tanımlanır⁹. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na göre ise soyadı, “bir aileyi oluşturan bireyleri diğer ailelerin bireylerinden ayıran ve kuşaktan kuşağa geçen ada” şeklinde tanımlanır¹⁰.

Soyadı, kişinin dayanmakta olduğu etnik kökene, ırka, dine, sosyal statüye ya da kişinin aile bağlantılarına işaret eden önemli bir göstergedir. Bu nedenle kişiler, soyadlarını bir gruba yakın olmak ya da bir gruptan uzak olmak için, mesleki nedenlerle ya da psikolojik nedenlerle değiştirmek ya da aynı tutmak isteyebilirler¹¹. Ayrıca ad, dünya üzerinde kişinin sahip olduğu ve ömrü boyunca taşıyacağı ilk şey olması nedeniyle de oldukça önemlidir¹².

Soyadı kişilikten bağımsız olarak düşünülemez. Başka bir ifadeyle kişinin soyadına sahip olması bir kişilik hakkıdır ve soyadı kişiliğin ayrılmaz bir parçası olarak değerlendirilir¹³. Bu nedenle soyadı, kişilik haklarına sağlanan tüm korumalardan yararlanır¹⁴.

⁸ Bkz. <https://sozluk.gov.tr/>, E.T. 15.02.2023.

⁹ Bkz. AYM, T. 29.9.1998, E. 1997/61 ve K. 1998/59, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

¹⁰ Bkz. Yar. HGK, E. 2013/18-2352, K. 2015/1710, 19.06.2015 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

¹¹ MACCLINTOCK, Heather, “Sexism, Surnames and Social Progress: The Conflict of Individual Autonomy and Government Preferences in Laws Regarding Name Changes at Marriage”, **Temple International & Comparative Law Journal**, Philadelphia, Y. 2010, V. 24, I. 1, s. 278; ROSENHAFT, Michael, “The Right of Men to Change Their Names Upon Marriage”, **Journal of Constitutional Law**, Y. 2002, V. 5, I. 1, s. 190; SNYDER, Kelly, “All Names are not Equal: Choice of Marital Surname and Equal Protection”, **Washington University Journal of Law & Policy**, Y. 2009, V. 30, s. 579.

¹² ROSENSAFT, 189; Aynı yönde bkz. FRANDINA MAHONEY, Michael, “A Man’s Right to Choose His Surname in Marriage: A Proposal”, **Duke Journal of Gender Law & Policy**, Y. 2009, V. 16, I. 155, s. 157; SNYDER, 561; ANTHONY, J. Deborah, “A Spouse by Any Other Name”, **William&Mary Journal of Race, Gender and Social Justice**, Y. 2010-2011, V. 17, I. 1, s. 193-194.

¹³ ABİK, s. 38; ÇATALOĞLU, PESCHKE, s. 402; OKTAY ÖZDEMİR, s. 2019; APAYDIN ÖCAL, Bahar, “Son Yargı Kararları Işığında Kadının Soyadı Meselesi Çözümüne Kavuşturulmuş mudur?”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2015, C. 6, S. 2, s. 426-427; SUNA, s. 35; MOROĞLU, s. 246; ATASOY, Hakan, “Evli Kadının Soyadı Sorunu ‘Anayasal’ mı ‘Bireysel’ mi?”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Y. 2015, S. 5, s. 132; TACİR, s. 51; Soyadının bir kişilik hakkı olarak değerlendirilmesi soyadının kişinin rızası haricinde, evlenme ile zorunlu olarak değiştirilmesini öngören aile hukuku sistemimize tezettir.

¹⁴ ABİK, s. 39; HELVACI / KOCABAŞ, s. 616; NOMER, Haluk N., “Avrupa Birliği’ne Üye Devletlerde ve Türkiye’de Evlenen Kadının ve Ortak Çocuğun Soyadı”, **Public and Private International Law Bulletin**, Y. 22, S. 2, 2002, s. 447; ÇATALOĞLU, PESCHKE, s. 402; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, s. 179-180; GENÇCAN, Ömer Uğur, **Kadın Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 438; GÖZTEPE, s. 114; ATASOY, s. 133; Aynı yönde “Ad ve soyadı kişiliğin ayrılmaz bir ögesidir. Kişi

Soyadı, evlenme yoluyla kazanılabilir ve soyadının evlenme yoluyla kazanılması hem kadın hem de erkek için mümkündür¹⁵. Soyadının evlenmeyle yoluyla kazanılmasında, *aile adında birlik* ve *soyadının değişmezliği* olmak üzere iki farklı yaklaşım bulunur. Aile adında birlik, aile bütünlüğünün sağlanması ve evlilik birliği içerisinde tüm aile bireylerinin aynı adı kullanması temeline dayanan geleneksel bir yaklaşımken; soyadının değişmezliği kişinin doğumla kazandığı soyadını medeni durum değişikliklerinden bağımsız olarak ölene kadar devam ettirmesi temeline dayanır¹⁶.

Aile adında birlik yaklaşımını benimseyen sistemler de kendi içerisinde ikiye ayrılır. Kimi sistemler soyadına ilişkin ataerkil bir yaklaşım benimseyerek evlendikten sonra kadın ve erkeğin ortak soyadı olarak erkeğin soyadını almasını ister. Kimi sistemler ise kadın ve erkeğin evlendikten sonra ortak aile adı alması gerektiği yönündeki yaklaşıma katılırken bu soyadının erkeğin soyadı, kadının soyadı ya da ortak seçilecek bir soyadı olması noktasında özgürlükçü bir tutum sergiler¹⁷. Ortak soyadını benimseyen bu sistemlerde, soyadı kavramı terk edilerek aile adı kavramı gündeme gelir¹⁸.

Bazı kanunlarda kadının kocanın soyadını kullanma mecburiyeti¹⁹, bazı kanunlarda ise kadının kocasının soyadını kullanma hakkı bulunur. Örneğin 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'na göre kadın, kocanın soyadını kullanmak zorundadır; oysa Alman Medeni Kanunu'na (BGB) göre kadın, dilerse kocanın soyadını alma hakkına sahiptir. Esasen, kadının kocanın soyadını kullanma mecburiyeti, aynı zamanda içerisinde kocanın soyadını kullanma hakkını barındırır. Zira, kocanın evlilik süresince kadının soyadını kullanması bir haktır²⁰. Benzer şekilde evlilik birliği sona erdikten sonra kadının, kocanın soyadını kullanabilmesi bu kapsamda değerlendirilir.

bununla anılır ve tanımlanır." Yar. 8. HD, E. 2017/6911 ve K. 2018/1819, 08.02.2018; Yar. 8. HD, E. 2017/6122 ve K. 2017/14423, 02.11.2017; Yar. 8. HD, E. 2017/6499 ve K. 2017/11305, 21.09.2017 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

- ¹⁵ Hukukumuzda soyadının evlenme ile kazanılması yalnızca kadın bakımından mümkündür. ATASOY, s. 136.
- ¹⁶ HELVACI, Serap, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ve Anayasa Mahkemesinin Kararları Işığında Evli Kadının Soyadı", **Public and Private International Law Bulletin**, Y. 2015, V. 35, I. 1, s. 158; AYAN, s. 39.
- ¹⁷ AYAN, s. 39; TUMAY, Murat / ALTINEL, Gökçe, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Güneş v. Turkey Kararının Türk Anayasa Hukuku Açısından Tahlili", **Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Y. 2015, S. 33, s. 176; Örneğin Fransa'da evlendikten sonra eşlerin soyadı değişmezken Japonya'da eşler evlendikten sonra kadının ya da erkeğin soyadını kullanmak üzere anlaşılabilir. ÇATA-LOĞLU / PESCHKE, s. 405-406.
- ¹⁸ Örneğin Fransız Medeni Kanunu'nda yapılan 2002 değişikliği ile soyadı kavramı terk edilmiş; aile adı kavramına yer verilmiştir. HELVACI / KOCABAŞ, s. 617.
- ¹⁹ Kadının, kocasının soyadını kullanma hakkı, bir haktan ziyade zorunluluktur. KILIÇOĞLU YILMAZ, s. 583.
- ²⁰ HELVACI / KOCABAŞ, s. 637; HELVACI, s. 158; ATASOY, s. 143.

lir²¹. Ancak ifade etmek gerekir ki birçok hukuk sisteminde artık evliliğin kadın ve erkek üzerinde soyadı bakımından bir etkisi kalmamıştır. Çünkü kadın ya da erkeğin her medeni durum değişikliğinde soyadını değiştirmek zorunda bırakılması hakkaniyete aykırı kabul edilmeye başlanmıştır²².

Türk hukukunda, uzun bir zamandır aile adı bakımından geleneksel bir anlayışın hâkim olduğu ifade edilebilir. Başka bir ifadeyle hukukumuzda kocanın soyadı, aile adı olarak kabul görmüştür²³. Kadının, kocanın soyadıyla beraber kendi soyadını kullanabilmesinin düzenlenmesi ya da yargı kararları vasıtasıyla kadının yalın bir biçimde bekârlık soyadını kullanabilmesinin mümkün kılınması bu durumu uzun bir süre zarfında değiştirmemiştir²⁴.

Buna karşın toplumsal gereksinimler, çağın feminist kazanımları ve kaynak hukuk sistemlerindeki değişiklikler sonucunda süregelen eşitsizliğin giderilmesi amacıyla Anayasa Mahkemesi tarafından yapılmış olan norm denetimiyle 4721 sayılı Türk Medeni Kanun'un "*kadının soyadı*" başlığını taşıyan 187. maddesi iptal edilmiştir. Hali hazırda birçok tartışmaya konu olan soyadı meselesi, tam bir muamma haline gelmiştir.

II. SOYADI MESELESİ

Hukukumuzda soyadına ilişkin temel düzenlemeler, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda, 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nda²⁵ ve 2525 sayılı Soyadı Kanunu'nda²⁶ yer alır.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Mülga²⁷ 187. maddesi "*kadının soyadı*" başlığını taşır. Hüküm uyarınca "*Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır; ancak*

²¹ Kocanın evlilik birliği içerisinde açıkça üstün bir birey olarak düzenlendiği Mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nde dahi kadının kocanın soyadını taşıması bir görev ama aynı zamanda bir hak olarak kabul edilir. ÖZTAN, Bilge, Aile Hukuku, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 444*, Ankara 1979, s. 112.

²² Kılıçoğlu Yılmaz, erkeğin soyadına ilişkin olarak "*Medeni hal değişikliğini sonradan alacağı ya da bırakacağı bir soyadı ile ilan etmek durumunda kalmamaktadır.*" der. KILIÇOĞLU YILMAZ, s. 586.

²³ AYAN, s. 20; Soyadı bir mutlak haktır, bu nedenle soyadı kural olarak değiştirilemez. Hukukumuzda soyadının değişmezliği ilkesi kabul edilmiştir, çünkü soyadının değişmezliğinde kamu yararı vardır. ATASOY, s. 137; Aynı yönde ÖZDEMİR Hayrunnisa, "Türk ve İsviçre Medeni Hukukunda Ad Üzerindeki Hak ve Korunması", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2008, C. 57, S. 3, s. 571.

²⁴ ERDOĞAN, 709.

²⁵ RG; 29.04.2006, S. 26153.

²⁶ RG; 02.07.1934, S. 2741.

²⁷ Anayasa Mahkemesi'nin 22.02.2023 tarihli, 2022/155 E ve 2023/38 K sayılı kararı ile maddenin birinci ve ikinci cümlesi iptal edilmiştir. Kararın, Resmî Gazete'de yayımlandığı 28.04.2023 tarihinden başlayarak dokuz ay sonra yürürlüğe gireceği hüküm altına alınmıştır.

evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruyla kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir.” denilir. Görüleceği üzere 4721 sayılı Türk Kanunu’nun soyadını düzenleyen hükmü yalnızca kadının soyadına atfedilmiştir. Bu nedenle, Türk hukukunda soyadı meselesi ilk olarak kadının soyadı ile başlar. Bu çerçevede, önce erkeğin sonra ailenin soyadı meselesine gelmeden önce, kadının soyadına ilişkin hukuki sürecin ve gelişmelerin açıklanması önemlidir.

A. Kadının Soyadı Meselesi

Kadının soyadı, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nda kadının evlendikten sonraki soyadı ve kadının evlilik birliği sona erdikten sonraki soyadı olmak üzere iki farklı hükümde düzenlenmiştir. Bu nedenle, kadının soyadı meselesine kadının evlendikten sonraki soyadı ve kadının evlilik birliği sona erdikten sonraki soyadı olmak üzere iki başlıkta değinilmelidir.

1. Kadının Evlendikten Sonraki Soyadı

Türk hukukunda ilk olarak²⁸, Mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi’nin 153. maddesinde kadının evlenmekle kocasının soyadını alacağı düzenlenmiştir²⁹. Mülga 743 sayılı Kanun’un ilk halindeki düzenleme geleneksel anlayışa uygun olarak, evlendikten sonra kadının kendi bekârlık soyadını terk etmesi ve kocanın soyadını almasını emreder. Başka bir ifadeyle, kadına, evlendikten sonra kocanın soyadını alma dışında başka bir seçme hakkı tanınmaz³⁰.

Mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi’nin hükümleri, evlilik birliği içerisinde kadın ve erkeğin eşit olduğu görüşüne dayanmaz. Kanun temelde kadının, zayıf ve korunmaya muhtaç bir kişi olduğunu varsayar ve bu nedenle kadını kocaya tâbi kılar. Bu çerçevede, Mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi’nin soyadına ilişkin hükümlerinin gerekçesi aile birliğini korumak olarak ifade edilse de esasen toplumun ataerkil anlayışını yansıtmayı amaçlar³¹.

²⁸ Esasen, her Türk vatandaşına soyadı taşıma mecburiyeti getiren 2525 sayılı Soyadı Kanunu’nun 4. maddesi uyarınca “*Soyadı seçme vazifesi ve hakkı evlilik birliğinin reisi olan kocaya aittir.*” denilmek suretiyle soyadı ile ilgili ilk düzenleme yapılmıştır. Soyadı seçme görevi ve hakkı, Mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi’nin ruhuna uygun olarak kocaya verilmiştir.

²⁹ “*Aile birliği bir tüzel kişilik olmamakla beraber, bunun dış alemde tek bir soyadı ile tanınması istenmiştir.*” ÖZTAN, s. 110.

³⁰ ÇATALOĞLU / PESCHKE, s. 404; ÖZDAMAR, Demet, **Türk Hukukunda Özellikle Türk Medeni Kanunu Hükümleri Karşısında Kadının Hukuki Durumu**, Ankara 2002, s. 262; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, s. 126.

³¹ NOMER, s. 446; Göztepe, “*Soyadı, ataerkil anlayışın doğal sonucu olarak erkeğin ailesine bağlılığı göstermektedir. Bir ailenin kurulmasından başlayarak herkes erkeğin ailesine dahil olmaktadır.*” der. GÖZTEPE, s. 115.

Ancak, Mülga 743 sayılı Kanun'da 14.05.1997 tarihli ve 4248 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik sonucunda; kadının evlendirme memuruna ya da evlendikten sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı bir başvuru ile³² kocanın soyadının önünde bekârlık soyadını kullanabileceği düzenlenmiştir³³. Ancak her ne kadar kadının kocasının soyadı önünde kendi bekârlık soyadını kullanması mümkün kılınmışsa da bu şekilde yeni bir aile adı oluşturulması mümkün değildir³⁴.

Yapılan değişiklik ile kadına ikili bir seçim hakkı tanınmıştır. Kadın, evlendikten sonra ya doğrudan kocanın soyadını alabilir ya da kocanın soyadıyla beraber önceki soyadını kullanmak suretiyle iki soyadı kullanabilir. Evlenirken kocanın soyadıyla beraber önceki soyadını kullanmak isteyen kadın daha sonra vazgeçerek nüfus müdürlüğüne yazılı bir talepte bulunmak suretiyle yalnızca kocanın soyadını da kullanabilir³⁵.

Türk Kanun Koyucusu, her ne kadar 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda kadının önceki soyadını kocanın soyadının önünde kullanabilmesine imkân tanımışsa da geleneksel tutumdan tam olarak ayrılamamıştır. Bu durumun en belirgin göstergesi, 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nda yer alan 3. ek maddedir. Bu hüküm uyarınca, kocanın soyadı ile önceki soyadını birlikte kullanan kadının, sadece kocanın soyadını kullanmak istemesi hâlinde, nüfus müdürlüğüne talepte bulunması yeterlidir. Görüleceği üzere kanun koyucu geleneksel anlayışı sürdürebilmek güdüsüyle kadının yalnızca kocanın soyadına dönmesini basit bir bildirim yükümlülüğüne tabi kılarak kolaylaştırmıştır³⁶.

Kadına evlendikten sonra doğrudan kocanın soyadını ya da kocanın soyadıyla beraber önceki soyadını kullanma olanağı tanınsa da sadece kendi soyadı-

³² Sözlü başvuru, yazıya geçirilmelidir. GENÇCAN, Ömer Uğur, **Boşanma Hukuku**, 10. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 1203.

³³ Yapılan düzenlemenin temelinde kadının mutlak olarak kocanın soyadına tâbi kılınmasının bir çeşit ayrımcılık olduğu düşüncesi yer alır. ÇATALOĞLU / PESCHKE, s. 403.

³⁴ HELVACI / KOCABAŞ, s. 638.

³⁵ Önceki soyadı kavramıyla kastedilenin hangi soyadı olduğuna ilişkin öğretiy tartışmaları için bkz. ABİK, s. 79-81; Kadının soyadından bahsederken “*kızlık soyadı*”, “*bekârlık soyadı*”, “*doğum soyadı*” ya da “*önceki soyadı*” gibi kavramlar kullanılır. Özellikle kızlık soyadı kavramı oldukça cinsiyetçi bir söylem barındırır. Doğum soyadı kavramı ise kişinin evlilikten önceki soyadının sadece doğumla kazanılmış olma ihtimali nedeniyle hatalıdır. Zira kişinin soyadı, eski eşinin soyadı ya da başka bir amaçla yasal olarak alınmış bir soyadı olabilir. Bu nedenle, bir kişinin evlenmeden önce sahip olduğu soyadı mümkün olduğu ölçüde “*evlilik öncesi soyadı*” olarak anılmalıdır. MACCLINTOCK, s. 278.

³⁶ Kimi zaman kanunlar, kişileri yönlendirmek amacıyla kendilerine sunulan bir seçeneği seçmeyi diğer seçeneği seçmekten daha kolay hale getirirler. EMENS, Elizabeth F., “Changing Name Changing: Framing Rules and the Future of Marital Names”, **The University of Chicago Law Review**, Y. 2007, V. 74, C. 3, s. 835.

nı kullanma olanağı tanınmaz³⁷. Kadının, evlendikten sonra yalnızca bekârlık soyadını kullanmaya devam edememesi, soyadı meselesinin en tartışmalı konularından biridir³⁸. Bu çerçevede, Mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin 153. maddesinin 1. fıkrası, defaatle Anayasa'nın 10. maddesine aykırılık iddiasına konu olmuş; ancak Anayasa Mahkemesi'nin aksine, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kadının evlendikten sonra yalnızca bekarlık soyadını kullanmaya devam edememesini bir hak ihlali olarak değerlendirmiştir³⁹.

Konuya ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yapılan ilk başvuru, Ayten Ünal Tekeli'ye aittir⁴⁰. Tekeli v. Türkiye davasında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14. ve 8. maddelerinin ihlal edilip edilmediği tartışılmıştır. Mahkeme, kadının evlendikten sonra yalnızca kendi soyadını kullanamamasını AİHS'nin 14. maddesine aykırı bulmuştur. Mahkeme'ye göre erkek evlendikten sonra kendi soyadını kullanmaya devam ederken kadının ancak kocanın soyadının önünde kendi soyadını kullanabilmesine izin verilmesi ayrımcılık yasasına aykırıdır⁴¹. Mahkeme, ayrımcılık oluşturan bu hükmün nesnel ve mantıklı bir gerekçesinin bulunmadığı

³⁷ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda kadının soyadına ilişkin düzenlemenin aynen korunması kadın ve erkek eşitliği bakımından adil bir durum yaratmamıştır. Çünkü mülga kanunda olduğu gibi kuralın özü yine kadının, erkeğin soyadı bağlı olmasıdır. ÖZDAMAR, s. 271.

³⁸ Kadının bekârlık soyadını taşıyamaması yalnızca ülkemizde değil, birçok devlet hukukunda yargıya taşınmış ve uzun süren tartışmalara neden olmuş önemli bir meseledir. Örneğin özgürlükçü tutumuyla bilinen Amerikan hukukunda dahi soyadı meselesi yargı kararlarına konu olmuştur. 1971 tarihli Forbush v. Wallace (341 F. Supp. 217, M.D. Ala. 1971) davasında, evlendikten sonra bekârlık soyadını kullanmak isteyen kadının talebi mahkeme tarafından kamusal yararın kişisel yarardan daha üstün olduğu, kadının dilerse mahkemeye isim değişikliği davası açarak soyadını değiştirebileceği gerekçesiyle reddedilmiştir. MACCLINTOCK, s. 299-300; ROSENSAFT, s. 198.

³⁹ Anayasa'nın 10. maddesinin kararın verildiği tarihteki halinde, "*Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür.*" şeklindeki 2004 değişikliği yer almaz; AYM, T. 29.9.1998, E. 1997/61 ve K. 1998/59; Anayasa Mahkemesi, vermiş olduğu ret kararında Türkiye'nin taraf olduğu Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'nden bahsetmemişse de karşı oy yazısında açıkça bahse konu sözleşme hükümleri ve Anayasa'nın 10. maddesinin kadın erkek eşitliğini de kapsar nitelikte olduğu vurgulanmıştır. ÜNAL ÖZKORKUT, Nevin, "Kadının Vazgeçilebilir Kişilik Hakkı: Soyadı- Kadının Soyadı Üzerindeki Hakkının Türkiye'deki Tarihsel Gelişimi", I. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri, İstanbul 2014, s. 29; Kararda özellikle aile birliğinin korunmasının ve aile bütünlüğünün devamının sağlanması vurgulanmıştır. ÇAKIRCA, Seda İrem, "Evli Kadının Soyadına İlişkin Güncel Gelişmelerin Değerlendirilmesi", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Y. 2012, C. LXX, S. 2, s. 149; Anayasa Mahkemesi bu kararıyla "*Evin rei- si erkettir.*" şeklindeki görüşünü devam ettirmiştir. TACİR, s. 54.

⁴⁰ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, başka ülke vatandaşlarının başvuruları çerçevesinde soyadı ile kadın ve erkek eşitliği kavramlarını ilişkilendirdiği önceki tarihli birçok kararı bulunur. Bu kararlardan en çok bilinenlerinden bir tanesi Burghartz v. İsviçre'dir. (Başvuru No: 16213/90, 21/09/1994) Başvuruya konu olayda erkek evlendikten sonra aile adı olarak karısının soyadını kullanmak ister; ancak İsviçre hukukunda yer alan kocanın soyadının aile adı olması gerektiği düzenlemesi nedeniyle bu talebi reddedilir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, İsviçre Medeni Kanunu'nda yer alan düzenlemeyi AİHS'nin 8. ve 14. maddesine aykırı bulur. Kararın tam metni için bkz. <https://hudoc.echr.coe.int>, E.T. 01.11.2022.

⁴¹ Tekeli v. Türkiye davasına ilişkin olarak ayrıntılı rapor için bkz. Ünal Tekeli Türkiye Kararının Uygulanması İzleme Raporu, http://www.aihmiz.org.tr/files/02_Unal_Tekeli_Rapor_TR.pdf, E.T. 01.11.2022.

noktasına da değinmiştir. Mahkeme'ye göre, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda yer alan mevcut düzenlemenin temeli aile birliği yaklaşımına dayansa da aile birliğinin sağlanmasıyla evli kadının kocasının soyadını kullanması zorunluluğu getirilerek sağlanması nesnel ve mantıklı bir gerekçe değildir⁴².

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kadının yalnızca kendi soyadını kullanabileceği yönündeki tutumunu, Tuncer Güneş v. Türkiye davasında da sürdürmüştür⁴³. Avukat olan başvuru, mesleki faaliyetleri çerçevesinde bekârlık soyadıyla tanınması nedeniyle yalnızca bekârlık soyadını kullanmayı talep eder. Mahkeme, Tekeli v. Türkiye davasında vermiş olduğu karara atıf yapmak suretiyle bu kararda da AİHS'nin 14. ve 8. maddelerinin ihlâl edildiğine hükmetmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından verilen hak ihlali kararlarına rağmen, Anayasa Mahkemesi 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesinin iptaline ilişkin açılan iptal davasında, Mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin 153. maddesinin 1. fıkrası için vermiş olduğu kararlardaki ısrarlı görüşünü devam ettirmiştir⁴⁴. Oysa, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 46. maddesi uyarınca sözleşmeye taraf devletlerin iç hukuklarında gerekli düzenlemeleri yapmaları gerekir⁴⁵.

Bu çerçevede, Anayasa Mahkemesi Mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin 153. maddesini usul ve yasaya aykırı bulmadığı gibi 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesini de Anayasaya aykırı bulmamıştır. Anayasa Mahkemesi anılan kararda da geleneksel görüşünü sürdürmüştür. Zira 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesinin lafzı "*kadın evlenmekle kocasının soyadını alır.*" şeklindedir. Görüleceği üzere hükmün lafzı gereğince burada emredici bir düzenleme yer alır⁴⁶. Hükmün lafzından yola çıkıldığında, kadının evlendikten sonra yalnızca önceki soyadını kullanması mümkün değildir⁴⁷. Zaten, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu hazırlanırken, kadının evlendikten

⁴² Başvuru No: 29865/96, 16/11/2004; Kararın tam metni için bkz. <https://hudoc.echr.coe.int>, E.T. 01.11.2022.

⁴³ Başvuru No: 26268/08, 03/09/2013; Kararın tam metni için bkz. <https://juridique.defenseurdesdroits.fr/docnum.php?explnumid=7278>, E.T. 01.11.2022.

⁴⁴ AYM, T. 10.03.2011, E. 2009/85 ve K. 2011/49. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası)

⁴⁵ TUMAY / ALTUNEL, s. 171; TACİR, s. 55.

⁴⁶ HELVACI, s. 160; ABİK, s. 77; GENÇCAN, **Boşanma**, s. 1203; GENÇCAN, **Genel Hükümler**, s. 152; ÇATALOĞLU / PESCHKE, s. 403; ERDOĞAN, s. 70; ÖCALAN APAYDIN, s. 436; OKTAY ÖZDEMİR, s. 2026; ATASOY, s. 137.

⁴⁷ Aynı yönde bkz. "*Evli kadının kocasının soyadını taşıyamaması sonucu doğuracak şekilde karar verilmesi de usul ve yasaya aykırıdır.*" Y. 2. HD, T. 12.05.2009, E. 2009/3618 ve K. 2009/9413; "*Kadının evlendikten sonra sadece kendi kızlık soyadını kullanması mevcut yasal düzenlemeye göre mümkün bulunmadığından*

sonra yalnızca kendi soyadını kullanması önerisi, geleneklerimize aykırı olduğu gerekçesiyle reddedilmiştir⁴⁸. Ancak süreç içerisinde, Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru yolunun açılmasından sonra vermiş olduğu kararlarında⁴⁹, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yeknesak kararları doğrultusunda ihlal kararları vermeye başlamıştır⁵⁰. Anayasa Mahkemesi, kadının yalnızca kendi soyadını kullanamamasını ihlal olarak kabul ettiği kararında geleneksel yaklaşımdan uzaklaşarak soyadının değişmezliği ilkesine yönelmiştir⁵¹.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun anılan kararında ve sonraki tarihli diğer mahkeme kararlarında⁵² özellikle, her ne kadar 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesinin kadının kendi soyadını yalın halde kullanmasına imkân tanımasa da taraf olunan uluslararası hukuki metinlerin Anayasa'nın 90. maddesi gereğince öncelikle uygulanması gerektiği vurgulanır⁵³. Yargıtay, uygulamasına göre artık aile mahkemesi hâkimi, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesinin lafzına rağmen kadının, evlendikten sonra yalnızca kendi bekârlık soyadını alma talebine olumlu yanıt vermelidir⁵⁴. Bu noktada ifade etmek gerekir ki, taraf olunan uluslararası sözleşme metinlerinden yola çıkılarak kadınlara soyadını seçme hakkı tanınması önemli bir gelişmedir. Ancak, iç hukukumuzun taraf olunan uluslararası sözleşme hükümleri ile uygun hale getirilmesi gerekir⁵⁵. Zira, evlendikten sonra yalın bir biçimde kendi soyadını kul-

davanın reddine karar verilecek yerde yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı bulunmuştur." Y. 2. HD, T. 14.07.2009, E. 2009/9258 ve K. 2009/14043 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası), GENÇCAN, **Boşanma**, s. 1203-1204; Hükümün emredici niteliğine ilişkin aynı yönde HELVACI / KOCABAŞ, s. 637; HELVACI, s. 160; ÇATALOĞLU / PESCHKE, s. 403; OKTAY ÖZDEMİR, s. 2026; ABİK, s. 77.

⁴⁸ NOMER, s. 423.

⁴⁹ Örneğin bkz. AYM, T. 19.12.2013 ve Başvuru N. 2013/2187; AYM, T. 16/04/2015 ve Başvuru N. 2014/5836; AYM, T. 06.03.2014 ve Başvuru N. 2013/4439, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

⁵⁰ Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru hakkının tanınmasından sonra hak ihlali kararları vermeye başlamıştır. Ancak buna rağmen Yargıtay, 2015 yılına kadar kararlarında evli kadının yalnızca bekârlık soyadını kullanmasını uygun bulmamıştır. ACABEY, M. Beşir, "Türk Hukukunda Aile Adı (Eşlerin ve Çocukların Soyadı)", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, Y. 2017, C. 19, Özel Sayı, s. 495.

⁵¹ AYM, T. 19.12.2013 ve Başvuru N. 2013/2187, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

⁵² Örneğin bkz. Yar. 2. HD, E. 2016/22056 ve K. 2017/12849, 16.11.2017; Yar. 2. HD, E. 2015/8667 ve K. 2015/13891, 30.06.2015, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

⁵³ ERGÜL, Ozan, "Usulüne Göre Yürürlüğe Konulmuş Milletlerarası Andlaşmalar Kanun Hükmündedir" **Yıldırım Uler Armağanı**, Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları 2014, s. 75 vd.

⁵⁴ GENÇCAN, **Boşanma**, s. 1208; GENÇCAN, **Genel Hükümler**, s. 153; ATASOY, s. 164; Aynı yönde bkz. Yar. HGK, E. 2014/2-889 ve K. 2015/2011, 30.09.2015, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

⁵⁵ Aynı yönde bkz. TUMAY / ALTINEL, s. 178; Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay kararlarına rağmen idari makamlar tarafından 4721 sayılı Medeni Kanun'un 187. maddesinin halen yürürlükte olması gerekçesiyle kadının evlilik birliği içerisinde yalnızca kendi soyadını kullanma talebi reddedilmektedir. ÇATALOĞLU / PESCHKE, s. 412-413.

lanmak isteyen kadın, mutlaka bir dava açmak durumundadır⁵⁶. Oysa, evlendikten sonra kendi soyadını kullanmak isteyen kadının bu talebinin nüfus müdürlüğüne yapılacak basit bir başvuruyla yerine getirilmesi gerekir.

Olmayı gereken hukuk bakımından kadının soyadını serbestçe seçme hakkının varlığının kabul edilmesine karşın, hâlâ yasal düzenleme yapılmaması, hakkın kullanımının dava açma zorunluluğuna bağlanması da taraf olunan uluslararası sözleşmelerde benimsenen ilkelere aykırıdır⁵⁷. Çünkü hakkın varlığını kabul etmek kadar, hakkın kullanımının kolaylaştırılması da bir gerekliliktir.

Anayasa Mahkemesi, yaşanan tüm gelişmeler sonucunda, nihayet, kadının kendi soyadını yalın bir biçimde kullanmasına engel olan 4721 sayılı Kanun'un 187. maddesinin iptaline karar vermiştir⁵⁸. Mahkeme, kadının soyadına ilişkin yerleşik yargı içtihatlarıyla eşitlik ilkesinin hayata geçirilmeye çalışılmasının yeterli olmadığını ve yargısal içtihatların tek başına yeterli güvence sağlamadığını ifade etmiştir. Ayrıca kadın ve erkeğin ortak bir soyadı taşımasının aile bağlarını koruyan zorunlu bir unsur olmaması nedeniyle kadının evlenmeden önceki soyadını evlendikten sonra tek başına kullanmasına engel olan hükmün makul ve nesnel bir gerekçesinin bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Anayasa Mahkemesi tarafından anılan hükmün iptal edilmesiyle beraber bir kanun boşluğu meydana gelmiştir. Her ne kadar uluslararası sözleşmelerde soyadı bakımından kadın ve erkeğin evlilik öncesinde, süresince ve sonrasında eşit işlem görmesi gerektiği düzenlense de soyadına ilişkin ayrıca ve açıkça bir hüküm yer almaz. Bu nedenle meydana gelen boşluğun yeni bir kanuni düzenlemeyle giderilmesi gerekir.

Bu bağlamda iyi bir örnek olan, Alman Medeni Kanunu'nun (BGB) 1355. maddesinde "*aile adı*" düzenlenir. Hüküm uyarınca, eşler ortak bir aile adı seçmelidir. Eğer eşler, ortak bir aile adı seçmemişlerse evlendikten sonra bekârlık soyadlarını kullanmaya devam ederler.

Alman Medeni Kanunu (BGB), günümüzdeki anlayışına Türk Hukuku'na benzer bir süreçten geçerek gelmiştir. Kanun'da (BGB), yapılan değişikliklerden önce erkeğin soyadının aile soyadı olduğu geleneksel anlayışı benimsemiştir. Önce, 1957 tarihli *Gesetz über die Gleichberechtigung von Mann und Frau*

⁵⁶ HELVACI, s. 167; SUNA, s. 61.

⁵⁷ ÜNAL ÖZKORKUT, s. 27.

⁵⁸ AYM, T. 22.02.2023, 2022/155 E ve 2023/38 K, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

*auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts*⁵⁹ (GleichberG⁶⁰) ile kadına evlenmeden önceki soyadını, kocanın soyadının önüne eklemeye hakkı verilmiş; daha sonra aile adının mutlaka erkeğin soyadını barındırması gerektiği geleneksel inancı terk edilmiştir. Bu bağlamda, Alman Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu bir kararla⁶¹ evlenmeden sonra eşlerin kendi soyadlarını kullanmaları mümkün kılınmıştır. Anılan kararda mahkeme, Alman Medeni Kanunu'nun (BGB) 1355. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen hükmü, Alman Anayasası'nın (GG⁶²) kadın ve erkek eşitliğini düzenleyen 3. maddesinin 2. fıkrasına aykırı bulmuştur. Yine, Alman Anayasa Mahkemesi başka bir kararında Alman Medeni Kanunu'nun (BGB) 1355. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen hükmü Alman Anayasası'nın herkesin kişiliğini özgürce geliştirme hakkına sahip olduğunu düzenleyen 2. maddesinin 1. fıkrasına aykırı bulmuştur⁶³.

Tüm bu ihlal kararları neticesinde, önce, 1976 tarihli *Erstes Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts*⁶⁴ (EheRG) ile eşlerin aile adı olarak kadının ya da erkeğin soyadını seçebileceği, eğer bir seçim yapmamışlarsa erkeğin soyadının aile adı olacağı düzenlenmiştir; daha sonra 1993 tarihli *Gesetz zur Neuordnung des Familiennamensrechts*⁶⁵ (FamNamRG) ile eşlerin ortak bir soyadı seçeceği ve kullanacağı düzenlenmiştir. Yine, yaşanan gelişmeler doğrultusunda Alman Medeni Kanunu'nun (BGB) 1355. maddesinin 2. fıkrası değiştirilmiştir⁶⁶.

Güncel olarak, Alman hukukuna göre, eşler evlendikten sonra ortak bir aile adı tercih etmek isterse bunu idareye bildirmekle yükümlüdür. Eğer eşler, evlenmeden sonra herhangi bir bildirimde ya da talepte bulunmazsa kendi soyadlarını kullanma devam ederler⁶⁷.

⁵⁹ “Medeni Hukuk Alanında Kadın ve Erkeklerle Eşit Haklar Sağlanması Hakkında Kanun” biçiminde çevrilebilir.

⁶⁰ Tam metin için bkz. <http://www.gesetze-im-internet.de/gleichberg/GleichberG.pdf>, E.T. 15.01.2023.

⁶¹ Bkz. BVerfG 1 BvL 83/86 24/88; <https://dejure.org>, E.T. 15.01.2023.

⁶² Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Tam metin için bkz. <https://www.gesetze-im-internet.de/gg/BJNR000010949.html>, E.T. 15.01.2023.

⁶³ Bkz. BVerfG 1 BvR 193/97, <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Text=1%20BvR%20193/97>, E.T. 15.01.2023.

⁶⁴ “Evlilik ve Aile Hukuku Reformuna İlişkin İlk Kanun” biçiminde çevrilebilir.

⁶⁵ “Soyadı Kanununun Yeniden Düzenlenmesine İlişkin Kanun” biçiminde çevrilebilir.

⁶⁶ Bkz. BVerfG 1 BvR 1155/03, <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BVerfG&Datum=05.05.2009&Aktenzeichen=1%20BvR%201155%2F03>, E.T. 15.01.2023.

⁶⁷ HELVACI / KOCABAŞ, s. 621.

Alman kanun koyucu, BGB 1355. maddenin ilk fıkrasında, her ne kadar eşlerin evlendikten sonra kullanacakları soyadını seçmeleri hususunda özgürlükçü bir tutum sergilemişse de, esasen BGB 1355. maddenin 2. fıkrasında eşlerin evlendikten sonra basit bir bildirim ile ortak bir soyadı seçmelerine müsaade ederek özellikle çocukların anne ve babalarıyla ortak soyadı taşımalarını teşvik eder⁶⁸.

Başka bir iyi örnek olan İsviçre Hukukunda⁶⁹, soyadına ilişkin gelişmeler ve geleneksel anlayışın terk edilmesi, Alman Hukuku kadar erken dönemde olmamıştır. İsviçre Hukukunda, kural, evlilik birliğinin kurulmasından sonra kadının kocanın soyadını almasıdır. Ancak bu kural, ilk olarak kadının evlendirme memuruna yapacağı bir beyanla kocanın soyadının yanında kendi soyadını taşımasının mümkün kılınmasıyla değişikliğe uğramıştır. Daha sonra, Medeni Kanun'un 30. maddesinin 2. fıkrasında yapılan bir değişiklikle haklı bir nedenin varlığı halinde aile soyadı olarak kadının soyadının da kabul edilebileceği düzenlenmiştir⁷⁰.

İsviçre Medeni Kanunu'nun son değişikliklerden sonraki güncel halinde, Kanun'un 160. maddesine göre evlilik birliğinin sona ermesi soyadına etki etmez⁷¹. Eğer, kadın ya da erkek içlerinden birinin soyadını evlilik birliğinin kurulmasından sonra aile adı olarak kullanmak isterse, bunu nüfus memuruna bildirir. Yani, İsviçre hukukunda eşler, evlendikten sonra soyadı seçemezler ya da değiştiremezler⁷². Nişanlılar, ancak evlenmeden önce aralarından birinin soyadını aile adı olarak seçebilirler. Başka bir ifadeyle üçüncü bir kişinin soyadı ya da tamamen kendi seçtikleri bir başka ad, soyadı olarak belirlenemez. Yine,

⁶⁸ HELVACI / KOCABAŞ, s. 621; Medeni Kanun da benzer şekilde kadının bekârlık soyadını eşinin soyadının önünde kullanabilmesine imkân tanıyışsa da geleneksel tutumdan tam olarak ayrılamamıştır. Bu durumun en belirgin göstergesi, 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nda yer alır. Zira 5490 sayılı Kanun'a göre, eşinin soyadı ile önceki soyadını birlikte kullanan kadının, sadece eşinin soyadını kullanmak istemesi hâlinde, nüfus müdürlüğüne talepte bulunması yeterlidir. Görüleceği üzere kanun koyucu geleneksel anlayışı sürdürülebilmek güdüsüyle, kadının yalnızca eşinin soyadına dönmesini basit bir bildirim yükümlülüğüne tâbi kılarak kolaylaştırmıştır.

⁶⁹ "Türk Medeni Kanunu 1926 yılında İsviçre Medeni Kanunundan iktibas yolu ile alındıktan sonra Medeni Hukukun Aile Hukuku bölümünde aradan geçen yıllar içinde yapılan değişikliklerle ve yürürlükten kaldırılmış hükümlerle 1926 yılında neredeyse 'aynıyet' derecesinde diyebileceğimiz var olan bağlantı kopmuştur." OKTAY ÖZDEMİR, s. 2018.

⁷⁰ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, s. 128; OKTAY ÖZDEMİR, s. 2020; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, İsviçre aleyhine ihlâl kararı verdiği Burghartz v. İsviçre kararının hukuki mevzuatın yeniden düzenlenmesinde büyük etkisi bulunur.

⁷¹ HELVACI / KOCABAŞ, s. 632; OKTAY ÖZDEMİR, s. 2021.

⁷² Alman hukukundan farklı olarak eğer eşler evlendikten sonra soyadını değiştirmek isterlerse basit bir bildirim yeterli olmaz. Eşlerin, İsviçre Medeni Kanun'u (ZGB) Art30'fda düzenlenen adın değiştirilmesi davasını açmaları gerekir. HELVACI / KOCABAŞ, 631.

İsviçre hukukunda kadının iki soyadı taşıması mümkün değildir⁷³. Kanun'un 119. maddesine göre eğer eşler ortak bir soyadı seçmişlerse evlilik sona erdikten sonra da bu soyadını taşımaya devam ederler. Ancak kadın ya da erkek, bekârlık soyadına dönmek isterse bunu idareye yapacağı bildirim ile sağlayabilir⁷⁴.

İsviçre Medeni Kanunu'nda yapılan bu düzenlemeler kadının kocanın soyadını alacağına ilişkin eski düzenlemenin, İsviçre Federal Anayasası'nın 8. maddesinin 3. fıkrasında yer alan kadın ve erkek eşitliğine⁷⁵ aykırılığını ortadan kaldırmıştır. Benzer düzenlemelerin kanunumuzda da yapılması öncelik teşkil eden bir meseledir.

2. Kadının Evlilik Birliği Sona Erdikten Sonraki Soyadı

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun "*Boşanan kadının kişisel durumu*" başlıklı 173. maddesine göre kadın, evlilik birliği sona erdikten sonra kural olarak evlenmeden önceki soyadına döner. Görüleceği üzere, evlilik ile kişisel durumu değişen kadın evlilik birliği sona erdikten sonra da kişisel durumunu koruyamayarak evlenmeden önceki soyadına döner.

Eğer kadın evlenmeden önce dul ise, evlilik birliği sona erdikten sonra dul-luk soyadına döner. Kadın, evlilik birliği sona erdikten sonra bekârlık soyadına dönmek isterse aile mahkemesinde dava açmak zorundadır⁷⁶. Kadının, kendi bekârlık soyadına dahi nüfus müdürlüğüne yapılacak basit bir başvuruyla geri dönememesi hakkaniyete aykırıdır.

Dul olan kadının, yeniden evlenmesi ve boşanması sonucunda dulluk soya-dına geri döneceğine yönelik yapılan bu düzenlemenin amacı, kadının yeniden evlenmesi ve boşanmasından sonra dul kalmasına neden olan kocasından çocuk ile aynı soyadını taşıyabilmesine olanak tanınmasıdır⁷⁷. Ancak böyle bir koruma sağlanmak isterken kadının bekârlık soyadını kullanma hakkının sınırlandırıl-ması doğru değildir.

⁷³ WÜST, Martina / DIETHELM, Pascal, "Das Schweizer Namens- und Bürgerrecht: Eine zeitgemässe Neuordnung", *Bratschi Wiederkehr & Buob Newsletter*, Y. 2012, V. 3, s. 1; HELVACI / KOCABAŞ, s. 631-632.

⁷⁴ ÖCAL APAYDIN, s. 433; HELVACI / KOCABAŞ, s. 632.

⁷⁵ Anılan hüküm uyarınca "*Kadın ve erkek eşit haklara sahiptir. Kanun, özellikle ailede, eğitimde ve çalışma hayatında hukuki ve fiili eşitliği sağlar. Kadın ve erkek, eşit işe eşit ücret talep etme hakkına sahiptir.*" (Çeviri yazar tarafından yapılmıştır.) Anayasa'nın tam metni için bkz. https://www.gesetze.ch/sr/101/101_001.htm, E.T. 01.10.2022.

⁷⁶ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, s. 129; GENÇCAN, *Boşanma*, s. 1217; GENÇCAN, *Genel Hükümler*, s. 155.

⁷⁷ GENÇCAN, *Boşanma*, s. 1217; GENÇCAN, *Genel Hükümler*, s. 155.

Kadın, evlilik birliği sona erdikten sonra evlenmeden önceki soyadına geri dönmek istemeyerek boşandığı kocanın soyadını kullanmaya devam etmeyi talep edebilir. Ancak bu durum genel kural değil; istisnadır. Kadın belirli koşulların sağlanması halinde, evlilik birliği sona erdikten sonra kocanın soyadını kullanmaya devam edebilir⁷⁸.

Kadın, boşandığı kocanın soyadını kullanmaya devam etmek istiyorsa, aile mahkemesinde dava açmak zorundadır⁷⁹. Açılan davada hâkim, kadının boşandığı kocanın soyadını kullanmaya devam etmesinde bir menfaatinin bulunduğuna ve kadının boşandığı kocanın soyadını kullanmaya devam etmesinin kocaya zarar vermeyeceğine ikna olursa davayı kabul eder⁸⁰.

Anılan düzenlemelerden görüleceği üzere, kadın “*kocanın soyadını dilenen kişi*” haline gelmiştir⁸¹. Kanun, kocanın soyadı üzerindeki kişilik hakkına üstünlük tanıyıp onu korurken kadının kişilik hakkı açısından ayrımcı bir tavır sergiler⁸². Oysa evlenmekle kocanın soyadını alan kadın boşanarak daha önce kaybettiği toplumsal kimliğini yeniden kaybetme riskiyle karşı karşıyadır⁸³.

Soyadı, kişiliğin bir unsurudur; ne şekilde kazanıldığından bağımsız olarak kişiliğin bir parçası hâline gelir. Bu nedenle, kocanın soyadını kendi rızasıyla değil kanuni bir düzenleme sonucunda alan kadının, evlilik birliği sona erdikten sonra soyadını bırakmaya zorlanması bir kişilik hakkı ihlalidir⁸⁴.

Ayrıca kadının dava açmak suretiyle eski kocanın soyadını kullanma hakkını kazanmasıyla süreç sona ermez. Çünkü bu hak kadına süresiz olarak verilmez. Koşulların değişmesi, örneğin kadının evlenmesi, halinde koca mahkemeden bu iznin kaldırılmasını talep edebilir⁸⁵. Yani kadın soyadını kaybetme riskiyle yaşamak zorundadır.

⁷⁸ KILIÇOĞLU YILMAZ, s. 590; GENÇCAN, **Boşanma**, s. 1217-1218; GENÇCAN, **Genel Hükümler**, s. 158-159; ÖZDAMAR, s. 272-273; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, s. 129; ÇATALOĞLU / PESCHKE, s. 407.

⁷⁹ Aynı yönde bkz. Yar. 8. HD, E. 2017/1313 ve K. 2017/6327, 26.04.2017; Yar. 20. HD, E. 2016/3997 ve K. 2016/6984, 15.06.2016, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

⁸⁰ KILIÇOĞLU, s. 125-126; GENÇCAN, **Boşanma**, s. 1220-1221; GENÇCAN, Ömer Uğur, **Aile Mahkemesi Davaları**, 4. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 373; KILIÇOĞLU YILMAZ, s. 590; ÖZDAMAR, s. 273; Aynı yönde Yar. 2. HD, E. 2016/1506 ve K. 2016/5170, 17.03.2016, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

⁸¹ KILIÇOĞLU YILMAZ, s. 590.

⁸² ÇATALOĞLU / PESCHKE, s. 408; Aynı yönde OKTAY ÖZDEMİR, s. 2019.

⁸³ SUNA, s. 34.

⁸⁴ OKTAY ÖZDEMİR, s. 2019; SUNA, s. 38.

⁸⁵ KILIÇOĞLU, Ahmet M., **Aile Hukuku**, 4. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2019, s. 126.

İyi bir örnek olarak, İsviçre Medeni Kanunu'nun 119. maddesine göre evlilik birliği sona erdikten sonra eşler, evlilik sırasında kazandığı soyadını korur; meğerki bekârlık soyadına dönmek istemiş olsun. Bekârlık soyadına dönmek isteyen eş ise nüfus memurluğuna yapacağı başvuru ile bekârlık soyadına dönebilir.

Sonuç olarak mevcut düzenlemelerde, cinsiyete dayalı ayrımcılık yasağının evlilik birliği öncesinde, devamında ve sonrasında var olması nedeniyle 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun anılan hükümlerinin değiştirilmesi ve örnek İsviçre Medeni Kanunu'nun 119. maddesine benzer biçimde düzenlenmesi gerekir.

B. Erkeğin Soyadı Meselesi

Erkeğin soyadı meselesi hukukumuz bakımından pek gündeme gelmemiş, bakir bir meseledir. Aile adı, genellikle kadının soyadı kapsamında değerlendirilmiş, öğreti ve yargı kararlarında sıkça bu husus tartışılmıştır. Oysa erkeğin soyadı meselesi, kadının soyadı kadar önemlidir.

Kadının soyadına ilişkin tartışmaların gündeme gelmesinde ve geliştirilmesinde feminist düşüncenin teşviki yadsınamaz bir gerçektir. Öte yandan feminist düşünce, hiçbir zaman erkeğin soyadı için kaygılanmamıştır.

Kadının soyadına ilişkin cinsiyet ayrımcılığı iddiası zamanla birçok ülkede kadının soyadını seçebileceğine ilişkin bir hakka dönüşmüştür. Bu hakkı elde eden kadın, evlendikten sonra kocanın soyadını alabileceği gibi kendi soyadını kocanın soyadı önünde kullanabilir ya da yalnızca kendi soyadını kullanabilir. Ancak kendi soyadını terk etmediği için ayrımcılığa uğramadığı düşünülen erkek çoğu zaman soyadını seçme hakkına sahip değildir⁸⁶. Oysa erkeğin evlendikten sonra soyadını değiştirememesi de ayrımcılık olarak tanımlanmalıdır⁸⁷. Türk hukukunda da erkeğin, kadının soyadını alma hakkı bulunmaz⁸⁸. Mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin 153. maddesinde, kadının evlenmekle kocasının soyadını alacağı düzenlenmiştir. Kanun, temelde kadının zayıf ve korunmaya muhtaç bir kişi olduğunu varsayar ve kadını kocaya tâbi kılar⁸⁹. Bu nedenle, evlilik birliği kurulduktan sonra erkeğin soyadı değişmez. Kadın, aile reisi olan kocanın soyadını alarak onun koruması altına girer.

⁸⁶ ROSENSAFT, s. 187.

⁸⁷ BROOKS, Megan, "For Nontraditional Names' Sake: A Call to Reform the Name-Change Process for Marrying Couples", *University of Michigan Journal of Law Reform*, Y. 2013, V. 47, s. 264; MACC-LINTOCK, s. 310; SNYDER, s. 562; ANTHONY, s. 189.

⁸⁸ ABİK, s. 59; ÇATALOĞLU / PESCHKE, s. 406; TACİR, s. 68.

⁸⁹ MORTAŞ, Süleyman, "Evlenen Kadın ile Velayeti Kadına Bırakılan Çocuğun Soyadının Belirlenmesinde "Kocanın Soyadı" Parametresi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2016, C. XX, S. 2, s. 329; ÖZDAMAR, s. 231.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'yla bu geleneksel anlayıştan uzaklaşılması hedeflenmiş; ancak başarılı olunamamıştır. Kanun'un 187. maddesi "*kadının soyadı*" başlığını taşır. Görüleceği üzere soyadını düzenleyen hüküm yalnızca kadının soyadına atfedilmiştir. Erkeğin soyadı, evlilik birliği kurulduktan sonra değiştirilmesi düşünülebilecek bir kavram olarak dahi değerlendirilmemiştir.

Mevcut hukuki durumda, kadının evlendikten sonra dilerse eşinin soyadını alma, dilerse eşinin soyadını kendi soyadıyla birlikte kullanma ve yine dilerse yalnızca kendi soyadını kullanma hakkı varken erkeğe herhangi bir seçim hakkı tanınmaması yasal ayrımcılık olarak tanımlanabilir⁹⁰.

Hukuki düzenlemeler yapılırken kabul edilen geleneksel görüşe göre erkeğin evlendikten sonra kadına soyadını vermesi bir ayrıcalık olarak düşünülmüş; bu nedenle erkeğe evlendikten sonra soyadını değiştirme yönünde bir seçim hakkının tanınması olasılığı dahi tartışılmamıştır⁹¹. Esasen kanun koyucu, mevcut düzenlemenin erkeğin lehine olduğu varsayımına dayanmıştır.

Hukukumuzda benimsenen geleneksel görüş, aile reisi olan erkeğin soyadının aile adı olması temeline dayanır. Bu görüş, aynı zaman kadın ve erkek arasında mutlak eşitliği benimsemez. Bu nedenle, kadının soyadı meselesi tartışılırken gerek öğretide gerek yargı kararlarında sıkça kadın bakımından eşitlik kavramının vurgulandığı görülür. Oysa kadın erkek eşitliğinden bahsedilirken, erkeğin durumu hiç irdelenmez.

Erkeğin soyadı meselesinin hukuki çözümünü toplumun kültürel alt yapısından bağımsız olarak düşünmek zordur⁹². Çünkü, erkeğin evlendikten sonra kadının soyadını alması, özellikle bazı toplumlarda utanç duyulacak ya da ayıplanacak bir durum olarak karşılanabilir⁹³. Buna karşın özellikle mutlak anlamda

⁹⁰ MACCLINTOCK, s. 279; FRANDINA, s. 167.

⁹¹ Aynı yönde BROOKS, s. 265-266.

⁹² Soyadına ilişkin kurallar her ne kadar toplumların kendi kültürlerinden bağımsız düşünülmesi de bu durum, kültürel rölativizm iddiası açısından değerlendirilebilir. Çakırca'ya göre, "*Kültürel rölativizm insan haklarının evrenselliği iddiası ile çelişmektedir. Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme farklı toplumlar da farklı uygulamalara olanak verilmesini ve böylelikle devlet eliyle kadına karşı ayrımcılık yapılmasına cevaz verilmesini kabul etmemiştir.*" ÇAKIRCA, s. 159; Çakırca her ne kadar artık tarafı olmadığımız Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme'den bahsetse de halen yürürlükte olan ve tarafı olduğumuz Avrupa Konseyi R (85) 2 sayılı tavsiye kararı gibi birçok uluslararası metin dolayısıyla aynı sonuca varılabilir.

⁹³ Soyadı ile toplumun sosyal ve kültürel yapısı arasındaki önemli bağın en çarpıcı örneklerinden biri İngiltere'dir. İngiltere örneğinde, kadınlar baştan itibaren hukuki düzenlemelerle evlendikten sonra kocanın soyadını almak ya da almamak konusundan özgür bırakılmıştır. Hukuki düzenlemelerin özgürlükçü tutumuna karşın uygulama farklı yönde gelişmiştir. İngiliz kadınlar evlendikten sonra genellikle soyadlarını değiştirmeyi tercih etmişlerdir. MACCLINTOCK, s. 287; Aynı yönde ANTHONY, s. 212.

cinsiyet eşitliğini⁹⁴ benimsemiş ve içselleştirmiş toplumlarda hukuki düzenlemelerin de daha özgürlükçü olduğu görülebilir⁹⁵.

Aile hukukunda kadın erkek eşitliğinden ödün verildiği hallerde haklı neden kavramı dikkat çeker. Özellikle, “zorunluluklar, toplumsal gerçekler, kamu yararı, kamu düzeninin sağlanması, kadının tabii zayıflığı ve farklı yaradılışı, aile içinde iki başlılığın önlenmesi” gibi nedenler başta olmak üzere birçok farklı haklı neden söz konusudur⁹⁶.

Erkek için soyadını değiştirmenin sosyal bir bedeli vardır. Çünkü toplumlarda erkeğin kendi soyadını taşıması önemsenir. Çoğu zaman eşler, soyadının devamlılığı için erkek çocuk sahibi olmayı dilerler. Hatta yalnızca kız çocuk doğan aileler için soyunun yürümeyeceği söylenir. Bu nedenle zorunluluklar ve toplumsal gerçekler, soyadını değiştirmek isteyen erkeğin yüzleşmesi gereken engellerdir. Ancak zamanla toplumda soyadını değiştiren erkek sayısının artmasıyla beraber bu toplumsal zorluklar aşılabılır⁹⁷.

Soyadının değiştirilmesinde kişisel bir yarar olabilir; ancak kamusal yararın da korunması gerekir. Bu nedenle kişiler, isimlerini ya da soyadlarını diledikleri gibi değiştiremezler⁹⁸. Çünkü soyadının bir kimseyi diğerinden ayırt etme işlevi dışında düzenleyici görevi de bulunur⁹⁹.

Soyadının kişilik haklarından olması, ona hiçbir müdahalede bulunulamayacağı anlamına gelmez. Yasa koyucunun soyadı kullanımına kamu yararı ve kamu düzeni gerekleri¹⁰⁰ uyarınca Anayasa’ya uygun olmak koşuluyla müdahale

⁹⁴ Esasen Anayasa Mahkemesi’nin kararlarına bakıldığında cinsiyet ayrımcılığının mutlak olarak yasak kabul edildiği görülür. Ancak Mahkeme, kimi zaman içtihatların satır aralarında kadın ve erkek eşitliğinin sağlanması bakımından haklı sınırlama nedenleri öngörmek suretiyle mutlak eşitlikten ayrılır. GÖZTEPE, s. 107.

⁹⁵ Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinde soyadı konusunda tam bir özgürlük benimsenir. Göztepe, s. 123; Esasen önceleri Amerika’da İngiliz Hukuku’nun etkileriyle kadınların evlendikten sonra kocanın soyadını alacağına ilişkin yasal düzenlemeler yapılmıştır. Hatta kadınların, evlendikten sonra önceki soyadını kullanma konusunda açtıkları davalarda dahi hakimler bu yönde karar vermiştir. Ancak daha sonra feminist hareketin etkisiyle soyadı konusundaki tutum da değişmiş ve kadınlar evlendikten sonra soyadı seçimi hususunda özgürleşmiştir. MACCLINTOCK, s. 291-292; Aynı yönde ANTHONY, s. 201.

⁹⁶ GÖZTEPE, s. 116; ÇATALOĞLU / PESCHKE, s. 411; Anne, baba ve çocuğun aynı soyadını taşıması suretiyle aile birliğinin sağlanacağı inancı erkeğin kadının soyadını alamamasının gerekçesi olamaz. Çünkü erkeğin kadının soyadını alması durumunda da anne, baba ve çocuk aynı soyadını taşır. SNYDER, s. 576.

⁹⁷ Aynı yönde bkz. EMENS, s. 780-784; ANTHONY, s. 196.

⁹⁸ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, s. 133; Aynı yönde AYM, T. 07.01.2021 ve Başvuru No. 2018/34343, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

⁹⁹ ÖZDEMİR, s. 563.

¹⁰⁰ 2001 yılında yapılan Anayasa değişikliğiyle beraber 13. maddedeki sınırlama nedenleri kaldırılmıştır. Bu nedenle kamu düzeni ve kamu yararı nedeniyle soyadı hakkının sınırlandırılmasının yasal bir dayanağı kalmamıştır. ÖCAL APAYDIN, s. 442.

lede takdir hakkının bulunduğu açıktır¹⁰¹. Örneğin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Aktaş ve Aslaniskender v. Türkiye başvurusunda devletlerin kamu yararı ve kamu düzeni gerekçesiyle soyadına müdahale hakkının varlığından bahsedilir. Mahkeme soyadının kişinin özel ve aile hayatını ilgilendirmesine karşın devletin nüfus kayıtlarının doğru bir biçimde tutulmasını sağlamak, kişisel kimliğin tespitine ilişkin araçları koruyabilmek ya da belirli soyadını taşıyanları belirli aileye bağlayabilmek için kamu yararı kapsamında haklı gerekçeler gösterebileceğini ifade eder¹⁰². Benzer biçimde soyadı seçme hakkının, kanun koyucu tarafından kamu düzeni ve kamu yararı kavramlarıyla sınırlandırıldığı Anayasa Mahkemesi kararlarında da kabul edilir¹⁰³. Ancak kamu düzeni ve kamu yararı gibi kavramlar muğlaktır. Bu nedenle, bir kişilik hakkı olan soyadının bu tarz muğlak kavramlarla ölçsüz biçimde sınırlandırılması doğru değildir¹⁰⁴. Zira “*Bireyin varlığına veya kimliğine ilişkin önemli haklar ya da hukuksal çıkarlar söz konusu olduğunda takdir yetkisi daha dar olup bu alanlara yönelik müdahaleler için özellikle ciddi nedenlerin varlığı şarttır*”¹⁰⁵.

¹⁰¹ Bkz. AYM, 10.03.2011 2009/85 2011/49; Aynı yönde “*Kadının evlenmekle kocasının soyadını almasının cinsiyet ayrımına dayanan bir farklılaşma yarattığı savı yerinde değildir. Anayasa'nun 10. Maddesinde öngörülen eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmez. Durum ve konularındaki özellikler kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerekli kılabilir.*” AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ, Derya, **Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt**, İstanbul 2020, s. 119; HATEMİ, Hüseyin, **Aile Hukuku**, İstanbul 2021, s. 87.

¹⁰² Bkz. Başvuru No: 18684/07 ve 21101/07, Karar Tarihi: 25.06.2019; Başvurucuların birleştirilerek incelenen başvuruları soyadı değişikliğine ilişkindir. Her iki başvurucu da soyadını yabancı bir isimle değiştirmek ister. Türk mahkemeleri, 2525 sayılı Soyadı Kanunu'nun 3. maddesi ve Soyadı Tüzüğü'nün 5. maddesi uyarınca yabancı isimlerin soyadı olarak seçilemeyeceği gerekçesiyle başvurucuların talebini reddeder. Başvurucular, Sözleşme'nin 8. ve 14. maddelerinin ihlal edildiğini iddia eder. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, öncelikle soyadının kişinin özel ve aile hayatını ilgilendirmesine karşın devletin nüfus kayıtlarının doğru bir biçimde tutulmasını sağlamak, kişisel kimliğin tespitine ilişkin araçları koruyabilmek ya da belirli soyadını taşıyanları belirli aileye bağlayabilmek için kamu yararı kapsamında haklı gerekçeler gösterebileceğini ifade eder. Ancak mahkeme, ulusal mahkeme kararları verilirken somut olayın niteliği doğrultusunda ilgililerin özel ve kişisel durumlarının dikkate alınması ve kişilerin menfaatleri ile kamu yararının dengelenmesi gerektiğini vurgular. Sonuç olarak mahkeme, yeterli inceleme yapılmadığı ve çatışan menfaatler arasında adil bir denge kurulmadığı gerekçeleriyle ihlal kararı vermiştir. Ayrıca ifade etmek gerekir ki karara eklenen mutabakat şerhinde söz konusu başvurudaki temel sorunun, mahkemenin kanunu uygulama biçiminden ziyade bizzat kanundan kaynaklandığı, yerel mahkemenin mevzuatta yer alan hükümleri uygulamaktan başka bir seçeneği olmadığı, başka bir ifadeyle temel sorunun somut olaydan kaynaklanmadığı, yapısal nitelikte olduğu, bu nedenle söz konusu mevzuatın gözden geçirilmesi gerektiği belirtilir. Kararın tam metni için bkz. <https://hudoc.echr.coe.int>, E.T. 15.01.2023; Benzer biçimde Anayasa Mahkemesi, kararlarında kadının önceki soyadını kocasının soyadının önünde kullanılabilmesine ilişkin hükmün varlığını menfaatler arasında adil bir denge olarak yorumlar. Başka bir ifadeyle hükmün kişilik hakkı ile kamu yararı arasında adil bir denge kurduğunu ifade eder. Ancak bu düşünce yerinde değildir; çünkü kadına yalnızca önceki soyadını kendi soyadı önünde kullanma imkânı tanınması kadının kişilik hakkı ihlalini ortadan kaldırmaz. ÇAKIRCA, s. 151.

¹⁰³ ÇAKIRCA, s. 150.

¹⁰⁴ ÇAKIRCA, s. 151.

¹⁰⁵ Bkz. AYM, Başvuru Numarası: 2018/34343, Karar Tarihi: 27.01.2021, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

Devletlerin soyadına ilişkin kamusal yarar iddiasını çürütecek önemli bir ispat vasıtası, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin önüne gelen *Daroczy v. Macaristan* davasıdır. Bu davada başvuru kadını, 1950 yılından itibaren kocasının isim ekini kendi ismine ekleyerek oluşturduğu adı kullanır; ancak 2004 yılında başvuru kadının adının yanlış olarak işlendiği iddiasıyla idare tarafından başvuru kadının isminin değiştirilmesine karar verilir. Başvuru kadını, kişilik hakkı ihlali gerekçesiyle mahkemeye başvurur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bu davada, başvuru kadının bahse konu ismi yaklaşık elli yıldır kullanmasının kamusal bir zarar meydana getirmedigine, bu nedenle devletin kamusal yarar iddiasına dayanamayacağına hükmeder¹⁰⁶.

Devletler, bir kişilik hakkı olan soyadına müdahalenin genellikle kamusal yarar, kamu düzeni ya da kamu güvenliği gerekçesine dayandığı iddiasındadır. Ancak bu iddialarını dayandırabilecekleri bilimsel ya da sosyolojik bir çalışmaya rastlamak mümkün değildir¹⁰⁷. Bu bağlamda, erkeğin evlendikten sonra soyadını değiştirememesinin nasıl bir haklı nedene işaret edeceği muammadır. Çünkü, kadının soyadının her durumda defaultle değiştirilmesini öngören sistemimizin soyadının değişmezliği ilkesini benimsemediği açıktır. Yine, erkeğin kadının soyadını alması ile soyadında birlik ilkesinin zedelenmeyeceği de kuşkusuzdur. Çünkü aile adında birlik yaklaşımına göre evlilik birliği içerisinde eşlerin ve çocukların aynı soyadını kullanmalarının aile birliğini ve bağlarını güçlendireceği öngörülmüştür¹⁰⁸.

Erkeğin kadının soyadını alması nedeniyle çocuğun soyadının babanın soyadıyla farklı olacağı ve bu nedenle aile birliğinin bozulacağı iddiası yerinde değildir. Esasen bu durumda, anne ve çocuğun soyadı aynı olacaktır. Günümüzde değişen toplumla birlikte bir çocuğun ebeveynlerinden farklı bir soyadına sahip olması o kadar da alışılmadık bir durum değildir¹⁰⁹. Bu bağlamda, soyadına ilişkin düzenlemelerde aile bütünlüğünü ileri sürmek tarihi geçmiş bir gerekçeden öte değildir¹¹⁰. Erkeğin evlendikten sonra soyadını değiştirememesi için bir haklı gerekçe bulunmaz¹¹¹.

¹⁰⁶ Bkz. Başvuru No: 44378/05, 01/07/2008; Kararın tam metni için bkz. [https://hudoc.echr.coe.int/eng/#%22itemid%22:\[%22001-87221%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng/#%22itemid%22:[%22001-87221%22]), E.T. 15.01.2023.

¹⁰⁷ Aynı yönde bkz. Soyadında birlik yaklaşımına ilişkin görüşler genellikle bilimsel çalışmalar ve somut deliller yerine geleneksel inançlar ve değerler üzerine temellendirilir. Devletlerin evliliği ve aile birliğini teşvik etmek gibi meşru çıkarları olsa dahi, ortak soyadıyla mutlu ve başarılı evlilik arasındaki bağı kanıtlayan herhangi bir bulgu olmaması devletlerin bu iddialarını etkisizleştirir. MACCLINTOCK, s. 295-296.

¹⁰⁸ HELVACI / KOCABAŞ, s. 637; SNYDER, s. 575.

¹⁰⁹ ROSENSAFT, s. 201-202; BROOKS, s. 267.

¹¹⁰ FRANDINA, s. 167.

¹¹¹ NOMER, s. 447.

Ayrıca özellikle isim değiştirmenin kolaylaştırılmasının kamu düzenini bozacağı, hatta kişilerin suç işlemek ya da sahtekarlık amacıyla isimlerini değiştirmeye yöneleceği iddiası düşünülebilir. Ancak evlenmenin sosyal ve maddi maliyeti göz önüne alındığında, kişilerin sadece soyadı değişikliği yapmak için evliliği hileli bir şekilde kullanması olası değildir¹¹². Ayrıca birçok hukuk sisteminde zaten evlendikten sonra kadına soyadını değiştirme imkânı tanınmışken bu imkanın erkeğe de tanınmasının suç işlemek ya da sahtekarlık amacıyla bağdaştırılması temelsizdir¹¹³.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 8. maddesine göre “*bütün insanlar, hukuk düzeninin sınırları içinde, haklara ve borçlara ehil olmada eşittirler*” denilir. Bu çerçevede, soyadına ilişkin hükümlerin de kadın ve erkek arasında eşitliği sağlaması beklenir¹¹⁴. Evlilik birliği içerisinde eşler arasındaki eşitliğin tam anlamıyla sağlanabilmesi için eşlere soyadı konusunda bir seçme hakkı tanınması gerekir¹¹⁵. Erkek, evlendikten sonra dilerse kadının soyadını alabilmesi dilerse kendi soyadı ile kadının soyadını birlikte kullanabilmelidir¹¹⁶.

1. Erkeğin Evlendikten Sonraki Soyadı

Mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin 153. maddesinde kadının evlenmekle kocasının soyadını alacağı düzenlenmiştir. Kanun, geleneksel anlayışa uygun olarak evlendikten sonra kadının kendi bekârlık soyadını terk etmesi ve kocanın soyadını almasını emreder. Daha sonra, Mülga 743 sayılı Kanun'da 14.05.1997 tarihli ve 4248 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik sonucunda; kadının evlendirme memuruna ya da evlendikten sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı bir başvuru ile kocanın soyadının önünde bekârlık soyadını kullanabileceği düzenlenmiştir. Böylece yapılan değişiklik ile kadına ikili bir seçim hakkı tanınmıştır. Kadın, evlendikten sonra ya doğrudan kocanın soyadını alabilir ya da kocanın soyadıyla beraber önceki soyadını kullanmak suretiyle iki soyadı kullanabilir. Bu düzenleme, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun “*kadının soyadı*” başlığını taşıyan hükmünde aynen varlığını korur. Görüleceği üzere hem Mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin hem de 4721 sayılı Kanun'un soyadını düzenleyen hükümleri yalnızca kadının soyadından bahseder. Oysa

¹¹² ROSENSAFT, s. 216; SNYDER, s. 577; FRANDINA, s. 168.

¹¹³ BROOKS, s. 268.

¹¹⁴ GÖZTEPE, s. 116.

¹¹⁵ SİRMEN, Lale, Medeni Hukuktaki Son Gelişmelerin Işığı Altında Evlenme ve Boşanma Alanında Yeniden Düzenlenmesi Gereken Konular, **Hukukta Kadın Sempozyumu**, Ankara 2000, s. 86.

¹¹⁶ Aynı yönde NOMER, s. 448; ROSENSAFT, s. 217; MAHONEY FRANDINA, s. 156-157.

erkeğin soyadı, düzenlenmesi gereken bir başka önemli meseledir. Çünkü kadın gibi erkek de evlendikten sonra soyadının üçüncü bir soyadı ile değiştirilmesini ya da doğrudan kadının soyadını almayı isteyebilir¹¹⁷.

4721 sayılı Kanun'da olduğu gibi bazı kanunlarda, erkeğe ilişkin herhangi bir hak ya da mecburiyet değerlendirilmesi yapılmayarak evlenmeden sonra erkeğin doğrudan kendi soyadını kullanmaya devam etmesi bir kural olarak öngörülürken Alman Medeni Kanun'u (BGB), İsviçre Medeni Kanun'u (ZGB) ya da Avusturya Medeni Kanun'u (ABGB) gibi bazı kanunlarda erkeğin soyadına ilişkin düzenlemeler de bulunur¹¹⁸.

Bu çerçevede öncelikle, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda ve yargı kararlarında evlenen erkeğe bir seçme hakkı tanınmazken kadına soyadı bakımından bir seçme hakkı tanınması pozitif ayrımcılık olarak değerlendirilebilir mi sorusunun cevaplanması gerekir.

Pozitif ayrımcılık, kadın ve erkek arasındaki maddi eşitliğin sağlanabilmesi amacıyla salt şekli eşitliği sağlayan ve bu nedenle adaletsizlik yaratan uygulamaların önlenmesini amaçlar. Temelinde kadının, erkek karşısında adaletsizliğe uğramaması için desteklenmesi ve korunması düşüncesi yatar¹¹⁹.

¹¹⁷ Örneğin Amerika'da 1993 yılında yapılan bir araştırmaya göre erkek üniversite öğrencilerinin yüzde yetmiş ve kadın üniversite öğrencilerinin yüzde seksen beşi erkeğin karısının soyadını alması gerektiğine inanıyor. Bkz. SCHEUBLE LAURIE / JOHNSON DAVID R., "Marital Name Change: Plans and Attitudes of College Students", *Journal of Marriage and Family*, Y. 1993, V. 55, I. 3, s. 747-754; Bu bağlamda toplumun ve hukuki metinlerin değişimi ve gelişimi dikkate alındığında bu oranların daha arttığını iddia etmek yerinde olur.

¹¹⁸ Evlendikten sonra eşlerin soyadı meselesinde üç farklı sistem öngörülür. Birinci sistemde eşler birlikte ortak bir aile adı belirler. Belirlenecek bu aile, eşlerden birinin soyadı olabileceği gibi üçüncü bir soyadı da olabilir. İkinci sistemde eşler evlenmeden önceki soyadlarını korurlar. Bu sistemde kişilerin evli ya da bekâr olması soyadı değişikliğine neden olmaz. Üçüncü sistem tireli soyadı sistemi olarak anılır. Bu sistemde, evlendikten sonra her iki eşin soyadı tire ile birleştirilerek kullanılır. SUNA, 47; ATASOY, 142; Evlilik nedeniyle soyadının kazanılmasına ilişkin olarak üç farklı sistem öngörülmektedir. İlk sistem soyadı değişikliğini zorunlu kılar; ikinci sistemde değişikliğe müsaade edilir ancak zorunlu değildir; üçüncü sistemde ise değişiklik zorunludur. MACCLINTOCK, 281; Tireli soyadı kullanımına ilişkin en önemli eleştiri ortak çocuğun bir başka tireli soyadı taşıyan kişiyle evlenmesi ve çocuğuna yine tireli soyadı koymak istemesi durumunda soyadının karmaşık hale geleceğine ilişkindir. EMENS, 799-800; Örneğin, kadının soyadı Şahin ve erkeğin soyadı Seçer, evlendikten sonra tireli soyadı kullanmaya karar verilmiş ve aile soyadı olarak Şahin-Seçer seçilmiştir. Bir başka örnekte kadının soyadı Demir ve erkeğin soyadı Yılmaz ve aile soyadı olarak Demir-Yılmaz seçilmiştir. Bu iki ailenin çocuklarının evlendiğinde ve Şahin-Seçer-Demir-Yılmaz soyadını taşımaları sürdürülebilir değildir. Emens, bu hususta bir alternatif önermektedir. Çünkü Emens'e göre her iki eşin soyadından oluşan tireli soyadı kullanımı en eşitlikçi çözümdür. Geleneksel tireli soyadına alternatif olarak "*biphenation*" seçimli tireli soyadını önerir. Bu çözümdede, eşler ortak çocuklarına tireli soyadlarından yalnızca birini geçirir. Örneğin, yukarıdaki örnekte iki ailenin çocukları evlendiğinde çocuk, Şahin-Demir ya da Seçer-Yılmaz gibi bir soyadını taşır. Hangi soyadının seçileceği hususu tartışmalıdır. Emens, bu konuda idare tarafından gelişigüzel seçilmesini önerir. EMENS, 804 vd.

¹¹⁹ GÖZTEPE, s. 109.

Öztañ, Mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi döneminde, bir kişilik hakkı olarak kabul edilen soyadının erkek için tam olarak korunduğunu ancak bu korumanın kadın için kabul edilmediğini ifade eder¹²⁰. Bu ifadenin günümüzde geçerliliğini koruyup korumadığı ve bir yanılı oluşturup oluşturmadığı erkeğin soyadı sorunu bakımından önemlidir.

Mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin hükümlerinin soyadı bakımından kadın ve erkek arasında, kadın aleyhine eşitsizlik yarattığı açıktır. Ancak 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun hükümlerinin de tam olarak eşitliği sağladığı söylenemez. Aksinin iddiası, erkeğin soyadının aile soyadı olarak kabul edilmesinin ve erkeğe başkaca bir seçme hakkı tanınmamasının eşitliği sağladığı düşüncesini destekler. Zira, 4721 sayılı Medeni Türk Kanunu'nun temelinde aile adında birlik ilkesinin yer aldığı varsayımına dayanılsa dahi erkeğin yalın bir biçimde kadının soyadını alabilmesi ya da erkeğin kendi soyadı önünde ya da arkasında kadının soyadını alabilmesi de aile adında birlik ilkesine uygundur.

Soyadı meselesi hukukumuzda, kadının soyadı üzerinden tartışılmaktadır. Zira soyadı meselesi, kadın erkek eşitliği kavramının gündeme gelmesiyle birlikte popülerlik kazanmıştır¹²¹. Erkek, evlilik birliğinin kurulmasından sonra soyadını değiştirmek suretiyle medeni hâl değişikliğini ilan etmek zorunda bırakılmazken kadın, “*kişilik ifadesi olan*” soyadının değiştirilmesi ile medeni hâl değişikliğini herkese ilan etmek zorundadır¹²². Bu durum, “*evlenmeyle ya da boşanmayla her defa âdeta kadının kimliğinin içeriğinin boşaltılması anlamına gelir*”¹²³. Mevcut hukuki düzenlemenin kadının soyadı bakımından hakkaniyete aykırı bir durum yarattığı açıktır. Ancak kadın bakımından eşitliğin zedelenmesi, her durumda erkek bakımından üstünlüğün sağlandığı anlamına gelmez¹²⁴.

¹²⁰ ÖZTAN, Bilge, “Evlilik Birliğinin Sona Ermesi Halinde Kadının Soyadı Sorunu”, Prof. Dr. H. Cahit Oğuzoğlu'na Armağan, Ankara 1972, s. 422.

¹²¹ HELVACI / KOCABAŞ, s. 617.

¹²² ÖZDAMAR, s. 271.

¹²³ ABİK, s. 63; TACİR, s. 52; Hatta evlilik devam ederken kocanın evlat edinilmesi ya da haklı nedenle soyadını değiştirmesi halinde, kadının ve çocuğun da soyadı değişir. MOROĞLU, s. 254.

¹²⁴ Örneğin Moroğlu'nun “*Erkek ise doğduğu gün aldığı soyadını kural olarak yaşamı boyunca taşıma hakkına sahiptir. Soyadını ancak evlat edinilmesi ve haklı nedenle soyadını değiştirme talebinin kabul edilerek karara bağlanması durumlarında değiştirir.*” ifadelerine bakıldığında erkeğin üstün konumda olduğunun düşünüldüğü görülür. MOROĞLU, s. 254; Benzer şekilde Çakırca 2/216 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifinin metni ile ilgili olarak en büyük eksikliği “*evlendikten sonra kendi soyadını kullanmak istemeyen ve sadece kocasının soyadını taşımak isteyen kadınlara böyle bir seçim hakkı tanınmaması*” olarak ifade eder. Oysa erkeğin soyadına ilişkin hiçbir iyileştirme getirilmeyen metnin bu yönünü hiç eleştirmez.

Soyadı denildiğinde, akla bir sürü ihtimal gelir. Bir kadın ve bir erkek evlendiğinde kadın, erkeğin soyadını mı taşımalıdır? Yoksa evlendikten sonra kadının soyadı aynı mı kalmalıdır? Ya da geleneğin aksine erkek kadının soyadını alabilir mi? Peki, tireli soyadı kullanımı mümkün olmalı mıdır? Soyadına dair ne çok varyasyon hayal edilebilir¹²⁵. Buna karşın Avrupa Konseyi'ne üye devletler içerisinde kadının evlenmekle doğrudan kocanın soyadını alacağını öngören tek devlet Türkiye'dir¹²⁶. Bu nedenle, kadının dilediği soyadını alabilmesi üzerine birçok çalışma yapılmış; sonuç olarak kadının soyadı meselesi kısmen çözüme kavuşmuştur. Ancak erkeğin soyadı meselesi, henüz hakkettiği çözümü bulmaya yakın dahi değildir.

Hukukumuzda erkeğin evlendikten sonra kadının soyadını alma hakkı bulunmaz¹²⁷. Ayrıca 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesindeki hükmün emredici nitelik taşıması nedeniyle eşlerin kendi aralarında erkeğin, kadının soyadını almasına ilişkin yapacakları anlaşmalar kesin hükümsüzdür¹²⁸. Hatta kocanın karısının soyadını almak amacıyla bir isim değişikliği davası açması kanuna karşı hile hâli oluşturur¹²⁹. Ancak tüm bunlara rağmen erkeğin evlendikten sonra kadının soyadını almak istemesinin birçok nedeni olabilir¹³⁰. Örneğin kadının evlilik dışı bir çocuğu olabilir. 4721 sayılı Kanun'a göre ana, çocuğun babası haricinde bir kişi ile evlenirse çocuğun evlat edinilmesi istisna tutulmak kaydıyla ananın soyadı değişmesine rağmen çocuğun soyadı değişmeyecektir. Bu durumda, çocuğuyla aynı soyadını taşımak isteyen kadın, bir dava açmak

¹²⁵ EMENS, s. 763.

¹²⁶ TUMAY / ALTINEL, s. 176; OKTAY ÖZDEMİR, s. 2026; SUNA, s. 51.

¹²⁷ Yargıtay, karısının soyadını kendi soyadı önüne eklemek isteyen kocanın bu talebini "erkek bir şahsın soyadının yanına bir başka soyadı eklenemeyeceği" gerekçesiyle reddeder. Yar. 18. HD, E. 2011/7038 ve K. 2011/8854, 15.09.2011, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

¹²⁸ HELVACI / KOCABAŞ, s. 637; HELVACI, s. 160.

¹²⁹ AKINTÜRK / ATEŞ, s. 117; Aksi görüş için bkz. "Türk hukukunda da eşler evlenmeden önce aralarında anlaşarak kadının soyadının aile soyadı olacağını kararlaştırabilirler. Bunun için, Türk Medeni Kanunu'nun 27/1. maddesinde düzenlenen 'haklı nedenin' varlığı ilkesinden yararlanabilir. Erkek soyadının değiştirilmesini haklı sebebe dayanarak talep edebilir." ÖZDEMİR, s. 574; Aynı yönde ATAAY, Aytekin M., "Umumî Esaslar, Şahsın Hukuku ve Aile Hukuku ile İlgili İsviçre Mahkeme Kararları 1955-1956", İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y. 2011, C. 1, S. 1, s. 56-57.

¹³⁰ Örneğin İngiltere'de özellikle kadının kocasından daha yüksek bir sosyal kesimden geldiği ya da kadının babasının aile adının devam ettirilmesini talep ettiği durumlarda erkeğin doğrudan kadının soyadını alması ya da tireli soyadı kullanımını yaygındır. MACCLINTOCK, s. 287. Ülkemizde ise eski Başbakan Tansu Çiller'in eşi Özer Uçuran'ın evlendikten sonra Çiller soyadını alması bilinen bir örnektir. Her ne kadar Özer Uçuran, Çiller soyadını hukuken isim değişikliği davasıyla almış olsa da kadının soyadının taşınması bağlamında özel bir örnektir. Bkz. [https://tr.wikipedia.org/wiki/%C3%96zer_U%C3%A7uran_%C3%87iller#:~:text=%C3%96zer%20U%C3%A7uran%20%C3%87iller%20\(d.,sonra%20%22%C3%87iller%22%20soyad%C4%B1n%C4%B1%20ald%C4%B1,E.T.01.01.2023](https://tr.wikipedia.org/wiki/%C3%96zer_U%C3%A7uran_%C3%87iller#:~:text=%C3%96zer%20U%C3%A7uran%20%C3%87iller%20(d.,sonra%20%22%C3%87iller%22%20soyad%C4%B1n%C4%B1%20ald%C4%B1,E.T.01.01.2023).

suretiyle yalnızca kendi bekârlık soyadını kullanma hakkını kullanabilir ya da erkek kadının soyadını alabilir. Böylece, çocuğun anadan farklı bir soyadı kullanmasından doğabilecek olumsuz etkilerden kaçınılabilir.

Kendi yaşam öyküsünden örnek veren *Frantina*, İtalyan kökenli göçmen eşinin soyadının devamını sürdürebilmek için karısının soyadını alır. Yazar, soyadı meselesine ataerkil bir bakış açısıyla yaklaşmış olsaydı, belki de eşinin önem affettiği soyadının sonunun geleceğini söyler¹³¹.

Yine örneğin, Amerika Birleşik Devletleri'nde, erkeklerin evlendikten sonra karılarının soyadlarını alma konusunda yoğun bir yönelimi bulunur. Bu durum doğrudan kadının soyadını alma, tireli soyadı kullanımı (kadın ve erkeğin soyadlarını araya tire koymak suretiyle kullanma; örneğin seçer ve şahin soyadları için seçer-şahin), yeni bir soyadı oluşturma (genellikle erkeğin ve kadının soyadlarındaki hecelerden oluşan yeni bir soyadı meydana getirme; örneğin şahin ve seçer soyadlarından şahse) ya da bambaşka bir üçüncü bir soyadı seçme şeklinde olabilir¹³². Görüleceği üzere “*Erkeğin soyadının erkek egemen toplum yapısındaki değişim sürecinde radikal söylemle sonunun gelmekte olduğu, ihtiyatlı söylemle dönüşüme uğrayacağı şimdiden söylenebilir*”¹³³.

Evlilik birliği kurulurken soyadına karar vermek, bir noktada o evlilikte eşlerin rollerinin tanımlanması olarak görülebilir. Başka bir ifadeyle daha evlilik birliğinin başlangıcında kadını ya da erkeği bir soyadını almaya zorlamak, taraflardan birine seçme hakkı verilirken diğerine hiçbir seçme hakkı tanınmaması evliliği daha başlangıçta tarafların eşit olmadığı bir ortaklık olarak tanımlar¹³⁴. Kadınların son birkaç yılda evlilik adı değişikliği konusunda kazandıkları zaferler, kadınlara şu anda erkeklerin sahip olduğundan daha fazla hak vermemelidir¹³⁵. Erkeğin soyadını önemli bir mesele ya da hak ihlali olarak görmemek, kadının soyadını önemli bir mesele olarak görmemekle eşdeğerdir¹³⁶. Çünkü soyadı değiştirmek de değiştirmemek kadar haktır. Bu hakkın erkeğe tanınmaması ayrımcılık oluşturur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, kadın ve erkek eşitliği kavramlarını soyadı ile ilişkilendirdiği *Burghartz v. İsviçre* isimli kararı

¹³¹ MAHONEY FRANTINA, s. 156.

¹³² MACCLINTOCK, s. 300; EMENS, s. 800-802.

¹³³ GENÇCAN, *Kadın*, s. 442; GENÇCAN, *Boşanma*, s. 1202; SAGIR, Meral, “Kadının Soyadı”, *Bursa Barosu Dergisi*, Y. 2005, C. 29, S. 76, s. 5.

¹³⁴ ROSENSAFT, s. 213-214.

¹³⁵ Aynı yönde ROSENSAFT, s. 217.

¹³⁶ SYNDER, s. 578; FRANTINA, s. 168.

da aynı yöndedir¹³⁷. Söz konusu kararda, erkek eş evlendikten sonra aile adı olarak karısının soyadını (Burghartz) önünde kendi bekârlık soyadıyla (Schnyder Burghartz) birlikte kullanmak ister. Ancak İsviçre hukukunda kocanın soyadının aile adı olması gerektiği, haklı bir nedenin bulunması halinde kadının soyadının aile olarak seçilebileceği, bu durumda dâhi erkeğin bekârlık soyadını da kullanabilmesi yönünde bir hüküm bulunmaması nedeniyle anılan talep reddedilerek aile soyadı olarak erkeğin soyadı olan Schnyder tescil edilir. İsviçre Medeni Kanunu'na göre zaten yalnızca kadın kendi bekârlık soyadını aile soyadı önünde taşıyabilir. Başvurucu, kadına kocanın soyadı önünde bekârlık soyadını kullanma hakkı tanınmasına rağmen erkeğe böyle bir hak tanınmamasının eşitlik ilkesine aykırı olduğunu savunur.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, soyadının kişinin aile ve özel yaşamını ilgilendirdiğini, soyadına ilişkin kamusal bir menfaatin varlığını bu durumu ortadan kaldırmadığını, kadın erkek eşitliğine aykırı bir uygulamanın yapılabilmesi için nesnel ve kabul edilebilir bir nedenin bulunması gerektiğini, İsviçre Medeni Kanunu'nun aile adında birlik anlayışını benimsediğini, ancak hükmün mutlaklığını hafifletmek amacıyla kadına kendi soyadını aile soyadı önünde kullanma hakkı tanıdığını, buna karşın erkeğe böyle bir hak tanınmamasının gerekçelendirilmediğini ifade eder. Ayrıca, İsviçre Devleti tarafından Kanun'un temelinde aile adında birlik yaklaşımının benimsendiği savunması yapılmasına karşın, kadına iki soyadı taşıma izninin verildiği bu iznin erkeğe verilmemesinin haklı bir gerekçesinin olmadığı vurgulanmıştır. Bu çerçevede, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, İsviçre Medeni Kanunu'nda yer alan bu düzenlemeyi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. ve 14. maddesine aykırı bulur¹³⁸.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, soyadına ilişkin hak ihlallerini değerlendirirken Sözleşme'nin ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. ve özel hayata ve aile hayatına saygıyı düzenleyen 8. maddesini vurgular. Benzer şekilde, Amerikan hukukunda da erkeğin soyadına ilişkin ihlaller değerlendirilirken anayasal eşitlik, ifade özgürlüğü ve gizlilik ilkeleri dikkate alınır¹³⁹. Ancak burada bahsedilen gizlilik, kişinin devlet müdahalesi olmaksızın kendi kişiliğine ilişkin karar verebilmesidir¹⁴⁰.

¹³⁷ Burghartz v. İsviçre, erkeğin soyadına ilişkin ayrımcılık iddiasıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne gelen ilk dava olması nedeniyle önemlidir.

¹³⁸ Kararın tam metni için bkz. <https://www.servat.unibe.ch/dfir/em162139.html>, E.T. 01.11.2022.

¹³⁹ SNYDER, s. 573.

¹⁴⁰ FRANDINA, s. 165; BROOKS, s. 272; ANTHONY, s. 220-221.

Bu hususa örnek, Buday v. California Sağlık Hizmetleri Departmanı davasıdır. Michael Buday ve Diana Bijon 2005 yılında evlenir. Eşler, kadının soyadını alma konusunda anlaşır ancak bu durum yasal olarak mümkün değildir. Hatta eşler evlilik başvurusunda bulunurken doldurulan formda dahi erkeğin soyadına ilişkin bir bölüm bulunmazken bu formda yalnızca kadının kocanın soyadını seçebilmesi için bir alan sağlanır. Formda erkeğin soyadına ilişkin bir düzenleme yer almamasına karşın, California Sağlık Hizmetleri Departmanı tarafından Michael Buday'a soyadını değiştirmek istiyorsa 300 dolar ödemesi, yerel gazeteye bir ilan vermesi ve hâkime başvurması gerektiği söylenir. Bu olay üzerine Michael Buday adına, Amerikan Sivil Özgürlükler Birliği (ACLU) tarafından cinsiyet ayrımcılığı iddiasıyla dava açılır. Dava olumlu sonuçlanmasa da bu dava üzerine, Amerika'da evlilik birliği sırasında eşler arasında ayrımcılığı önlemeye yönelik çalışmalar başlamıştır¹⁴¹.

Anılan karardan da anlaşılacağı üzere erkeğin soyadının mahkemeye isim değişikliği davası açarak değiştirilmesi mümkündür. Bu hakkın tanınmış olması cinsiyet ayrımcılığını ortadan kaldırmaz. Çünkü ismin değiştirilmesi için yasal ya da idari bir usulün takip edilmesi zorunluluğu maliyetli ve zaman gerektiren bir süreçtir¹⁴². Dava açan erkeğin, bu davayı kazanacağına ilişkin bir garanti de bulunmaz¹⁴³. Ayrıca erkeğe soyadı davası açma mecburiyeti getirilmesi soyadını değiştirmek isteyen kocanın bunu aleni hale getirmesi anlamına gelir¹⁴⁴. Bu nedenle, erkeğe kanunen soyadını seçme hakkı verilmesi ile isim değişikliği davası açma hakkı verilmesinin aynı sonucu doğurmayacağı açıktır.

Günümüzde hala birçok kadın toplumsal normlar ya da idari süreçler nedeniyle yasal olarak gerektirmese bile evlendikten sonra aile soyadından birliği sağlayabilmek için soyadını değiştirmektedir¹⁴⁵. Bu nedenle, eşler evlendikten sonra aile bütünlüğünü sağlamak ve aynı soyadı taşımak istiyorsa mutlaka kadının soyadının değişmesini öngörmek ayrımcı bir tutumdur¹⁴⁶. Ayrıca günümüzde aile kavramının çok hızlı değişmesi karşısında belki ileride aynı cinsiyetten kişilerin evlenmeleri durumunda soyadı meselesinin tartışılacağı düşünülmeli-

¹⁴¹ Bkz. <https://www.nbcnews.com/id/wbna16599140>; MACCLINTOCK, s. 301; MAHONEY FRANDIDA, s. 163.

¹⁴² ROSENSAFT, s. 188; MAHONEY FRANDIDA, s. 163; SNYDER, s. 562; BROOKS, s. 256.

¹⁴³ SNYDER, s. 562; BROOKS, s. 257.

¹⁴⁴ ROSENSAFT, s. 208; BROOKS, s. 256-257.

¹⁴⁵ SNYDER, s. 566; BROOKS, s. 259 vd.

¹⁴⁶ SNYDER, s. 562.

dir¹⁴⁷. Zira hali hazırda farklı cinsel yönelimi benimseyen kişiler tarafından açılan isim değiştirme davaları malumdur¹⁴⁸.

Erkeğin evlendikten sonraki soyadına ilişkin Mehoz İsviçre hukukunda, eşlerin, evlendikten sonra soyadı seçemeyecekleri ya da değiştiremeyecekleri düzenlenir¹⁴⁹. İsviçre Medeni Kanunu'nun 60. maddesine göre nişanlılar, ancak evlenmeden önce aralarından birinin soyadını aile adı olarak seçebilirler. Başka bir ifadeyle üçüncü bir kişinin soyadı ya da tamamen kendi seçtikleri bir başka ad, soyadı olarak belirlenemez. Yine, İsviçre hukukunda kadının ya da erkeğin iki soyadı taşıması mümkün değildir¹⁵⁰.

Bu noktada daha özgürlükçü bir tutum sergileyen Alman Medeni Kanunu'nun (BGB) 1355. maddesinden de bahsetmek gerekir. Anılan hükümde “*aile adı*” düzenlenir. Hüküm uyarınca, eşler ortak bir aile adı seçmelidir. Eğer eşler, ortak bir aile adı seçmemişlerse evlendikten sonra bekârlık soyadlarını kullanmaya devam ederler. Alman hukukuna göre, eşler evlendikten sonra ortak bir aile adı tercih etmek isterse bunu idareye bildirmekle yükümlüdür. Eğer eşler, evlenmeden sonra herhangi bir bildirimde ya da talepte bulunmazsa kendi soyadlarını kullanmaya devam ederler¹⁵¹. Alman Medeni Kanun'u (BGB), yalnızca eşlerin evlenmeden önce birden çok soyadı kullanmaları durumunda bunlardan yalnızca birini aile adının önünde kullanabilecekleri hususunda bir sınırlandırma yapar.

¹⁴⁷ Aynı yönde bkz. Aslında, evlilik kavramının kendisi sosyal, kültürel ve hukuki değişiklikler ile yapılandırılır. Soyadına ilişkin tartışmalar, heteroseksüel terimlerle çerçelenmişlerse de bunun nedeni büyük ölçüde eşcinsel evliliğin birçok ülkede yasal olarak tanınmamasıdır. MACCLINTOCK, s. 280; Amerika'da bazı mahkemeler özellikle eşcinsel birlikteliklerde partnerlerin birbirlerinin soyadını alma taleplerini bu yaşam tarzının kamu düzenini bozacağı gerekçesiyle reddetmiştir (Bricknell, No. CA2000-07-140, 2001 Ohio). ROSENSAFT, s. 194.

¹⁴⁸ Örneğin Turgay Karaca Başvurusu, Başvuru No. 2018/34343, bu davada başvuru on yılı aşkın bir süredir cinsel yönelimine uygun olarak benimsemiş olduğu “*Sanem Özel*” ismini kullanmak amacıyla isim değişikliği davası açar. İlk derece mahkemesi bu talebi cinsiyet değişikliği söz konusu olmadığından ve öncelikle cinsiyet değişikliği davası açılmadığından kamu düzeni gerekçesiyle reddeder. Başvuru, maddi imkansızlık nedeniyle cinsiyet değiştiremediğini ve bu nedenle cinsiyet değişikliği davası açmadığını ifade eder. İstinaf, kamu düzeni gerekçesiyle talebi reddeder. Anayasa Mahkemesi, söz konusu başvuruya ilişkin olarak kişinin psikolojik ve sosyal anlamda kendisini daha iyi hissedebileceği bir ismi alabilmesi için cinsiyet değiştirme operasyonu gibi vücut bütünlüğünü ihlal eden bir müdahaleye rıza göstermek zorunda bırakılmasını eleştirerek ve toplumda yaygın bir biçimde kadın ve erkek isimlerinin her iki cinsiyet için de kullanılabilirliğini vurgulayarak hak ihlali kararı verir. Başvuru No: 2018/34343 ve Karar Tarihi: 27.01.2021, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2018/34343>; Aynı yönde bkz. Güzel Erdagöz v. Turkey <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%222002-1902%22%5D%7D>, E.T. 15.01.2023.

¹⁴⁹ Alman hukukundan farklı olarak eğer eşler evlendikten sonra soyadını değiştirmek isterlerse basit bir bildirim yeterli olmaz. Eşlerin, İsviçre Medeni Kanunu (ZGB) Art30'nda düzenlenen adın değiştirilmesi davasını açmaları gerekir. HELVACI / KOCABAŞ, s. 631.

¹⁵⁰ WÜST / DIETHELM, s. 1; HELVACI / KOCABAŞ, s. 631-632.

¹⁵¹ HELVACI / KOCABAŞ, s. 621.

Hukukumuz bakımından yapılacak düzenleme, Alman Medeni Kanunu'na (BGB) benzer biçimde daha özgürlükçü bir tutum sergilemelidir. Hali hazırda ise evli erkeğin soyadı meselesi, Anayasa'nın 90. maddesi ile aşılabilir. Bilindiği üzere Anayasa'nın 90. maddesinin son hükmü uyarınca “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır.*” Bu çerçevede, taraf olduğumuz uluslararası sözleşmeler dikkate alındığında kadın ve erkek eşitliğinin benimsendiği açıktır¹⁵². Bu noktadan yola çıkarak, erkeğin de evlendikten sonra kadının soyadını alabileceğinin kabul edilmesi gerekir.

Ayrıca kural olarak kadın ve erkeğin soyadının evlendikten sonra değişmemesi ve erkeğin de kadının soyadını alabileceği kanuni bir düzenleme haline getirilirse toplum tarafından daha kolay benimsenir. Örneğin aile hukukunun önemli konularından biri olan mal rejimlerine ilişkin yapılan kanuni düzenleme ile eşler arasında edinilmiş mallara katılma kanuni mal rejimi olarak öngörülmüştür. Oysa yapılan kanuni düzenlemeden önce eşlerin mal ayrılığı rejimine tâbi olduğu kabul edilmiştir. Yeni düzenlemeyle eşler herhangi bir mal rejimi seçmezlerse doğrudan edinilmiş mallara katılma rejimine tâbi oldukları kabul edilmiştir. Böylece süregelen sistemden bir anda kanuni bir düzenlemeyle vazgeçilmiş ve bu durum toplum tarafından şaşırılacak oranda benimsenmiştir.

2. Erkeğin Evlilik Sona Erdikten Sonraki Soyadı

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda yalnızca kadının evlilik birliği sona erdikten sonraki soyadına ilişkin bir düzenleme öngörülmüştür. Erkeğe evlendikten sonra soyadını değiştirme hakkı tanınmadığından, evlilik birliği sona erdikten sonraki durumunun düzenlenmesi de söz konusu olmamıştır. Buna karşın hem kadının hem de erkeğin soyadını değiştirebileceğini öngören sistemlerde evlilik birliği sona erdikten sonra her iki eşin soyadına ilişkin düzenleme yapılır.

Mehaz İsviçre Medeni Kanunu'nun 119. maddesine göre eğer eşler ortak bir soyadı seçmişlerse evlilik sona erdikten sonra da bu soyadını taşımaya devam ederler. Ancak kadın ya da erkek, bekârlık soyadına dönmek isterse bunu idareye yapacağı bildirim ile sağlayabilir¹⁵³.

¹⁵² ATASOY, s. 147; Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇAKIRCA s. 154-159.

¹⁵³ WÜST / DIETHELM, s. 2; HELVACI / KOCABAŞ, s. 632.

Aile adı konusunda daha özgürlükçü bir tutum sergileyen Alman Medeni Kanunu'nun (BGB) 1355. maddesinin 5. fıkrasına göre ise evlilik birliği sona erdikten sonra eşler soyadlarını korurlar. Ayrıca nüfus müdürlüğüne beyanda bulunarak, önceki soyadını veya evlilik adının tespitinden önce kullandığı soyadını geri alabilirler. Ya da önceki soyadının veya evlilik adının tespiti esnasında kullandığı soyadını, evlendikten sonraki soyadının önüne veya ardına ekleyebilir.

III. ÖNERİ

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun mülga 187. maddesiyle “*Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır; ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruyla kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir.*” denilerek kadına ikili bir seçim hakkı tanınmıştı. Yine, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun “*Boşanan kadının kişisel durumu*” başlıklı 173. maddesinde “*Boşanma hâlinde kadın, evlenme ile kazandığı kişisel durumunu korur; ancak, evlenmeden önceki soyadını yeniden alır. Eğer kadın evlenmeden önce dul idiyse hâkimden bekârlık soyadını taşımasına izin verilmesini isteyebilir.*” ifadeleriyle kadının, evlilik birliği sona erdikten sonra kural olarak evlenmeden önceki soyadına döneceği düzenlenir.

Görüleceği üzere hükme göre kadın, evlendikten sonra ya doğrudan kocanın soyadını alabilir ya da kocanın soyadıyla beraber önceki soyadını kullanmak suretiyle iki soyadı kullanabilirdi. Kanuni düzenlemeye ek olarak, kadın, yerleşik yargı kararları doğrultusunda dava açmak suretiyle sadece bekârlık soyadını da kullanabilirdi. Aynı şekilde, dava açarak yalnızca bekârlık soyadını kullanan kadının, eşinin soyadına dönmek istemesi halinde tekrar aile mahkemesine dava açması gerekirdi¹⁵⁴.

Yukarıdaki tüm açıklamalar ışığında kadın ve erkeğin soyadının kural olarak evlendikten sonra değişmemesi kanuni bir düzenleme haline getirilirse toplum tarafından daha kolay benimsenir. Örneğin aile hukukunun önemli konularından biri olan mal rejimlerine ilişkin yapılan kanuni düzenleme ile eşler arasında edinilmiş mallara katılma kanuni mal rejimi olarak öngörülmüştür. Oysa yapılan kanuni düzenlemeden önce eşlerin mal ayrılığı rejimine tâbi olduğu

¹⁵⁴ Açılan bu davalarda husumet, eşe karşı yöneltilmelidir. GENÇCAN, *Boşanma*, 1216; SUNA, 62-63; Aynı yönde bkz. Yar. 2. HD, E. 2010/14443 ve K. 2012/289, 16.01.2012, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

kabul edilmiştir. Yeni düzenlemeyle eşler herhangi bir mal rejimi seçmezlerse doğrudan edinilmiş mallara katılma rejimine tâbi oldukları kabul edilmiştir. Böylece süregelen sistemden bir anda kanuni bir düzenlemeyle vazgeçilmiş ve bu durum toplum tarafından şaşırılacak oranda benimsenmiştir¹⁵⁵.

Bu bağlamda yapılacak yeni kanuni düzenlemeye ilişkin “Soyadı” başlığıyla “(1) Eşler evlendikten sonra kendi soyadlarını korurlar. Ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapılacak yazılı bir başvuruyla kadın ya da erkek kendi soyadını terk ederek diğerinin soyadını alabilir veya kadın ya da erkek kendi soyadı önünde diğerinin soyadını kullanabilir. (2) Eşler, evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacakları yazılı bir başvuruyla bir defaya mahsus olmak üzere kendi belirleyecekleri ortak bir aile soyadı da seçebilirler. Eşler evlendikten sonra yalnızca belirledikleri ortak aile soyadını kullanabilecekleri gibi, bu aile soyadını kendi soyadları önünde de kullanabilirler. (3) Erkek ya da kadının evlenmeden önceki soyadının birden çok olması durumunda, eşler kendi soyadı önünde diğerinin soyadını ya da ortak aile adını kullanacaksa bu adlardan yalnızca bir tanesini seçmelidirler.” şeklinde bir düzenleme öngörülebilir.

Yine, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun “Boşanan kadının kişisel durumu” başlıklı 173. maddesi yürürlükten kaldırılarak; “Evlilik birliği sona erdikten sonra soyadı” başlığıyla “(1) Evlilik birliği sona erdikten sonra kural olarak eşler mevcut soyadlarını korurlar. (2) Kadın ya da erkek, kendi soyadını terk ederek diğerinin evlenmeden önceki soyadını almışsa veya kadın ya da erkek kendi soyadı önünde diğerinin soyadını kullanıyorsa herhangi bir onaya gerek duyulmaksızın bu kazanımları korunur. (3) Eşler ortak bir aile soyadı seçmişlerse bu kazanımları korunur. (4) Eşlerin evlilik birliği sona erdikten sonra evlenmeden önceki soyadına dönmesi nüfus idaresine yapılacak yazılı bir başvuruyla mümkündür.” şeklinde düzenlenmelidir.

Yukarıda bahsedilen her iki düzenlemenin temel gerekçesi, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun, mütemediyen mahkeme kararlarıyla hak ihlali oluşturduğu sabit olan mevcut hükmünü ortadan kaldırmaktır. Zira, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu çağın gerisinde kalmamalı, mevcut hukuki düzenlemeleri günümüz koşullarına uyarlamalıdır. Özellikle Mevaz Kanun’da yapılan değişiklikler ve taraf olunan uluslararası anlaşmalardaki düzenlemeler göz önüne alındı-

¹⁵⁵ Bu bağlamda tartışılması gereken bir diğer oldukça önemli konu ise çocuğun soyadıdır. Zira kadın ve erkeğin soyadına ilişkin yapılacak yeni düzenleme dolayısıyla çocuğun soyadına ilişkin mevcut hükümlerin de değiştirilmesi gerekliliğini doğurur. Konuya ilişkin bkz. SEÇER Tuğçem, “Çocuğun Soyadı”, *Yargıtay Dergisi*, Y. 2023, V. 49, C. 3, s. 599-634.

ğında, mevcut hukuki düzenlemenin yetersiz kaldığı açıktır. Yine toplumdaki gelişmeler dikkate alınmalı, kadınların kişilik hakları konusunda verdikleri mücadeleye göz ardı edilmemeli ve kadın ve erkek eşitliği bağlamında kadınlara da medeni haklara ilişkin erkeklerle eşit seçimler tanınmalıdır. Kaldı ki açıklandığı üzere mevcut hukuki düzenleme yalnızca kadın bakımından değil erkek bakımından da açıkça ayrımcılık teşkil eder.

SONUÇ

Erkeğin soyadı meselesinin de kadının soyadı meselesi gibi kolay çözümlenebileceği düşünülemez. Çünkü soyadı sorununun çözümü, yalnızca hukuki değişimleri değil toplumsal değişimleri de gerektirir. Tüm bunların bir arada gerçekleştirilmesi ise güçtür ancak imkânsız değildir. Zira günümüzde kadının soyadına dair geldiğimiz noktadan memnun olmasak bile büyük gelişmelerin katedildiği göz ardı edilemez.

Soyadına ilişkin üretilebilecek hiçbir sistem bütün görüşleri tatmin edecek nitelikte olamaz. Bu nedenle, zorunlu olarak bir sistemi seçmekten kaçınmak ve daha özgürlükçü bir tutum sergilemek daha yararlıdır. Özellikle soyadı hakkına ilişkin kadın ve erkek arasındaki eşitsizliğin giderilmesi noktasında yalnızca erkeğin de kadının soyadını alabilmesi şeklindeki dar pencereden bakılmamalıdır. Bu bağlamda yapılacak yeni kanuni düzenlemede eşler evlendikten sonra kendi soyadlarını korumaları; ancak talep etmeleri halinde birinin diğerinin soyadını alabilmesi mümkün kılınmalıdır. Yine, eşlerin ortak bir aile adı kullanma hakları göz ardı edilmemelidir. Çünkü yeni bir hayata adım atan eşlerin, önceki soyadlarını bırakıp yeni bir soyadı seçebilmesinin mümkün kılınması gerekir. Başka bir ifadeyle evlendikten sonra eşler, bir üçüncü soyadını da aile soyadı olarak belirleyebilmelidirler. Aynı şekilde, kadın ya da erkek birbirinin soyadını kendi soyadları önünde kullanabilmelidirler ya da soyadına ilişkin hiçbir değişiklik yapmama hakkına sahip olabilmelidirler.

Soyadının, bir kişiye tanınırlık ve ayırt edilebilirlik sağlayan önemli bir unsur olduğu açıktır. Ancak, günümüzde kişilerin tanınırlığının ve ayırt edilebilirliğinin kimlik numarası, vergi numarası ya da sosyal güvenlik numarası gibi başka yolları bulunur. Bu nedenle soyadı hususunda tek bir ilkenin benimsenmesinden ziyade kişiler için özgürlükçü bir yaklaşım benimsenerek seçme hakkının tanınması daha doğrudur.

Öte yandan soyadının değiştirilmesinde kamu düzeni ve kamu yararı gibi kavramların kişinin soyadını serbestçe seçme hakkı üzerindeki etkisinin azaltıl-

ması, kişilerin soyadının ceket değiştirir gibi değiştirilmesi anlamına gelmez. Devletler, soyadına ilişkin düzenlemeleri yaparken kamu menfaatlerini korumak zorundadır; yalnızca bu korumanın kapsamı kişilik haklarının sınırlarını aşmamalıdır.

Kişilere sadece soyadına ilişkin seçme hakkının verilmesi yeterli değildir. Zira devletin soyadına ilişkin hem pozitif hem de negatif yükümlülükleri vardır. Pozitif yükümlülükler bağlamında devlet, kişilerin haklarını gerçekleştirebilmeleri için gerekli idari süreçleri ve usulleri de düzenlemelidir.

Sonuç olarak modern hukuk sistemlerindeki kurallar dikkate alınarak erkeğin soyadına ilişkin eşitsiz ve ayrımcı tutumdan vazgeçilmeli, kadın ve erkeğin evlilik birliği öncesinde, devamında ve sonrasında tam ve mutlak biçimde eşitliğini sağlayacak yeni hükümler benimsenmelidir. Bu bağlamda aile adında birlik yaklaşımı kabul edilecekse dahi daha özgürlükçü bir tutum sergilenmelidir. Çünkü kanunda düzenlenecek çözümlerin uzun soluklu olarak toplumun ve çağın gereksinimlerini karşılaması gerekir. Bu çerçevede yukarıda önerildiği üzere kadının ve erkeğin evlendikten sonra ortak bir aile soyadı seçmesi mümkün kılınmalı, bu ortak aile adının kadının soyadı, erkeğin soyadı ya da bambaşka bir üçüncü soyadı olması hususunda özgürlük tanınmalıdır.

Hakem Değerlendirmesi : Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması : Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review : *Externally peer-reviewed.*

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

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

KAYNAKÇA

ABİK, Yıldız, **Kadının Soyadı ve Buna Bağlı Olarak Çocuğun Soyadı**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005.

ACABEY, M. Beşir, “Türk Hukukunda Aile Adı (Eşlerin ve Çocukların Soyadı)”, **Doğuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, Y. 2017, C. 19, Özel Sayı, s. 493-512.

AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ, Derya, **Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt**, 22. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2020.

AKKAYAN YILDIRIM, Ayça, “Evlilik Dışı Çocuğun Soyadı ve 02.07.2009 Tarih 2005/114E. 2009/105K. Sayılı Anayasa Mahkemesi Kararının Bu Bağlamda Değerlendirilmesi”, **Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan Cilt I**, On İki Levha Yayınları 2010, s. 69-90.

ANTHONY, J. Deborah, “A Spouse by Any Other Name”, **William&Mary Journal of Race, Gender and Social Justice**, Y. 2010-2011, V. 17, I. 1, s. 187-222.

APAYDIN ÖCAL, Bahar, “Son Yargı Kararları Işığında Kadının Soyadı Meselesi Çözümü Kavuşturulmuş mudur?”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2015, C. 6, S. 2, s. 425-458.

ATAAY, Aytekin M., “Umumî Esaslar, Şahsın Hukuku ve Aile Hukuku ile İlgili İsviçre Mahkeme Kararları 1955-1956”, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Y. 2011, C. 1, S. 1, s. 54-67.

ATASOY, Hakan, “Evlü Kadının Soyadı Sorunu ‘Anayasal’ mı ‘Bireysel’ mi?”, **Uyuzmazlık Mahkemesi Dergisi**, Y. 2015, S. 5, s. 131-170.

AYAN, Serkan, “Anayasa Mahkemesi Kararları ve Çocuklar ile Kadının Soyadına İlişkin Değişiklik Tasarısı Taslağı Işığında Soyadının İlk Kez Edinilmesi Kendiliğinden Değişmesi ve Değiştirilmesi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2012, C. XVI, S. 4, s. 19-90.

BROOKS, Megan, “For Nontraditional Names’ Sake: A Call to Reform the Name-Change Process for Marrying Couples”, **University of Michigan Journal of Law Reform**, Y. 2013, V. 47, s. 247-282.

- ÇAKIRCA, Seda İrem, “Evli Kadının Soyadına İlişkin Güncel Gelişmelerin Değerlendirilmesi”, **İÜHF**, Y. 2012, C. LXX, S. 2, s. 145-164.
- ÇATALOĞLU, Burcu Bahar / GÜNEŞ PESCHKE, Seldağ, “30.09.2015 tarihli HGK Kararı ve Sonrası Evli Kadının Soyadına İlişkin Bir Değerlendirme”, **AÜHF Dergisi**, Y. 2020, C. 69, S. 2, s. 399-417.
- EMENS, Elizabeth F., “Changing Name Changing: Framing Rules and the Future of Marital Names”, **The University of Chicago Law Review**, Y. 2007, V. 74, I. 3, s. 761-863.
- ERDOĞAN, İhsan, “Şahsiyeti İncitici Soyadı Meselesi”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 1998, C. 6, S. 1-2, s. 705-712.
- ERGÜL, Ozan, “Usulüne Göre Yürürlüğe Konulmuş Milletlerarası Andlaşmalar Kanun Hükmündedir”, **Yıldırım Uler Armağanı**, Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları 2014, s. 65-86.
- FRANDINA MAHONEY, Michael, “A Man’s Right to Choose His Surname in Marriage: A Proposal”, **Duke Journal of Gender Law & Policy**, Y. 2009, V. 16, I. 155, s. 155-168.
- GENÇCAN, Ömer Uğur, **Aile Mahkemesi Davaları**, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021 (Davalar).
- GENÇCAN, Ömer Uğur, **Boşanma Hukuku**, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021 (Boşanma).
- GENÇCAN, Ömer Uğur, **Evliliğin Genel Hükümleri**, Yetkin Yayınları, Ankara 2019 (Genel Hükümler).
- GENÇCAN, Ömer Uğur, **Kadın Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara 2020 (Kadın).
- GÖZTEPE, Ece, “Anayasal Eşitlik İlkesi Açısından Evlilikte Kadınların Soyadı”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, Y. 1999, C. 54, S. 2, s. 101-132.
- HATEMİ, Hüseyin, **Aile Hukuku**, 9. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2021.
- HELVACI, Serap, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ve Anayasa Mahkemesinin Kararları Işığında Evli Kadının Soyadı”, **Public and Private International Law Bulletin**, Y. 2015, V. 35, I. 1, s. 157-169.
- HELVACI, Serap / KOCABAŞ, Gediz, “Fransız, Alman, İsviçre ve Türk Hukuklarında Kadının Soyadı”, **Mehmet Akif Aydın’a Armağan**, Y. 2015, C. 21, S. 2, s. 616-644.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M., **Aile Hukuku**, 4. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2019.
- KILIÇOĞLU YILMAZ, Kumru, “Kadının Bitmeyen Soyadı Sorunu”, **Ankara Barosu Dergisi**, Y. 2014, S. 4, s. 581-592.
- MACCLINTOCK, Heather, “Sexism, Surnames and Social Progress: The Conflict of Individual Autonomy and Government Preferences in Laws Regarding Name Changes at Marriage”, **Temple International & Comparative Law Journal**, Y. 2014, V. 24, I. 1, s. 277-312.

- MOROĞLU, Nazan, “Kadının Kimlik Sorunu Kadının Soyadı”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Y. 2012, S. 99, s. 245-268.
- MORTAŞ, Süleyman, “Evlenen Kadın ile Velayeti Kadına Bırakılan Çocuğun Soyadının Belirlenmesinde “Kocanın Soyadı” Parametresi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2016, C. XX, S. 2, s. 311-369.
- NOMER, Haluk N., “Avrupa Birliği’ne Üye Devletlerde ve Türkiye’de Evlenen Kadının ve Ortak Çocuğun Soyadı”, **Public and Private International Law Bulletin**, Y. 2002, C. 22, S. 2, s. 421-450.
- OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, **Kişiler Hukuku**, 20. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2021.
- OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, “Soyadı ile İlgili İsviçre Medeni Kanunu’nda 2013 Yılında Yürürlüğe Giren Değişiklikler ile Türk Hukukundaki Durumun Karşılaştırılması”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Y. 2016, S. 22, s. 2017-2032.
- ÖZDAMAR, Demet, **Türk Hukukunda Özellikle Türk Medeni Kanunu Hükümleri Karşısında Kadının Hukuki Durumu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002.
- ÖZDEMİR, Hayrünissa, “Türk ve İsviçre Medeni Hukukunda Ad Üzerindeki Hak ve Korunması”, **AÜHFD**, Y. 2008, C. 57, S. 3, s. 561-598.
- ÖZTAN, Bilge, **Aile Hukuku**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 444, Ankara 1979.
- ÖZTAN, Bilge, “Evlilik Birliğinin Sona Ermesi Halinde Kadının Soyadı Sorunu”, **Prof. Dr. H. Cahit Oğuzoğlu’na Armağan**, Ankara 1972, s. 421-439.
- ROSENHAFT, Michael, “The Right of Men to Change Their Names Upon Marriage”, **Journal of Constitutional Law**, Y. 2002, V. 5, I. 1, 2002, s. 186-218.
- SAĞIR, Meral, “Kadının Soyadı”, **Bursa Barosu Dergisi**, Y. 2005, C. 29, S. 76, s. 5-6.
- SCHEUBLE, Laurie / JOHNSON, David R., “Marital Name Change: Plans and Attitudes of College Students”, **Journal of Marriage and Family**, Y. 1993, V. 55, I. 3, s. 747-754.
- SEÇER, Tuğçem, “Çocuğun Soyadı”, **Yargıtay Dergisi**, Y. 2023, V. 49, C. 3, s. 599-634.
- SİRMEN, Lale, “Medeni Hukuktaki Son Gelişmelerin Işığında Evlenme ve Boşanma Alanında Yeniden Düzenlenmesi Gereken Konular”, **Hukukta Kadın Sempozyumu**, Ankara 2000.
- SNYDER, Kelly, “All Names are not Equal: Choice of Marital Surname and Equal Protection”, **Washington University Journal of Law & Policy**, Y. 2009, V. 30, s. 561-587.
- SUNA, İffet Didem, “Kadının Soyadı”, **Konya Barosu Dergisi**, Y. 2021, S. 1, s. 33-70.

- TACİR, Hamide, “Evli Kadının Kendi Soyadını Kullanması Konusunda Anayasa Mahkemesinin Yaklaşımının Temel Hak ve Özgürlükler Bakımından Değerlendirilmesi”, **Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2017, C. 5, S. 1, s. 49-70.
- TUMAY, Murat / ALTINEL, Gökçe, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Güneş V. Turkey Kararının Türk Anayasa Hukuku Açısından Tahlili”, **Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Y. 2015, S. 33, s. 167-180.
- ÜNAL, ÖZKORKUT Nevin, “Kadının Vazgeçilebilir Kişilik Hakkı: Soyadı- Kadının Soyadı Üzerindeki Hakkının Türkiye’deki Tarihsel Gelişimi”, **I. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri**, İstanbul 2014, s. 23-30.
- WÜST, Martina / DIETHELM, Pascal, “Das Schweizer Namens- und Bürgerrecht: Eine zeitgemässe Neuordnung”, **Bratschi Wiederkehr & Buob Newsletter**, Y. 2012, V. 3, s. 1-3.

Yüklenicinin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Alacağı Devretmesinde Garanti Sorumluluğu^(*)

Warranty Liability of the Contractor in Transferring the
Receivables Arising from the Construction Contract in
Return for Land Share

Mehmet Deniz YENER^(**)
Yasin BÜYÜK^(***)

Öz:

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesiyle yüklenici arsa üzerinde bina inşa etmeyi, buna karşılık arsa sahibi ise belli payların mülkiyetini yükleniciye devretmeyi taahhüt etmektedir. Çalışmamızın kapsamında incelenen sözleşme tiplerinde yüklenici inşaat süresi boyunca yalnızca bir alacak hakkına sahip olmakta ve inşaat tamamlandıktan sonra kararlaştırılan bağımsız bölümlerin kendisine devredilmesine yönelik olan alacağını arsa sahibinden talep edebilmektedir. Yüklenicinin finansman sağlamak amacıyla, ileride kendi payına düşecek olan bağımsız bölümleri daha inşaat devam ederken üçüncü kişilere satması oldukça sık rastlanılan bir durumdur. Bunun için uygulamada yüklenici genellikle yaptığı işlem, kararlaştırılan bağımsız bölümlerin kendisine devredilmesine yönelik olan alacak hakkını henüz inşaat tamamlanmadan önce üçüncü kişilere devretmektedir. Bu işlem de TBK m. 183'te hüküm altına alınan alacağın devri işlemidir. Alacağı devralan üçüncü kişi böylece, arsa sahibinden ilgili bağımsız bölümün kendisi adına tescilini talep etme hakkına sahip olmaktadır. Fakat yüklenici ile arsa sahibi arasındaki bazı uyumsuzluklar sebebiyle bu talep kimi zaman sonuçsuz

^(*) Araştırma Makalesi / *Research Article*
Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 01.11.2023
Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 07.03.2024
DOI: <https://doi.org/10.58733/imhfd.1451624>

Bu makaleye atf için: YENER, Mehmet Deniz / BÜYÜK, Yasin, "Yüklenicinin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Alacağını Devretmesinde Garanti Sorumluluğu", **İMİHFD**, C. 9, S. 1, 2024, s. 293-322

^(**) Prof. Dr., Marmara Üniversitesi, Finansal Bilimler Fakültesi, Sigortacılık Bölümü, Sigortacılık Anabilim Dalı, İstanbul - Türkiye
E-posta: myener@marmara.edu.tr
Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4569-1370>

^(***) Dr., İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul - Türkiye
E-posta: yasin.buyuk@medeniyet.edu.tr
Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-6535-7519>

kalabilmektedir. Neticede alacağını elde edemeyen üçüncü kişi, aralarındaki devir sözleşmesi temeline dayanarak devreden yükleniciye kusur sorumluluğu kapsamında başvurabilmektedir. Bunun yanında eğer ifa girişiminin sonuçsuz kalması, alacağın mevcut olmamasından veya aynı anlama gelecek şekilde alacağın varlığına dair bir eksiklikten ya da borçlunun ödeme gücünün bulunmamasından ileri geldiği takdirde devreden yüklenicinin devralan üçüncü kişiye karşı TBK m. 191 uyarınca garanti sorumluluğu bulunmaktadır.

Anahtar Kelimeler:

Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Eser Sözleşmesi, Alacağın Devri, Garanti Sorumluluğu, Sorumluluğun Kapsamı.

Abstract:

With the construction contract in return for land share, the contractor undertakes to build a building on the land, and in return, the landowner undertakes to transfer the ownership of certain shares to the contractor. In the contract types examined within the scope of our study, the contractor has only the right to receivable during the construction period and can claim the receivable from the landowner for the transfer of the independent sections agreed upon after the construction is completed. It is quite common for the contractor to sell the independent sections that will fall to his share in the future to third parties. To do this, the contractor transfers the receivables for the transfer of the agreed independent sections to third parties, in accordance with TCO Art. 183. Thus, the third party has the right to request the registration of the relevant independent section from the landowner in his/her name. However, this request may sometimes remain inconclusive due to some disputes between the contractor and the landowner. The third party, who cannot obtain his receivables, can apply to the transferring contractor within the scope of fault liability, based on the transfer agreement between them. In addition, if the failure of the performance is due to the non-existence of the receivable or, in the same sense, a deficiency in the existence of the receivable or the debtor's lack of ability to pay, the transferor contractor has a warranty liability towards the third party transferee in accordance with TCO Art. 191.

Keywords:

Construction Contract in Return for Land Share, Construction Contract, Transfer of Receivables, Warranty Liability, Scope of Liability.

GİRİŞ

İş hayatında oldukça fazla uygulama alanı bulunan ve halk arasında başta “kat karşılığı inşaat sözleşmesi” olmak üzere farklı şekillerde adlandırılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, maliki olduğu arsa üzerine inşaat yapacak deneyimi ve finansal durumu olmayan arsa sahipleri ile bu imkanlara sahip olan ve inşaat işini yaparak kâr elde etmeyi uman yüklenicileri bir araya getirmektedir. Bu ilişki sayesinde arsa sahibi, arsasından belli bir payı yükleniciye devretme karşılığında dilediği özelliklerde bina veya bağımsız bölüm sahibi olmakta, yüklenici de inşaatı yapma karşılığında kendi payına düşen bağımsız bölümleri satarak kâr elde etmektedir.

Yüklenicinin, faaliyetlerine finansman sağlamak amacıyla, ileride kendi payına düşecek olan bağımsız bölümleri daha inşaat devam ederken üçüncü kişilere satması oldukça sık karşılaşılan bir uygulamadır. İnşaat aşamasında

yüklenicinin henüz taşınmaz mülkiyetinde pay sahibi olmadığı, sadece arsa sahibinden kararlaştırılan bağımsız bölümleri kendisine devretmesini isteme şeklinde bir alacak hakkına sahip olduğu durumlarda, üçüncü kişilere bağımsız bölüm satışı adi yazılı şekilde yapılan alacağın devri işlemiyle gerçekleştirilmektedir. Bu işlem sonucunda üçüncü kişi alacak hakkının sahibi olmakta ve yeni alacaklı sıfatıyla arsa sahibinden ilgili bağımsız bölümün kendisine devredilmesini isteyebilmektedir.

Alacağın devri ile aslında üçlü bir ilişki doğmaktadır. Bu ilişkide arsa sahibi ile yüklenici arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklar kimi zaman alacağı devralan üçüncü kişinin alacağını tahsil etmesine de engel olabilmektedir. İşte bu noktada üçüncü kişilerin sahip olduğu hukuki imkanlar gündeme gelmektedir. Yüklenicinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan alacağını üçüncü kişilere satması TBK¹ m. 183'te düzenlenen alacağın devri niteliğinde olduğundan ötürü, onlara karşı TBK m. 191 uyarınca kusurdan bağımsız bir garanti sorumluluğu bulunmaktadır. Çalışmamızda, yükleniciden alacak devralan üçüncü kişilerin hangi durumlarda devredenin garanti sorumluluğuna başvurabileceği ve bu kapsamda tazmin edebileceği zararlar incelenmektedir.

I. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ

A. Hukuki Niteliği, Görünüm Şekilleri ve Tarafların Borçları

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile yüklenici esas itibariyle arsa üzerinde bina inşa etmeyi, buna karşın arsa sahibi ise arsa mülkiyetinden belli bir payı veya inşa edilen bağımsız bölümlerden bir kısmını yükleniciye devretmeyi taahhüt etmektedir. Bu sözleşme tipi, bir taraftan taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçladığı için kimi zaman taşınmaz satış sözleşmesini kimi zaman da taşınmaz satış vaadi sözleşmesini içermektedir. Diğer taraftan bir bina inşa etme yani eser meydana getirme borcu bulunduğundan ötürü eser sözleşmesini içermektedir. Bu haliyle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin karma sözleşme niteliğinde olduğunu belirtmek gerekir².

¹ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, RG 4.2.2011, S. 27836.

² ARIKAN, Mustafa / ERDOĞAN, Kemal, "Müteahhidin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Alacak Hakkının Üçüncü Kişiyi Devri", *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Y. 2015, C. 34, s. 147; AYDEMİR, Efrail, *Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku*, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 124; BAKLACI ÇAKIROĞLU, Evren, "İnşaat Hukukunda Alacağın Temliki", *Alacağın Temliki (Devri)*, Ed. Ali Şafak, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 270; BÜTÜN YILMAZ, Derya G., "Arsa Payı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi", *Türkiye Adalet Akademisi*

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri yapılırken taraflar borçlarını ifa edecekleri zamanı ve sıralamayı farklı şekillerde düzenleyebilmekte ve buna bağlı olarak da sözleşmeler farklı görünümde karşımıza çıkabilmektedir. Burada çalışmamızın temelini aydınlatması için en basit iki tip örnekten bahsetmeyi yeterli görmekteyiz.

İlk örnekte arsa sahibi daha baştan arsanın mülkiyetinin kararlaştırılan kısmını yükleniciye devretmekte ve kendi borcunu ifa etmektedir³. Buna karşılık yüklenici ise inşaatı tamamlama borcu altına girmektedir. İnşaat tamamlandığında bağımsız bölümler üzerindeki kat irtifakları veya kat mülkiyetleri, başta anlaştıkları üzere yüklenici ile arsa sahibinin arsa mülkiyetindeki payları oranında kurulmaktadır.

İkinci örnekte ise borcunu önce ifa etmesi gereken taraf yüklenicidir. Arsa sahibi, yüklenicinin inşaatı tamamlamasından sonra veya inşaatın geldiği aşamalara göre peyderpey, kararlaştırılan bağımsız bölümlere karşılık gelen kat irtifaklı arsa payını veya kat mülkiyetini yükleniciye devretme borcu altına girmektedir⁴. Elbette taraflar borçlarının ifasının sürecini bu iki tip dışında diledikleri şekilde düzenleme özgürlüğüne de sahiptir.

Gerek yüklenici gerekse arsa sahibi, günün sonunda kendi paylarına düşecek olan bağımsız bölümleri daha inşaat aşamasındayken satma ihtiyacı duyabilirler. Özellikle yüklenici bu işi ticari faaliyet olarak yaptığı için inşaat aşama-

Dergisi, Y. 2019, S. 38, s. 111; COŞKUN, Gürkan, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Hak Kazanan Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu**, 1. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 26; ERMAN, Hasan, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, 3. Bası, Der Yayınları, İstanbul, 2010, s. 4-5; GÜMÜŞ, M. Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 3. Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, 113; KIRCA, Çiğdem, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişilere Etkisi”, **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Bildiriler - Tartışmalar XXII**, Ankara, 2007, s. 81; SEÇER, Öz, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, 1. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 75-76; SÜTÇÜ, Nezh, **Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi, Cilt - 1**, 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 32; ŞAHİN, Turan, **Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfade Temerrüdü**, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 102; ŞEN, Kübra, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönmesi Üzerine Yükleniciden Bağımsız Bölüm Devralan Üçüncü Kişinin Yargıtay Kararları Çerçevesinde Durumu”, **Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2021, C. 9, S. 1, s. 32; YAVUZ, Cevdet / ACAR, Faruk / ÖZEN, Burak, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler İkinci Cilt**, 11. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 1175; YENER, Mehmet Deniz, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdü ve Sonuçları**, 1. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2011, s. 4; YENER, Mehmet Deniz, “Müteahhidin Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Haklarını Üçüncü Şahıslara Devri ve Sonuçları”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Y. 2007, C. 65, S. 2, s. 372.

³ ARIKAN / ERDOĞAN, s. 148; BÜTÜN YILMAZ, s. 112; COŞKUN, s. 29; GÜMÜŞ, Borçlar Özel, s. 114; SEÇER, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, s. 114; YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 1178.

⁴ ARIKAN / ERDOĞAN, s. 148; BÜTÜN YILMAZ, s. 112-113; COŞKUN, s. 30; GÜMÜŞ, Borçlar Özel, s. 114; SEÇER, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, s. 116, 118; YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 1179; YENER, Temerrüt, s. 3-4.

sında onun bağımsız bölümleri finansman sağlamak amacıyla satması oldukça sık rastlanan bir uygulamadır. Arsa sahibi yaptığı satışlarda zaten malik sıfatıyla hareket etmektedir; fakat yüklenicinin durumu yapılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin içeriğine göre değişiklik gösterdiği için yüklenicinin yapacağı satışlarda üçüncü kişiler ile olan hukuki ilişkilerin daha ayrıntılı irdelenmesi gerekmektedir.

B. Yüklenicinin Bu Sözleşmeden Doğan Haklarını Üçüncü Kişilere Devretmesinin Yolları: Taşınmaz Satışı, Taşınmaz Satış Vaadi ve Alacağın Devri

Yukarıda değindiğimiz üzere arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde kimi zaman sözleşmenin başında arsa sahibi tarafından taşınmazın mülkiyetinin bir kısmı yükleniciye devredilmekte, kimi zaman ise arsa sahibinin borcunun ifası için inşaatın tamamlanması beklenmekte ve inşaat tamamlandıktan sonra ortaya çıkan bağımsız bölümlerin bir kısmı yükleniciye devredilmektedir. Bu iki tercih arasındaki temel fark, yüklenicinin inşaat süresince sahip olduğu hakkın niteliği üzerinde belirlemektedir. İlk seçenekte yüklenici daha baştan arsa üzerinde mülkiyet hakkı sahibi olmakta ve inşaat tamamlandıktan sonra ilgili bağımsız bölümlerin mülkiyetleri onun uhdesinde kurulmaktadır. İkinci seçenekte ise yüklenici inşaat süresi boyunca yalnızca bir alacak hakkına sahip olmakta ve inşaat tamamlandıktan sonra kararlaştırılan bağımsız bölümlerin kendisine devredilmesine yönelik olan alacağını arsa sahibinden talep edebilmektedir⁵. Görüldüğü üzere ilk seçenekte yüklenici daha en baştan bir aynı hakka sahip olurken ikinci ihtimalde yalnızca bir nisbi hakkı bulunmaktadır⁶.

Yüklenicinin sahip olduğu bu hakların niteliklerinin farklı olması, onun inşaat süresi boyunca finansman sağlamak amacıyla üçüncü kişilere bağımsız bölüm satmak istediğinde yapacağı hukuki işlemin niteliğini de etkilemektedir.

İlk durumda yüklenici arsanın mülkiyeti üzerinde bir paya sahip olduğu için, bağımsız bölümlerin satışında malik sıfatıyla hareket etmektedir. Peyderpey tamamlanan inşaatta yüklenicinin payına düşen tamamlanmış bağımsız

⁵ BÜTÜN YILMAZ, s. 114; YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 1185. “Düzenlenen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile yüklenici arsa paylarının maliki olmamakta, buna karşılık arsa paylarının kendisine devredilmesi konusunda bir alacak hakkına sahip olmaktadır. Yüklenicinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkına dayanarak arsa sahibinden kendi payına düşen bağımsız bölümlere ait arsa paylarının mülkiyetinin adına tescilini talep edebileceği gibi, bu hakkını üçüncü kişiye devir edebilir.” Yargıtay HGK 22.11.2017, E. 2017/2265, K. 2017/1435 (BERBEROĞLU YENİPİNAR, Filiz, **Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri**, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 144-147).

⁶ ARIKAN / ERDOĞAN, s. 150.

bölmelere dair kat irtifaklı arsa payı mülkiyeti veya kat mülkiyeti yükleniciye ait olmakta ve dolayısıyla bu bağımsız bölümlerin üçüncü kişilere satışı doğrudan taşınmaz satış sözleşmesi ile yapılmaktadır. Yüklenici inşaatın henüz tamamlanmamış kısmında ileride meydana gelecek olan bağımsız bölümü üçüncü bir kişiye satmak istediğinde ise bu aynı hakkı konu edinen bir taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapmaktadır.

İkinci durumda ise yüklenici, arsa sahibine karşı ileri sürebileceği bağımsız bölümün mülkiyetinin kendisine devrini isteme şeklinde bir alacak hakkına sahip olup bunun dışında herhangi bir aynı hakka sahip değildir. İnşaat tamamlandığında kendisine devredilecek olan bağımsız bölümü daha önceden üçüncü kişiye satmak için yüklenicinin önünde iki yol vardır. İlk olarak taşınmaz satış vaadi sözleşmesiyle yüklenici, ileride elde edeceğini düşündüğü taşınmaz mülkiyetini üçüncü kişiye devretmeyi taahhüt edebilir⁷. Bunun yerine ikinci yol ise, yüklenicinin arsa sahibine karşı ileri sürebileceği alacak hakkını üçüncü kişiye devretmesidir⁸. Çalışmamızın konusu, yüklenicinin bağımsız bölüm satışlarını alacağın devri yoluyla yaptığı işlemler ile sınırlıdır⁹.

II. ALACAĞIN DEVRİ

A. Hukuki Niteliği ve Geçerlilik Şekli

Alacağın devri, alacaklının sahip olduğu alacak hakkını borçlusunun rızasına ihtiyaç duymaksızın üçüncü bir kişiye devrettiği hukuki işlemdir¹⁰. Tasarruf

⁷ COŞKUN, s. 37, 94; ŞEN, s. 40; SEÇER, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, s. 1063; SÜTÇÜ, s. 1378; YENER, Temerrüt, s. 135.

⁸ ARIKAN / ERDOĞAN, s. 150-151; AYDEMİR, s. 415; BAKLACI ÇAKIROĞLU, s. 301; COŞKUN, s. 41; ERMAN, s. 21; ERTAŞ, s. 80; ÖZ, Turgut, **İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat**, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, s. 104; SEÇER, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, s. 1067; SÜTÇÜ, s. 1378; ŞEN, s. 40; YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 1185; YENER, Devir, s. 373-374; YENER, Temerrüt, s. 136.

⁹ Yukarıda tarafların borçlarını ifa edecekleri zaman ve sıralamayı farklı şekillerde düzenleyebileceğinden ve buna göre arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin farklı görünümünün ortaya çıktığından bahsetmiştik. Bu görünümlerden birisi de sözleşmenin kurulmasıyla birlikte iş sahibinin daha baştan arsanın mülkiyetinin tamamını yükleniciye devrettiği örnektir. Bu tip sözleşmeyle yüklenici, inşaat tamamlandığı zaman iş sahibine ilgili bağımsız bölümlerin mülkiyetini devretme borcu altına girmektedir. Diğer bir ifadeyle bu örnekte yüklenici en başta malik konumuna gelmekte ve iş sahibi ise yükleniciden bağımsız bölüm talep etme şeklinde alacak hakkına sahip olmaktadır. Dolayısıyla inşaat sürecinde yüklenicinin üçüncü kişilere yapacağı satışlar yerine göre taşınmaz satışı veya taşınmaz satış vaadi olurken iş sahibinin üçüncü kişilere yapacağı satışlarda alacağın devri işlemine ihtiyaç duyulmaktadır. Bu gibi örneklerde iş sahibinden bağımsız bölüm alacağın devralan üçüncü kişinin durumu ile diğer örneklerde yükleniciden bağımsız bölüm alacağın devralan üçüncü kişinin durumu, TBK m. 191 açısından aynı şekilde değerlendirilmelidir.

¹⁰ ARIKAN, Mustafa, "Türk Özel Hukukunda Alacağın Temliki", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2005, C. 13, S. 1, s. 131; BUCHER, Eugen, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, 2. Auflage, Zürich, 1988, s. 536; ÇETİNER, Bilgehan / FURRER, Andreas / MÜLLER-CHEN, Marcus, **Borçlar Hu-**

işlemi niteliğinde olan bu devir işlemiyle birlikte alacak hakkı devreden mal-varlığından kesin olarak çıkıp devralanın mal varlığına geçmektedir¹¹. Artık o andan itibaren alacak hakkı üzerindeki tasarruf yetkisi devralana ait olmaktadır.

Alacağın devri işlemi taraflar arasında adi yazılı bir sözleşme ile yapılabilir (TBK m. 184). Devredilmek istenen alacağın konusunun taşınmaz mülkiyetini içermesi ise devir işleminin şekli açısından önemli değildir. Daha genel bir ifadeyle, alacağın konusunun devri kanunen bir şekil şartına tabi tutulmuş olsa bile alacağın devri işleminin yalnızca yazılı şekilde yapılması yeterlidir¹².

kuku Genel Hükümler, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 741; EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 25. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 1358; EREN, Fikret / DÖNMEZ, Ünsal, **Eren Borçlar Hukuku Şerhi, Cilt III**, 1. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 2890; FUNK, Fritz, **Borçlar Kanunu Şerhi - I Umumi Hükümler**, Çev. Hıfzı Veldet, Cemal Hakkı Sele, 1. Bası, İstanbul, 1938, s. 233; GAUCH, Peter / SCHLUEP, Walter R. / SCHMID, Jörg / EMMENEGGER, Susan, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II**, Zürich, 2014, N. 3407; GIRSBERGER, Daniel / HERMANN, Johannes Lukas, "Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme", **Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR**, Herausgeber: Heinrich Hansel, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand, Basel/Frankfurt am Main, 2015, Vor. Art. 164-174, N. 1; GÜMÜŞ, M. Alper, **Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri**, 10. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 1078; HATEMİ, Hüseyin / GÖKYAYLA, K. Emre, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 10. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021, s. 413; İNAN, Ali Naim / YÜCEL, Özge, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 521; KAPANCI, Kadir Berk, **Alacağın Devri (TBK m. 183-194)**, 1. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2022, s. 6; KELLER, Max / SCHÖBI, Christian, **Das Schweizerische Schuldrecht Band IV - Gemeinsame Rechtsinstitute für Schuldverhältnisse aus Vertrag, unerlaubter Handlung und ungerechtfertigter Bereicherung**, Basel/Frankfurt am Main, 1984, s. 43; NOMER, Haluk Nami, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 19. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2020, s. 517-518; OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II**, 12. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, s. 555; ÖZ, M. Turgut, "Alacağın Devri TBK m. 183 - 194", **İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu**, 1. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, TBK m. 183, s. 1261; SPIRIG, Eugen, "Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme, Erste Lieferung, Art. 164-174 OR", **ZK - Zürcher Kommentar Band/Nr. V/1k/1**, Herausgeber: Peter Gauch, Zürich, 1993, Vor. Art. 164-174, N. 20; ŞAFAK, s. 25; TEKİNAY, Selahattin Sulhi / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Haluk / ALTOP, Atilla, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 240; TERCIER, Pierre / PICHONNAZ, Pascal / DEVELİOĞLU, H. Murat, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 1. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2016, s. 517; von TUHR, Andreas / ESCHER, Arnold, **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Band 2**, Zürich, 1974, s. 329.

¹¹ ARAL, Fahrettin, "Topyekûn Temlik", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 1992, C. 42, S. 1, s. 93-94; ARIKAN / ERDOĞAN, s. 155; BUCHER, s. 547; ÇETİNER / FURRER / MÜLLER-CHEN, s. 742; DAYINLARLI, Borçlar Kanunu'na Göre Alacağın Devri, Ankara 2010, s. 86; EREN, s. 1362; FRANKO, Nisim, "Alacağın Temliki", **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, Y. 1994, C. 49, S. 1, s. 179; GAUCH / SCHLUEP / SCHMID / EMMENEGGER, N. 3408; GIRSBERGER / HERMANN, Art. 164, N. 16; GUHL, Theo / KOLLER, Alfred / SCHNYDER, Anton K. / DRUEY, Jean Nicolas, **Das Schweizerische Obligationenrecht**, Zürich, 2000, s. 265; HATEMİ / GÖKYAYLA, s. 415; İNAN / YÜCEL, s. 525; KELLER / SCHÖBI, s. 45; OĞUZMAN / ÖZ, Borçlar Genel II, s. 559; SCHWENZER, Ingeborg, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, Bern, 2016, N. 90.04; ŞAFAK, s. 30; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 241; TERCIER / PICHONNAZ / DEVELİOĞLU, s. 519; von TUHR / ESCHER, s. 330; YENER, Mehmet Deniz, "Alacağı Devreden mal Varlığı Sorumluluğu ve 6098 Sayılı Borçlar Kanunu ile Yapılan Değişiklikler", **Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi**, Y. 2014, C. 3, S. 5, s. 68.

¹² "Tapulu bir taşınmazın mülkiyetini öngören her türlü sözleşmelerin resmi şekilde yapılması, geçerlilik koşuludur. Ne var ki, somut olayda olduğu gibi, geçerli bir kat karşılığı inşaat sözleşmesinde yükleniciye

Buna karşın taşınmaz satış vaadi sözleşmesi resmi şekle tabidir (TBK m. 237/2). Tapu sicil müdürü tarafından (Tapu Kanunu m. 26/1) veya noter tarafından (Noterlik Kanunu m. 60/3 ve 89) düzenleme şeklinde yapılması gereken taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinin uygulamada çoğunlukla noterde yapıldığı görülmektedir.

Taşınmaz satış vaadinin resmi şekil prosedürü ve burada çıkan sözleşme yapma masrafları göz önüne alındığında alacağın devri işleminin adi yazılı şekilde yapılabilir olması, iş hayatında yükleniciler açısından büyük kolaylık sağlamaktadır. Bu sebeple uygulamada çoğunlukla yüklenicilerin bu yolu tercih ettiği görülmektedir. Ancak alacağın devri işlemi için her ne kadar adi yazılı sözleşme yeterli olsa da tarafların sözleşme serbestisi gereği bu işlemi noterde düzenleme şeklinde bir sözleşmeyle yapmaları da mümkündür. Öte taraftan resmi şekilde yapılması gereken taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin şekle uyulmadan, örneğin adi yazılı şekilde (haricen satış) yapılması ise bir geçersizlik sebebidir. Fakat Yargıtay, yüklenici ile üçüncü kişinin adi yazılı bir şekilde taşınmaz satış vaadi veya taşınmaz satışı yapması halinde, eğer satışa konu edilen bağımsız bölüm yüklenicinin arsa sahibinden olan alacağını teşkil ediyorsa, bu sözleşmenin tahvil yoluyla alacağın devri işlemi olarak ayakta tutulmasını kabul etmektedir¹³.

*ait olacağı kararlaştırılan bir bağımsız bölümün, yüklenici tarafından adi yazılı bir sözleşmeyle üçüncü bir kişiye satılması, Yargıtay'ın kökleşmiş uygulamasına göre, tapulu taşınmaza ilişkin bir satış sözleşmesi değil, Borçlar Kanunu'nun 162 ve sonraki maddelerinde düzenlenen alacağın temlikli hükümlerine tabi bir işlemdir. Eş söyleyişle, böyle durumlarda, yüklenici kat karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca kendisine düşen bir bağımsız bölümü üçüncü kişiye satmış değil; kat karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde o bağımsız bölüm yönünden arsa sahibine karşı sahip olduğu alacağını, daha açık bir ifadeyle o sözleşmeden doğan kişisel hakkını (o bağımsız bölümün mülkiyetinin kendisine devredilmesini isteme hakkını) üçüncü kişiye temlik etmiş sayılır. Kısaca, böyle durumlarda yüklenici ile üçüncü kişi arasında bir "alacağın temlikli" sözleşmesi bulunur. Borçlar Kanunu'nun 163. maddesinde alacağın temlikli sözleşmesinin geçerliliği sadece yazılı şekle tabi tutulmuş olup, resmi şekle bağlanmamıştır." Yargıtay HGK 2.7.2003, E. 2003/14-452, K. 2003/456 (NİHAT MEYDAN, Fadime Yapal, **Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Emsal Kararları Cilt 1**, 2. Bası, Ethemler Yayıncılık, İstanbul, 2006, s. 847).*

¹³ "Yüklenici hak kazanacağı bağımsız bölümlerin tapusunu doğrudan arsa sahiplerinden talep edebileceği gibi şahsi hakkını üçüncü kişilere de devredebilir. Sözleşmede yasaklanmadığı veya işin mahiyetinden aksi anlaşılmadığı sürece yüklenici üçüncü kişilere yazılı olmak koşuluyla şahsi hakkı devredebilir. Somut olayda, davacının dayandığı adi yazılı temlik sözleşmesi istemin ileri sürülmesi için yeterli ve geçerlidir. Bu sözleşmenin ayrıca noterde resmi biçimde yapılması şartı aranmaz. Mahkemenin bu olguyu gözden kaçırarak sözleşmenin resmi biçimde yapılmadığı düşüncesi ile davayı reddetmesi doğru olmamıştır." Yargıtay 14 HD. 26.03.2007, E. 2007/2042, K. 2007/3159 (Legalbank, E.T. 01.02.2024. "Yükleniciler, arsa sahipleri ile arsa karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince inşaat yapmakta iseler ve davacıya satışı vaad edilen villanın da yüklenicilere verilmesi gereken villa olması ve yüklenicilerle arsa sahipleri arasındaki arsa karşılığı inşaat sözleşmesi resmi şekilde yapılmış olması halinde davacıya yapılan bu satış alacağın temlikli hükümleri çerçevesinde geçerli kabul edilir." Yargıtay 13. HD, 8.2.2000, E. 1999/8918, K. 2000/870 (SÜTÇÜ, s. 1382).

B. Yüklenicinin Alacağını Devretmesi Karşısında Arsa Sahibinin Durumu

Yukarıda yüklenicinin arsa sahibinden devralmayı beklediği bağımsız bölümleri üçüncü kişilere satmasının taşınmaz satış vaadiyle veya alacağın devriyle mümkün olduğundan bahsetmiştik. Bu iki yoldan hangisinin tercih edildiği, arsa sahibi açısından da önem arz etmektedir. Zira yüklenici taşınmaz satış vaadi ile üçüncü kişiye bir taşınmaz devretme vaadinde bulunmaktadır ve onun bu vaadi arsa sahibini ilgilendirmemektedir. Fakat yüklenici üçüncü kişiyle alacağın devri sözleşmesi yaptığı anda artık arsa sahibinin karşısında bağımsız bölüm alacaklısı sıfatıyla yeni bir kişi bulunmaktadır.

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, satıcının bir taşınmazın mülkiyetini alıcıya devretmeyi taahhüt ettiği bir ön sözleşmedir. Bu sözleşmeye konu edilen taşınmaz mülkiyeti, sözleşmenin yapıldığı anda satıcının malvarlığında bulunmak zorunda değildir. Satıcı, ileride malvarlığına dahil olacak bir taşınmazın mülkiyetini devretmeyi de bu sözleşmeyle taahhüt edebilir. Aslında yüklenicinin yaptığı da tam olarak budur. Yüklenici henüz kendi malvarlığı içerisinde bulunmayan fakat ileride arsa sahibinden devralmayı beklediği taşınmazın mülkiyetini, alıcı üçüncü kişiye devretmeyi vaat etmektedir. Bu şekilde yapılan taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yalnızca yüklenici ile alıcı üçüncü kişi arasında hüküm ve sonuçlarını doğurmakta ve fakat arsa sahibine temas etmemektedir. Bu sebeple üçüncü kişi satın aldığı bağımsız bölümün kendisine devredilmesini ancak satış vaadi sözleşmesinin karşı tarafı olan yükleniciden isteyebilmektedir. Bu sözleşme, üçüncü kişi ile arsa sahibi arasında herhangi bir hukuki ilişki yaratmamaktadır. Dolayısıyla yüklenici ile arsa sahibi arasında ileride meydana gelebilecek muhtemel anlaşmazlıklar sebebiyle arsa sahibinin, yükleniciye devretmesi gereken bağımsız bölümleri devretmemesi durumunda, üçüncü kişinin arsa sahibine yöneltebileceği herhangi bir talebi bulunmamaktadır. Üçüncü kişi yalnızca yükleniciyi, aralarındaki taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin ifasına yönelik olarak zorlayabilir veya borca aykırılık hükümlerine göre yükleniciye başvurabilir¹⁴.

Alacağın devri işlemi ise her ne kadar devreden ile devralan arasında yapılan iki taraflı bir hukuki işlem olsa da aslında devir konusu alacağın borçlusunu da etkileyen hüküm ve sonuçlar doğuran üçlü bir ilişki yaratmaktadır. Yüklenici, arsa sahibinden olan bağımsız bölüm alacağını üçüncü bir kişiye devrettiği takdirde devralan, artık bu alacak hakkının sahibi olmaktadır¹⁵. O andan itibaren devredilen alacağı talep ve dava etme yetkisi sadece devralan kişinin olmakta-

¹⁴ COŞKUN, s. 92; SEÇER, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, s. 1063-1064; ŞEN, s. 40.

¹⁵ DAYINLARLI, s. 289; ŞEN, s. 41.

dır¹⁶. Böylece alacağı devralan üçüncü kişi, ifa zamanı geldiğinde borcunu ifa etmesi, yani söz konusu bağımsız bölümü kendisine devretmesi için arsa sahibine başvurma hakkına sahip olmaktadır. Devir konusu alacak hakkı bakımından arsa sahibinin karşısında alacaklı konumunda artık yüklenici değil üçüncü bir kişi bulunmaktadır¹⁷.

Alacağın devri işleminin yapılması aşamasında borçlunun herhangi bir dahli söz konusu olmamasına rağmen devrin sonuçları onu da doğrudan etkilediği için, alacağın devriyle borçlunun durumunun ağırlaştırılmaması gerektiği kabul edilmektedir¹⁸. Bu düşünceden hareketle kanun koyucu, borçluya bir takım hukuki imkanlar tanımaktadır. Örneğin devir işleminin kendisine bildirilmediği durumlarda borçlunun önceki alacaklıya yapmış olduğu iyiniyetli ifa geçerli kabul edilmektedir (TBK m. 186). Hatta alacağın birden çok kez devredildiği durumlarda gerçek hak sahibi yerine diğer devralana yapılan iyiniyetli ifa da bu kapsamda geçerli kabul edilmektedir (TBK m. 186). Yine alacak üzerinde uyuşmazlık bulunması halinde gerçek alacaklısını belirleyemediği durumda borçlunun ifadan kaçınması ve dilerse hâkim tarafından belirlenen yere borcunu tevdi ederek borcundan kurtulması da mümkündür (TBK m. 187). Bunların yanında borçlu, devredenle arasındaki hukuki ilişkiden kaynaklanan ve kural olarak sadece taraflar arasında ileri sürülebilir savunmaları, alacağı devralan yeni alacaklıya karşı da ileri sürebilmektedir (TBK m. 188).

¹⁶ “Alacağın temlik ile alacak hakkı bunu devralan 3. kişiye geçer. Böylece devralan daha önce temlik edene ait olan alacak hakkını kesin olarak iktisap eder; bunun üzerinde “tasarruf etme” yetkisini kazanır. Temlik eden alacaklının da bu aşamadan sonra artık tasarruf hak ve yetkisi bulunmadığından (kalmadığından) bu alacağa dayalı olarak herhangi bir hukuki işlem yapması mümkün değildir. Bu durumda temlik işlemi ile temlik eden, borç ilişkisinden çıkar ve onun yerine alacaklı sıfatıyla alacağı devralan 3. kişi geçer. Alacakla ilgili her türlü (dava açma, takip yapma, temlik etme... gibi) hukuki işlemler bu 3. kişi tarafından yapılır.” Yargıtay 8. HD, 11.5.2015, E. 2014/512, K. 2015/10738 (Legalbank, E.T. 01.02.2024).

¹⁷ “Devir ile birlikte devredenin alacaklı sıfatı son bulur, yerine devir alan alacaklı sıfatını kazanır.” Yargıtay 3. HD, 23.12.2020, E. 2020/4307, K. 2020/8233 (BERBEROĞLU YENİPİNAR, **Alacağın Temlik ve Borcun Nakli**, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 398). “Davacı ile yüklenici arasında doğrudan bir sözleşme ilişkisi yok ise de yüklenicinin akidi durumundaki dava dışı V. S. ’dan harici sözleşme ile dava konusu daireyi satın alan davacının, bu sözleşme nedeni ile yukarıda açıklanan şekilde alacağın temlik hükümleri çerçevesinde temlik alan konumuna girdiği açıktır. Dolayısıyla temlik alan durumundaki davacı, yüklenicinin kat karşılığı inşaat sözleşmesindeki edimlerini ifa ettiği andan itibaren, alacağın temlik hükümleri çerçevesinde bu kişisel hakkını arsa sahibi ve yükleniciyi hasım göstermek sureti ile ileri sürüp, o bağımsız bölümün kendisi adına tescilini siteme hakkını kazanır.” Yargıtay HGK 02.07.2003, E. 2003/14-452, K. 2003/456 (Legalbank, E.T. 01.02.2024).

¹⁸ ARIKAN / ERDOĞAN, s. 162; BUCHER, s. 547, d. 44; COŞKUN, s. 49; ÇETİNER / FURRER / MÜLLER-CHEN, s. 755; ENGİN, Baki İlkay, **Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu**, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002, s. 36; FUNK, s. 239; GUHL / KOLLER / SCHNYDER / DRUEY, s. 273, 275; GÜNERGÖK, s. 169; HATEMİ / GÖKYAYLA, s. 420; OĞUZMAN / ÖZ, **Borçlar Genel II**, s. 585; SEÇER, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, s. 1074; SPIRIG, Art. 169, N. 15; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 252; TERCIER / PICHONNAZ / DEVELİOĞLU, s. 527.

Yüklenicinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan alacağını üçüncü kişiye devretmesi halinde ortaya çıkan bu üçlü ilişkide, yüklenici ile arsa sahibi arasındaki olası bir anlaşmazlık, hak sahibi üçüncü kişinin alacağını tahsil etmesini ve edimine kavuşmasını da engelleyebildiği için ortaya karmaşık hukuki sorunlar çıkmaktadır. Örneğin arsa sahibi, yüklenici ile arasındaki sözleşmenin geçersiz olmasını gerekçe göstererek borcunun bulunmadığını ya da yüklenicinin sözleşmeye göre inşaatı tamamlaması gerekirken bu edimini yerine getirmediğini gerekçe göstererek ödemezlik defini ileri sürebilir. Hatta arsa sahibi, yüklenicinin temerrüdü sebebiyle sözleşmeden döndüğünü ve borcunun sona erdiğini de ileri sürebilir. Bunlardan başka, arsa sahibi ilgili bağımsız bölümü yükleniciye veya ondan devralmış başka bir kimseye zaten devretmiş olduğu için borcunun sona erdiğini de ileri sürebilir. Aşağıda, alacağı devralan üçüncü kişinin bu gibi sorunlar karşısında sahip olduğu hukuki imkanlar ele alınacaktır.

C. Devredenin Garanti Sorumluluğu

Devralan elde ettiği alacağı tahsil etmek amacıyla borçluya başvurduğunda ifa talebi sonuçsuz kalırsa bu sebeple uğradığı zararın tazmini için, devredenle arasındaki hukuki ilişki temelinde borca aykırılık hükümleri uyarınca devreden kusuruna dayanan sorumluluğuna başvurabilir. Bunun yanında kanun koyucu, ivazlı devirlerde devralanın alacağını tahsil etmesine engel olan sebepler arasından alacağın mevcut olmamasına ve borçlunun ödeme gücünün bulunmamasına özel bir önem atfetmektedir. TBK m. 191 gereğince alacak bir edim karşılığında devredilmiş ise devreden, alacağın varlığını ve borçlunun ödeme gücünün bulunduğunu garanti etmiş olmaktadır. Devredenin bu sorumluluğu kusurdan bağımsız, garanti temeline dayanan bir yasal sorumluluktur¹⁹.

Devredenin garanti sorumluluğuna dair TBK m. 191 hükmü mevcut ve muaccel alacaklar göz önüne alınarak hazırlanmış olduğu için, madde metninde alacağın varlığının ve borçlunun ödeme gücünün “devir anında” mevcut olması gerektiği ifade edilmektedir. Halbuki muaccel alacaklar gibi muaccel hale gelmemiş alacakların da hatta henüz doğmamış müstakbel alacakların da devrinin mümkün olduğu unutulmamalıdır²⁰. Bu sebeple henüz muaccel olmayan bir

¹⁹ ENGİN, s. 56; EREN, s. 1373; GUHL / KOLLER / SCHNYDER / DRUEY, s. 278; OĞUZMAN / ÖZ, Borçlar Genel II, s. 589; SEROZAN, Rona / BAYSAL, Başak / SANLI, Kerem Cem, **Serozan Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 8. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2022, s. 238; SEVİNÇ, s. 71; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 260; TÜRKER, s. 109.

²⁰ “Alacağın temlikinde alacaklı, halen sahip olduğu bir hakkını devredebileceği gibi henüz mevcut olmayan müstakbel bir alacağını da devredebilir.” Yargıtay 13. HD, 15.10.2012, E. 2012/24086, K. 2012/23220 (Legalbank, E.T. 01.02.2024). Aynı yönde: Yargıtay 13. HD, 22.9.2011, E. 2011/5343, K. 2011/13007 (Legalbank, E.T. 01.02.2024).

alacağın devrinde bu alacağın muacceliyet tarihine kadar devredenin garanti sorumluluğunun devam ettiği, tartışmasız kabul edilmektedir²¹.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin borcu bir eser meydana getirmek olduğu için bu sözleşme bir yandan eser sözleşmesi niteliği taşımaktadır. Yüklenicinin eser meydana getirme borcunun karşılığı olarak arsa sahibinin bağımsız bölümleri yükleniciye devretme borcu, eser sözleşmesindeki iş sahibinin bedel ödeme borcunu oluşturmaktadır. TBK m. 479'da iş sahibinin bedel ödeme borcunun, eserin teslimi anında muaccel olacağı düzenlenmiştir. Hükme göre eserin parça parça teslim edilmesi kararlaştırılmış ve bedel parçalara göre belirlenmişse, her parçanın bedeli onun teslimi anında muaccel olmaktadır. Dolayısıyla arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapıldığı anda tarafların borçları doğmakta fakat yüklenicinin bağımsız bölüm alacağının, yani ücret alacağının muaccel hale gelmesi genellikle ileri bir tarihe kalmaktadır²². İnşaat aşamasında yüklenicinin üçüncü kişilere bağımsız bölüm satışı da henüz muaccel olmayan bir alacağını devretmesi şeklinde gerçekleşmektedir. O halde yüklenicinin TBK m. 191 gereği garanti sorumluluğu, devrettiği bağımsız bölüm alacağının muaccel hale geleceği tarihe ilişkindir.

III. YÜKLENİCİNİN GARANTİ SORUMLULUĞUNUN GÜNDEME GELEBİLECEĞİ DURUMLAR

A. Arsa Sahibinin Ödeme Zik Defini İleri Sürmesi

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğu için yüklenicinin bina inşa etme borcu ile arsa sahibinin mülkiyet devretme borcu mübadele (karşılıklılık) içindedir²³. Daha önce belirttiğimiz üzere sözleşmenin kurulmasıyla birlikte tarafların karşılıklı borçları doğmakta fakat borçların muacceliyet tarihleri farklılık gösterebilmektedir. Ancak literatürdeki bazı çalışmalarda ve bazı yargı kararlarında yüklenicinin kişisel hakkının, sözleşmede belirlenen şekilde inşaatın tamamlanmasıyla doğacağı

²¹ BUCHER, s. 574, d. 150; DAYINLARLI, s. 252; ERCOŞKUN ŞENOL, s. 280; FUNK, s. 242; GİRSEBERGER / HERMANN, Art. 171, N. 8; KAPANCI, s. 533; REETZ, Peter / BURRI, Christof, "Obligationsrecht - Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR", **CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**, Herausgeber: Andreas Furrer, Anton K. Schnyder, Zürich, 2016, Art. 171, N. 14; SPIRIG, Art. 171, N. 22. Ayrıca bkz. BGE 61 II 102.

²² GÖNEN, Doruk, **İnşaat Sözleşmesinde Bedel**, 1. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2016, s. 20, 233; GÜMÜŞ, Borçlar Özel, s. 88; ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s. 79-80; SEÇER, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, s. 599; SÜTÇÜ, s. 316.

²³ BÜTÜN YILMAZ, s. 110; ERMAN, s. 2, 4; GÖNEN, s. 16; GÜMÜŞ, Borçlar Özel, s. 2; KIRCA, s. 81; SÜTÇÜ, s. 34; ŞAHİN, s. 103; YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 1177.

gibi ifadelere rastlanmaktadır. Halbuki dikkat edilmelidir ki yüklenicinin alacağı başta sözleşmenin kurulduğu andan itibaren mevcuttur; sadece muaccel hale gelmediği için yüklenici bu alacağını arsa sahibinden talep edebilir durumda değildir. Vadesinin gelmesiyle alacak muaccel olduktan sonra eğer inşaat hala tamamlanmadıysa ve buna rağmen yüklenici alacağını talep etmişse, arsa sahibi pek tabii yüklenicinin sözleşmeyle üstlendiği işi tamamlamadığını ve gerekli koşulları yerine getirmediğini gerekçe göstererek borcunu ifa etmekten kaçınabilir. Fakat arsa sahibinin burada borcunu ifa etmekten kaçınmasının sebebi, yüklenicinin alacağının doğmamış olması veya yüklenicinin alacağına hak kazanmamış olması değil, TBK m. 97’de düzenlenen ödemelik defidir. TBK m. 97 uyarınca karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmenin ifası isteminde bulunan tarafın, sözleşmenin koşullarına ve özelliklerine göre daha sonra ifa etme hakkı olmadıkça, kendi borcunu ifa etmiş ya da ifasını önermiş olması gerekir. İşte bu sebeple yüklenici henüz kendi borcunu tamamen ifa etmediği müddetçe arsa sahibinden alacağını talep ettiği takdirde, ödemelik defi ile karşılaşmaktadır²⁴.

TBK m. 188 uyarınca arsa sahibi, yükleniciye karşı ileri sürebildiği savunmaları, yükleniciden alacağı devralan üçüncü kişilere de ileri sürebilmektedir. Dolayısıyla arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan alacağını devreden yüklenici, alacağın vadesi geldiğinde halen inşaatı sözleşmede kararlaştırılan şekilde tamamlamadıysa, alacağı devralan kişi arsa sahibine başvurduğunda ödemelik defi ile karşılaşmaktadır²⁵. Arsa sahibinin ileri sürdüğü bu savunma sebebiyle bağımsız bölümü elde edemeyen, yani alacağını tahsil edemeyen

²⁴ ARIKAN / ERDOĞAN, s. 163-164; COŞKUN, s. 50; ERTAŞ, s. 81; SÜTÇÜ, s. 318-319; YENER, Devir, s. 375.

²⁵ ARIKAN / ERDOĞAN, s. 163; COŞKUN, s. 50; ERTAŞ, s. 81; ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s. 103, 105; SEÇER, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, s. 1074, 1101; ŞAHİN, s. 295; ŞEN, s. 38; YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 1185. “Arsa sahibi ile aralarında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi bulunan yükleniciden sözleşmede ona bırakılması kararlaştırılan bağımsız bölümü temlik alan üçüncü kişinin, arsa sahibini (borçluyu) ifaya zorlayabilmesi için öncelikle temlik işlemi ve işlemin sıhhatini kanıtlaması gerekir. Fakat temlik işlemi kanıtlanmış olursa da yukarıda açıklandığı üzere ifa talebinin muhatabı olan arsa sahibi ifaya derhal uymak zorunda değildir. Gerçekten Borçlar Kanununun 167. Maddesi hükmüne göre “Borçlu, temlike vakıf olduğu zaman; temlik edene karşı haiz olduğu defileri, temellük edene karşı dahi dermeyer edebilir.” Buna göre temlik öğrenen borçlu temlik olmasaydı önceki alacaklıya karşı ne tür defiler ileri sürebilecekse, aynı defileri yeni alacaklıya (temlik alan üçüncü kişiye) karşı da ileri sürebilir hale gelir. ... yüklenici arsa sahibine karşı öncelikli edimini tamamen veya kısmen yerine getirmeden kazanacağı şahsi hakkı üçüncü kişiye temlik etmişse, üçüncü kişi Borçlar Kanununun 81. Maddesinden yararlanma hakkı bulunan arsa sahibini ifaya zorlayamaz. ... Davacı, davada yüklenicinin temlik işlemine dayandığından bağımsız bölümün adına tescilini sağlayabilmesi için yüklenicinin arsa malikine karşı arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde belirlenen edimlerini tam ve eksiksiz olarak yerine getirmiş olması gerekir.” Yargıtay 14. HD, 30.11.2012, E. 2012/12312, K. 2012/13970 (Legalbank, E.T. 01.02.2024).

üçüncü kişi, TBK m. 191 uyarınca devredenin garanti sorumluluğu kapsamında yükleniciye başvurulabilir²⁶.

Devreden yüklenicinin burada garanti sorumluluğunun sebebi, alacağın varlığına ilişkin hukuki bir eksiklik bulunmasıdır²⁷. Zira arsa sahibinin ödemezlik defini ileri sürerek ifadan kaçınması, devralanın alacağını tahsil etmesini hukuken engelleyen bir sebeptir. TBK m. 191'in koruma amacı göz önüne alındığında, alacağın mevcut olmaması kadar mevcut olup da borçlunun bir takım savunmalarına maruz kalması da önemlidir. İsviçre Federal Mahkemesi'nin ifadesiyle devreden, alacağın mevcut ve geçerli bir alacak olduğunu ve borçlunun da herhangi bir savunma ileri sürmeyeceğini garanti etmiş sayılmaktadır²⁸.

B. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi

Her sözleşme gibi arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi de ideal sona erme biçimi yani borçların tamamen ifası dışında çeşitli sebeplerle sona erdirilebilmektedir. Bu sona erme biçimlerinin en başında, bir tarafın temerrüde düşmesi sebebiyle karşı tarafın genel hükümler çerçevesinde (TBK m. 125) sözleşmeyi sona erdirmesi veya imkânsızlık (TBK m. 136) gelmektedir. Bunların dışında eser sözleşmesine özgü bazı sona erme halleri de bulunmaktadır. Yüklenicinin inşaatı yaparken sözleşmeye aykırı davranışları sebebiyle arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi (TBK m. 473), başlangıçta yaklaşık olarak belirlenen bedelin aşırı ölçüde aşılması durumunda iş sahibinin sözleşmeden dönmesi (TBK m. 482), iş sahibinin tam tazminat karşılığı sözleşmeyi feshetmesi (TBK m. 484), yapının ayıplı olması sebebiyle iş sahibinin sözleşmeden dönmesi (TBK m. 475/1) ve bedelin götürü olarak belirlendiği işlerde beklenmeyen sebeplerle götürü bedelin aşırı arttığı hallerde yüklenicinin sözleşmeden dönmesi veya fesih hakkını kullanması (TBK m. 480/2) bunlara örnek olarak gösterilebilir.

Tarafların sözleşmeyi sona erdirmesine imkân veren hükümlere bakıldığında bunların bazılarının geçmişe etkili olarak sonuç doğurduğu, bazılarının ise ileriye

²⁶ DAYINLARLI, s. 244; ENGİN, s. 108; ERCOŞKUN ŞENOL, s. 267; ŞEN, s. 42. "... yüklenicinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi hükümlerine göre edimini eksiksiz olarak yerine getirip getirmediği tespit edilmeli, binanın tamamı yönünden getirildiği genel fiziki seviyeye göre davalı arsa sahibinin ifaya zorlanıp zorlanamayacağı, yapı tamamlanmış ise yapı kullanma izin belgesi alınıp alınmadığı da tespit edilmeli, eksik işler var ise belirlenmeli, bunların bedelinin davalı arsa sahibine ödenmesi koşuluyla arsa sahibinin ifaya zorlanıp zorlanamayacağı saptanarak, mülkiyet aktarımı istemi hakkında bir karar verilmelidir. Mülkiyet aktarımı isteminin kabulüne karar verilemeyeceği sonucuna varılır ise şimdi olduğu gibi tazminata hükmedilmesi gerekir." Yargıtay 14. HD, 17.2.2015, E. 2014/17496, K. 2015/1676, (Legalbank, E.T. 01.02.2024).

²⁷ ENGİN, s. 109.

²⁸ ATF 26 II 719 = JdT 1901 242 (DAYINLARLI, s. 245).

etkili olarak sonuç doğurduğu görülmektedir. Açıkçası öğretilerde eser sözleşmesinin ani edimli bir sözleşme mi yoksa sürekli edimli bir sözleşme mi olduğu noktasındaki tartışma, çalışmamızın konusu bakımından önem arz etmemektedir. Bu tartışmadaki farklı görüşlerin sonuçları, sözleşmenin sona ermesinin geriye etkili mi yoksa ileriye etkili mi olacağı noktasında kendini göstermektedir²⁹.

Sözleşmenin geriye etkili olarak sona ermesi halinde tarafların borçları sona ermekte ve o zamana kadar yerine getirilen edimlerin iadesi sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre istenmektedir³⁰. Bu durumda yüklenicinin üçüncü kişilere devretmiş olduğu bağımsız bölüm alacakları da arsa sahibi tarafından henüz ifa edilmemiş olan diğer borçlarla birlikte sona erdiği için, devralan üçüncü kişinin artık tahsil edebileceği bir alacak hakkı kalmamaktadır³¹.

Sözleşmenin ileriye etkili olarak sona ermesi halinde ise fesih anına kadar yüklenicinin inşaatı getirdiği aşama kısmi ifa olarak kabul edilmekte ve inşaatın tamamlanma oranına göre yüklenici bedele hak kazanmaktadır³². Yani yüklenicinin bağımsız bölüm alacakları, işi tamamladığı ölçüde varlığını devam ettirmektedir. Bu noktada yüklenicinin arsa sahibinden alacaklı olduğu bağımsız bölümlerin hangilerinin halen talep edilebilir olduğu, hangilerinin ise sona eren alacaklar arasında olduğu tespit edilmelidir. Çünkü yüklenicinin üçüncü kişiye alacağın devri işlemiyle satmış olduğu bağımsız bölüm, yüklenicinin talep edebileceği alacak kapsamında kalmaktaysa alacağın mevcudiyeti devam etmekte demektir ve devralan üçüncü kişi arsa sahibinden bu alacağı talep edebilmektedir³³. Fakat yüklenicinin üçüncü kişiye alacağın devri işlemiyle satmış olduğu bağımsız bölüm, yüklenicinin alacağının sona eren kısmı içerisindeyse artık devralan üçüncü kişinin tahsil edebileceği bir alacak bulunmamaktadır³⁴.

²⁹ GÖNEN, s. 23; ÖZ, Turgut, **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi**, 1. Bası, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1989, s. 16; SEÇER, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, s. 85; SEÇER, Öz, **Eser Sözleşmesinin İş Sahibi Tarafından Tam Tazminatla Feshi (TBK m. 484)**, 1. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 41; SÜTÇÜ, s. 34.

³⁰ GÖNEN, s. 23; KIRCA, s. 82-83; ÖZ, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, s. 18; ŞEN, s. 36; YENER, Temerrüt, s. 95, 96.

³¹ COŞKUN, s. 153; ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s. 103; ÖZ, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, s. 263; SEÇER, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, s. 719; SÜTÇÜ, s. 1380; YENER, Temerrüt, s. 137.

³² COŞKUN, s. 159; GÖNEN, s. 23; ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s. 105; ÖZ, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, s. 17; SEÇER, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, s. 769; ŞEN, s. 34-35; YENER, Temerrüt, s. 95, 107.

³³ COŞKUN, s. 160; ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s. 105; SEÇER, Tam Tazminatla Fesih, s. 207-208; YENER, Temerrüt, s. 137.

³⁴ ARIKAN / ERDOĞAN, s. 166. "Arsa sahipleri ile yüklenici arasındaki sözleşmeler biçimine uygun şekilde noterlikte fesih edilmiş, arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinin tarafları, sözleşme ilişkisine bu şekilde son vermiştir. Fesihden sonra yine tarafların noterde yaptıkları "düzenleme şeklinde

Özetle, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ister dönme yoluyla baştan itibaren ister fesih yoluyla ileriye etkili olarak geçersiz hale gelmiş olsun, her iki durumda da devredenin garanti sorumluluğu için odaklanılması gereken nokta, devredilen alacağın muaccel olacağı tarihtir. Çünkü alacağın mevcudiyeti, muaccel olacağı ana kadar garanti sorumluluğu kapsamındadır. Bu sebeple, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin dönme veya fesih sebebiyle sona ermesi halinde ortadan kalkan alacak hakkını daha önceki bir zamanda yükleniciden devralmış olan üçüncü kişi, alacağın muaccel olması gereken tarihte artık ortada bir alacak hakkı bulunmadığı için TBK m. 191 uyarınca devredenin garanti sorumluluğu kapsamında yükleniciye başvurabilir.

C. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Geçersiz Olması veya İptal Edilmesi

Arsa sahibi ile yüklenici arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin herhangi bir sebeple geçersiz olması veya irade sakatlıkları sebebiyle iptal edilmesi halinde bu sözleşmedeki alacak hakkının geçerli bir şekilde doğduğundan bahsedilemez. Örneğin resmi şekilde yapılması gerekirken bu sözleşmenin adi yazılı şekilde yapılması sıklıkla karşılaşılan bir geçersizlik sebebidir. Böyle bir durumda yükleniciden alacağını devralan üçüncü kişi ilgili bağımsız bölümün kendisine devredilmesi için arsa sahibine başvurduğunda arsa sahibi, yüklenici ile arasındaki sözleşmenin geçersiz olduğu savunmasını TBK m. 188 uyarınca devralana karşı da ileri sürerek borcunu ifadan kaçınabilir. Netice itibarıyla devraldığı alacağı tahsil edemeyen yani satın aldığı bağımsız bölümü elde edemeyen üçüncü kişi, alacağı devreden yükleniciye karşı TBK m. 191 uyarınca garanti sorumluluğu kapsamında başvurma hakkına sahiptir³⁵.

taahhütname" başlıklı belge ile feshin doğal sonucu olan sözleşmenin tasfiyesi ilişkisine girdikleri dava konusu 366 ada 29 parseldeki A blok zemin kat 1 numaralı dükkân niteliğindeki bağımsız bölümün arsa sahiplerine bırakılmasının kararlaştırıldığı görülmektedir. Gerçekten, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde kural, feshin geriye etkili yapılmasıdır. Geriye etkili fesihte taraflar aralarında hiç sözleşme yapılmamış gibi mal varlıkları bakımından sözleşmenin yapıldığı gündeki duruma dönerler. Ancak taraflarca fesih işleminin tasfiyesi ileriye etkili sonuçlar meydana getirecek şekilde yapılmışsa yüklenici meydana getirilen eserin yapıldığı kadarının bedelini değil, binada bağımsız bölümün arsa payını isteyebilir. Somut olayda, sözleşmeyi ileriye etkili fesheden taraflar tasfiyede dava konusu edilen 1 numaralı bağımsız bölüm mülkiyetini arsa sahiplerine bıraktıklarından esasen yüklenicinin dahi talep etmesi mümkün olmayan ve tasfiye sonucu yükleniciye değil arsa sahiplerine bırakılan bağımsız bölümün tescili yüklenicinin temlik ettiği şahsi hakka davranarak üçüncü kişiler tarafından da istenemez. Davanın reddolunmasında yasa aykırılık yoktur." Yargıtay 14. HD, 5.3.2007, E. 2007/2034, K. 007/2186 (COŞKUN, s. 51-52)

³⁵ ERTAŞ, s. 81; ŞAHİN, s. 294; YENER, Devir, s. 374.

D. Yüklenicinin Aynı Alacağı Birden Fazla Kişiye Devretmesi

Henüz inşaat aşamasındayken topraktan bağımsız bölüm satın almak isteyen üçüncü kişiler için aslında en güvenli yol, kat irtifaklı arsa payını satın almaktır³⁶. Fakat yüklenicinin paylara malik olmadığı durumlarda bu mümkün olmadığı için uygulamada çoğunlukla alacağın devri işleminin tercih edildiği görülmektedir. Alacak hakkı soyut bir varlık olduğundan ve adi yazılı şekilde yapılabiliyor olmasından ötürü devralanın devir konusu alacak hakkının geçmesini bilmesi oldukça zordur. Bu sebeple uygulamada yüklenicilerin kötü niyetle hareket ederek arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinden alacaklı oldukları aynı bağımsız bölümü farklı tarihlerde birden fazla kişiye alacağın devri yoluyla satmaları sıkça rastlanan bir durumdur. Alacağın vadesi geldiğinde de arsa sahibinin karşısında, aynı bağımsız bölümün kendi adlarına tescilini talep eden birden fazla kişi ortaya çıkmaktadır.

Birden fazla devralanın alacak hakkını ileri sürdüğü böyle durumlarda Yargıtay, şahsi hakların yarıştığını kabul etmekte ve yarışan şahsi haklardan önceki tarihli olana değer vermektedir³⁷. Ayrıca Yargıtay, devir işleminin yüklenici tarafından üçüncü kişilerden bir kısmına resmi şekilde (örneğin noterde taşınmaz satış vaadi sözleşmesi adı altında) diğerlerine adi yazılı şekilde yapılmış olmasının bir önemi olmadığını, önemli olan hususun devir tarihi olduğunu da belirtmektedir³⁸.

³⁶ ERTAŞ, s. 84; YENER, Devir, s. 380.

³⁷ “Yüklenici aynı bağımsız bölümü iki ayrı kişiye temlik etmişse şahsi hakların yarışması söz konusu olup, ikinci temlik geçersiz olacaktır. Alacağın sonradan devralan önceki temlik bilmesi, iyi niyetli olsa bile hukuki durum değişmez.” Yargıtay HGK 22.11.2017, E. 2017/2265, K. 2017/1435 (BERBEROĞLU YENİPİNAR, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, s. 144-147). “Başka bir deyişle, iki ayrı kişiye temlik edilmiş tek bir şahsi hak vardır. Her iki davacının da yarışan ve davalarına dayanak yaptığı sözleşmeleri bulunmaktadır. Dairemizin, bu gibi durumlarda kararlılık kazanan uygulamasına göre, bir taşınmaz şahsi hakkın devri suretiyle birden çok kişiye satılmış ise ve her ikisi de geçerli bulunmaktaysa eski tarihli sözleşmeye değer verilir.” Yargıtay 14. HD, 27.10.2004, E. 2004/5252, K. 2004/7242 (SÜTÇÜ, s. 1457).

³⁸ “Kural olarak da geçersiz olmadıkça veya sözleşme feshedilmedikçe yarışan şahsi haklardan önceki tarihli olanına değer tanınır. Yukarıda vurgulandığı üzere burada satış işleminin yüklenici tarafından üçüncü kişilerden birine veya bir kaçına resmi biçimde (noterde satış vaadi sözleşmesi ile), diğerlerine adi yazılı sözleşme ile yapılmamasın bir önemi yoktur. Önem arz eden husus, şahsi hak iddiasında bulunan üçüncü kişilere yapılan temlikin taşıdığı tarihtir.” Yargıtay 1. HD, 6.12.2005, E. 2005/12662, K. 2005/12949 (SÜTÇÜ, s. 1460). “Birleşen davanın davacısı ... da yüklenicinin 23.09.2010 tarihinde yaptığı temlik işlemine dayanmıştır. Yüklenici tarafından ...na yapılan temlik işlemine ilişkin sözleşmenin noterde düzenlenmesinin öncelik bakımından bir önemi yoktur. Çünkü az yukarıda sözü edildiği üzere önemli olan Borçlar Kanunu'nun 163. Maddesi (TBK 184) hükmünce temlik işleminin yazılı yapılmasıdır. ... Eldeki davada davacı ... 14.10.2005 günlü temlik sözleşmesine, birleşen davanın davacısı ... ise 23.09.2010 günlü taşınmaz satış vaadi sözleşmesine (temlik işlemine) dayandığına göre yarışan şahsi haklarda önceki tarihli olan davacı ...'in dayanağı olan sözleşmeye değer tanınmalıdır.” Yargıtay HGK 22.11.2017, E. 2017/2265, K. 2017/1435 (BERBEROĞLU YENİPİNAR, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, s. 144-147).

Aynı alacağın birden fazla kişiye devredildiği bu gibi hallerde ilk yapılan devir işlemiyle birlikte yüklenici, başta sahibi olduğu alacak hakkı üzerinde nihai olarak tasarruf etmiş olmaktadır. Artık o alacak hakkı üzerinde yüklenicinin tasarruf yetkisi sona erdiği için bundan sonra yapılacak devir işlemleri de tasarruf yetkisi eksikliğinden geçersiz olmaktadır³⁹. Bu sonuç, tasarruf işlemlerinde geçerli olan zamansal öncelik ilkesinden ileri gelmektedir⁴⁰.

Aynı alacağın birden fazla kez devri durumlarında geçersiz kabul edilen sonraki devir işlemiyle yükleniciden bağımsız bölüm satın aldığı düşünün kişilerin aslında alacağına hak kazanamadıkları için uğramış oldukları zararın tazminini TBK m. 191 uyarınca devredenin garanti sorumluluğu kapsamında yükleniciden isteyebilir⁴¹.

Geçerli olan ilk devir işlemi arsa sahibine bildirilmemiş fakat sonraki bir devir işlemi bildirilmiş ise arsa sahibi sonraki devralana borcunu ifa ettiği ve bağımsız bölümü ona devrettiği durumda aslında gerçek hak sahibi olmayan bir kişiye borç ifa edilmiş olur. Kural olarak borçlu ancak gerçek alacaklıya ifa etmekle borcundan kurtulmaktadır. Ancak kanun koyucu, borçlunun bilgisi dışında gerçekleşen alacağın devri işlemi karşısında onu yanlış kişiye ifa bulunma riskinden korumak için özel bir hüküm getirmektedir. TBK m. 186'ya göre, devir işlemi devreden veya devralan tarafından borçluya bildirilmemişse, borçlunun hak sahibi olmayan alacaklıya iyiniyetli ifası geçerli kabul edilmekte ve onu borçtan kurtarmaktadır. Netice itibariyle gerçek hak sahibi olan ilk devralanın artık tahsil edebileceği bir alacak hakkı da kalmamaktadır. Bu sebeple alacağını elde edemeyen devralanın TBK m. 191 uyarınca devreden yüklenicinin garanti sorumluluğuna başvurma hakkı bulunmaktadır⁴².

³⁹ COŞKUN, s. 57; ERTAŞ, s. 85; ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s. 105; SEÇER, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, s. 1090. “*Davadan önce alacağımı temlik eden kimsenin alacak üzerinde bir tasarruf yetkisi kalmayacağından bu alacağımı dava yoluyla takip edemez.*” Yargıtay 15. HD, 29.3.1977, E. 1977/3126, K. 1977/751 (KURU, Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt IV**, 6. Bası, Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001, s. 3822). “*Alacağın temlik ile alacak hakkı bunu devralan 3. kişiye geçer. Böylece devralan daha önce temlik edene ait olan alacak hakkını kesin olarak iktisap eder; bunun üzerinde “tasarruf etme” yetkisini kazanır. Temlik eden alacaklının da bu aşamadan sonra artık tasarruf hak ve yetkisi bulunmadığından (kalmadığından) bu alacağına dayalı olarak herhangi bir hukuki işlem yapması mümkün değildir.*” Yargıtay 8. HD, 11.5.2015, E. 2014/512, K. 2015/10738 (Legalbank, E.T. 01.02.2024).

⁴⁰ ARAL, s. 105, 128; ARIKAN, s. 146; ARIKAN / ERDOĞAN, s. 166; BUCHER, s. 548; COŞKUN, s. 57; ÇETİNER / FURRER / MÜLLER-CHEN, s. 742; ENGİN, s. 33; EREN, s. 1363; GAUCH / SCHLUEP / SCHMID / EMMENEGGER, N. 3410; GİRSBERGER / HERMANN, Art. 164, N. 17; HATEMİ / GÖKYAYLA, s. 417; OĞUZMAN / ÖZ, Borçlar Genel II, s. 570; SEÇER, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, s. 1090; ŞAFAK, s. 31, 39; TERCİER / PICHONNAZ / DEVELİOĞLU, s. 523.

⁴¹ ERTAŞ, s. 85; YENER, Devir, s. 379.

⁴² BAKLACI ÇAKIROĞLU, s. 310; ERTAŞ, s. 85; YENER, Devir, s. 379.

E. Devir Yasağı Bulunmasına Rağmen Yüklenicinin Alacağını Devretmesi

Alacağın devrini düzenleyen TBK m. 183'e göre kanun, sözleşme veya işin niteliği engel olmadıkça kural olarak her alacak serbestçe devredilebilir. Fakat kimi zaman bazı alacakların devredilmesi bir kanun hükmüyle yasaklanmış olabileceği gibi kimi zaman da işin niteliği gereği alacağın devredilmesi mümkün olmamaktadır. Bazen de alacağın tarafları, aralarındaki hukuki ilişkide, alacağın devredilemeyeceğini kararlaştırmış olabilmektedir⁴³.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapılırken veya daha sonrasında taraflar arasında bu yönde bir anlaşma bulunması halinde yüklenicinin bağımsız bölüm alacağını üçüncü kişilere devretmesi, arsa sahibi onay vermedikçe geçersizdir. Fakat buna rağmen yüklenicinin bağımsız bölüm alacağını üçüncü kişilere devrettiği örneklerle karşılaşmaktadır. Bu gibi durumlarda bağımsız bölümün devri için kendisine başvuran üçüncü kişilere karşı arsa sahibi, devir yasağını ileri sürerek borcunu ifadan kaçınabilmektedir⁴⁴.

TBK m. 183/2, devir yasağı içermeyen yazılı bir borç tanınmasına güvenilecek alacağı devralmış olan kişiye karşı devir yasağının ileri sürülemeyeceğini düzenlemektedir. Buna göre ilk olarak eğer devir konusu alacak yazılı bir borç tanınmasına (örneğin bir senede) dayanmıyorsa devralan üçüncü kişinin bu hükmün korumasından faydalanamayacağını ve devir işlemi geçersiz olacağını belirtmek gerekir. Böyle bir ihtimalde devir yasağından habersiz olarak alacağı devraldığını düşünen kişi, devir işleminin geçersiz olması sebebiyle devredenin garanti sorumluluğuna başvurabilmektedir⁴⁵. Devir konusu alacak yazılı bir senede dayanıyorsa ve bu senette alacağın devredilemeyeceği de belirtilmişse, yapılan devir işleminin yine geçersiz olacağını söylemek gerekir⁴⁶. Fakat bu

⁴³ COŞKUN, s. 47; EREN, s. 1371; ERBAYRAKTAR, Burcu, **Alacağın Devrinin Sözleşme ile Engellenmesi (Pactum De Non Cedendo)**, 1. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2021, s. 513; FRANKO, s. 184; HATEMİ / GÖKYAYLA, s. 418; OĞUZMAN / ÖZ, Borçlar Genel II, s. 574; SEÇER, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, s. 1070; ŞAFAK, s. 41; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 247; TERCİER / PICHONNAZ / DEVELİOĞLU, s. 521; YENER, Devir, s. 374.

⁴⁴ ARIKAN / ERDOĞAN, s. 155; COŞKUN, s. 47; SEÇER, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, s. 1070.

⁴⁵ ENGİN, s. 111; ERBAYRAKTAR, s. 447.

⁴⁶ "Her ne kadar temlik işlemi yapılırken borçlunun rızası gerekmez ise de, BK m. 162/1 uyarınca temlikin geçerliliği için kanun veya sözleşme ile ya da işin mahiyeti icabı temlik yapan kişinin men edilmemiş olması gerekir. Davalılar arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin 3. maddesinde ise, aynen "yüklenici firma kendisine ait parselleri isterse kooperatif şeklinde, isterse yap-sat şeklinde yapmakta serbesttir. Temlik edemez veya sözleşme ile doğan haklarını bir başkasına veya firmaya devredemez." hükmü bulunmaktadır. Görülüyor ki, sözleşmenin bu hükmüyle yükleniciye temlik yasağı getirilmiştir. Bundan dolayı da davacı üçüncü kişi, yüklenicinin yaptığı temlike dayanarak davalı arsa sahibinden mülkiyet nakli talebinde bulunamaz." Yargıtay 14. HD, 2.6.2011, E. 2011/3185, K. 2011/7135 (SÜTÇÜ, s. 1401).

ihtimalde artık devralan devir yasağından haberdar olduğu için devredenin garanti sorumluluğuna başvurması da mümkün değildir. Son olarak devredilen alacak yazılı bir senede dayanıyor fakat devir yasağı taraflarca ayrı bir anlaşmayla kararlaştırılmış ise, alacağın dayandığı senet üzerinde bu devir yasağı yer almadığı için TBK m. 183/2 uygulama alanı bulmakta ve devir işlemi geçerli olmaktadır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi resmi şekilde yapıldığından yüklenicinin alacağının da aslında yazılı bir borç tanımına dayandığı rahatlıkla söylenebilir. Bu sözleşme eğer devir yasağını içeriyorsa zaten bundan doğan alacakların devredilmesi mümkün değildir. Arsa sahibi ile yüklenicinin ayrı bir anlaşmayla bu sözleşmeden doğan alacaklarına devir yasağı getirdiği durumlarda ise, bu yasağa rağmen yüklenicinin ortaya koyduğu ve devir yasağını içermeyen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine güvenerek ondan bağımsız bölüm alacağını devralan üçüncü kişi, eğer bu devir yasağından haberdar değil ise YBK m. 183/2 gereği alacağa hak kazanmaktadır. Devralan üçüncü kişinin bu korumadan faydalanabilmesi için, borç ikrarını içeren arsa payı karşılığı sözleşmeyi sadece görmüş olması bile yeterli olup ayrıca o belgenin örneğini teslim almasına gerek yoktur⁴⁷. Zira hükmün asıl koruduğu şey, iyiniyetli üçüncü kişinin güvenidir. Elbette ispat kolaylığı açısından üçüncü kişinin sözleşmenin bir örneğini almasında da fayda bulunmaktadır. Netice itibariyle devir işlemi geçerli olduğundan ve devralan üçüncü kişi, alacağını arsa sahibine karşı ileri sürebildiğinden ötürü, bu aşamada devredenin garanti sorumluluğu hiç gündeme gelmemektedir⁴⁸.

Burada özellik arz eden bir diğer durum, yüklenicinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini üçüncü kişiye göstermediği ve üçüncü kişinin sadece yüklenicinin sözlü beyanına güvenerek ondan alacak devraldığı durumdur. Bu ihtimalde devralan yazılı bir borç tanımına güvenerek işlem yapmayıp, yalnızca yüklenicinin sözlü beyanına güvenerek alacağı devralmaktadır. Bu sebeple TBK m. 183/2 korumasından faydalanamamakta ve devir işlemi geçersiz olmaktadır. Fakat bu ihtimalde devir yasağından habersiz olarak yükleniciden alacağı devralan kişi, TBK m. 191 uyarınca devreden yüklenicinin garanti sorumluluğuna başvurabilmektedir.

⁴⁷ ARIKAN / ERDOĞAN, s. 153; OĞUZMAN / ÖZ, Borçlar Genel II, s. 574.

⁴⁸ ERCOŞKUN ŞENOL, s. 266.

F. Arsa Sahibinin İfa Güçsüzlüğü Sebebiyle Bağımsız Bölümü Devredememesi

Yükleniciden bağımsız bölüm alacağını devralan üçüncü kişi bağımsız bölümün kendisine devri için arsa sahibine başvurduğunda, arsa sahibinin borcunu ifa edemeyecek durumda olması, diğer bir ifadeyle ifa güçsüzlüğü içerisinde olması sebebiyle ifa talebi sonuçsuz kalabilmektedir. Bu sebeple alacağını tahsil edemeyen üçüncü kişi, TBK m. 191 uyarınca devredenin garanti sorumluluğuna başvurma imkanına sahiptir. Çünkü TBK m. 191 hükmü, alacağın varlığı ile birlikte borçlunun ödeme gücünü de devredenin garanti sorumluluğu kapsamına almaktadır.

TBK m. 191'deki borçlunun ödeme gücünün bulunmaması ifadesi, borçlunun muaccel olan borçlarını yerine getiremeyecek bir ekonomik halde olması anlamına gelmektedir⁴⁹. Bu bağlamda aslında TBK m. 98'deki ifa güçsüzlüğü ile aynı anlamdadır. Özellikle borçlunun iflas etmesi ya da hakkındaki haciz işleminin sonuçsuz kalması halleri, ifa güçsüzlüğü içerisinde bulunduğu dair önemli birer göstergedir. Fakat bu hallerin dışında örneğin borçlunun diğer ödemelerini sürekli geciktirmesi, ödemediği kıymetli evraklar için kendisine protesto çekilmiş olması, konkordato talebinde bulunması veya borca batık olması gibi benzer durumların da borçlunun ifa güçsüzlüğü içerisinde olduğunu gösterdiği kabul edilmektedir⁵⁰. Her hâlükârda borçlunun fiilen içinde bulunduğu durumda gerçekten de borçlarını ödemek için yeterli güce sahip olmadığını anlaşılması gerekmektedir.

Arsa sahibinin bu gibi sebeplerle borcunu ifa edemediği bir ihtimalde bağımsız bölüm alacağını tahsil edemeyen devralan, borçlunun ödeme güçsüzlüğü içerisinde olduğunu gerekçe göstererek, devreden yükleniciye TBK m. 191 kapsamında başvurma hakkına sahiptir.

⁴⁹ BUCHER, s. 574; ÇABRİ, Sezer, "Karşılıklı Borç Yükleyen Sözleşmelerde İfa Güçsüzlüğü ve Buna Bağlı Sonuçlar", Prof. Dr. Mustafa DURAL'a Armağan, 1. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, s. 417; ÇAVDAR, Pelin, Karşılıklı Borç Yükleyen Sözleşmelerde İfa Güçsüzlüğü ve Hukuki Sonuçları (TBK md. 98), 1. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2021, s. 152; DEMİRBAŞ, Feride, "Alacağı Devredenin Borçlunun Ödeme Gücünden Sorumluluğu", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2021, C. 11, S. 2, s. 1018; ENGİN, s. 140; EREN, s. 1117; ERCOŞKUN ŞENOL, s. 293; FRANKO, s. 193; OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, 18. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, s. 374; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 835.

⁵⁰ ÇABRİ, s. 420; ÇAVDAR, s. 156-157; DEMİRBAŞ, s. 1020; EREN, s. 1117; ERCOŞKUN ŞENOL, s. 293; OĞUZMAN / ÖZ, Borçlar Genel I, s. 374; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 835.

IV. YÜKLENİCİNİN SORUMLULUĞUNUN KAPSAMI

TBK m. 191 ile hüküm altına alınan garanti sorumluluğu, alacak mevcut olmadığı veya borçlu ödeme gücüne sahip olmadığı için alacağı tahsil edemeyen devralanın devredene başvurarak tazminat alabilmesini sağlamaktadır. Bu doğrultuda devralanın ileri sürebileceği talepleri düzenleyen TBK m. 193'e göre devralan, garanti ile yükümlü olan devredenden (1) ifa ettiği karşı edimin faizi ile birlikte geri verilmesini, (2) devrin sebep olduğu giderleri, (3) borçluya karşı devraldığı alacağı elde etmek için yaptığı ve sonuçsuz girişimlerin yol açtığı giderleri, (4) devreden kusursuzluğunu ispat edemedikçe uğradığı diğer zararlarını isteyebilir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan alacağını üçüncü kişiye devreden yüklenicinin TBK m. 191 uyarınca garanti sorumluluğu söz konusu olduğunda, tazminatın neye göre belirlenmesi gerektiği sorunu özel önem arz etmektedir. Çünkü ülkemizdeki yüksek enflasyon sebebiyle, yüklenicinin alacağını devretmesinden sonra geçen zaman içerisinde alacağın konusu olan bağımsız bölümün değeri hızla yükselmektedir. Daha sonra uyuşmazlık ortaya çıktığında ise söz konusu bağımsız bölümün rayiç bedeli ile ilk başta o alacağa ödenen bedel arasında oldukça yüksek bir fark ortaya çıkmaktadır.

Yargıtay'ın, yüklenicinin TBK m. 191 uyarınca garanti sorumluluğuna dair vermiş olduğu kararlarda devredenin garanti sorumluluğunun bulunduğunu tespit ettikten sonra, garanti sorumluluğu ve kusur sorumluluğu ayırımına hiç değinmeksizin, devralanın bağımsız bölümün rayiç bedelini devredenden isteyebileceği yönünde kararlar verdiği görülmektedir. Örneğin Yargıtay bir kararında, *"TBK'nın 191. maddesinde yer alan, "Alacak bir edim karşılığında devredilmişse devreden, devir sırasında alacağın varlığını ve borçlunun ödeme gücüne sahip olduğunu garanti etmiş olur."* hükmüne göre, *dava konusu bağımsız bölümün rayiç bedelinin davacıya verilmesinden davalı ...'ün de sorumlu olduğu"* şeklinde ifade kullanmıştır⁵¹. Yine bir başka kararında Yargıtay, devredenin garanti sorumluluğu bağlamında taşınmazın dava tarihindeki ikame değerinin istenebileceğini ifade etmektedir⁵². Bunların yanında bazı kararlarında ise

⁵¹ Yargıtay 15. HD, 25.5.2021, E. 2021/1332, K. 2021/2208 (KAPANCI, s. 540-541, d. 144).

⁵² *"Davalı yüklenicinin davacı ile yapmış oldukları taşınmaz satışına ilişkin 27.11.2001 tarihli sözleşme BK.nun 162. ve devamı maddelerine göre alacağın temlik niteliğinde olup ve yazılı şekilde biçimde yapıldığından geçerlidir. Aynı yasanın 169 maddesine göre temlikin ivaz karşılığı olduğunda açık ve belirgin olup, temlik eden yüklenici durumundaki davalının alacağının temlik tarihinde tekeffül ettiği yasa hükmü gereğidir. Bu nedenle taraflar arasında düzenlenen alacağın temlikine ilişkin sözleşme imzalayan yanları bağlar. Açıklanan bu nedenle davacının taşınmazın aynen teslimini olmadığını taktirde ikame değerini istemekle hukuki yarar bulunmaktadır. ... Somut olayda, davalı aynen ifanın olanak dışı olduğunu bildirdiğine göre, davacı taşınmazın dava tarihindeki ikame değerini isteyebilir."* Yargıtay 13. HD, 16.4.2015, E. 2015/13762, K. 2015/12325, (Lexpera, E.T. 01.02.2024).

Yargıtay, her ne kadar uyuşmazlık konusu işleme alacağın devri hükümlerinin uygulanması gerektiğini belirtse de tazminat konusuna gelince alacağı devredenin garanti sorumluluğuna dair hükümlere hiç başvurmaksızın doğrudan sözleşmeye aykırılık sebebiyle genel hükümleri uygulamaktadır⁵³.

Halbuki bağımsız bölüm alacağın devralan üçüncü kişinin yükleniciden isteyebileceği tazminat hesaplanırken TBK m. 193 çok dikkatli okunmalıdır. Devralan üçüncü kişinin zararı elbette bağımsız bölümün rayiç bedeli ile paraleldir. Fakat bu zararın ne kadarının TBK m. 191'deki kusursuz garanti sorumluluğu kapsamında ne kadarının kusura dayanan sorumluluk kapsamında tahsil edileceğinin ayrımı da yapılmalıdır.

Devralanın devredenden isteyebileceği tazminat belirlenirken TBK m. 193'teki dikkat edilmesi gereken belki de en önemli detay, devir konusu alacağın tutarının değil bu alacağa ivaz olarak verilen bedelin esas alınmış olmasıdır⁵⁴. Diğer bir ifadeyle buradaki garanti sorumluluğu, devir konusu alacak tutarını tazmin etmeye yönelik değildir. Buna göre devralanın devredenden tazminini isteyebileceği zararların temelinde, alacağı devralırken ödediği bedel ve bunun faizi yer almaktadır. Ayrıca devrin sebep olduğu giderler ile sonuçsuz kalan takip masrafları da garanti sorumluluğu kapsamındadır. Bu zarar kalemleri garanti sorumluluğu kapsamında olduğundan ötürü devreden kusurunun herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Fakat bunlar dışında kalan diğer zararların tazmini ise kusur sorumluluğuna dayanmaktadır. Ancak burada devreden aleyhine bir kusur karinesi yer almakta ve ona kusursuzluğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulma imkânı tanınmaktadır.

TBK m. 193'e göre devralan üçüncü kişinin garanti sorumluluğu kapsamında talep edebileceği tazminat ancak devraldığı alacağa karşılık olarak ödediği bedel ve faizi üzerinden hesaplanmalıdır⁵⁵. Kanun koyucunun devralana bu zarar kalemlerini isterken sunduğu kolaylık, devreden kusurundan bağımsız

⁵³ Yargıtay 14. HD, 1.10.2007, E. 2007/9748, K. 2007/11131; Yargıtay 14. HD, 15.6.2007, E. 2007/5813, K. 2007/7560; Yargıtay 14. HD, 27.10.2004, E. 2004/5252, K. 2004/7474 (Kararların metinleri için bkz. COŞKUN, s. 53-54).

⁵⁴ DAYINLARLI, s. 301; ENGİN, s. 149; ERCOŞKUN ŞENOL, s. 318; EREN, s. 1373; GUHL / KOLLER / SCHNYDER / DRUEY, s. 278; GÜNERGÖK, s. 126; REETZ / BURRI, Art. 173, N. 2; SEVİNÇ, s. 109; TERCIER / PICHONNAZ / DEVELİOĞLU, s. 530; TÜRKER, s. 110-111.

⁵⁵ "Temlik tarihinde daire üçüncü kişi tarafından iktisap edilmiş olduğu için, temlik konusu alacağın yani dairenin temlik tarihinde mevcut olmadığı kabul edilmelidir. Temlik ivazlı olduğu için temlik edenin bu durumu bilmemesi kendisini sorumluluktan kurtarmaz. Öyle ise temlik eden davalı, anılan kanun hükmü uyarınca kural olarak sorumludur. Ancak Borçlar Kanunu'nun 171 inci maddesinde temlik edenin bu sorumluluğu, almış olduğu para ve bunun faizi ile davacının borçlu hakkında yapmış olduğu takip masrafları ile sınırlandırılmıştır." Yargıtay 13. HD, 20.2.1987, E. 1986/6524, K. 1987/1019 (COŞKUN, s. 55).

olarak garanti sorumluluğu kapsamında istenebilmesidir. O halde sadece bu maddenin ilk üç bendinde sayılan zarar kalemlerinin garanti sorumluluğu kapsamında olduğunun altını çizmek gerekir. Devir konusu alacağa karşılık verilen bedel ile alacağın konusu olan bağımsız bölümün güncel rayiç bedeli arasındaki fark ise TBK m. 193'ün dördüncü bendinde ifade edilen diğer zararların kapsamına girmektedir. Bunun sonucu olarak da devreden kusuruna bağlı bir tazminat ortaya çıkmaktadır.

TBK m. 193'ün dördüncü bendinde belirtilen diğer zararların tazmini devreden yüklenicinin kusur sorumluluğuna dayanmaktadır. Bu noktada kanun koyucunun alacağı devralana sunmuş olduğu bir diğer avantaj ise devreden aleyhine bir kusur karinesinin kabul edilmiş olmasıdır. Buna göre devralanın diğer zararları açısından devreden kural olarak kusurlu kabul edilmektedir. Eğer devreden bu zararın ortaya çıkmasında kusurunun olmadığını ispat ederse ancak o zaman tazmin yükümlülüğünden kurtulabilmektedir.

O halde devir konusu alacağa karşılık verilen bedel ile alacağın konusu olan bağımsız bölümün rayiç bedeli arasındaki farka ilişkin zarar kalemi, kusur sorumluluğu (TBK m. 112) ve kusursuz ifa imkansızlığı (TBK m. 136) hükümleri kapsamında değerlendirilmelidir.

SONUÇ

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile yüklenici arsa üzerinde bina inşa etmeyi, buna karşın arsa sahibi ise inşa edilen bağımsız bölümlerden bir kısmını yükleniciye devretmeyi taahhüt etmektedir. Yüklenicinin inşaat tamamlanana kadar bir ayni hakkının bulunmadığı yani sadece arsa sahibinden kararlaştırılan bağımsız bölümlerin kendisine devredilmesine yönelik olarak alacak hakkının olduğu durumlarda, yüklenici inşaat tamamlandıktan sonra kendi payına düşecek olan bağımsız bölümleri daha inşaat aşamasındayken üçüncü kişilere satmak isterse bunu alacağın devri işlemiyle yapmaktadır. Bu devir işlemi neticesinde üçüncü kişi, alacak hakkının yeni sahibi olarak arsa sahibinden ilgili bağımsız bölümün kendisine devredilmesini isteyebilmektedir. Fakat arsa sahibi ile yüklenici arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklar bazen alacağı devralan üçüncü kişinin alacağını tahsil etmesine engel olabilmektedir.

Devralan elde ettiği alacağı tahsil etmek amacıyla borçlu arsa sahibine başvurduğunda ifa talebi sonuçsuz kalırsa bu sebeple uğradığı zararın tazmini için, borca aykırılık hükümleri çerçevesinde yükleniciye başvurabilir. Bunun yanında, eğer alacak bir edim karşılığında devredilmiş ise devreden yüklenici, TBK m. 191 gereğince alacağın varlığını ve borçlunun ödeme gücünün bulunduğunu

garanti etmiş olmaktadır. Devredenin bu sorumluluğu kusurdan bağımsız, garanti temeline dayanan bir sorumluluktur.

Devredenin garanti sorumluluğunu gerektirecek sebeplerin başında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin sona ermesi sebebiyle devredilen alacağın sona ermesi, dolayısıyla muacceliyet tarihi geldiğinde alacağın mevcut olmaması gelmektedir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ifa dışı sebeplerle sona erdirilmesine yönelik kanuni düzenlemelere bakıldığında bunların bazılarının geçmişe etkili olarak sonuç doğurduğu, bazılarının ise ileriye etkili olarak sonuç doğurduğu görülmektedir. Öğretide eser sözleşmesinin ani edimli mi yoksa sürekli edimli mi olduğu noktasındaki tartışmalar da sözleşmenin sona ermesinin geriye etkili mi yoksa ileriye etkili mi olacağını belirlemeye çalışmaktadır. Fakat ister dönme yoluyla baştan itibaren ister fesih yoluyla ileriye etkili olarak sözleşme geçersiz hale gelmiş olsun, her iki durumda da henüz ifa edilmemiş borçlar sona erdiği için üçüncü kişinin yükleniciden devraldığı alacak da sona ermektedir. Dolayısıyla alacağın muaccel olacağı tarihte artık ortada bir alacak hakkı bulunmadığı için TBK m. 191 uyarınca devreden yüklenicinin garanti sorumluluğu gündeme gelmektedir.

TBK m. 188 uyarınca arsa sahibi, yükleniciye karşı ileri sürebildiği savunmaları, yükleniciden alacağı devralan üçüncü kişilere de ileri sürebilmektedir. Bu sayede arsa sahibi, kendisine tescil talebiyle başvuran yeni alacaklı üçüncü kişiye aşağıdaki savunmaları ileri sürerek ifadan kaçınabilmektedir:

- 1) Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi dönme veya fesih yoluyla sona erdiği için artık borcunun bulunmadığını ileri sürebilir.
- 2) Yükleniciyle arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geçersiz olduğu veya iptal edildiği gerekçesiyle borcunun bulunmadığını ileri sürebilir.
- 3) Yüklenicinin henüz inşaatı sözleşmede kararlaştırılan şekilde tamamladığını gerekçe göstererek ödemezlik defini ileri sürebilir.
- 4) Yüklenicinin aynı alacağı birden fazla kişiye devrettiği durumlarda geçersiz kabul edilen sonraki devir işlemiyle yükleniciden bağımsız bölüm satın aldığını düşünen kişilere karşı devir işleminin geçersizliğini ileri sürebilir.
- 5) Alacağın devredildiği kendisine bildirilmediği için iyiniyetli olarak bağımsız bölümü yükleniciye veya yükleniciden alacağı devralan başka bir kişiye devrettiğini (TBK m. 186 kapsamında) ileri sürebilir.

- 6) Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan alacak bakımından yükleniciyle arasında devir yasağı kararlaştırıldığını ileri sürebilir.

Arsa sahibinin ileri sürdüğü bu savunmalar sebebiyle bağımsız bölümü elde edemeyen, yani alacağını tahsil edemeyen üçüncü kişi, TBK m. 191 uyarınca devredenin garanti sorumluluğu kapsamında yükleniciye başvurabilmektedir.

Bunlarla birlikte arsa sahibinin ödeme gücünün bulunmaması, diğer bir ifadeyle ifa güçsüzlüğü içerisinde olması sebebiyle borcunu ifa edemediği durumda bağımsız bölüm alacağını tahsil edemeyen devralan, borçlunun ödeme güçsüzlüğü içerisinde olduğunu gerekçe göstererek TBK m. 191 uyarınca devreden yüklenicinin garanti sorumluluğuna başvurma hakkına sahiptir.

Yüksek enflasyon sebebiyle, yüklenicinin alacağını devretmesinden sonra geçen zaman içerisinde alacağın konusu olan bağımsız bölümün değeri hızla yükselmektedir. Daha sonra uyumsuzluk ortaya çıktığında ise söz konusu bağımsız bölümün rayiç bedeli ile ilk başta o alacağa ödenen bedel arasında oldukça yüksek bir fark ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple devralan tazminat olarak ilgili bağımsız bölümün rayiç bedelini talep etmektedir. Yargıtay'ın konu ile ilgili vermiş olduğu kararlarında ise devredenin garanti sorumluluğunu tespit ettiği, fakat garanti sorumluluğu ve kusur sorumluluğu ayırımına hiç değinmeden, bağımsız bölümün rayiç bedelinin istenebileceğini kabul ettiği görülmektedir. Halbuki zararın tazmininin hangi hükme dayandırıldığı son derece önemlidir.

Devredenin garanti sorumluluğuna başvuran devralan, TBK m. 193'e göre bu alacak için ifa ettiği karşı edimin faizi ile birlikte geri verilmesini, devrin sebep olduğu giderleri, borçluya karşı devraldığı alacağı elde etmek için yaptığı ve sonuçsuz girişimlerin yol açtığı giderleri isteyebilmektedir. Bu taleplerin ileri sürülmesi garanti sorumluluğu kapsamında olduğu için devredenin kusuru ayrıca aranmamaktadır. Yine aynı maddenin son bendine göre devralan, bu zarar kalemleri dışında kalan diğer zararları da devreden kusursuzluğunu ispat edemedikçe isteyebilmektedir. Ancak diğer zarar kalemleri kusur sorumluluğu üzerine temellendirildiği için devreden kusursuzluğunu ispat ederek tazmin yükümlülüğünden kurtulabilmektedir. Dolayısıyla diğer zararlar açısından TBK m. 193'ün sağlamış olduğu kolaylık, devreden aleyhine bir kusur karinesi getirmesidir.

Sonuç olarak TBK m. 193'e göre devralanın garanti sorumluluğu kapsamında yükleniciden talep edebileceği tazminat ancak devraldığı alacağa karşılık olarak başlangıçta ödediği bedel ve faizi üzerinden hesaplanmalıdır. Devir konusu alacağa karşılık verilen bedel ile alacağın konusu olan bağımsız bölümün güncel rayiç bedeli arasındaki farka ilişkin zarar kalemi ise maddenin dördüncü bendine göre kusur sorumluluğu kapsamında değerlendirilmelidir.

Hakem Değerlendirmesi : Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması : Yazarlar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review : *Externally peer-reviewed.*

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

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

KAYNAKÇA

ARAL, Fahrettin, “Topyekûn Temlik”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 1992, C. 42, S. 1, 93-140.

ARIKAN, Mustafa, “Türk Özel Hukukunda Alacağın Temliki”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2005, C. 13, S. 1, 129-155.

ARIKAN, Mustafa / ERDOĞAN, Kemal, “Müteahhidin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Alacak Hakkının Üçüncü Kişiyeye Devri”, **Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Y. 2015, C. 34, 145-172.

AYDEMİR, Efrail, **Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku**, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.

BAKLACI ÇAKIROĞLU, Evren, “İnşaat Hukukunda Alacağın Temliki”, **Alacağın Temliki (Devri)**, Ed. Ali Şafak, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.

BERBEROĞLU YENİPİNAR, Filiz, **Alacağın Temliki ve Borcun Nakli**, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

BERBEROĞLU YENİPİNAR, Filiz, **Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri**, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

BUCHER, Eugen, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, 2. Auflage, Zürich, 1988.

BÜTÜN YILMAZ, Derya G., “Arsa Payı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Y. 2019, S. 38, 107-130,

COŞKUN, Gürkan, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Hak Kazanan Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu**, 1. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.

ÇABRİ, Sezer, “Karşılıklı Borç Yükleyen Sözleşmelerde İfa Güçsüzlüğü ve Buna Bağlılanan Sonuçlar”, **Prof. Dr. Mustafa DURAL’a Armağan**, 1. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, 414-439.

ÇAVDAR, Pelin, **Karşılıklı Borç Yükleyen Sözleşmelerde İfa Güçsüzlüğü ve Hukuki Sonuçları (TBK md. 98)**, 1. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2021.

ÇETİNER, Bilgehan / FURRER, Andreas / MÜLLER-CHEN, Marcus, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.

- DAYINLARLI, Kemal, **Türk Borçlar Kanununa Göre Alacağın Devri**, 5. Bası, Dayınlarlı Yayınları, Ankara, 2019.
- DEMİRBAŞ, Feride, “Alacağı Devredenin Borçlunun Ödeme Gücünden Sorumluluğu”, **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2021, C. 11, S. 2, 997-1034.
- ENGİN, Baki İlkey, **Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu**, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002.
- ERBAYRAKTAR, Burcu, **Alacağın Devrinin Sözleşme ile Engellenmesi (Pactum De Non Cedendo)**, 1. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2021.
- ERCOŞKUN ŞENOL, Hatice Kübra, **Türk Borçlar Kanunu’na Göre Alacağı Devredenin Garanti Sorumluluğu**, 1. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 25. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- EREN, Fikret / DÖNMEZ, Ünsal, **Eren Borçlar Hukuku Şerhi, Cilt III**, 1. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- ERMAN, Hasan, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, 3. Bası, Der Yayınları, İstanbul, 2010.
- ERTAŞ, Şeref: “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hak ve Borçların Devri”, **Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsnel’e Armağan**, İzmir, 2001.
- FRANKO, Nisim, “Alacağın Temliki”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, Y. 1994, C. 49, S. 1, 177-197.
- FUNK, Fritz, **Borçlar Kanunu Şerhi - I Umumi Hükümler**, Çev. Hıfzı Veldet, Cemal Hakkı Selek, 1. Bası, İstanbul, 1938.
- GAUCH, Peter / SCHLUEP, Walter R. / SCHMİD, Jörg / EMMENEGGER, Susan, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II**, Zürich, 2014.
- GİRSBERGER, Daniel / HERMANN, Johannes Lukas, “Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme”, **Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR**, Herausgeber: Heinrich Hansel, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand, Basel/Frankfurt an Main, 2015.
- GÖNEN, Doruk, **İnşaat Sözleşmesinde Bedel**, 1. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2016.
- GUHL, Theo / KOLLER, Alfred / SCHNYDER, Anton K. / DRUEY, Jean Nicolas, **Das Schweizerische Obligationenrecht**, Zürich, 2000.
- GÜMÜŞ, M. Alper, **Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri**, 10. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- GÜMÜŞ, M. Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 3. Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- GÜNERGÖK, Özcan, **Alacağın Devrinde Borçlunun Hukuki Durumu**, 1. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.

- HATEMİ, Hüseyin / GÖKYAYLA, K. Emre, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 10. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021.
- İNAN, Ali Naim / YÜCEL, Özge, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.
- KAPANCI, Kadir Berk, **Alacağın Devri (TBK m. 183-194)**, 1. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2022.
- KELLER, Max / SCHÖBI, Christian, **Das Schweizerische Schuldrecht Band IV - Gemeinsame Rechtsinstitute für Schuldverhältnisse aus Vertrag, unerlaubter Handlung und ungerechtfertigter Bereicherung**, Basel/Frankfurt am Main, 1984.
- KIRCA, Çiğdem, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişilere Etkisi”, **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Bildiriler - Tartışmalar XXII**, Ankara, 2007, 77-98.
- KURU, Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt IV**, 6. Bası, Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001.
- NİHAT MEYDAN, Fadime Yapal, **Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Emsal Kararları Cilt 1**, 2. Bası, Ethemler Yayıncılık, İstanbul, 2006.
- NOMER, Haluk Nami, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 19. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2020.
- OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I**, 18. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020.
- OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II**, 12. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016.
- ÖZ, M. Turgut, “Alacağın Devri TBK m. 183 - 194”, **İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu**, 1. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.
- ÖZ, Turgut, **İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat**, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016.
- ÖZ, Turgut, **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi**, 1. Bası, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1989.
- REETZ, Peter / BURRI, Christof, “Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR”, **CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**, Herausgeber: Andreas Furrer, Anton K. Schnyder, Zürich, 2016.
- SCHWENZER, Ingeborg, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, Bern, 2016.
- SEÇER, Öz, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, 1. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.
- SEÇER, Öz, **Eser Sözleşmesinin İş Sahibi Tarafından Tam Tazminatla Feshi (TBK m. 484)**, 1. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.

- SEROZAN, Rona / BAYSAL, Başak / SANLI, Kerem Cem, **Serozan Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 8. Basi, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2022.
- SEVİNÇ, Ahmet, **Alacağı Devredenin Garanti Borcu**, 1. Basi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- SPIRIG, Eugen, “Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme, Erste Lieferung, Art. 164-174 OR”, **ZK - Zürcher Kommentar Band/Nr. V/1k/1**, Herausgeber: Peter Gauch, Zürich, 1993.
- SÜTÇÜ, Nezih, **Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi**, Cilt - 1, 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014.
- ŞAFAK, Ali, “Alacağın Temliki”, **Alacağın Temliki (Devri)**, Ed. Ali Şafak, 1. Basi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- ŞAHİN, Turan, **Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfade Temerrüdü**, 1. Basi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.
- ŞEN, Kübra, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönmesi Üzerine Yükleniciden Bağımsız Bölüm Devralan Üçüncü Kişinin Yargıtay Kararları Çerçevesinde Durumu”, **Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2021, C. 9, S. 1, 31-56.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Haluk / ALTOP, Atilla, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Basi, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.
- TERCIER, Pierre / PİCHONNAZ, Pascal / DEVELİOĞLU, H. Murat, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 1. Basi, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2016.
- von TUHR, Andreas / ESCHER, Arnold, **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Band 2**, Zürich, 1974.
- TÜRKER, Güray, **İvazlı Alacağın Devrinde Borca Aykırılık ve Buna Bağlı Sonuçlar**, 1. Basi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- YAVUZ, Cevdet / ACAR, Faruk / ÖZEN, Burak, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler İkinci Cilt**, 11. Basi, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- YENER, Mehmet Deniz, “Alacağı Devredenin Garanti Sorumluluğu ve 6098 Sayılı Borçlar Kanunu ile Yapılan Değişiklikler”, **Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi**, Y. 2014, C. 3, S. 5, 67-75.
- YENER, Mehmet Deniz, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdü ve Sonuçları**, 1. Basi, Beta Yayınları, İstanbul, 2011.
- YENER, Mehmet Deniz, “Müteahhidin Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Haklarını Üçüncü Şahıslara Devri ve Sonuçları”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Y. 2007, C. 65, S. 2, 371- 382.