

# Hukuk Fakültesi Dergisi

Journal of The Faculty of Law of İnönü University



**İNÖNÜ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

**Journal of the Faculty of Law of İnönü University**

**CİLT 2 – 2011 – SAYI : 1**

**VOL. 2 – 2011 – NO : 1**

Basım Yeri: İnönü Üniversitesi Matbaası

Kabak Tasarım Okt.Fehmi KOLÇAK

İLETİŞİM ADRESİ:

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

Tel: +90 422 377 49 28 Fax : +90 422 341 04 00

<http://iys.inonu.edu.tr/?web=hukuk>

e-posta : [hukuk@inonu.edu.tr](mailto:hukuk@inonu.edu.tr)

**İNÖNÜ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ  
DERGİSİ**

<b>İNönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi</b>	<b>Journal of the Faculty of Law of İNönü University</b>
<b>Sahibi Prof.Dr.Kemal ŞENOCAK</b>	<b>Owner Prof.Dr.Kemal ŞENOCAK</b>
<b>Sorumlu Yazı İşleri Müdürü Prof.Dr.Kemal ŞENOCAK</b>	<b>Responsible Chief Editor Prof.Dr.Kemal ŞENOCAK</b>
<b>Editörler Prof.Dr.Kemal ŞENOCAK Doç.Dr.Hakan KARAN Yrd.Doç.Dr.Hayri KESER</b>	<b>Editors Prof.Dr.Kemal ŞENOCAK Doç.Dr.Hakan KARAN Yrd.Doç.Dr.Hayri KESER</b>
<b>Yayın Kurulu Prof.Dr.Kemal ŞENOCAK Doç.Dr.Hakan KARAN Yrd.Doç.Dr.Hayri KESER</b>	<b>Editorial Board Prof.Dr.Kemal ŞENOCAK Doç.Dr.Hakan KARAN Yrd.Doç.Dr.Hayri KESER</b>

**ISSN : 2146-1082**

**İNönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yılda 2 sayı  
Olarak Yayınlanmakta Olan Hakemli Dergidir.**

## DANIŞMA KURULU

Prof.Dr. Arslan KAYA	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Prof.Dr. Bilge ÖZTAN	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Prof.Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Prof.Dr. Fatih UŐAN	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Prof.Dr. Fırat ÖZTAN	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Prof.Dr. Hasan Seçkin OZANOĞLU	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Prof.Dr. İsmail KIRCA	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Prof.Dr. Kemal ŞENOCAK	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Prof.Dr. Mustafa AKAY	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Prof.Dr. Mustafa FADIL YILDIRIM	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Prof.Dr. Muharrem ÖZEN	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Prof.Dr. Mehmet DEMİR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Prof.Dr.Oguz Kürőat ÜNAL	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Prof.Dr. Söha TANRIVER	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Prof.Dr. Őahin AKINCI	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Prof.Dr.Tekin MEMİŞ	İstanbul Őehir Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Prof.Dr.Vahit DOĞAN	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Prof.Dr. Vedat BUZ	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Prof.Dr. Veysel BAŞPINAR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Prof.Dr. ZariŐe ŞENOCAK	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Doç.Dr. Erol ULUSOY	Marmara Üniversitesi Banka ve Sigortacılık Y.O.
Doç.Dr.Devrim GÜNGÖR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Doç.Dr. Hakan KARAN	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Doç.Dr. Mertol CAN	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Doç.Dr. Mehmet ÖZDAMAR	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Doç.Dr. Murat ATALI	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Doç.Dr. Müslüm AKINCI	Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Doç.Dr. Süleyman BAŐTERZİ	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Yrd.Doç.Dr. Burak ÖZTÖRK	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Yrd.Doç.Dr. Hamdi PINAR	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Yrd.Doç.Dr. Hayrettin ÇAĞLAR	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Yrd.Doç.Dr. M.Ayhan TEKİNSOY	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Yrd.Doç.Dr. Oğuz Sadık AYDOS	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

## İNÖNÜ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAYIM İLKELERİ

- 1- Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Dergide yayımlanan makaleler, Dekanlığın izni olmadan başka bir yerde yayımlanamaz.
- 2- Dergiye gönderilen yazıların, ilgili sayının yayımlanacağı ayın (Haziran- Aralık) ilk gününden en geç yirmi gün öncesine kadar aşağıda gösterilen iletişim adresine teslim edilmesi gerekir. Bu tarihten sonra gönderilen yazılar bir sonraki sayı için değerlendirilecektir.
- 3- Yayın Kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayım ilkelerine uygun olarak düzenlenmemiş olduğu tespit edilen yazılar, hakeme gönderilmeden önce, yayım ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir.
- 4- Yayın Kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayım ilkelerine uygun olan yazılar hakeme gönderilir, hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, yazardan rapor çerçevesince düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilir ve yazar en kısa sürede durumdan haberdar edilir.
- 5- Yayın Kurulu, ilgili sayıda yayımlanacak makale yoğunluğunu dikkate alarak, hakem incelemesinden olumlu rapor almış, kırk sayfadan uzun makaleleri derginin daha sonraki sayılarında yayımlama hakkını saklı tutar.
- 6- Yazıların Türkçe ve İngilizce özetinin yanısıra, başlık ve anahtar kelimeleri de yine Türkçe ve İngilizce olarak gönderilmelidir.
- 7- Yazarlar unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve varsa e-mail adreslerini bildirmelidirler.
- 8- Yazılar bilgisayarda times (times new roman), ana metin 12 punto, dipnotu 10 punto, kaynakça 10 punto, yazı aralığı 1.5 aralık şeklinde hazırlanıp, bir diskette bir nüsha A4 boyutunda bilgisayar çıktısı halinde verilmelidir. Ayrıca, dipnotların sayfa altında gösterilmesi derginin bütünlüğü açısından uygun olacaktır.

Ayrıca yazılar, hukuk@inonu.edu.tr adresine başvuru yazısıyla birlikte gönderilebilir.

- 9- Yazının başlığı, siyah ve tümü büyük harf karakterinde olmalıdır. Başlığın hemen altında sayfa sağına yanaştırılmış olarak yazar adı belirtilmeli ve soyadın sonuna bir yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta ise, yazarın üniversitesi veya bağlı olduğu kurum ile unvanı belirtilmelidir.

Örn.:Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı  
Öğretim Üyesi

- 10- Metin içerisindeki kısaltmalarda, kısaltılacak isim veya başlık metinde ilk defa kullanıldığında kısaltılmadan ve parantez içinde kısaltması belirtilerek kullanılmalı veya kısaltılmış isim ya da başlık karşılıkları ile kısaltmalar cetvelinde gösterilmeli; dipnotlarda kullanılan kısaltmalara ise, sadece kısaltmalar cetvelinde yer verilmelidir.

- 11- Metin içerisinde kullanılan yabancı kelimeler italik olarak belirtilmelidir.

- 12- Yargıtay kararlarına yapılacak atıflar, aşağıdaki şekilde düzenlenmelidir:

Yarg. 11. HD, 17.10.2010, E. 2001, K. 9990.

- 14- Dipnotlarda, yazarın soyadı italik ve küçük harfle, ilk adı sadece baş harfi ile gösterilmeli; eser adı düz harfle yazılmalı; aynı yazara ait birden fazla esere yollamada bulunulması halinde kullanılan kısaltmalar kaynakçada gösterilmelidir. Eserlere yapılan ilk atıflar, yazarın soyadı, adının ilk harfi.: kitabın adı, yayın yeri ve tarihi, sayfa sayısı şeklinde yazılmalı; aynı esere yapılan sonraki atıflarda, yazarın soyadı, gerekliyse kitabın kısaltılmış adı ve sayfa numarası belirtilmelidir. Yabancı yayınlara yapılan atıflarda da aynı usûl izlenmeli ve kullanılan kısaltmalar, kısaltmalar cetvelinde gösterilmelidir.

- 15- Yazar tarafından eklendiği takdirde kaynakça, eserlere yapılan ilk atıflara uygun olarak düzenlenmeli, ancak yazarın ad ve soyadı kalın ve küçük harfle belirtilmeli; süreli yayınlarda yer alan eserlerin ise ilk sayfa numaraları kaynakçada gösterilmelidir. Bir yazarın birden çok eserine atıf yapılması halinde, eserlerin anılışları kaynakçada gösterilmelidir.

- 16- Telif ücreti ödenmeyeceğini yazar kabul etmiştir.

**İnönü Üniversitesi**  
**Hukuk Fakültesi Dergisi**  
**Cilt : 2 Ocak-Mayıs 2011 Sayı : 1**

**İÇİNDEKİLER**

<b>Prof.Dr.Kemal ŞENOCAK</b> Hayat Sigortalarında Lehtarın Sigorta Ettirenin Yerine Geçmesi..... Ss:	<b>1-22</b>
<b>Yrd.Doç.Dr. Hayri KESER</b> Türkiye ve Başkanlık Sistemi .....Ss:	<b>23-58</b>
<b>Yrd.Doç.Dr. Abdullah UZ</b> Anayasal Bir Hak Olarak Kamu Hizmetine Girme Hakkı ve Liyakat İlkesi.....Ss:	<b>59-94</b>
<b>Yrd.Doç.Dr. Abdullah UZ</b> Uyuşmazlığa İlişkin Mevzuat Değişikliği Temyiz Aşamasında Bozma Nedeni Olabilir mi? (Bir Yargı Sürecinden Hareketle İdari Yargılama Hukuku Değerlendirmesi).....Ss:	<b>95-122</b>
<b>Yrd.Doç.Dr. Neval OKAN</b> İnternette Haksız Rekabet.....Ss:	<b>123-138</b>
<b>Yrd.Doç.Dr. İbrahim ERMENEK</b> Hukuk Muhakemeleri Kanuna Göre Ön İnceleme .....Ss:	<b>139-176</b>
<b>Dr. Leyla Müjde KURT</b> Ceninin Malvarlığı Hakları.....Ss	<b>177-208</b>
<b>Dr. Mustafa ERKAN/Mustafa Yaşar DEMİRÇİOĞLU</b> Türkiye'ye Verilen Derecelendirme Notlarının Doğrudan Yabancı Yatırım Girişine Etkisinin Yıllar İtibariyle İncelenmesi .....Ss	<b>209-238</b>
<b>Dr. İsmail DEMİR</b> Hukuki Sorumluluk ve Tazminat Esasları Açısından Deniz Çevresinin Petrol ve Diğer Zararlı Maddelerle Kirlenmesinde Acil Durumlarda Müdahale ve Zararların Tazmini Esaslarına Dair Kanunun Değerlendirilmesi.....Ss:	<b>239-324</b>
<b>Önder PERÇİN</b> Bağımsız İdari Otoriteler.....Ss	<b>325-344</b>
<b>Bahar ÖCAL</b> Dammum Inuria Datum'da Inuria ve Culpa İlişkisi.....Ss:	<b>345-386</b>
<b>Özge YÜCEL</b> 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu İle İzne Bağlı Pay Edinim ve Devirleri.....Ss.	<b>387-416</b>



**İnönü University**  
**Faculty of Law Review**  
**Volume : 2 January-May 2011 Sayı : 1**

**CONTENTS**

<b>Prof.Dr.Kemal ŞENOCAK</b> Beneficiary's right of subrogation in the life insurance.....Ss.	<b>1-22</b>
<b>Assistant Professor Dr. Hayri KESER</b> Turkey and Presidential System.....Ss.	<b>23-58</b>
<b>Assistant Professor Dr. Abdullah UZ</b> Right to Enter Public Service as a Constitutional Right and Merit Principle .....Ss.	<b>59-94</b>
<b>Assistant Professoer Dr. Abdullah UZ</b> Is It Possible To Reversal of Decision Based on The Amendment of Provisions to Be Applied? (An Assessment In Terms of Administrative Justice Procedure From The Perspective of One JudicialProcess).....Ss.	<b>95-122</b>
<b>Assistant Professor Dr. Neval OKAN</b> Unfair Competition On Internet .....Ss.	<b>123-138</b>
<b>Assistant Professor Dr. İbrahim ERMENEK</b> Pre Examination By Civil Law Procedure.....Ss.	<b>139-176</b>
<b>Dr. Leyla MÜjde KURT</b> Patrimonial Rights Of The Fetus.....Ss:	<b>177-208</b>
<b>Dr. Mustafa ERKAN/Mustafa Yaşar DEMİRÇİOĞLU</b> Examining the Effect of the Credit Ratings Reported on Creditworthiness of Turkey on Flow of Foreign Direct Investment Year by Year.....Ss.	<b>209-238</b>
<b>Dr. İsmail DEMİR</b> The Assesment of "The Act on Principles of Intervention in Urgent Cases of Pollution of the Sea Environment by Oil and Other Noxious Items and Compensation for Damage" in Terms of Civil Liability and Compensation Principles for Damage).....Ss.	<b>239-324</b>
<b>Önder PERÇİN</b> Independent Regulatory Authorities.....Ss.	<b>325-344</b>
<b>Bahar ÖCAL</b> Relationship between Iniuria and Culpa in Damnum Iniuria Datum .....Ss	<b>345-386</b>
<b>Özge YÜCEL</b> Acquisition and Transfer of Bank Shares Which are Subjected to Permission in the Terms of Banking Law No.5411.....Ss:	<b>387-416</b>



**HAYAT SİGORTALARINDA  
LEHTARIN SİGORTA ETTİRENİN YERİNE GEÇMESİ  
(Yeni TTK mad. 1505)**

**Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK\***

**ÖZET**

Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 1505'inci maddesine göre, sigorta ettiren lehine sigorta sözleşmesinden doğan alacaklar ihtiyaten veya kesin olarak haczedilirse ya da sigorta ettiren hakkında iflasın açılmasına karar verilirse, adı belirtilerek gösterilmiş olan lehtar, sigorta sözleşmesine sigorta ettirenin onayı ile onun yerine taraf olabilir. Lehtar, sözleşmeye taraf olursa, sözleşmenin sigortacı tarafından feshi hâlinde, haczi uygulatan alacaklının veya iflas masasının alacaklarını, sigorta ettirenin sigortacıdan isteyebileceği miktara kadar karşılamakla yükümlüdür.

Sözleşmede lehtar hiç veya adı belirtilerek gösterilmemişse, birinci fıkrada açıklanan hak, sigorta ettirenin eşine ve çocuklarına geçer. Lehtarın veya eş ve çocuklarının, sigorta ettirenin yerine sözleşmeye taraf olabilmeleri için, sigortacıya bildirimde bulunmaları şarttır. Lehtarın veya eş ve çocuklarının haczi öğrendikleri veya iflasın açıldığı tarihten başlayarak, bir ay içinde bildirim yapmamaları hâlinde, birinci fıkrada açıklanan hak düşer.

**Anahtar Kelimeler:** Hayat Sigortası, Lehtar, Hayat Sigortasından Doğan Talep Hakları, Hayat Sgortasından Doğan Talep Haklarının Haczi, Taraf Olma Hakkı

---

\* İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı ve Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku ABD Öğretim Üyesi

## ***BENEFICIARY'S RIGHT OF SUBROGATION IN THE LIFE INSURANCE***

### **ABSTRACT**

According to the Turkish Commercial Code No 6102 article 1505, after the seizure of policyholder's claim against insurer arising from the policy or bankruptcy of the policyholder, the beneficiary named in the policy, shall be entitled to become party to the insurance contract due to the approval of policyholder. This right shall be granted to the policy holder's spouse or descendants if the beneficiary isn't named in the policy.

If the insurer terminates the contract after the beneficiary become party to it, the beneficiary shall be liable to the creditors' claims. This liability is limited to the amount which could policyholder claim against insurer.

The spouse or descendants of the beneficiary shall notice to the insurer in order to become party to the contract and to be assigned all rights and duties of policyholder. This right shall be suspended unless the spouse or descendants of the beneficiary make notice to the insurer within one month after being informed of seizure or announcement of bankruptcy.

**Keywords:** Life insurance, Beneficiary, Life insurance entitlements, Attachment of life insurance entitlements, Right of subrogation

### **a) Genel Olarak**

Lehtarın sigorta ettirenin yerine geçmesi hakkı, mevcut Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiş değildir. Söz konusu hukuki imkân 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan yeni Türk Ticaret Kanunu 1505'inci maddesinde hükme bağlanmıştır. Bu hükme göre, sigorta ettirenin sigorta sözleşmesinden doğan alacakları ihtiyaten veya icraen haczedilirse ya da sigorta ettiren hakkında iflâsın açılmasına karar verilirse, adı gösterilerek atanmış lehtar, sigorta ettirenin herhangi bir şekilde bağlı olmayan onayı ile sigorta ettiren yerine sözleşmeye taraf

olabilir. Sözleşmede lehtar hiç gösterilmemiş veya adı belirtilerek gösterilmemişse aynı hak, sigorta ettirenin eşi ve çocukları için de söz konusudur.

Lehtarın sigorta ettirenin yerine geçmesi hakkı, kanun koyucunun lehtara bahsettiği sigorta ettiren ile sigortacı arasında akdedilen sözleşmeye sigorta ettirenin yerine üçüncü kişi olarak sadece onun (sigorta ettirenin) onayının bulunması şartıyla geçme yetkisidir. Bu anlamda lehtarın kanunen tanınmış olan bir yenilik doğuran hakkından söz edilebilir<sup>1</sup>. Lehtara bu suretle, hayat sigortası sözleşmesinden doğan haklar üzerinde sigorta ettirenin alacaklıları tarafından cebri icra işlemi gerçekleştirilmesiyle hayat sigortasının süresinden önce iştirah edilmesi suretiyle sona erdirilmesi nedeniyle mâli kayba uğramasını engelleme imkânı sağlanmıştır<sup>2</sup>.

#### **b) Lehtarın Sigorta Ettirenin Yerine Geçmesinin Şartları**

Aşağıda yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 1505'inci maddesi uyarınca lehtarın sigorta ettirenin yerine geçme hakkını kullanabilmesinin yasal şartları üzerinde durulacaktır.

#### **1. Geçerli Bir Hayat Sigortası Sözleşmesinin Varlığı**

Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun söz konusu hükmünün uygulanabilmesi için ilk şart, sigortacının edimini henüz ifa etmediği<sup>3</sup>

<sup>1</sup> *Bruck, E./Möller, H./Winter, G.*, Kommentar zu Versicherungsvertragsgesetz, Bd.V, Halbbd.2 (Lebensversicherung §§ 159-178 VVG), Hamburg 1988, Anm. H 174, sh. 1140; *Bosch, F. W.:* Das Eintrittsrecht in der Lebensversicherung ( § 177 VVG n.F), DAKadZ 1941, sh. 81.

<sup>2</sup> *Müller, H.*, Die Lebensversicherung in der Zwangsvollstreckung, Diss. Mainz, Frankfurt am Main 2005, sh. 194.

<sup>3</sup> Sigorta bedeli veya iştirah bedeli ödenmesine rağmen lehtarın icra takibinde denizaşırı bir yerde oturması nedeniyle geç öğrenmesi sonucu bir aylık süre hala devam ediyor olsa bile sözleşmeye taraf olma hakkı kullanılamaz (bkz. *Prölss, E./Martin, A./Kollhosser, H.*, Versicherungsvertragsgesetz, Kommentar zu VVG und EGVVG, 27. Aufl., München 2004, §177 VVG Anm. 1, sh. 947).

geçerli bir hayat sigortası sözleşmesinin mevcudiyetidir<sup>4</sup>. Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 1405'inci maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca, sigortacı ile sigorta sözleşmesi yapmak isteyen kişinin, sözleşmenin yapılması için verdiği teklifname, teklifname tarihinden itibaren otuz gün içinde reddedilmemişse sigorta sözleşmesi kurulmuş sayılır.

Hükmün yorumunda, sigorta ettirenin icra ve iflâs takibine maruz kalması halinde hayat sigortası sözleşmesinin süresinden önce feshedilmesi tehlikesi nedeniyle sigorta ettirenin açık veya farazi iradesine uygun olarak ismen tayin edilmiş lehtar ile eş ve çocukların gereksiz yere ekonomik kayıplara uğramasının engellenmesi amacı<sup>5</sup> dikkate alınmalıdır. Bu sebeple, lehtarın her türlü hayat sigortasına taraf olarak girme imkânı yoktur. Dolayısıyla, sigortacının edim yükümlülüğü mutlak olmalıdır. Bir başka anlatımla, sigortacı, ödeme yükümlülüğünü ne zaman yerine getireceği belirsiz olsa da sigorta sözleşmesinden dolayı sigorta bedelini mutlaka ödeyecek olmalıdır<sup>6</sup>. Sigortacının sigorta sözleşmesinden doğan yükümlülüğünü sermaye veya irat şeklinde ifa edeceğinin kararlaştırılmış olması hükmün uygulanması için önemsizdir<sup>7</sup>. Buna göre hükmün uygulanmasının kapsamına ölüm ihtimaline karşı sigortalar, karma hayat sigortası ve değişmez vadeli hayat sigortaları girer. Buna karşılık, hayatta kalma ihtimaline karşı sigortalar sigorta ettirenin yerine geçme hakkını

---

<sup>4</sup> Ruffer, W./Halbach, D./Schimikowski, P./Brambach, M., Versicherungsvertragsgesetz, Handkommentar, Baden- Baden 2009, § 170 Anm. 1, sh. 789; Prölss, E./Martin, A./Kollhosser, H., §177 VVG Anm. 1, sh. 947; Römer, W./Langheid, T., Versicherungsvertragsgesetz mit Pflichtversicherungsgesetz (PflVG) und Kraftfahrzeug-Pflichtversicherungsverordnung (KfzPflVV), Kommentar, 2. Aufl.,München 2003, § 177 Anm. 1, sh. 1136.

<sup>5</sup> Bkz. Amtliche Begründung zur Vereinheitlichung des Rechts des Vertragsversicherung vom 19. XII.1939, in: Motive zum Versicherungsvertragsrecht, Neudruck 1963, sh. 646.

<sup>6</sup> von Laun, K.: Das Eintrittsrecht in der Lebensversicherung (§ 177 VVG n.F), Hamburg 1940, sh. 20; Bruck, E./Möller, H./Winter, G., Lebensversicherung, Anm. H 177, sh. 1140; Prahl, A.: Eintrittsrecht und Anfechtung bei der Kapitallebensversicherung, VersR 2005, sh. 1037.

<sup>7</sup> von Laun, K., sh. 20; Bruck, E./Möller, H./Winter, G., Lebensversicherung, Anm. H 176, sh. 1140.

bahşetmez<sup>8</sup>. Zira, bu nevi sigortalarda sigorta ettirenin arkada bıraktıklarının geçimine katkıda bulunma amacı tamamen geri planda kalmaktadır<sup>9</sup>.

Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 1505'inci maddesinde hayat sigortasının iştirah edilebilir olması şartı aranmadığından, lehtarın sigorta ettiren yerine geçme hakkını kullanabileceği anda iştirah edilebilir sigortanın varlığı şart değildir<sup>10</sup>. Aksi görüşün kabulü lehtarın haklarının kanunda olmayan bir sebeple sınırlandırılması anlamına gelecektir. Şöyle ki, haczin yapıldığı tarihte iştirah edilebilir olmayan hayat sigortası sözleşmesi, daha sonra iştirah edilebilir hale geldiğinde lehtar, yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 1505'inci maddesinin son fıkrasında öngörülen bir aylık sürenin geçmesi nedeniyle sigorta ettiren yerine geçme imkânına sahip olamayabilecektir<sup>11</sup>. Binaenaleyh, lehtarın sigorta ettiren yerine sözleşmeye taraf olabilmesi için icraen veya ihtiyaten haciz ya da iflâsın açılması ânında hayat sigortasının bir yıl boyunca priminin ödenmiş olması şart değildir.

Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 1505'inci maddesi, dönülebilir şekilde lehtar tayin edilmiş veya hiç lehtar gösterilmemiş hayat sigortalarında uygulanır. Zira dönülemez şekilde lehtar atamasının söz konusu olduğu durumlarda sigorta ettirenin sigorta bedeli üzerinde bir alacak hakkı olamayacağından, alacaklılarının söz konusu meblağ üzerinde ihtiyati veya icrai haciz yapmaları mümkün olmayacaktır. Oysa yeni Türk Ticaret Kanunu'nda sigorta ettirenin sigorta bedeli üzerindeki

<sup>8</sup> *Bruck, E./Möller, H./Winter, G.*, *Lebensversicherung*, Anm. H 175, sh. 1140; *von Laun, K.*, sh. 20.

<sup>9</sup> *Bruck, E./Möller, H./Winter, G.*, *Lebensversicherung*, Anm. H 175, sh. 1140; *von Laun, K.*, sh. 20.

<sup>10</sup> *Bruck, E./Möller, H./Winter, G.*, *Lebensversicherung*, Anm. H 176, sh. 1140; *Römer, W./Langheid, T.*, § 177 Anm. 1, sh. 1136-1137. Aksi görüş için bkz. *Honsell, H./Schwintowski, H.-P.*: *Berliner Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz*, Berlin 1999, § 177 VVG Anm. 3, sh. 2097; *Prölss, E./Martin, A./Kollhosser, H.*, §177 Anm. 7, sh. 947.

<sup>11</sup> *Bruck, E./Möller, H./Winter, G.*, *Lebensversicherung*, Anm. H 176, sh. 1140; AG München, VersR 1960, sh. 363; *von Laun, K.*, sh. 20-21.

talep hakkı üzerinde alacaklılarının ihtiyaten veya icraen haciz işlemi uygulamalarını şart koşturmaktadır. Aynı şekilde, sigorta ettiren hakkında iflâsın açılmasına karar verilmişse, sigorta ilişkisinden doğan sigorta bedeli üzerindeki alacak hakkının sigorta ettirenin malvarlığına girmemesi nedeniyle onun alacaklılarının alacaklarının karşılanması için kullanılmayacağından bahsi geçen hüküm dönülemez şekilde lehtar tayinine uygulanamayacaktır<sup>12</sup>. Bu vesile ile yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 1493'üncü maddesinin 4'üncü fıkrası uyarınca mirasçılıktan çıkarma veya hibeden rücu halleri gerçekleşmiş yahut o kişinin lehtar atanmasına ilişkin sebep ortadan kalkmış ise dönülemez şekilde atanmış lehtar tayini işleminin geri alınabileceğini vurgulamak gerekir. Sigorta ettirenin sahip olduğu bu hakkı kullanması durumunda hayat sigortası, sigorta ettiren lehine sözleşmeye dönüşecektir. Bu durumda, yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 1505'inci maddesinin 3'üncü fıkrası uyarınca eş ve çocukların sigorta sözleşmesine taraf olma hakkını kullanabilmeleri mümkün hâle gelecektir.

Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 1505'inci maddesi uyarınca lehtar ismen atanmışsa eş ve çocukların hayat sigorta sözleşmesine taraf olma hakkı yoktur. Eş ve çocukların sözleşmeye taraf olma hakkı, ismen gösterilen lehtarın 4'üncü fıkra uyarınca bir aylık bildirim süresini kaçırmaması veya sigorta ettirenin onayını almaması ya da bu hakkını kullanmayı hiç istememesi halinde de söz konusu olmayacaktır<sup>13</sup>.

Lehtar tayini işlemi irade beyanındaki sakatlık nedeniyle iptal edildiğinde ex tunc olarak ortadan kalkacağından eş ve çocuklar sigorta

---

<sup>12</sup> *Sieg, K.*: Kritische Betrachtungen zum Recht der Zwangsvollstreckung in Lebensversicherungsforderungen, in: Festschrift für Ernst Klingmüller, Karlsruhe 1974, sh. 459.

<sup>13</sup> *Hagemann, H.*: Bemerkungen zur Versicherungsvertragsnovelle vom 19.12.1939, ZVersWiss 1940, sh. 34; *von Laun, K.*, sh. 25; *Honsell, H./Schwintowski, H.-P.*: Berliner Kommentar, § 177 VVG Anm. 9, sh. 2099; *Prölss, E./Martin, A./Kollhosser, H.*, §177 Anm.3 , sh. 948. Aksi görüş için bkz. *Sieg, K.*, Festschrift für Klingmüller, sh. 455. Ayrıca bkz. ve karş. *Rüffer, W./Halbach, D./Schimikowski, P./Brambach, M.*, § 170 Anm. 5, sh. 790.



sözleşmesine taraf olma hakkını yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 1505'inci maddesinin 3'üncü fıkrası uyarınca kullanabilecektir<sup>14</sup>. Eş ve çocuklar iptal edilen bu işlemle beraber lehtar tayin edilmiş olsalar bile aynı sonuç geçerli olacaktır<sup>15</sup>.

İflas idaresi veya sigorta alacağını haczedene alacaklı, sigorta sözleşmesine taraf olma hakkına sahip olan kişilerin lehtarlık tayini işlemini geri alma hakkına sahip değildir. Aksi takdirde yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 1505'inci maddesiyle bu kişilere bahşedilen hakkın bir anlamı kalmaz; kâğıt üzerinde kalmaya mahkûm olurdu. Binaenaleyh, bu kişilerin sözleşmeye katılma hakkını geri alma hakkının kullanılmasına izin vermek suretiyle bertaraf etmek yeni Türk Ticaret Kanunu'nun söz konusu hükmünün amacına aykırı olacağı gibi tamamen anlamını yitirmesine sebep olacağından mümkün olmamalıdır<sup>16</sup>.

Hacizdeki tasarrufun iptali ile iptal edilen işlem hiç vuku bulmamış gibi hukuki sonuç doğar, yani alacaklıya iptal edilen tasarruftan önceki hukuki konum yeniden yaratılır<sup>17</sup>. Bu durumda lehtar, alacaklı karşısında tüm hukuki konumunu yitirmektedir. Alacaklının hukuki durumu yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 1505'inci maddesiyle kötüleştirilemez. Dolayısıyla, alacaklı tasarrufun iptalinden doğan haklarını icra ederse lehtarın sigorta sözleşmesine taraf olma hakkı da ortadan kalkar<sup>18</sup>.

## 2. İhtiyati-İcrai Haciz veya İflas

Sigorta sözleşmesine taraf olma hakkı, sadece sigorta bedeli üzerindeki alacak hakkı ihtiyaten veya icraen haczedildiğinde ya da

<sup>14</sup> Bruck, E./Möller, H./Winter, G., *Lebensversicherung*, Anm. H 177, sh. 1141; von Laun, K., sh. 26.

<sup>15</sup> Bruck, E./Möller, H./Winter, G., *Lebensversicherung*, Anm. H 177, sh. 1141; von Laun, K., sh. 26.

<sup>16</sup> von Laun, K., sh. 27.

<sup>17</sup> Von Overbeck, A.: *Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht*, Zürich 1940, sh. 228; Fritzsche, H./Walder-Bohner, H.U.: *Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht*, Bd. II, Zürich 1993, sh. 572.

<sup>18</sup> von Laun, K., sh. 27.

sigorta ettiren hakkında iflâsın açılmasına karar verildiğinde kullanılabilir. Alacaklının icra tehdidinde bulunması, sözleşmeye katılım hakkının kullanılabilmesi için yeterli değildir<sup>19</sup>. İhtiyati tedbir kararı alınması durumunda söz konusu hüküm uygulanmaz<sup>20</sup>. Zira, ihtiyati haciz para alacağından dolayı yapılan cebri icranın güvence altına alınabilmesi için sigorta alacağı da dahil her türlü malvarlığı konusu üzerinde icra edilebilirken, ihtiyati tedbir, alacaklının ferdi taleplerini korur, yani ihtilafli hukuki ilişkinin ihtiyaten düzenlenmesine hizmet eder. Alacaklı ihtiyati tedbir kararı ile sigorta alacağını tahsil edemeyeceğinden alacaklı açısından ihtiyati hacizde olduğu gibi aynı sonuç doğurmaz<sup>21</sup>. Bu hükümden çıkan en önemli sonuç, hayat sigortası alacağının haczedilemeyeceği kabul edildiğinde sözleşmeye taraf olma hakkına cevaz olmadığıdır<sup>22</sup>.

### 3. Sigorta Ettirenin Onayı

Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 1505'inci maddesinin 1'inci fıkrasına göre, hükümde sayılan kişiler ancak sigorta ettirenin onayı ile sigorta sözleşmesine taraf olabilirler.

Sigorta ettirenin onayı tek taraflı varması gerekli, şekle bağlı olmayan bir irade beyanı olup sigortacıya yöneltilmesi gereklidir<sup>23</sup>. Sigorta ettirenin onayı yazılı şekle tâbi kılınmamıştır<sup>24</sup>. Bu vesile ile

---

<sup>19</sup> Rüffer, W./Halbach, D./Schimikowski, P./Brambach, M., § 170 Anm. 2, sh. 789; Pröls, E./Martin, A./Kollhosser, H., §177 VVG Anm. 2, sh. 947.

<sup>20</sup> Bruck, E./Möller, H./Winter, G., Lebensversicherung, Anm. H 178, sh. 1141; von Laun, K., sh. 37.

<sup>21</sup> von Laun, K., sh. 37.

<sup>22</sup> Hasse, B.: Zwangsvollstreckung in Kapitallebensversicherungen – Eine kritische Bestandsaufnahme de lege lata-, VersR 2005, sh. 33.

<sup>23</sup> Schwintowski, H.-P./Brömmelmeyer, C./Ortmann, M., §170 Anm. 7, sh. 1479; Roelli, H./Jaeger, C., Bd. III, Art. 86 Nr. 14, sh. 279; Bruck, E./Möller, H./Winter, G., Lebensversicherung, Anm. H 185, sh. 1143; von Laun, K., sh. 51; Hasse, B., VersR 2005, sh. 33; Rüffer, W./Halbach, D./Schimikowski, P./Brambach, M., § 170 Anm. 3, sh. 789-790.

<sup>24</sup> Looschelders, D./Pohlmann, P., VVG-Kommentar, Köln 2010, § 170 VVG Anm. 4, sh. 1365; Honsell, H./Schwintoski, H.-P., Berliner Kommentar, § 177 VVG Anm. 5, sh.

belirtmek gerekirse, sigorta ettirenin kendi ölümü üzerine akdettiği hayat sigortasında, yeni Türk Ticaret Kanunu'nun başkasının hayat üzerine sigorta aktedildiğinde riziko şahsının yazılı onayı şartını arayan 1490'ncı maddesinin 2'nci fıkrası hükmü sözleşmeye taraf olma hakkının kullanılmasında uygulanmaz. Daha açık ifade ile, lehtarın sigorta sözleşmesinin tarafı olması ile sigorta ettirenin riziko şahsı haline geldiği; dolayısıyla, onun yazılı onayı yanında lehtarın onun hayatının devamında maddi veya manevi menfaatinin bulunması şartının aranacağı ileri sürülemeyecektir<sup>25</sup>. Zira, Kanun'un 1505'inci maddesi maddi veya manevi menfaat yanında riziko şahsının onayı şartını arayan 1490'ncı madde hükmü karşısında lex specialist'tir<sup>26</sup>. Aynı şekilde, sigorta ettirenin başkasının hayatı üzerine akdettiği hayat sigortasında lehtarın sigorta sözleşmesine taraf olma hakkını kullanabilmesi, riziko şahsının onay şartına da bağlı değildir<sup>27</sup>. Sigorta bedeli, cenaze masraflarını aşıyor olsa bile riziko şahsının onayı zorunlu değildir<sup>28</sup>. Alman hukukunda, sigortacı ile sigorta ettirenin onayın yazılı olmasını kararlaştırması, söz konusu hükmün koruma amacına aykırı olacağından sözleşmeye taraf olma hakkına sahip olanlar karşısında geçersiz olduğu ileri sürülmektedir<sup>29</sup>. Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 1505'inci maddesi, aynı Kanun'un 1520'nci maddesinde emredici hüküm olarak sayılmaması karşısında, bu görüşün Türk hukuku açısından kabulü şüpheli görülmektedir.

Onay verme yetkisi sigorta ettirene aittir. Sigorta ettiren hakkında iflâsın açılmasına karar verilmiş olsa da sigorta sözleşmesine taraf olma

---

2098; Bruck, E./Möller, H./Winter, G., Lebensversicherung, Anm. H 185, sh. 1143; von Laun, K., sh. 51.

<sup>25</sup> Bkz. Prölss, E./Martin, A./Kollhosser, H., § 177 VVG Anm. 2, sh. 947.

<sup>26</sup> Bruck, E./Möller, H./Winter, G., Lebensversicherung, Anm. H 185, sh. 1143; von Laun, K., sh. 51; Honsell, H./Schwintowski, H.-P., Berliner Kommentar, § 177 VVG Anm. 5, sh. 2098; Prölss, E./Martin, A./Kollhosser, H., §177 Anm. 2, sh. 947.

<sup>27</sup> von Laun, K., sh. 50.

<sup>28</sup> von Laun, K., sh. 50. Aksi görüş için bkz. Hagemann, H., ZVersWiss 1940, sh. 34.

<sup>29</sup> von Laun, K., sh. 51; Bruck, E./Möller, H./Winter, G., Lebensversicherung, Anm. H 185, sh. 1143; Prölss, E./Martin, A./Kollhosser, H., §177 Anm. 2, sh. 947.

talebine onay vermeye iflâs idaresi değil, sigorta ettiren yetkilidir<sup>30</sup>. Lehtarını sigorta ettiren değil de sigorta alacağını temlik alan atamışsa onay verme yetkisi sigorta ettirenin değil, alacağı temlik alanındır. Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda lehtar tayininde en sık karşılaşılanın sigorta ettiren tarafından lehtarın gösterilmesi keyfiyeti dikkate alınarak “sigorta ettiren” tabiri kullanılmıştır<sup>31</sup>. Lehtarın yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 1505'inci maddesinde zikredilen hakkını kullanabilmesi için, sigortacının onayı zorunlu değildir<sup>32</sup>.

Sigorta ettirenin onay vermesi, sadece ismen zikredilen lehtarın değil, aynı zamanda eş ve çocukların da sigorta sözleşmesine taraf olabilmeleri için şarttır<sup>33</sup>. Onay şarta bağlanamaz ve onay verildikten sonra geri alınamaz<sup>34</sup>.

Sigorta ettiren sözleşmeye taraf olma talebini reddederken gerekçe göstermek zorunda değildir. Bir başka anlatımla, hiçbir gerekçe göstermeksizin onay vermeyebilir<sup>35</sup>. Sigorta ettiren, birden çok ismen tayin edilmiş lehtar varsa bazılarının talebine onay verebilir; diğerlerinin talebini ise reddedebilir. Aynı durum, eş ve çocukların talebi açısından da geçerlidir<sup>36</sup>. Sigorta ettirenin eşin talebine onay verdikten sonra eşinden

---

<sup>30</sup> von Laun, K., sh. 49-50; Bruck, E./Möller, H./Winter, G., Lebensversicherung, Anm. H 184, sh. 1143; Prölss, E./Martin, A./Kollhosser, H., §177 Anm. 2, sh. 947; Prölss, E.R.: Der Eintritt Dritter in den Lebensversicherungsvertrag nach § 177 n.F des Versicherungsvertragsgesetzes, DR 1940, sh. 773; Hasse, B., VersR 2005, sh. 33.

<sup>31</sup> von Laun, K., sh. 49.

<sup>32</sup> von Laun, K., sh. 51; Bruck, E./Möller, H./Winter, G., Lebensversicherung, Anm. H 184, sh. 1143.

<sup>33</sup> Bruck, E./Möller, H./Winter, G., Lebensversicherung, Anm. H 184, sh. 1143.

<sup>34</sup> Müller, H., sh. 194. Karş., Looschelders, D./Pohlmann, P., § 170 VVG Anm. 5, sh. 1365.

<sup>35</sup> von Laun, K., sh. 51; Bruck, E./Möller, H./Winter, G., Lebensversicherung, Anm. H 184, sh. 1143. Aksi görüşe göre, sigorta ettiren onay verip vermemekte kural olarak serbesttir. Ancak, sigorta ettirenin red hakkı, hakkın kötüye kullanılması yasağını ihlal edemez. Bu sebeple, sigorta ettirenin onay vermemesi, objektif bir sebebe dayanmalıdır (bkz. Honsell, H./Schwintowski, H.-P., Berliner Kommentar, § 177 VVG Anm. 7, sh. 2098).

<sup>36</sup> von Laun, K., sh. 51; Bruck, E./Möller, H./Winter, G., Lebensversicherung, Anm. H 184, sh. 1143.

boşanmışsa, onay geçerliliğini muhafaza eder<sup>37</sup>. İştirâ değeri, alacaklının alacak miktarını aşarsa, kısmi onay mümkündür<sup>38</sup>.

Sigortacının onayı, yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 1505'inci maddesinin 4'üncü fıkrası uyarınca bir aylık süre içerisinde sigortacıya ulaşmalıdır<sup>39</sup>.

Sigorta ettirenin onay beyanı dava edilemez; meğer ki, sözleşme ile onay verme yükümlülüğü altına girmiş olsun<sup>40</sup>. Sigorta ettirenin onayı, alacaklıların tasarrufun iptali talebine konu teşkil edemez<sup>41</sup>. Aksine düşünce hükmün amacına aykırı olduğu gibi düzenlemeyi anlamsız kılar<sup>42</sup>. Aynı durum, iflas idaresi için de geçerlidir. İflas idaresi de tasarrufun iptalini talep edemez<sup>43</sup>. İflas idaresinin veya alacaklının onay işlemini geri alması da mümkün değildir<sup>44</sup>. Alacaklıların menfaati, yeni

<sup>37</sup> von Laun, K., sh. 52; Koenig, H.: Die Familiefürsorge im schweizerischen Versicherungsvertragsgesetz, in: Festgabe Moser, versicherungswissenschaftliche juristische und mathematische Untersuchungen, Berlin 1931, sh. 387; Ostertag, F./Hiestand, P., Das Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, 2. Aufl., Zürich-Leipzig 1928, sh. 54.

<sup>38</sup> Hasse, B., Zur kondiktionsfesten Anspruchszuwendung bei der Todesfalllebensversicherung zugunsten Dritter durch eine sachgerechte Konstruktion des Valutaverhältnisses, VersR 2005, sh. 33; Schwintowski, H.-P./Brömmelmeyer, C./Ortmann, M., §170 Anm. 7, sh. 1479.

<sup>39</sup> Bruck, E./Möller, H./Winter, G., Lebensversicherung, Anm. H 185, sh. 1143; Hasse, B., VersR 2005, sh. 33; Prölss, E./Martin, A./Kollhosser, H., §177 Anm. 2, sh. 947; Oswald: Zum Eintrittsrecht nach § 177 VVG, ZfV 1960, sh. 774. Aksi görüş için bkz. Honsell, H./Schwintoski, H.-P., Berliner Kommentar, § 177 VVG Anm. 5, sh. 2098; Schwintowski, H.-P./Brömmelmeyer, C./Ortmann, M., §170 Anm. 7, sh. 1479; Rüffer, W./Halbach, D./Schimikowski, P./Brambach, M., § 170 Anm. 3, sh. 790

<sup>40</sup> von Laun, K., sh. 51; Bruck, E./Möller, H./Winter, G., Lebensversicherung, Anm. H 184, sh. 1143.

<sup>41</sup> Schwintowski, H.-P./Brömmelmeyer, C./Ortmann, M., §170 Anm. 7, sh. 1479; Hasse, B., VersR 2005, sh. 35; Arbrüster, C./Pilz, K.: Schicksal des Lebensversicherungsvertrages in der Insolvenz des Versicherungsnehmers, KTS 2004, sh. 503; Parhl, A., VersR 2005, sh. 1038.

<sup>42</sup> Honsell, H./Schwintoski, H.-P., Berliner Kommentar, § 177 VVG Anm. 6, sh. 2098.

<sup>43</sup> Looschelders, D./Pohlmann, P., § 170 VVG Anm. 5, sh. 1365.

<sup>44</sup> Looschelders, D./Pohlmann, P., § 170 VVG Anm. 5, sh. 1365.

Türk Ticaret Kanunu'nun 1505'inci maddesinin 2'nci fıkrası ile yeterince korunmaktadır<sup>45</sup>.

#### 4. Talebe Yetkili Olanlar

Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 1505'inci maddesine göre, sigorta sözleşmesine taraf olmaya, ismi açıkça gösterilen lehtar yetkilidir. İsmi gösterilen lehtardan ilk planda nüfusta kayıtlı olan adı ve soyadı açıkça belirtilen lehtar anlaşılır. Kanun burada lehtarın kimliğinin açıkça belli olmasını aramıştır<sup>46</sup>. Dolayısıyla, adı belirtilerek gösterilmiş lehtar tabirinden kasıt bir şahsı diğer şahıstan ayırmaya yarayan genel geçerliliğe sahip ismi belirtilmek suretiyle atanmış lehtardır. Buna göre, “*yasal mirasçılarım*”, “*ebeveyn*”, “*anne-baba*”, “*mirasçılarım*” “*arkada bıraktıklarım*” “sigorta poliçesinin hamili” gibi tabirler, ilgililere hayat sigortası sözleşmesine taraf olma hakkı bahşetmez<sup>47</sup>. “Babam” gibi tabirlerin kullanılması halinde, lehtarın kim olduğu belirlenebilir. Ancak lehtarın belirlenebilir olması ismen tayin edilmiş lehtarın varlığı için yeterli değildir<sup>48</sup>. Aksi görüşe göre, hükmün lafzına rağmen, tayin edildiği anda mevcut ve sözleşmeye taraf olma isteğini ilettiğinde aşikâr şekilde belli olması yeterli addedilmelidir<sup>49</sup>. Kanaatimizce bu görüşe iştirak edilemez. Zira yeni Türk Ticaret Kanunu'nda “lehtar” tabiri yerine açıkça “adı belirtilerek gösterilmiş lehtar” tabirinin seçilmesinin bir amacı vardır. Söz konusu amaç da sigorta sözleşmesine katılma hakkına sahip olacakların kim olduğu hususunda tartışmaları önlemektir. Dolayısıyla, lehtarın belirlenebilir olması hükmün uygulanmasında yeterli görülmemiştir<sup>50</sup>. Aksi takdirde Prölss'ün de vurguladığı üzere, “*27 Mayıs 1938'de 25. hatta bana arkadaşça tebessüm eden yeşil şapkalı çekici*

---

<sup>45</sup> Looschelders, D./Pohlmann, P., § 170 VVG Anm. 5, sh. 1366.

<sup>46</sup> von Laun, K., sh. 41.

<sup>47</sup> Honsell, H./Schwintowski, H.-P., Berliner Kommentar, § 177 VVG Anm. 6, sh. 2098; Bruck, E./Möller, H./Winter, G., Lebensversicherung, Anm. H 180, sh. 1142; Prölss, E.R., DR 1940, sh. 772; Oswald, ZfV 1960, sh. 774; Müller, H., sh. 197.

<sup>48</sup> Looschelders, D./Pohlmann, P., § 170, Anm. 6, sh. 1366.

<sup>49</sup> Hagemann, H., ZVersWiss 1940, sh. 34.

<sup>50</sup> Prölss, E.R., DR 1940, sh. 772; Ruffer, W./Halbach, D./Schimikowski, P./Brambach, M., § 170 Anm. 3, sh. 790; Müller, H., sh. 197.

*bayan*” tabirinin de yeterli görülmesi sonucu doğar ki, bu sonucu kanun koyucunun yukarıda zikredilen amacıyla bağdaştırmak güç olur.

Lehtar hiç ya da ismen belirtilmemişse sözleşmeye taraf olma hakkı sigorta ettirenin eşi ve çocuklarına aittir. Tekraren belirtmek gerekirse, lehtarın mali imkanların sınırlı olması nedeniyle sözleşmeye taraf olma hakkını kullanmamışsa veya sigorta ettiren onay vermediği için bu hakkını kullanmamışsa, eş ve çocukların sözleşmeye taraf olma hakkı mevcut değildir<sup>51</sup>. “Eş ve çocukları” tabirinin yorumlanmasında kanun koyucunun bu tabirden ne anlamak istediği önemlidir; yoksa sigorta ettirenin düşüncesi değil<sup>52</sup>. Dolayısıyla, “eş” tabirinden, sigorta ettirenle geçerli bir resmi nikaha dayalı olarak evli olan kişi anlaşılmalıdır<sup>53</sup>. “Eş”ten kasıt, mevcut evlilikteki eşidir<sup>54</sup>; boşanılmış eş hak sahibi değildir<sup>55</sup>. Bu sonuç, boşanılan eşin hayat sigortası sözleşmesinin primlerinin ödenmesine katkıda bulunmuş olması halinde haksızlık olarak hissedilebilir. Bununla birlikte, ilk eşin böyle bir durumda kendisini dönülemez lehtar olarak tayinini isteme hakkına sahip olduğu göz önünde bulundurulmalıdır<sup>56</sup>.

Çocuk tabiri kapsamı içerisine ise, evlilik içi doğan çocuk, baba tarafından tanınan veya babalık davası ile soy bağı kurulmuş çocuk, evlat edinilmiş çocuk; annenin sigorta ettiren olması halinde ilaveten evlilik dışı doğan çocuk girer<sup>57</sup>. Buna karşılık, çocuklar tabirine eşlerin başka evlilikten olan çocukları<sup>58</sup> ile ölen çocuğunun çocukları (torun) ve ölen

<sup>51</sup> Looschelders, D./Pohlmann, P., § 170 VVG Anm. 7, sh. 1366.

<sup>52</sup> von Laun, K., sh. 42.

<sup>53</sup> Bruck, E./Möller, H./Winter, G., Lebensversicherung, Anm. H 181, sh. 1142.

<sup>54</sup> von Laun, K., sh. 43.

<sup>55</sup> Honsell, H./Schwintowski, H.-P., Berliner Kommentar, § 177 VVG Anm. 10, sh. 2099.

<sup>56</sup> von Laun, K., sh. 43.

<sup>57</sup> von Laun, K., sh. 43; Bruck, E./Möller, H./Winter, G., Lebensversicherung, Anm. H 181, sh. 1142; Honsell, H./Schwintowski, H.-P., Berliner Kommentar, § 177 VVG Anm. 10, sh. 2099.

<sup>58</sup> Bruck, E./Möller, H./Winter, G., Lebensversicherung, Anm. H 181, sh. 1142; Honsell, H./Schwintowski, H.-P., Berliner Kommentar, § 177 VVG Anm. 10, sh. 2099; Oswald, ZfV 1060, sh. 774.

çocuğunun eşi girmez<sup>59</sup>. Çocuğun yaşı ve bakıma muhtaç olup olmadığı sözleşmeye taraf olma hakkının kullanılabilmesi için herhangi bir önemi haiz değildir<sup>60</sup>. Ayrıca hatırlatmak gerekirse, ismen zikredilen lehtar var olduğu sürece, bu lehtar sözleşmeye taraf olmayacağını açıkça beyan etse veya sözleşmeye taraf olma talebi sigorta ettirence onaylanmasa dahi eş ve çocuğun sigorta sözleşmesine katılma hakkı yoktur.

Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 1494'üncü maddesi uyarınca eş ve çocuk mirası reddetmiş olsalar dahi, sigorta sözleşmesine taraf olma hakkını kullanabilecektir<sup>61</sup>.

Birden çok ismen gösterilmiş lehtar varsa, hepsi birlikte veya ayrı ayrı tek başlarına sözleşmeye taraf olma talebinde bulunabilirler<sup>62</sup>. Sigorta ettiren onay verirken her birisinin katılım oranını belirleyebilir. Oran belirlenmemişse lehtarların eşit oranda sözleşmeye taraf olduklarının kabulü gerekir. Birden çok ismi gösterilmiş lehtar sözleşmeye taraf olma hakkını kullanmak istiyorsa, her biri alacaklıya yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 1505'inci maddesinin 2'nci fıkrasında belirtilen miktarın tamamını ödemekle yükümlüdür. Ancak, bu kişilerden biri tarafından tamamen ödeme yapılmışsa diğerleri açısından da sözleşmeye taraf olma şartı gerçekleştirilmiş olur<sup>63</sup>.

## 5. Sözleşmeye Taraf Olma Talebinin Kullanılması

Sözleşmeye taraf olma şartlarından birisi de sigortacıya yapılacak bildirimdir (yeni TTK mad. 1505/IV). Sigorta sözleşmesine taraf

---

<sup>59</sup> Honsell, H./Schwintowski, H.-P., Berliner Kommentar, § 177 VVG Anm. 10, sh. 2099; Oswald, ZfV 1060, sh. 774. Karş. Prölss, E./Martin, A./Kollhosser, H., §177 VVG Anm. 3, sh. 948.

<sup>60</sup> Prölss, E./Martin, A./Kollhosser, H., §177 VVG Anm. 3, sh. 948; Bruck, E./Möller, H./Winter, G., Lebensversicherung, Anm. H 181, sh. 1142; Oswald, ZfV 1060, sh. 774.

<sup>61</sup> Prölss, E./Martin, A./Kollhosser, H., §177 VVG Anm. 4, sh. 948.

<sup>62</sup> Honsell, H./Schwintowski, H.-P., Berliner Kommentar, § 177 VVG Anm. 11, sh. 2099; Prölss, E./Martin, A./Kollhosser, H., §177 VVG Anm. 4, sh. 948; Looschelders, D./Pohlmann, P., § 170 VVG Anm. 8, sh. 1366.

<sup>63</sup> Prölss, E./Martin, A./Kollhosser, H., §177 VVG Anm. 2, sh. 947.



olabilmek için sigortacının bu bildirime onay vermesi şart değildir. Dolayısıyla, sigortacıya yapılacak bildirim, bilgi açıklaması değil<sup>64</sup>; sigortacıya varması gerekli tek taraflı bir irade beyanıdır<sup>65</sup>. Bildirim şekle tâbi değildir<sup>66</sup>. Ancak, bildirimde bulunanın fiil ehliyetine sahip olması gerekir<sup>67</sup>. Bildirim varması gerekli bir irade beyanı olduğundan bir aylık süre zarfında sigortacıya ulaşmalıdır.

Bir aylık süre, sözleşmeye taraf olmaya hakkı olanların ihtiyati veya icrai haczi öğrenmesinden ya da iflâsın açılmasından itibaren başlar. Burada dikkat edilmesi gereken, sürenin başlangıcı açısından, sadece ihtiyati veya icrai hacizde “*öğrenme ânının*” esas alınmış olmasıdır. İflâsın açılmasında, sözleşmeye katılmaya hak sahibi kişilerin öğrenmesi sürenin başlangıcı açısından önemsizdir. Dolayısıyla iflâsın açılmasından bir ay geçtikten sonra öğrenme halinde, katılma hakkı süresinin geçtiği kabul edilecektir<sup>68</sup>.

Buna göre sürenin başlaması için yeni Türk Ticaret Kanunu’nun 1505’inci maddesinde belirtilen kişilerin haciz kararından haberdar olması gerekir. Sigorta ettirenin iflâs etmesi durumunda da, iflâsın hukuki sonuçları iflâs kararının verilmesi ile (iflâsın açılması ile) başlayacağından, iflâs kararının temyiz edilmiş olması bu sonuçların meydana gelmesine bir etkisi olmayacağından sürenin başlaması için iflâs kararının verilmesinin kesinleşmesi aranmaz<sup>69</sup>.

<sup>64</sup> von Laun, K., sh. 53; Prölss, E.R., DR 1940, sh. 793.

<sup>65</sup> Bruck, E./Möller, H./Winter, G., Lebensversicherung, Anm. H 187, sh. 1144; Honsell, H./Schwintowski, H.-P., Berliner Kommentar, § 177 VVG Anm. 12, sh. 2099; Prölss, E./Martin, A./Kollhosser, H., §177 VVG Anm. 5, sh. 948.

<sup>66</sup> Bruck, E./Möller, H./Winter, G., Lebensversicherung, Anm. H 187, sh. 1144; Honsell, H./Schwintowski, H.-P., Berliner Kommentar, § 177 VVG Anm. 12, sh. 2099; Looschelders, D./Pohlmann, P., § 170, Anm. 9, sh. 1366.

<sup>67</sup> Prölss, E./Martin, A./Kollhosser, H., §177 VVG Anm. 5, sh. 948.

<sup>68</sup> Bruck, E./Möller, H./Winter, G., Lebensversicherung, Anm. H 192, sh. 1145; Honsell, H./Schwintowski, H.-P., Berliner Kommentar, § 177 VVG Anm. 13, sh. 2099; von Laun, K., sh. 60-61; Schwintowski, H.-P./Brömmelmeyer, C./Ortmann, M., §170 Anm. 12, sh. 1480.

<sup>69</sup> Alman hukuku için bkz. von Laun, K., sh. 61.

Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 1505'inci maddesinin 4'üncü fıkrasında öngörülen bir aylık süre, sadece sigortacıya yapılacak bildirim veya sigorta ettirenin onayı için öngörülmüş değildir. Söz konusu süre içerisinde 2'nci fıkrada düzenlenen ödemenin de yapılması gerekir. Bir başka anlatımla, ihtiyati veya icrai haczi uygulatan alacaklının veya iflâs masasının alacaklısının sigorta sözleşmesinin sigortacı tarafından feshi halinde sigorta ettirenin sigortacıdan isteyebileceği miktara kadar, yani iştirâ bedeline kadar bu süre içerisinde ödeme yapılması gerekir. Zira, hükümde bahsedilen kişilerin sözleşmeye taraf olabilmeleri için bir aylık süre içerisinde sigortacıya bildirim ve sigorta ettirenin onayının yeterli kabul edilmesi, alacaklıların hukuki konumlarını daha da kötüleştirir. Şöyle ki, böyle bir durumda alacaklıların alacaklarını tahsil edebilecekleri ekonomik değer, yerine başka bir değer konmaksızın ortadan kalkacaktır<sup>70</sup>. Bu sebeple, yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 1505'inci maddesinin 2'nci fıkrasında öngörülen alacakların da bu süre içerisinde ödenmesi gerekir. Alacağın iştirâ bedeline kadar miktarının bir aylık süre içerisinde her hangi bir zamanda ödenmesi yeterlidir. Heilman'ın iddia ettiği gibi sözleşmeye taraf olma hakkının yalnızca *Zug um Zug* ödeme karşılığında olması şart değildir<sup>71</sup>. Kanaatimizce, iştirâ bedelinin alacaklıya ödenmesi, sözleşmeye taraf olmanın sonucu değil; sözleşmeye geçerli bir şekilde taraf olabilmenin şartıdır<sup>72</sup>.

Hükümün lehtarın menfaati ile alacaklıların da menfaati tam gözetilerek korunması amacı dikkate alındığında bir aylık sürenin haczi uygulatan alacaklı veya iflâs masası idaresi tarafından uzatılması mümkün

---

<sup>70</sup> *Bruck, E./Möller, H./Winter, G., Lebensversicherung, Anm. H 193, sh. 1145; von Laun, K., sh. 63; Schwintowski, H.-P./Brömmelmeyer, C./Ortmann, M., §170 Anm. 15, sh. 1480. Ayrıca bkz. Berner, R.W., Rechtspfleger 1957, sh. 195; Heilmann, NJW 1950, sh. 136.*

<sup>71</sup> *Heilmann, NJW 1050, sh. 135.*

<sup>72</sup> *Prölss, E./Martin, A./Kollhossler, H., §177 VVG Anm. 2, sh. 947; Ehrenzweig, A.: Kleine Beiträge zum deutschen Versicherungsvertragsrecht, VersR 1951, sh. 25; Hasse, B., VersR 2005, sh. 33; Aksi görüş için bkz. Honsell, H./Schwintowski, H.-P., Berliner Kommentar, § 177 VVG Anm. 19, sh. 2100; Rüffer, W./Halbach, D./Schimikowski, P./Brambach, M., § 170 Anm. 9, sh. 791.*

görülmalıdır<sup>73</sup>. Süre uzatımına sigorta ettirenin onay vermesi şart değildir<sup>74</sup>.

Alacaklılar ile iflâs idaresinin sigorta sözleşmesine taraf olabilecekleri icrai veya ihtiyati haciz ile iflâsın açılmasından haberdar etme yükümlülükleri söz konusu değildir<sup>75</sup>. Ancak, bu kişileri bilgilendirmeleri kendi menfaatinedir. Zira bir aylık süre ihtiyati ve icrai haciz halinde sözleşmeye taraf olma hakkına sahip olanların bu işlemleri öğrenme tarihinden itibaren başlayacağından bir aylık süreyi bir an önce başlatmış olacaklardır. Ayrıca bu bildirim sayesinde bir aylık sürenin geçip geçmediğinin daha kesin bir şekilde tespiti imkân dâhiline girmiş olacaktır<sup>76</sup>. Aynı şekilde sigortacıya da bu kişilere haber verme yükümlülüğü yüklenemez<sup>77</sup>. Zira lehtar sadece ismen atanmış olacağından onun adresinin sigortacıya bildirilmesi zorunlu bulunmadığından haber verme yükümlülüğü sigortacıya ondan katlanması beklenemez bir araştırma yükümlülüğünü yüklemek olur. Ayrıca, sigortacı, lehtar atanmamış veya ismen gösterilmemişse sigorta ettirenin aile ilişkilerini bilemeyeceğinden ona haksız bir şekilde ek araştırma yapma yükümlülüğü yüklemek anlamına gelir.

<sup>73</sup> *Bruck, E./Möller, H./Winter, G.*, *Lebensversicherung*, Anm. H 194, sh. 1145; *von Laun, K.*, sh. 63; *Honsell, H./Schwintoski, H.-P.*, *Berliner Kommentar*, § 177 VVG Anm. 15, sh. 2100; *Prölss, E./Martin, A./Kollhosser, H.*, §177 VVG Anm. 5, sh. 948.

<sup>74</sup> *von Laun, K.*, sh. 63.

<sup>75</sup> *Honsell, H./Schwintoski, H.-P.*, *Berliner Kommentar*, § 177 VVG Anm. 16, sh. 2100; *Bruck, E./Möller, H./Winter, G.*, *Lebensversicherung*, Anm. H 205, sh. 1148; *Prölss, E./Martin, A./Kollhosser, H.*, §177 VVG Anm. 5, sh. 948; *Stegmann, A./Lindt, T.*: *Der Lebensversicherungsvertrag in der Insolvenz*, NVersZ 2002, sh. 196; *Looschelders, D./Pohlmann, P.*, § 170, Anm. 9, sh. 1366. Buna karşılık, bir görüşe göre, sigorta ettiren ile sigortacının dönülemez şekilde tayin edilen lehtar karşısında bu yükümlülüğü mevcuttur (bkz. *Schwintowski, H.-P./Brömmelmeyer, C./Ortmann, M.*, §170 Anm. 14, sh. 1480).

<sup>76</sup> *Oswald*, *Zum Eintrittsrecht nach § 177 VVG*, ZfV 1960, sh. 774.

<sup>77</sup> *Bruck, E./Möller, H./Winter, G.*, *Lebensversicherung*, Anm. H 205, sh. 1148; *Honsell, H./Schwintoski, H.-P.*, *Berliner Kommentar*, § 177 VVG Anm. 16, sh. 2100; *Prölss, E./Martin, A./Kollhosser, H.*, §177 VVG Anm. 5, sh. 948; *Hagemann, H.*, *ZVersWiss* 1940, sh. 36.

*von Laun*'a göre, sigorta ettirenin dürüstlük kuralı gereği sigorta sözleşmesine taraf olma hakkına sahip olabileceklere bildirim yükümlülüğü söz konusudur. Bu yükümlülüğün ihlali, sigorta sözleşmesine taraf olma hakkına sahip olanlar karşısında tazminat ödeme yükümlülüğünü doğurur<sup>78</sup>. Kanaatimizce, sigorta ettirenin de lehtara cebri icra veya iflas ile ilgili olarak bilgi verme yükümlülüğü kural olarak söz konusu değildir<sup>79</sup>. Ancak, sigorta ettiren açısından, lehtarlık ilişkisinin kurulmasına yol açan temel ilişkiden böyle bir yükümlülük doğabilir<sup>80</sup>.

Lehtarın sigorta sözleşmesine taraf olma talebini sigorta ettirenin alacaklılarının tasarrufun iptali yoluyla engellemesi mümkün değildir. Buna karşılık lehtarın alacaklılarının onun ödemedi aciz duruma düşmesi veya iflası halinde tasarrufun iptali yoluyla, sözleşmeye taraf olma beyanının iptalini sağlamaları mümkündür<sup>81</sup>.

### c) Sigorta Sözleşmesine Taraf Olmanın Sonuçları

Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 1505'inci maddesine uygun olarak sözleşmeye taraf olma hakkı kullanıldığında ilgili lehtar veya eş ve çocuğun sözleşmeye taraf olması ipso iure gerçekleşir<sup>82</sup>. Bir başka anlatımla, sözleşmeye katılma hakkının kullanılmasının sonucu, sözleşmenin taraflarının değişmesidir. Bu kişiler, haklarını kullandıklarında sigorta ettirenin sigorta sözleşmesinden doğan hak ve borçları ile külfetlerinin sahibi olur<sup>83</sup>. Dolayısıyla, tayin edilmiş lehtar

---

<sup>78</sup> *von Laun, K.*, sh. 68-69. Aksi görüş için bkz. *Prölss, E./Martin, A./Kollhosser, H.*, §177 VVG Anm. 5, sh. 948.

<sup>79</sup> *Prölss, E./Martin, A./Kollhosser, H.*, §177 VVG Anm. 5, sh. 948; *Stegmann, A./Lindt, T.*, NVersZ 2002, sh. 196.

<sup>80</sup> *Honsell, H./Schwintowski, H.-P.*, Berliner Kommentar, § 177 VVG Anm. 16, sh. 2100; *Schwintowski, H.-P./Brömmelmeyer, C./Ortmann, M.*, §170 Anm. 14, sh. 1480.

<sup>81</sup> *König, B.*: Das Eintrittsrecht in den Lebensversicherungsvertrag (§ 177 öVVG/dVVG) im Konkurs des Versicherungsnehmers, NVersZ 2002, sh. 484.

<sup>82</sup> *Koenig, H.*, Festgabe Moser, sh. 381.

<sup>83</sup> *Honsell, H./Schwintowski, H.-P.*, Berliner Kommentar, § 177 VVG Anm. 17, sh. 2100; *Bruck, E./Möller, H./Winter, G.*, Lebensversicherung, Anm. H 197, sh. 1146; *von Laun, K.*, sh. 69; *Prölss, E./Martin, A./Kollhosser, H.*, §177 VVG Anm. 6, sh. 949.

değiştirebilir, lehtar tayini işlemini geri alabilir yeni lehtar tayin edebilirler. Keza, sigorta sözleşmesinden doğan tüm yenilik doğuran hakları kullanabilirler. Sigortacının beyanlarını kabule yetkili olurlar<sup>84</sup>. Ancak belirtmek gerekirse, sigorta ilişkisinden doğan mevcut hak ve yükümlülüklerde bir değişiklik olmaz<sup>85</sup>. Sigorta ettirenin sigortacıya, sigortacının sigorta ettirene karşı olan def'i ve itirazları ileri sürebilme imkânı aynen devam eder<sup>86</sup>.

Sigorta sözleşmesine taraf olma sonucu kesin ve nihaidir. Sözleşmeye taraf olmuş eşten boşanılması, iflâsın kaldırılması önceki durumu ne ex tunc ne de ihtiyati veya icrai haczi ex nunc yeniden yaratır<sup>87</sup>.

Alacaklıların fesih gibi tedbirlerle sigorta sözleşmesine taraf olmayı engelleyememesi yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 1505'inci maddesinin anlamı ve amacı gereğidir<sup>88</sup>. Dolayısıyla, iflas idaresi tarafından sigorta sözleşmesinin sona erdirilmesi yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 4'üncü fıkrasında öngörülen bir aylık sürenin geçmesinden sonra hüküm ifade edecektir. Zira, yeni Kanun'da fesih yasaklanmadığından geçersiz olmayıp sadece bir aylık süre içinde hüküm ve sonuç doğurmayacaktır<sup>89</sup>. Binaenaleyh, söz konusu süre içerisinde sözleşmeye katılım hakkı geçerli bir şekilde kullanılmayacak olursa, sigorta sözleşmesi fesihle sona erecektir. Aynı düşünce ile bu sonucun alacaklılar tarafından tasarrufun iptal edilmesi hali için de kabulü gerekir<sup>90</sup>. Keza, yeni Türk Ticaret

<sup>84</sup> Prölss, E./Martin, A./Kollhosser, H., §177 VVG Anm. 6, sh. 949.

<sup>85</sup> Rüffer, W./Halbach, D./Schimikowski, P./Brambach, M., § 170 Anm. 8, sh. 790; Prölss, E./Martin, A./Kollhosser, H., §177 VVG Anm. 6, sh. 949; Stegmann, A./Lindt, T., NVersZ 2002, sh. 196.

<sup>86</sup> Prölss, E.R., DR 1940, sh. 773; von Laun, K., sh. 69; Rüffer, W./Halbach, D./Schimikowski, P./Brambach, M., § 170 Anm. 8, sh. 790.

<sup>87</sup> von Laun, K., sh. 70.

<sup>88</sup> Bruck, E./Möller, H./Winter, G., Lebensversicherung, Anm. H 198, sh. 1146; von Laun, K., sh. 71.

<sup>89</sup> Bruck, E./Möller, H./Winter, G., Lebensversicherung, Anm. H 198, sh. 1146; von Laun, K., sh. 71.

<sup>90</sup> Bruck, E./Möller, H./Winter, G., Lebensversicherung, Anm. H 198, sh. 1146.

Kanunu'nun 1505'inci maddesi hükmünün amacı ve anlamı gereği işira bedelinin bir aylık süre içerisinde ödenmesi de, sigorta sözleşmesine taraf olma hakkına sahip olanlar karşısında ancak söz konusu bir aylık sürenin geçmesi ile geçerlilik kazanacaktır. Sigorta sözleşmesi bir aylık bildirim süresinin geçmesi şartına bağlı olarak varlığını devam ettirecektir<sup>91</sup>.

Birden çok lehtar sigorta sözleşmesine taraf olma hakkını kullanırsa, sigortacı karşısında müşterek borçlu ve müşterek alacaklı olur<sup>92</sup>. Ancak, sigortacının beyanlarının geçerli bir şekilde sonuç doğurabilmesi için sözleşmenin tarafı olan bu kişilerden birine ulaşmış olması yeterlidir<sup>93</sup>. Birden çok lehtardan sadece biri geçerli bir şekilde sigorta sözleşmesine katılım hakkını kullanmışsa, diğerlerinin lehtar sıfatı devam eder. Sigorta sözleşmesine taraf olma hakkını kullanan, bu hakkını kullandığı andaki mevcut durumu üstlenir<sup>94</sup>. Sözleşmeye taraf olan ilgili sigorta ettirenin sözleşmeden doğan tüm yenilik doğuran haklarının sahibi olduğundan bu lehtarların dönülebilir şekilde atanması durumunda tayin işlemini geri alabilecektir<sup>95</sup>. Sözleşmeye taraf olmayan ve tayin işlemi geri alınmayan lehtarların payı, yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 1494'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının kıyasen uygulanması sonucu sözleşmeye katılanın payı oranında artacaktır<sup>96</sup>. Birden fazla lehtarın durumu ile ilgili açıklanan sonuçlar, eş ve çocuklar için de aynen geçerlidir<sup>97</sup>.

---

<sup>91</sup> *Bruck, E./Möller, H./Winter, G.*, *Lebensversicherung*, Anm. H 198, sh. 1146; *von Laun, K.*, sh. 71; *Honsell, H./Schwintowski, H.-P.*, *Berliner Kommentar*, § 177 VVG Anm. 14, sh. 2099. Sigorta sözleşmesinin işira bedelinin sigortacı tarafından ödenmesi ile sona ereceği hakkındaki aksi görüş için bkz. *Schwintowski, H.-P./Brömmelmeyer, C./Ortmann, M.*, §170 Anm. 15, sh. 1480; *Prölss, E./Martin, A./Kollhosser, H.*, §177 VVG Anm. 2, sh. 947.

<sup>92</sup> *Bruck, E./Möller, H./Winter, G.*, *Lebensversicherung*, Anm. H 199, sh. 1146; *von Laun, K.*, sh. 72; *Hagemann, H.*, *ZVersWiss* 1940, sh. 35; *Rüffer, W./Halbach, D./Schimikowski, P./Brambach, M.*, § 170 Anm. 6, sh. 790.

<sup>93</sup> *Rüffer, W./Halbach, D./Schimikowski, P./Brambach, M.*, § 170 Anm. 8, sh. 790; *Prölss, E./Martin, A./Kollhosser, H.*, §177 VVG Anm. 6, sh. 949.

<sup>94</sup> *von Laun, K.*, sh. 72.

<sup>95</sup> *Bruck, E./Möller, H./Winter, G.*, *Lebensversicherung*, Anm. H 199, sh. 1146; *von Laun, K.*, sh. 72.

<sup>96</sup> *Prölss, E./Martin, A./Kollhosser, H.*, §177 VVG Anm. 4, sh. 948.

<sup>97</sup> *Prölss, E./Martin, A./Kollhosser, H.*, §177 VVG Anm. 4, sh. 948.

**d) Yeni TTK mad. 1505 Hükümünün Niteliği**

Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 1505'inci maddesi, koruyucu hükümleri düzenleyen 1520'nci maddede sayılmamıştır. Bu nedenle, anılan hükümde sigorta ettiren, sigorta ettiren yerine geçme hakkına sahip olanlar lehine değişiklik yapılabilmesi mümkündür. Binaenaleyh, sözleşmeye taraf olma talebinin veya sigorta ettirenin onayının geçerliliğinin sözleşme ile yazılı şekil şartına bağlanabilmesi mümkündür.

**SONUÇ:**

Lehtarın sigorta ettirenin yerine geçmesi hakkı, mevcut Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiş değildir. Söz konusu hukuki imkân 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan yeni Türk Ticaret Kanunu 1505'inci maddesinde hükme bağlanmıştır. Hükümün uygulanmasının kapsamına ölüm ihtimaline karşı sigortalar, karma hayat sigortası ve değişmez vadeli hayat sigortaları girer. Buna karşılık, hayatta kalma ihtimaline karşı sigortalar sigorta ettirenin yerine geçme hakkını vermez. Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 1505'inci maddesinde hayat sigortasının iştirah edilebilir olması şartı aranmadığından, lehtarın sigorta ettiren yerine geçme hakkını kullanabileceği anda iştirah edilebilir sigortanın varlığı şartı aranmaz.

Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 1505'inci maddesi, dönülebilir şekilde lehtar tayin edilmiş veya hiç lehtar gösterilmemiş hayat sigortalarında uygulanır. Sigorta sözleşmesine taraf olma hakkı, sadece sigorta bedeli üzerindeki alacak hakkı ihtiyaten veya icraen hacz edildiğinde ya da sigorta ettiren hakkında iflâsın açılmasına karar verildiğinde kullanılabilir. Alacaklının icra tehdidinde bulunması ve ihtiyati tedbir kararı alınması durumunda söz konusu hüküm uygulanmaz. Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 1505'inci maddesinin 1'inci fıkrasına göre, hükümde sayılan kişiler ancak sigorta ettirenin onayı ile sigorta sözleşmesine taraf olabilirler. Sigortacının onayı, yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 1505'inci maddesinin 4'üncü fıkrası uyarınca bir aylık süre içerisinde sigortacıya ulaşmalıdır.

Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 1505'inci maddesine göre, sigorta sözleşmesine taraf olmaya, ismi açıkça gösterilen lehtar yetkilidir. Dolayısıyla, adı belirtilerek gösterilmiş lehtar tabirinden kasıt bir şahsı diğer şahıstan ayırmaya yarayan genel geçerliliğe sahip ismi belirtilmek suretiyle atanmış lehtardır. Lehtar hiç ya da ismen belirtilmemişse sözleşmeye taraf olma hakkı sigorta ettirenin eşi ve çocuklarına aittir. "Eş" tabirinden, sigorta ettirenle geçerli bir resmi nikaha dayalı olarak evli olan kişi anlaşılmalıdır "Çocuk" tabiri kapsamı içerisine ise, evlilik içi doğan çocuk, baba tarafından tanınan veya babalık davası ile soy bağı kurulmuş çocuk, evlat edinilmiş çocuk; annenin sigorta ettiren olması halinde ilaveten evlilik dışı doğan çocuk girer Sözleşmeye taraf olma şartlarından birisi de sigortacıya yapılacak bildirimdir sigortacıya yapılacak bildirim, bilgi açıklaması değil; sigortacıya varması gerekli tek taraflı bir irade beyanıdır

Bildirim varması gerekli bir irade beyanı olduğundan bir aylık süre zarfında sigortacıya ulaşmalıdır. Bir aylık süre, sözleşmeye taraf olmaya hakkı olanların ihtiyati veya icrai haczi öğrenmesinden ya da iflâsın açılmasından itibaren başlar. Buna göre sürenin başlaması için yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 1505'inci maddesinde belirtilen kişilerin haciz kararından haberdar olması gerekir. Sigorta ettirenin iflâs etmesi durumunda da, sürenin başlaması için iflâs kararının verilmesinin kesinleşmesi şartı aranmaz. Söz konusu süre içerisinde 2'nci fıkrada düzenlenen ödemenin de yapılması gerekir. Alacağın işira bedeline kadar miktarının bir aylık süre içerisinde her hangi bir zamanda ödenmesi yeterlidir. Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 1505'inci maddesine uygun olarak sözleşmeye taraf olma hakkı kullanıldığında ilgili lehtar veya eş ve çocuğun sözleşmeye taraf olması *ipso iure* gerçekleşir. Sözleşmeye katılma hakkının kullanılmasının sonucu, sözleşmenin taraflarının değişmesidir.



# TÜRKİYE VE BAŞKANLIK SİSTEMİ

Yrd.Doç.Dr.Hayri KESER\*

## ÖZET

Türkiye’de son zamanlarda başkanlık sistemi hakkında yoğun tartışmalar olmaktadır. Başkanlık sisteminin lehinde ve aleyhinde fikirler ileri sürülmektedir. Demokratik bir sistem olan başkanlık sistemi ile siyasal sistemdeki tıkanıklıkların giderilebileceği ifade edilmektedir. Türk toplum yapısına uygun hükümet sisteminin doğru tespiti siyasal sistemin düzgün çalışmasını sağlayacaktır. Siyasal sistemde meydana gelen tıkanıklıkların doğru teşhisi bizi doğru tedbirlerin alınmasına götürecektir. Başkanlık sistemi kesin ve sert kuvvetler ayrılığına dayanan demokratik bir sistemdir. Bir ülkede farklı bir sisteme geçmek zor olmaktadır. Ancak demokratik sistem tercihi konusunda ise aynı zorluğun yaşanmaması gerekir. Çünkü bir demokratik sistemden başka bir demokratik sisteme geçiş söz konusu olmaktadır. Türkiye açısından konunun çok iyi bir şekilde tartışılması ve değerlendirilmesi gerekmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Demokrasi, başkanlık sistemi, parlamenter sistem, kuvvetler ayrılığı, hukuk devleti

## *TURKEY AND PRESİDENTIAL SYSTEM*

### ABSTRACT

In Turkey, There have been immense discussions on presidentialy system lately. Ideas favouring and against presidential system have been put forward. It is stated that with the presidential system, which is a democratic system, the blockages of the political system can be opened. The determination of the right governmental system suitable for Turkish society will enable political system to work properly. Accurate diagnosis

---

\* İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

of the blockages occurring democratic system will lead us to taking right precautions. Presidential system is a democratic system which is based on certain and severe separation of powers. In any country, it is difficult to pass to a different different system. However, it is not necessary to experience such a difficulty about the preference of a democratic system because it is a matter of transition to another democratic system from a democratic system. From the stand point of Turkey, the subject must be discussed and evaluated broadly.

**Keywords:** Democracy, presidential system, parliament system, separation of powers, rule of law

## GİRİŞ

Hükümet sistemlerinden parlamenter hükümet sisteminin uygulandığı ülkemizde, yürütme organında ortaya çıkan sorunlar ve yürütme organının yasama organı üzerindeki etkisi, sistem tartışmasını da beraberinde getirmiştir.

Türkiye’de Parlamenter sistemden başkanlık sistemine geçilmesi uygun olur mu? sorusunun cevabını ararken genel olarak, hükümet sistemleri incelenecektir. Özellikle Amerikan başkanlık sisteminin yapısı ilgi alanımızda olacaktır. Çünkü güçlü ve istikrarlı yürütme, saf şekliyle burada uygulanmaktadır. Başkanlık sisteminde, yürütmenin hızlı ve etkin hareket etmesi, başkanın halk tarafından seçilmesi ve yürütme organını bizzat başkanın oluşturması, bu sistemin temel ayırıcı özellikleri arasında yer almaktadır. Amerika Birleşik Devletlerinde (ABD) siyasi partiler, devlet yönetimi ve federatif yapı, kuvvetler arasında kesin ve sert ayrılık bu sistemin temel diğer ayırıcı unsurlarını oluşturmaktadır.

Başkanlık sistemine yöneltilen eleştirilere bakıldığında, bu sistemin saf şekliyle sadece dünyada ABD’nde uygulanabileceği izlenimi verildiği görülmektedir. Hâlbuki başkanlık sistemini deneyen Latin Amerika ülkelerinin kendisine has yapı arz etmesi, köklü ve derin demokratik

geleneğin bulunmaması, iktisadi ve sosyal faktörler, bu ülkelerde başkanlık sistemi denemesini başarısızlıkla sonuçlandırmıştır. Bu ülkelerdeki başarısız deneme, başkanlık sistemini uygulamak isteyen devletlerin cesaretini kırmaktadır. Buna rağmen, bu sistemin tüm yönleriyle araştırılması ve tartışılması gerekmektedir.

1982 Anayasasının yapım sürecinde Danışma Kurulu'nda tartışılan başkanlık sisteminin, Türk toplum yapısına uyduğu öne sürülmüştür. Ancak parlamenter sistemin devamında karar kılınmıştır.

İncelememizde parlamenter sistemin içinde bulunduğu sorunlar göz önünde bulundurularak başkanlık sisteminin özelliklerini belirtmeye çalışacağız. Böylece hükümet sistemleri incelenerek, başkanlık sistemini Türkiye'deki parlamenter sistem ile karşılaştırma imkânı bulacağız.

## **I- Hükümet Sistemleri**

Demokratik toplum yapısının oluşumu, insanlığın gelişimi ile doğru orantılıdır. Dünyada değişik yönetim biçimleri bulunmakta, her devletin yönetim biçimi, kendine has özellikler taşımaktadır. 'J' Locke ve Montesquieu'dan beri, kuvvetlerin birbirleriyle ilişkisi bakımından değişik hükümet sistemleri ortaya çıkmıştır.

### **A- Genel Olarak**

Bir ülkede devlet fonksiyonlarının yerine getirilmesi, yasama ve yürütme organlarının birbirleriyle ilişkisini ve bağlarını da ortaya çıkarmaktadır<sup>1</sup>. Dolayısıyla, yasama ve yürütme organlarının birbirlerini etkilemeleri, hükümet sistemlerinin belirlenmesinde temel unsur olarak ele alınmaktadır<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Hükümet sistemleri konusunda daha geniş bilgi için bkz., TURHAN, Mehmet, Hükümet Sistemleri ve 1982 Anayasası, Diyarbakır- 1989.

<sup>2</sup> ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara-1989, s.313; TEZİÇ, Erdoğan, Anayasa Hukuku, İstanbul 1991, s. 347; ERDOĞAN, Mustafa, 1982 TC Anayasasına Göre Cumhurbaşkanının Hukuki Durumu (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Ankara-1987, s. 5.

Görev ve yetkileri anayasa ve kanunlarla belirlenmiş kuvvetler, aynı zamanda kişi temel hak ve hürriyetleri bakımından da teminat teşkil etmektedir. Montesquieu, kuvvetlerin ayrı olmadığı yerde, hürriyetlerden bahsedilemeyeceğini belirtmiştir. Nitekim 1789 Fransız ihtilalinden sonra ilan edilen, İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirgesinin 16. maddesi katı bir kuvvetler ayrılığı ilkesini ön görmüştü<sup>3</sup>.

Günümüzde, hürriyetçi ve demokratik toplumlarda, yasama ve yürütmenin birbirinden ayrı olması gerektiği kural olarak ileri sürülmektedir. Bununla birlikte yargı bağımsızlığının etkin olarak sağlanmadığı ülkelerde, hukuk devleti ilkesinin sağlanamadığı, eksik ve yetersiz olduğu bilinmektedir<sup>4</sup>.

Siyasi rejim kavramından, geniş manada, bir siyasi toplumda, idare edenlerle, edilenlerin genel olarak ayrılışını anlamaktayız. Dar manada siyasi rejim ise, bir devletin sadece hükümet şeklini ifade etmektedir<sup>5</sup>.

Kuvvetler arasındaki ilişkilerin niteliğine göre, hükümet sistemlerini üçe ayırabiliriz. Bunlar: Başkanlık hükümeti sistemi, parlamenter sistem ve meclis hükümeti sistemidir<sup>6</sup>. Kuvvetler ayrılığı ve/veya bunların birbiriyle ilişkilerine bakıldığında temsili rejimleri; kuvvetlerin birbirinden kesin ve sert bir şekilde ayrıldığı başkanlık hükümeti sistemi ki, bu sistemde yürütmenin etkin ve güçlü olduğu görülmektedir. Kuvvetlerin yumuşak ve dengeli ayrıldığı ve bu kuvvetlerin, birbirleriyle işbirliği esasına dayanan parlamenter sistemler ise, özellikle kıta Avrupa'sında yoğun bir biçimde görülmektedir. Parlamenter sistem, İngiltere'de doğmuştur. Parlamenter sistem, daha önceden tespit edilmiş kuralların uygulanmasından doğan siyasi bir sistem değildir. Montesquieu'dan beri, kuvvetler ayrılığı teorisi, hükümet

---

<sup>3</sup> GÖZE Ayferi, Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, İstanbul- 1989, s. 570.

<sup>4</sup> TURHAN, s.21.

<sup>5</sup> HAZIR Hayati, Anayasa Hukuku, Konya- 1995, s. 140.

<sup>6</sup> ÖZBUDUN, S. 313.

sistemleri açısından tasnif ve değerlendirme ölçüsü olarak kullanılmaktadır. Kuvvetlerin birliği esasına dayanan meclis hükümeti sistemlerinde ise, kuvvetler tek bir organda toplanmaktadır<sup>7</sup>.

### **B- Kuvvetler Birliğine Göre Siyasal Sistemler**

Kuvvetler birliği sistemi, yasama ve yürütmenin aynı elde toplandığı siyasal rejimlerdir<sup>8</sup>. Bu sistemde kuvvetler, yürütme organında toplanabileceği gibi, yasama organında da toplanabilir<sup>9</sup>. Kuvvetlerin yürütmeye toplanması haline, mutlak monarşi ve diktatörlükler örnek olarak verilebilir.

Kuvvetlerin yasamada toplanması hali de, meclis hükümeti sistemlerinde görülmektedir. Milli mücadele döneminde, yasama ve yürütme gücünün, TBMM'nde toplanması hali, meclis hükümeti sistemine örnek teşkil etmektedir. Bu dönemde, meclis tarafından seçilen bakanların, meclise karşı kullanabileceği (fesih gibi) hiçbir hukuki imkân bulunmamaktaydı<sup>10</sup>. Türkiye'de meclis hükümeti, olağanüstü dönemlerde ve siyasi grupların olmadığı bir ortamda doğmuştu. Temsilcilerin seçim yolu ile gelmesi, bu sistemin demokratik olduğunun bir göstergesiydi. Bu dönemde aynı zamanda, meclis tarafından alınan kararların müzakere ve tartışması da yapılmaktaydı.

Diktatörlük ve mutlak monarşilerde, yasama ve yürütme, tek elde toplandığı için, güçlü bir yürütme ve tiranlığın bulunduğu siyasal yönetimler meydana gelmektedir. Devlet başkanı, seçimle iktidara gelebilir. Ancak görev süresi dolan başkan, bu görevi terk etmiyor ve baskı ve şiddet uyguluyor ise sistem diktatörlük haline dönüşebilmektedir. Yine diktatörler seçimle işbaşına gelmelerine rağmen, halka dayanmadığı

<sup>7</sup> ERDOĞAN (Cumhurbaşkanı), s. 8-9.

<sup>8</sup> TURHAN, s. 21.

<sup>9</sup> GÖREN, Zafer, Anayasa Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara-2006, s. 144.

<sup>10</sup> ÖZBUDUN, s. 7-8

için meşruluklarını devam ettirememektedirler<sup>11</sup>. Hâlbuki demokratik yönetimlerde iktidar halktan kaynaklanmakta ve halka dayanmaktadır<sup>12</sup>.

### **C- Kuvvetler Ayrılığına Göre Siyasal Sistemler**

Kuvvetler ayrılığına göre siyasal sistemleri; kuvvetlerin kesin ve sert olarak birbirinden ayrıldığı başkanlık sistemi ve kuvvetlerin yumuşak ve dengeli olarak ayrıldığı ve bunların birbirleri arasında işbirliğine dayanan parlamenter sistem olarak ikiye ayırabiliriz<sup>13</sup>.

Kuvvetler ayrılığına göre siyasal sistemler ayrı ayrı incelenmektedir. Çalışmamızda başkanlık sistemi hakkında daha ayrıntılı bilgi vermeye çalışacağız. Zira çalışmamızın esasını, ülkemizde başkanlık sisteminin uygulanıp uygulanamayacağı sorunu teşkil etmektedir

#### **1- Parlamenter Sistem ve Özellikleri**

Parlamenter sistemi, yürütme organının yasama organından kaynaklandığı ve yasama organına karşı sorumlu olduğu anayasal demokrasi tipi olarak tanımlayabiliriz<sup>14</sup>. Bu genel tanımdan hareketle, parlamenter sistemin temel karakteristik özelliğinin her şeyden önce, yürütme organının parlamentodan çıkmasını ve onun güvenine dayanması gerektiğini söyleyebiliriz<sup>15-16</sup>. Parlamenter sisteme, yumuşak kuvvetler ayrılığı sistemi ya da kuvvetlerin işbirliği sistemi de denmektedir. Bu sistemde yasama ve yürütme yetkileri kural olarak iki ayrı organa verilmişse de bu organlar birbirinden bütünüyle bağımsız değildirler. Bu

---

<sup>11</sup> HAZIR, s.70.

<sup>12</sup> TURHAN, s.22.

<sup>13</sup> Geniş bilgi için bkz., LÛPHART, Arend, Çağdaş Demokrasiler, (Çev. Ergun ÖZBUDUN/ Ersin ONULDURAN), Ankara-1986, s. 62; TURHAN, s. 32.

<sup>14</sup> LÛPHART, s. 62.

<sup>15</sup> 1982 Anayasasının 109. Maddenin 3. Fıkrasına göre, bakanlar, TBMM üyeleri veya milletvekili seçilme yeterliliğine sahip olanlar arasından başbakanca seçilir ve cumhurbaşkanınca atanır. Görüldüğü gibi, parlamento üyesi olmayan ancak milletvekili seçilme yeterliliğine sahip olanlar arasından da, bakanlar kuruluna üye atanabilmektedir.

<sup>16</sup> KAPANİ, Münci, Politika Bilimine Giriş, Ankara-1989, s. 159.

organlar parlamento çalışmalarında yer yer içi içe de geçmektedir<sup>17</sup>. Yürütme yasamadan kaynaklanmakta ve ona dayanmaktadır. Parlamentoda çoğunluğu elde eden siyasi parti, hükümeti kurmakla görevlendirilmektedir. Hükümetin kuruluş aşamasında parlamento üyeleri yürütme organında görev almak istemektedir. Dolayısıyla, parlamentodaki üyeler, bakan olabilmek için kıyasıya mücadele etmektedirler. Siyasi partilerin temel amacı, siyasi iktidarı ele geçirmek veya ortak olmaktır. Kendi programları çerçevesinde parlamento desteğini elde eden yürütme organı, yürütme fonksiyonunu ifa etmektedir. Başbakan ve kabinesi, yasama organına karşı sorumludur. Yürütme, yasama organının güvenine dayanır. Bu nedenle, yasama organı güvensizlik oyu ile bakanlar kurulunu düşürebilir. Yani yasama organı bakanlar kurulunu denetler. Ancak parlamento çoğunluğunu elde eden yürütme organının, parlamento tarafından denetimi, ne derece sağlıklıdır? Bu tartışılabilir. Çünkü parti içi muhalefetin olmadığı veya parti disiplininin katı uygulandığı ülkelerde, parlamento çoğunluğunu elde eden hükümetin denetimi kolay olmamaktadır. Yani yürütmeyi elinde bulunduran parlamentoya da hâkim olmaktadır. Dolayısıyla parlamento yürütme organını denetleme işlevini yerine yerine getirememektedir. Yasama organının oluşum aşamasında siyasi parti liderlerinin aday belirleme konusundaki tekelleri ellerinde bulundurması, demokratik bir parlamentonun oluşumunu da engeller bir nitelik taşımaktadır. Bununla birlikte tekrar seçilmek isteyen parlamento üyeleri ya da adayları düşüncelerini rahatça açıklayamamaktadırlar.

Parlamentar sistemlerde yürütme, düalist bir yapı arz etmektedir. Bir tarafta meclise karşı sorumlu bakanlar kurulu ve diğer tarafta da sorumsuz devlet başkanı bulunmaktadır. Böylece yürütme, bölünmüş ve ikili bir yapı oluşturmaktadır.

---

<sup>17</sup> GÖZLER, Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa-2010, s. 242; TANÖR, Bülent / YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Cogito, İstanbul-2001, s. 418-419.

Devlet başkanı, monarşik<sup>18</sup> parlamenter sistemlerde kral, cumhuriyet tipi parlamenter sistemlerde ise cumhurbaşkanıdır. Bu iki sistemin ortak özelliğini ise devlet başkanlarının yasama organı karşısında sorumsuz olması oluşturmaktadır. Bu nedenle devlet başkanları yetkilerini ancak başbakan veya bir bakanın karşı imzalarıyla kullanabilmektedir.

Anayasal şartların gerçekleşmesi halinde, yasama organının yürütme organını güvensizlik önergesiyle düşürmesi buna karşılık yürütme organının da yasama organını feshetmesi parlamenter sistemlerin temel diğer ayırıcı özelliğini oluşturmaktadır<sup>19</sup>.

Yasama ve yürütme kuvvetlerinin yumuşak ve dengeli olması parlamenter sistemin bir diğer ayırıcı unsurunu oluşturmaktadır. Parlamenter sistemlerde, yürütmenin yasamadan doğması, bunların birbirleriyle uyum içerisinde çalışmasını gerektirmektedir. Parlamento üyesi seçilen milletvekilinin bakan olarak atanması halinde, bu durum bakanın hem yasamaya ve hem de yürütmeye ait görev ve yetkileri kullanması sonucunu da beraberinde getirmektedir<sup>20</sup>.

Klasik parlamentarizmin ana yurdu İngiltere'dir ve 19. yüzyılda Kıta Avrupa'sına yayılmıştır<sup>21</sup>. Parlamenter sistem, kuvvetlerin yumuşak ve dengeli ayrıldığı ve kuvvetlerin birbirleriyle işbirliği içerisinde bulunduğu bir sistemdir. Günümüzde, yasama ve yürütme arasındaki denge dikkate alındığında, yürütmenin güçlendiği görülmektedir. Demokratik hükümet şekillerinden olan parlamenter sistemin özelliklerine bakacak olursak;

- Parlamenter sistemde yürütme iki başlıdır; devlet başkanı, yürütmenin sorumsuz tarafını, bakanlar kurulu ise sorumlu tarafını oluşturur. Bu

---

<sup>18</sup> Monokrasi ve monarşi hakkında bkz., FENDOĞLU, H. Tahsin, Başkanlık Sistemi Tartışmaları, Stratejik Düşünce Enstitüsü, Ankara-2010, 15.

<sup>19</sup> YAYLA, Atilla, Anayasa Hukuku Ders Notları, İstanbul- 1985, s. 71; GÖREN, s. 147.

<sup>20</sup> LIJPHART, s. 65.

<sup>21</sup> TUNAYA, Z. Tarık, Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku, İstanbul-1980, s. 398.



nedenle, devlet başkanının tek başına yapacağı işlemler dışındaki işlemlerinde, başbakan veya bakanların, katılımına ihtiyaç duyulur<sup>22</sup>.

- Başbakan ve bakanlar kurulunun, meclise karşı siyasi sorumluluğu vardır. Hükümetin eylem ve işlemlerini parlamento denetlemektedir. Bakanların, siyasi sorumlulukları kadar şahsi sorumlulukları da bulunmaktadır. Devlet başkanı, parlamento çoğunluğunu elde eden ve güvenoyu alabilecek siyasi parti veya partileri, hükümet kurması için görevlendirir. Hükümetin, meclisin güvenini sarsmaması gerekir. Aksi halde, meclis güvenini kaybeden hükümet, icraat yapamaz ve düşer<sup>23</sup>. Görüldüğü gibi hükümet parlamentodan çıkmakta ve ona karşı sorumlu olmaktadır. Güçlü bir yürütmenin oluşumu için, meclis çoğunluğunu, siyasi partilerden birinin sağlaması gerekir. Koalisyonlarla yönetilen ülkelerde, siyasi istikrarsızlık, sık sık görülebilmektedir. (İtalya örneğinde olduğu gibi)<sup>24</sup>.

- Parlamenter sistem, çift meclisli de olabilir. Bakanlar kurulu, ancak içinden çıktığı meclise karşı sorumlu olabilmektedir. 1961 Anayasasının kurduğu hükümet sistemi buna örnek olarak gösterilebilir.

- Yasama, yürütmeyi değişik yollarla denetler ve kontrolü altında bulundurur. Aksi halde sınırsız yetki elde eden yürütme organı, temel hak ve hürriyetleri tehdit eder hale gelebilir.

- Yasama ve yürütme organlarının, birbirlerini feshetme imkânları bulunmaktadır. Parlamenter sistemde fesih müessesesi, etkin bir role

<sup>22</sup> TUNAYA, s. 399; GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, Anayasa Hukuku, Ankara-1995, s. 24; Karşı imza için bkz. ERDOĞAN (Cumhurbaşkanı), s. 141.

<sup>23</sup> GÖZÜBÜYÜK, s. 25.

<sup>24</sup> Turhan, Parlamenter rejimi, diğer anayasal hükümetlerden ayırt eden iki temel kıstas belirtmektedir. Bunlar; yürütmenin yasamadan doğması ve yürütmenin yasamaya karşı sorumlu olmasıdır. Bkz., TURHAN, s. 43.

sahiptir. Yürütme organı, yasama organınca düşürülebilme tehdidine karşılık olarak, fesih imkânını saklı bulundurmaktadır<sup>25</sup>.

## 2- Başkanlık Sistemi

Başkanlık sistemi, yasama ve yürütme kuvvetlerinin, birbirinden kesin ve sert ayrıldığı, kuvvetlerin birbirini kontrol ettiği, yürütmenin aktif ve güçlü olduğu hükümet sistemi olarak nitelendirilebilir<sup>26</sup>. Günümüzde, gelişen ve değişen toplum yapısına uygun, güçlü bir yürütmenin bulunması gerekli hale gelmektedir. Tabi bu yapılırken, temel hak ve hürriyetleri güvence altına alan anayasanın ve güçlü bir yargı denetiminin bulunması da zorunluluk arz etmektedir.

## II- Başkanlık Hükümeti Sisteminin Doğması ve Genel Özellikleri

Başkanlık hükümeti sistemi, temsili demokratik rejim türlerinden birisidir. Bu sistem saf şekliyle ABD’nde uygulanmaktadır. Avrupalı düşünürlerin; özellikle Locke ve Montesquieu’nun kuvvetler ayrılığı prensibi ile belirlediği esasa dayanır. İngiltere’de, seçilmiş krallık özleminin tezahürü biçiminde ortaya çıkmıştır<sup>27</sup>.

Başkanlık sistemi, parlamenter sistem gibi, tarihi bir gelişimin bir tezahürü olan bir sistem değildir. ABD’nde, kurucu meclisin, 1787 yılında yaptığı toplantı sonucu yazılan anayasa ile ortaya çıkan bir sistemdir<sup>28</sup>.

Sert kuvvetler ayrılığına dayanan ve XVIII. yüzyılda ortaya çıkan başkanlık sistemi ile iktidarın somut olarak merkezileşmesi önlenilmeye çalışılmıştır. Böylece bireylerin siyasal baskıdan korunması düşünülmüştür. Ayrıca, siyasi gücün, bir kişinin elinde toplanması

---

<sup>25</sup> TURHAN, s.49-50; TUNAYA, s. 402; GÖZÜBÜYÜK, s.25.

<sup>26</sup> LİJPHART, s. 62.

<sup>27</sup> Geniş bilgi için bkz. DUVERGER, Maurice, Seçimle Gelen Krallar, (Çev. Necati ERKUT), İstanbul-1975; KABOĞLU, İbrahim Ö., Anayasa Hukuku Dersleri, 6. B., Legal Yayınları, İstanbul-2010, s. 125.

<sup>28</sup> KUZU, Burhan, “Türkiye İçin Başkanlık Sistemi I”, Liberal Düşünce, C.I, S. 2, Ankara 1996, s. 13.

engelleyecek önlemler düşünülmüştür. Başkanlık sistemi kuvvetler ayrılığı ile fren ve denge mekanizmaları ilkelerine dayanır<sup>29</sup>.

Amerikan anayasasının fikir babalarından birisi olan, Thomas Jefferson, kurulacak hükümet sisteminin, seçimli bir despotizm olmadığını, güçlerin farklı organlar arasında bölünmesini ve dengelenmesini, her organın yetkisinin hukuk kurallarıyla belirlenmesi ve sınırlandırılması gerektiğini ileri sürmüştür. Başkanlık sisteminde tek başlı yürütme bulunmaktadır. ABD’nde saf şekliyle uygulanan başkanlık sistemi, dünyanın en eski yazılı anayasası ile tesis edilmiştir<sup>30</sup>.

Amerika Birleşik Devletlerinin Anayasası, ABD başkanının halk tarafından seçilmesi, kuvvetler ayrılığı, devletin sınırlandırılması ve hukuk devleti temel düşünceleri ışığında, yapılmıştır. Bu düşünceler ışığında oluşturulan başkanlık sisteminde, yasama ve yürütme birbirlerinden, “işlevsel ve organik” açıdan ayrılmıştır.

İşlevsel ayrılıktan kastedilen; yasama ve yürütme kuvvetlerinin, hukuki olarak birbirinden ayrı olmasıdır. Yasama organı, işlevsel açıdan kanun koymakta, yürütme organı ise kanunları uygulamakta ve hükümet etmekle yükümlü kılınmaktadır.

Kuvvetlerin organik ayrılığı ise, yasama ve yürütme işlemlerinin, ayrı ayrı organlar tarafından yerine getirilmesi ve bu organların birbirinden bağımsız olmaları şeklinde anlaşılmaktadır<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> ERDOĞAN, Mustafa, “Başkanlık Sistemini Doğru Tartışmak”, Liberal Düşünce, C.I. s. 5; AKÇALI, Pınar, “Siyasal İstikrar ve Başkanlık Sistemi: Amerika Birleşik Devletleri Örneği”, Başkanlık Sistemi ve Türkiye, (Der. İhsan KAMALAK), Kaldeon Yayınları, İstanbul-2007, s. 60 vd..

<sup>30</sup> ABD’deki başkanlık sistemi için bkz. VERNON, Manfred (Çev. Mümtaz SOYSAL), Ankara-1961, s. 111; ÇAM, Esat, Devlet Sistemleri, İstanbul-1993, s. 85; LİJPHART, s. 62-67; DUVERGER, Maurice, Siyasi Rejimler, (Çev. Yaşar GÜRBÜZ), İstanbul-1966; SERİM, Ekrem, “Amerika’daki Başkanlık Sistemi”, Ankara Barosu Dergisi, Y., 1993, S. 3-4, s. 35.

<sup>31</sup> ERDOĞAN (Başkanlık), s. 5; KUZU, s. 23-24.

Yürütmeyi, halk tarafından seçilen başkan ve kurduğu ekibi teşkil etmektedir. Tek başlı yürütme, ABD başkanlık sisteminin, ayırt edici özelliğidir. Yasamayı ise çift meclis (Senato ve Temsilciler Meclisi) oluşturur<sup>32</sup>.

### **III- ABD Başkanlık Sistemi**

Başkanlık sistemi, saf şekliyle uygulandığı ABD’nde, çeşitli kurum ve müesseseleri ve yapısıyla dünyada örnek teşkil etmektedir. Aslında, karmaşık bir yapıya sahip olan ABD, eski anayasal geleneğe sahip olması, toplumun sisteme güven duyması ve uyumu, toplumun bilgili ve kültürlü olması ve anayasaya bağlılığı, bu sistemin başarıyla uygulanmasına sebep olmaktadır.

#### **A- Başkan ve Kabinesi**

Amerika başkanlık sisteminde yürütmenin başında dolaylı olarak seçilen başkan bulunmaktadır. Başkan ve başkan yardımcısı adayını, partiler, kendi içerisinde belirlerler. Başkan adayı olabilmek için; en az 35 yaşında olmak, ABD doğumlu olmak ve on dört yıldan beri bu ülkede ikamet etmek gerekmektedir. ABD’nde başkan halk tarafından seçilir ve görev süresi dolmadan yasama organı tarafından görevden alınamaz. Başkanın halk tarafından seçilmesi ona bir prestij ve otorite vermektedir. Ayrıca başkan gücünü, dayanağını ve meşruluğunu halktan almaktadır. Başkan yasama organına karşı sorumlu değildir. Başkan sadece kendisini seçen halka karşı sorumludur<sup>33</sup>.

Başkanlık seçimi, üç aşamada gerçekleşmektedir. Birinci aşamada; her parti, başkan ve başkan yardımcısı adayını belirler. İkinci aşamada; her federe devlet, başkanı seçecek delegeleri genel oyla belirler. Üçüncü aşamada; seçilen delegeler oylarını kendilerini seçtiren partinin başkan adayına vermek suretiyle, (emredici vekâlet) ABD başkanını

---

<sup>32</sup> GÖZE, s.510; VERNON, s. 131; LİJPHART, s.81.

<sup>33</sup> GÖZLER, s. 232-233; YANIK, Murat, Başkanlık Sistemi ve Türkiye’de Uygulanabilirliği, Alfa Yayınları, İstanbul–1997, s. 35 vd.

seçerler. Delegeler, başkanı seçmek için yeterli çoğunluğu oluşturamazlarsa, temsilciler meclisi, en çok oyu alan üç aday arasından, başkanı seçerler<sup>34</sup>. Delegeler tarafından yeterli çoğunluk sağlanamadığı gerekçesiyle Temsilciler Meclisince iki başkan belirlenmiştir. Bunlardan birincisini 1801 yılında T. Jefferson, ikincisini ise 1825 yılında O. Adams Temsilciler Meclisince ABD başkanı olarak seçilmiştir.

ABD’nde başkan ve yardımcısının görev süresi 4 yıldır. Üst üste iki defa başkan seçilmek mümkündür. G. Washington’un üçüncü defa başkanlık seçimine girmemesi, diğer başkanlar için, ikiden fazla başkan seçilmeme teamülünün oluşmasına sebep olmuştu. Ancak, F.D.Roosevelt’in 1940 yılında üçüncü, 1944 yılında dördüncü kez başkan seçilmesiyle, bu teamül bozulmuştur. Fakat Truman zamanında, 1947’de gerçekleştirilen 22. Anayasa değişikliği ile bir başkanın ikiden fazla seçilmesi önlenmiştir.

Başkan, parlamento dışından, sekreterlerini (bakan) seçmektedir. Bakanların göreve başlaması için, senato tarafından onaylanması gerekir. Uygulamada, senato, başkanın kendi kabinesini oluşturmasına müdahale etmemektedir. Bakanların karar alma ve uygulama yetkileri yoktur. Kongreye karşı siyasi sorumluluğu olmayan bakanların, başkana karşı sorumlulukları ise tamdır. Bakanlar, başkanın belirlediği siyaseti uygularlar. Son söz hakkı, başkana aittir. Başkan Lincoln’un, bir mesele hakkında bakanların görüşünü alıp, hepsinin kendisine muhalif olduğunu gördüğünde, ‘‘yedi hayır, bir evet; evet çoğunlukta’’ sözü ise sistemde başkanın temel belirleyici rol oynaması açısından vurgulanmaktadır<sup>35</sup>.

Başkanlık sisteminde yasama ve yürütme kuvvetleri birbirlerinin varlıklarına son verememektedir. Bu durum, kuvvetlerin kesin ve net ayrılığı ve kuvvetlerin birbirinden bağımsız olmasının mantıksal sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca başkanlık sisteminde başkan ve

<sup>34</sup> GÖZE, s. 506; KUZU, s.17; VERNON, s. 138-139; ÇAM, s. 98-99; TURHAN, s. 34.

<sup>35</sup> DUVERGER (Rejim), s. 100; GÖZE, s. 507; KUZU, s. 15; GÖREN, S.146.

sekreterleri yasama faaliyetlerinde yer alamazlar. Dolayısıyla yürütme organını oluşturan başkan ve sekreterleri aynı zamanda parlamento üyesi olamamaktadırlar. Aynı zamanda başkan ve sekreterleri parlamento çalışmalarına katılıp görüş bildirememektedirler. Başkanlık sisteminde yürütme organının temsilcisi parlamentoda bulunmamaktadır. Başkanın kanun teklif etme yetkisi de yoktur. Başkanın yasama organının toplantısını engelleme, toplanmış meclisin toplantılarını kapatma, meclisi tatile sokma yetkisi de bulunmamaktadır<sup>36</sup>.

Başkan yardımcısı da, başkanla aynı şartlarda seçilir. Ancak, ülkenin genel siyasetini başkan belirler. Seçimler sırasında, güç dengelerinin oluşumunda, başkan yardımcısının belirlenmesi, önemli bir husustur. Şöyle ki; başkan sağ eğilimli ise, yardımcısı soldandır; başkan adayı kuzey bölgesinden ise, yardımcısı güney bölgesindedir. Amaç, seçmen çoğunluğunu sağlamaktır. Başkan yardımcısının en önemli görevi, başkanın ölmesi, istifa etmesi veya görevini ifa edemeyecek duruma düşmesi halinde, başkanlık görevini üstlenmesidir<sup>37</sup>. Başkanlık makamının boşalması sebebiyle başkanlık yapan başkan yardımcısına örnek olarak, Truman ve Johnson'u örnek vermek mümkündür. Başkan yardımcısı, anayasaya göre senatonun da başkanıdır. Fakat bu görevi ifa etmemesi nedeniyle, senato, kendisine bir başkan yardımcısı belirlemektedir.

## **B- Başkanın Yetkileri**

ABD'nde, güçlü yürütme bulunmaktadır<sup>38</sup>. Yürütmenin başında halk tarafından seçilen başkan yer almaktadır. Başkan, Kongreden güvenoyu almadan göreve başlamaktadır. Başkanın yetkileri, kişisel gücünden kaynaklandığı kadar<sup>39</sup>, halk tarafından seçilmesi, gücünü

---

<sup>36</sup> GÖZLER, s. 234.

<sup>37</sup> KUZU, s.18; ÇAM, s. 110.

<sup>38</sup> Aksi görüşte, bkz. TOCQUEVILLE, Alexis De, Amerika'da Demokrasi, (Çev. İlhan SEZAL / Fatoş DİLBER), Ankara -1994, s. 70; FENDOĞLU, s. 16; TEZİÇ, Erdoğan, Anayasa Hukuku, Beta Yayınları, 13. B., İstanbul-2009, s. 443.

<sup>39</sup> SERİM, s. 40.

halktan alması, görev ve yetkilerini anayasadan alması da önemli etkenlerdir. Bununla birlikte, başkanın başkanlığındaki yürütme, başarısını, ABD'nin bağımsızlığını tehdit eden, güçlü bir sınır komşusunun bulunmaması, uluslararası alandaki iddiası ve lider konumunu üstlenme isteği gibi hususlardan da almaktadır<sup>40</sup>.

Yürütme gücü, bizzat başkanın elindedir. Milli birliği temsil eden başkan, hükümet şefi, parti lideri ve devleti temsil gibi fonksiyonları bünyesinde taşımaktadır<sup>41</sup>.

Siyasi sorumluluğu olmayan başkanın, “impeachment” (mahkeme huzurunda suçlama, itham) yolu ile cezai sorumluluğu cihetine gidilebilmektedir. Buna göre, Temsilciler Meclisinin 1/3 çoğunluğu ile suçlanan başkan, Federal Yüksek Mahkemenin başkanlığında toplanan, Senato tarafından yargılanmaktadır. Senato mahkûmiyet kararını ancak toplantıda hazır bulunan üyelerinin üçte ikisinin oyuyla verebilmektedir. Mahkûmiyet halinde başkan görevden alınmış olmaktadır. Cezai sorumluluk yoluna başvuru başkan, istifa ederek, siyasi sorumluluk kapsamına da girebilmektedir. Vatana ihanet, zimmete para geçirmek, ağır suç sebebiyle itham edilmek cezai sorumluluğun işletilebilmesi için yeterlidir<sup>42</sup>.

Başkan, memurlarını, senatonun onayı ile atar. Ancak onların azledilmesinde, senatonun onayına ihtiyaç yoktur. Senato, başkanın belirlediği genel siyasetin yürütülmesi için belirlediği kişileri genelde onaylamaktadır. Başkan bununla birlikte, ülkenin dış politikasını da

<sup>40</sup> TOCQUEVILLE, s. 70.

<sup>41</sup> KUZU, s. 18; YANIK, s. 41-42.

<sup>42</sup> İmpeachment yönteminin uygulandığı başkanlara örnek olarak; 1868 yılında Andrew Johnson, 1975 yılında Richard Nixon, 1998-1999 yılında ise Bill Clinton verilebilir. Ancak ABD’nde bu güne kadar impeachment yöntemiyle görevden alınmış bir başkan bulunmamaktadır. Bkz., GÖZLER, s. 236.

belirler. Anlaşmaların yapılması yetkisi, başkanla, senato arasında ortak kullanılmaktadır. Askeri güçlerin başkanlığını da, başkan üstlenmiştir<sup>43</sup>.

### C- Kongre

Anayasanın birinci maddesi bütün yasama yetkisini iki meclisten oluşan Kongreye vermiştir. Kongre, temsilciler meclisi ve senatodan oluşmaktadır. Amerikan siyasi sistemindeki bu iki meclisli yapı federalizmin mantıklı bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Kongre üyeleri, genel oy, tek turlu basit çoğunluk esasına göre yapılan seçimlerle belirlenmektedir. Her federe devletin sınırları bir seçim bölgesi sayılarak, altı yıl için iki senatör seçilmektedir ve senatonun 1/3'ü iki yılda bir yenilenmektedir. Senato, eyaletlerin eşit temele dayalı özgürlüklerini temsil etmektedir. Senatóda 100 senatör bulunmaktadır. Senato üyesi olabilmek için, 30 yaşını doldurmuş olmak ve en az 9 yıldan beri Amerikan vatandaşı olmak gerekmektedir<sup>44</sup>.

Temsilciler için ise, her federe devletin çıkaracağı temsilciler kadar seçim bölgesi ihdas edilmektedir. Temsilciler meclisinin 438 üyesi bulunmaktadır. Temsilciler Meclisi üyesi olabilmek için, 25 yaşını doldurmuş olmak ve en az en az 7 yıldan beri ABD vatandaşı olmak, seçileceği sırada temsil edeceği eyalette ikamet etmek ve hizmeti sırasında resmi bir işte çalışmamak şartları aranmaktadır<sup>45</sup>.

Yasama gücüne Kongre sahiptir. Senato tarafından kabul edilen tasarı, diğer meclise (Temsilciler Meclisi) gönderilir. İkinci meclis tarafından da kabul edilen tasarı, başkanın onayına sunulur. Başkanın, bu tasarı ile ilgili veto yetkisi bulunmaktadır. Veto edilen tasarinın kanunlaşabilmesi için, her iki meclisin, 2/3'nün ayrı ayrı çoğunluğu gerekmektedir. Tasarinın kanunlaşabilmesinde, uzmanlaşmış komisyonların önemli etkisi vardır. Baskı grupları, komisyonlarda önemli

---

<sup>43</sup> VERNON, s. 140 vd.

<sup>44</sup> YANIK, s.55-56.

<sup>45</sup> KUZU, s 20; KABOĞLU, s. 126.



bir konuma sahiptir. Çünkü kongre üyelerini etkileyerek, düşündükleri kanunun çıkmasını sağlayabilmektedirler. Tasarının kanunlaşması sırasında, kongre üyelerinin sınırsız konuşma yetkileri bulunmaktadır<sup>46</sup>.

Temsilciler meclisi, mali konuların önerisini yapmaktadır. Ayrıca, delegeler tarafından, başkan adayları arasında yeterli çoğunluk sağlanamayıp, başkan seçilememesi halinde, en çok oyu alan üç aday arasından birisini başkan olarak seçme yetkisine haizdir<sup>47</sup>.

Senato ise, başkanın atadığı bakanları, elçileri ve yüksek rütbeli memurların atamalarını onaylamak, antlaşmaları 2/3 çoğunlukla onaylamak, delegelerin başkan yardımcısını belirlemek gibi görev ve yetkileri kullanır<sup>48</sup>.

Başkanlık sisteminde, kuvvetler arası karşılıklı etkileşim araçları da bulunmaktadır. ABD’nde atamalar yürütmenin elindedir. Ancak Başkan yapacağı önemli atamalarda Senato ile uzlaşmak, Senatunun eğilimlerini dikkate almak zorundadır. Başkan Senatunun onayını almadıkça önemli atamaları yapamamaktadır<sup>49</sup>. Keza Başkan tarafından yapılan milletlerarası antlaşmaların geçerliliği de Senatunun 2/3 çoğunlunun onamasına bağlıdır. Yine Kongrenin, yürütme alanına giren faaliyetlerde araştırma komisyonları vasıtasıyla araştırma yapması da mümkündür. Fakat araştırma neticesinde kongre başkanı görevden alamamaktadır<sup>50</sup>. Yürütme organı faaliyetlerini yerine getirirken bütçeye ihtiyaç duymaktadır. Kongre başkanın bütçesini onaylamayabilir veya kısabilir. Başkan politikalarını yürütmek için ihtiyaç duyduğu bütçenin onaylanması için kongre ile iyi geçinmek zorundadır<sup>51</sup>. Başkanın da Kongreye karşı kullanabileceği hukuki imkân da bulunmaktadır. Bu

<sup>46</sup> KUZU, s. 21.

<sup>47</sup> GÖZE, s. 511; KUZU s. 21.

<sup>48</sup> KUZU, s. 21.

<sup>49</sup> GÖZLER, s. 235.

<sup>50</sup> GÖZLER, s. 235.

<sup>51</sup> GÖZLER, s. 236.

imkân veto şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Başkanın veto ettiği kanunun Kongre tarafından tekrar çıkabilmesi için, Temsilciler Meclisi ve Senatonun ayrı ayrı 2/3 çoğunlukla kabul etmesi gerekmektedir. Kongre tarafından 2/3 çoğunlukla kabul edilen kanunu başkan yayımlamak zorundadır. Ancak Kongredeki meclislerin ayrı ayrı 2/3 çoğunluğu elde etmesi oldukça zordur. Bu nedenle Başkan istemediği kanunları engelleyebilme imkânına da sahip bulunmaktadır. Bu yüzden Kongrenin de başkan ile uzlaşması gerekmektedir. Yine Başkan her yasama yılının başında Ocak ayında Kongrede (temsilciler Meclisi ve Senato birleşik toplantısında) yapacağı konuşma ve mesajlarıyla istediği kanunların çıkarılmasını telkin edebilmektedir. ABD’deki bu karşılıklı etkileşimlerin amacı, kuvvetlerin uyum içerisinde çalışmasının sağlanmasıdır. Bu nedenle ABD’deki başkanlık sistemine frenler ve dengeler sistemi denmektedir<sup>52</sup>.

#### **IV- ABD Başkanlık Sisteminin Temel Unsurları**

Kuvvetlerin kesin ve sert ayırımına dayanan ABD başkanlık sistemi, 1787 anayasası ile tesis edilmiştir. Yerleşik bir anayasal düzene sahip olan ABD’nde başkanlık sistemi, başarı ile uygulanmaktadır. ABD federal bir yapıya sahiptir. Federalizmi doğuran sebepleri ise, federe devletler arasındaki uzaklık, güçlü merkezi otoriteye karşı duyulan şüphe ve korku<sup>53</sup>, devletin geniş coğrafi alan üzerine kurulması, dünyada lider ülke olma düşünceleri sayılabilir. Federalizm, merkezi yönetim ile yerel yönetimler arasında anayasa ile güvence altına alınmış iktidar bölünmesi anlamına gelmektedir<sup>54</sup>.

##### **a- Tek Başlı Yürütme**

ABD’nde yürütmenin başında başkan bulunur. Başkan parlamento tarafından değil halk tarafından seçilir. Başkanın görev süresi sabittir. Başkanın seçtiği bakanlar, senatonun onayı ile göreve başlarlar. Ülkede,

---

<sup>52</sup> GÖZLER, s. 236-237; KABOĞLU, s. 126.

<sup>53</sup> YANIK, s. 30.

<sup>54</sup> YANIK, s. 30.

genel siyaseti başkan belirler ve uygular. Yasama organı, yürütme organının görevine son verememektedir. Başkan kabine üyelerini kendi partisi üyelerinden seçerek belirler<sup>55</sup>.

### **b- Kuvvetler Ayrılığı**

Yasama ve yürütme organları arasında kesin ve sert bir ayrılığın olduğu ABD’nde, kurumların görev ve yetkileri, anayasa ve kanunlarla belirlenmiştir. Yasama ve yürütme organları birbirini feshedemez. Yürütme organının oluşumunda, koalisyonlara rastlanmaz. Dolayısıyla, belli bir görev süresi için seçilen yürütme, istikrarlı bir seyir takip eder. Ancak yasama ve yürütmenin birbirleriyle karşı karşıya gelmesi sakıncası da bulunmaktadır<sup>56</sup>. Yürütme ile yasama arasındaki ilişkinin belirlenmesinde, parti bağı önemli bir rol oynamamaktadır<sup>57</sup>. Başkanla kongre liderleri arasında, önemli kararların alınmasında bir çeşit iktidar paylaşımı olmaktadır<sup>58</sup>.

### **c- İki Meclisin Varlığı**

Yasama kuvvetini Kongre kullanmaktadır. Kongre ise senato ve temsilciler meclisinden oluşmaktadır. Yasama organının iki kanatlı olması, kanunların oluşumunu geciktirdiği ve devlet iktidarının bölündüğü iddialarını da beraberinde getirmektedir<sup>59</sup>. Meclisler, hemen hemen eşit

<sup>55</sup> LİJPHART, s.34; GÖZÜBÜYÜK, s. 31-32; Başkanlık sisteminde başkanın halk tarafından seçilmesi, ona demokratik meşruluk kazandırması bakımından faydalı görülse de siyasal sistemde biri başkan, diğeri yasama organı tarafından temsil edilen, her ikisinin de eşit derecede çifte meşruluk yaratması bazı sorunları da beraberinde getirir. Özellikle başkan ve parlamentonun farklı partilerden olması durumunda devlet yönetimini ve siyasal sistem tıkanabilir. Başkan ve parlamento aynı siyasal çoğunlukta olduğu takdirde ise kişisel yönetim ve çoğunluk diktası eğilimlerinin cesaret kazanması söz konusu olabilir. Bkz., TANÖR / YÜZBAŞIOĞLU, s. 420.

<sup>56</sup> Geniş bilgi için bkz. LİNZ, Juan J. “Başkanlık Sisteminin Tehlikeleri”, (Çev. Ergun ÖZBUDUN), Demokrasinin Küresel Yükselişi, (Der. Larry DIAMOND / Marc F. PLATTNER) Ankara-1995, s. 161; TEZİÇ, s.427; ERDOĞAN (Başkanlık), s. 6; KUZU, s. 22-25; GÖZÜBÜYÜK, s. 32.

<sup>57</sup> ÇAM, s. 136.

<sup>58</sup> LİJPHART, s. 34.

<sup>59</sup> TEZİÇ, s.367.

güce sahiptirler. Senatoda bütün eyaletler eşit olarak temsil edildiklerinden, küçük eyaletler daha güçlü temsil edilmektedirler<sup>60</sup>.

Kongre üyelerinin oluşumu ise, tek turlu genel seçimle olmaktadır. Her federe devletin sınırları bir seçim bölgesi sayılmakta ve 6 yıl için 2 senatör seçilmektedir<sup>61</sup>.

#### **d- İki Parti Sistemi**

ABD’nde iktidar (başkanlık) mücadelesi, iki parti arasında geçmektedir. Cumhuriyetçi Parti ve Demokrat Parti, seçimlerde kıyasıya mücadele etmektedirler. Bu partilerin programları arasında önemli bir farklılık bulunmamaktadır. Cumhuriyetçi partinin, federal iktidarın güçlenmesi eğiliminde olduğu, Demokrat partinin ise, merkeziyetçiliğe muhalif bir tavır sergilediği görülmektedir<sup>62</sup>. Amerikan sisteminin çoğunlukçu yapısının belirlenmesinde, iki parti sistemi büyük önem taşımaktadır.

Amerikan partileri, parti olarak birliktelik ve tutarlılık özelliği taşımazlar. Çünkü sosyal yapılarında çok farklı bir durum vardır. Aşırı kutuplaşmaya yönelik programları oluşmamıştır. Seçim faaliyetleri ya hep ya hiç şeklinde cereyan etmektedir<sup>63</sup>.

#### **e- Çoğunlukçu Seçim Sistemi**

ABD’nde uygulanan seçim sistemi, nispi çoğunluğa dayanan, tek isimli seçim bölgesi sistemidir. Bununla birlikte, mahalli seçimlerde iki turlu çoğunluk sistemi ve çok adaylı seçim çevreleri de mevcuttur<sup>64</sup>. Federal yapıya sahip olan ABD’nde, her federe devletin, farklı seçim sistemini benimsemesi, seçim usullerinin de farklılaşmasına yol açmaktadır.

---

<sup>60</sup> LİJPHART, s. 34.

<sup>61</sup> ÇAM, s. 111.

<sup>62</sup> DUVERGER (Rejim), s. 104.

<sup>63</sup> LİJPHART, s. 34.

<sup>64</sup> LİJPHART, s. 35; VERNON, s. 154-156.

#### **f- Yazılı Anayasa ve Azınlık Vetosu**

Eski ve güçlü yazılı anayasal geleneğe sahip olan ABD’nde anayasanın değiştirilmesi, zor şartlarda gerçekleşmektedir. Çünkü yazılı ve sert bir anayasaya sahiptir<sup>65</sup>. Anayasanın tadili için birbirini takip eden iki nitelikli çoğunluk aranmaktadır. Amerikan politik yaşamında kongre üyeleri, sınırsız konuşma haklarını kullanarak, oylamanın önlenmesine çalışırlar. Bu durum, azınlık vetosuna örnek olarak gösterilmektedir<sup>66</sup>.

#### **V- Türkiye’de Mevcut Durum**

Yasama ve yürütme güçlerinin, yumuşak ve dengeli bir şekilde ayrıldığı ve bu güçler arasında işbirliğinin olduğu parlamenter sistem ülkemizde uygulanmaktadır. Yürütme organı yasama önünde siyasi yönden sorumludur. Yasama organı hükümeti denetleyerek, güvensizlik oyu ile hükümeti düşürebilmektedir<sup>67</sup>.

1982 Anayasası, daha önceki anayasada olduğu gibi, parlamenter sistemi düzenlemiştir. Yürütme, yasamadan çıkmaktadır. Başbakan, parlamento içinden Cumhurbaşkanıca atanmakta, bakanlar kurulu üyeleri ise başbakanca parlamento içinden veya milletvekili seçilme yeterliliğine sahip kişileri parlamento dışından seçebilmektedir. Bakanlar, meclise olduğu kadar, başbakana karşı da sorumludurlar. Böylece, başbakan, cumhurbaşkanından bakanların azlını isteyebilmektedir<sup>68</sup>. 1982 Anayasası, başbakanın, bakanlar kurulu içerisindeki konumunu yükseltmiş, “eşitler arasında birinci” konumuna çıkararak, kurul içerisindeki etkinliğini artırmıştır. Cumhurbaşkanıca da görev ve yetkileri artırılmıştır. Böylece düalist yapı arz eden yürütme, yasama-yürütme dengesi içerisinde, güçlü bir konuma gelmiştir. Yürütmenin, yasama karşısında güçlenmesi, sistemin parlamenter olma özelliğini bozmamaktadır<sup>69</sup>.

<sup>65</sup> GÖZE, s. 503.

<sup>66</sup> LİPHART, s. 35.

<sup>67</sup> TURHAN, s.163.

<sup>68</sup> ÖZBUDUN, s. 321.

<sup>69</sup> TURHAN, s. 166.

Karşı imza kuralı, yürütme yetkisinin, gerçekte devlet başkanında olmadığı, yürütme organının sorumlu kanadı olan, bakanlar kurulunda olduğu anlamına gelmektedir<sup>70</sup>.

Devletin genel siyasetinden, başbakan ve bakanlar kurulu sorumludur. Bunların sorumluluğu bireysel olduğu kadar aynı zamanda kolektiftir. Yürütmenin sorumsuz kanadını oluşturan cumhurbaşkanı, tek başına yapabileceği işlemler dışındaki işlemleri, başbakan veya ilgili bakanlarca imzalanır. Parlamenter sistemlerde, devlet başkanı, ülkenin ve milletin birliğini temsil eder. Kural olarak parlamenter sistemlerde cumhurbaşkanının, sembolik yetkileri vardır. Yetkinin olmadığı yerde sorumluluk da olmaz. Ancak 1982 anayasası, yürütme kanadının diğer tarafı olan, cumhurbaşkanına geniş yetkiler vermiştir. Böylece cumhurbaşkanı daha da güçlü konuma getirilmiştir. Cumhurbaşkanının, konum itibariyle bulunduğu yer, tarafsız olmasını zorunlu kılmaktadır. Tarafsız olacağı düşünülen cumhurbaşkanının, yasama, yürütme ve yargı ile ilgili çeşitli yetkileri bulunmaktadır ve bunları kullanmaktadır<sup>71</sup>.

Cumhurbaşkanının, yasama ile yürütme arasında çıkacak ihtilaflarda, hakem konumu da bulunmaktadır. Yasama ile yürütme arasında çıkacak ihtilafları tarafları bir araya getirerek çözebilmektedir<sup>72</sup>.

Mecliste çoğunluğu elde etmiş ve hükümeti kurma ile görevlendirilmiş parti ile yasama arasında işbirliği esasına dayanan bir ilişki mevcuttur. Parti başkanları, kurulan hükümette ülkenin genel siyasetinin yürütülmesinde, meclis desteğini elde etmektedirler. Bunu yaparken de parti disiplini ve parti programına parlamenterlerin sadık kalması istenmektedir. Bu durum ise, parti başkanlarının milletvekilleri üzerinde nüfuz ve otorite sahibi olmasına sebep olmakta, yasama organı,

---

<sup>70</sup> TURHAN, s. 116.

<sup>71</sup> ERDOĞAN (Cumhurbaşkanı), s. 60 vd.

<sup>72</sup> TURHAN, s. 167.

yürütme organının etkisi altında kalmaktadır<sup>73</sup>. Parti disiplini, parti içi demokrasinin yeterince gelişimini engellemekte; parti liderlerinin, milletvekili üzerinde siyasi baskı kurmalarına neden olmaktadır. Bir sonraki yasama organının oluşumu için yapılan seçimlerde, muhalif parlamenter bir sonraki seçimlerde ya aynı partiden aday gösterilmemekte ya da partiden ihraç edilebilmektedir. Demokratik parlamenter sistemlerde düşünce özgürlüğünün sağlanması şarttır. Yasama-yürütme dengesinin, yürütme lehine bozulması, anti demokratik süreci hızlandırmaktadır. Ayrıca yasama-yürütme ayrımı yerine, iktidar-muhalefet ayrımı yapılmaktadır. Bu durumlar, parlamentonun, yürütmeyi denetleme imkânını kısıtlamaktadır. Yasama-yürütme arasındaki ilişkide, yürütmenin, fesih imkânını kullanma tehdidi, parlamentonun denetleme fonksiyonunu tam olarak yerine getirmesini engellemektedir. Böylece, hükümet siyasi faaliyetleri kollamakta, parlamento çoğunluğunu kaybetmeme amacına yönelmektedir<sup>74</sup>.

Parlamenter sistemde hükümet, parlamento çoğunluğuna sahip olması nedeniyle asıl hesabı, parlamentoya değil; seçimler yolu ile halka vermektedir. Günümüzde yürütme organının güçlenmesi eğilimi, değişen, gelişen ve karmaşıklaşan toplumsal sorunların hızla çözülmesi gereğinin bir sonucudur. Ancak yürütme organının güçlenmesi, bireylerin temel hak ve özgürlüklerini tehdit etmemesi süreciyle paralel devam etmesi gerekmektedir. Bireysel hak ve özgürlüklerin yürütme organından gelebilecek tehditlere karşı anayasal, yasal ve yargısal koruma altına alınması şarttır.

1982 Anayasasının yapım sürecinde, başkanlık sistemi ile parlamenter sistem arasında tercih hususunda, değişik görüşler ileri sürülmüştür. Danışma meclisinde, geniş yetkilerle donatılan cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi önerisinde bulunulmuştur. Bu öneride bulunanlardan, Süleyman Sırrı KIRCALI, şunları söylemiştir;

<sup>73</sup> KUZU, s. 32.

<sup>74</sup> KUZU, s. 32-33.

“Cumhurbaşkanımızın, forsunu süsleyen yıldızın temsil ettiği, on altı Türk devletinin başkanları ve bakanları incelendiğinde, bu büyük insanların hepsinin, gerçek zekâ, bilek gücü, tecrübe, bilgi ve devlet adamı niteliği ile bu yerlere ulaştıkları görülecektir. Onlar, bugün başkanlık sistemi denilen sistem ile yönetilen devletlerin başkanlarının icra gücüne sahiplerdi. Fakat onların, kendilerine yardımcı olacak ve kanunlarla kendilerini bağlayacak parlamentoları yoktu. Öyleyse bugünkü hali ile başkanlık sistemi, Türk devletleri düzenine uygun, onda, yani Türk devletleri düzeninde gereken gelişmeyi sağlamış, istenilen güvenceyi sağlamış, bir sistem oluyor”<sup>75</sup>.

Bu konuda Ertuğrul Zekai ÖKTE, ise, “Cumhurbaşkanının, millet tarafından seçilmesi; 1. Tarihimize uygundur, 2. Milli kültürümüze uygundur, 3. Türk demokrasisinin esasını teşkil eder, 4. Devletimizin bekası için şarttır, 5. Milletimizin özlemidir”<sup>76</sup> şeklinde düşüncesini beyan etmiştir.

Kemal DAL ise, “Cumhurbaşkanına geniş yetkiler verildiğini; verilen yetkilerin bir kısmının icrai nitelikler taşıdığını, tarafsız bir cumhurbaşkanının, bu yetkileri kullanması için, halk tarafından seçilmesi gerektiğini; aksi takdirde ileride bazı sorunlar çıkabileceğini” öne sürmüştür<sup>77</sup>.

Görüldüğü gibi, parlamenter sistem ile başkanlık sistemi arasında tercih hususunda değişik fikirler ileri sürülmüştür. 7.11.1982 günü yapılan halk oylamasında, anayasanın kabulü ile cumhurbaşkanı seçimi birleştirilerek yapılmış ve Türkiye Cumhuriyetinin yedinci cumhurbaşkanı anayasanın kabulü ile birlikte seçilmiştir. Böylece cumhuriyet tarihinde, cumhurbaşkanı ilk kez, halk tarafından seçilerek göreve başlamıştır. Ancak, devlet başkanlığı için yarışan adayların olmaması, anayasanın

---

<sup>75</sup> TURHAN, s. 107.

<sup>76</sup> TURHAN, s. 107; YANIK, s. 106 ve dn. 448.

<sup>77</sup> TURHAN s. 107.



eleştirilememesi, başkan adaylarının belirlenmesinde demokratik ön seçimin yapılmaması bu seçime gölge düşürmüştür.

## **VI- Parlamenter Sistem İle Başkanlık Sisteminin Karşılaştırılması**

Yasama ve yürütme kuvvetlerinin, birbirleri ile ilişkileri bakımından, hükümet sistemleri çeşitli tasnife tabi tutulmaktadır. Ancak hükümet sistemlerinin belirlenmesinde, bu kıstas tam olarak yeterli olmamaktadır. Parlamenter sistem ile başkanlık sistemi arasındaki farkların neler olduğunu sıralamak gerekirse;

1- Başkanlık sisteminde, yasama ve yürütme organı birbirinden kesin ve sert bir biçimde ayrılmıştır. Parlamenter sistemde ise, bu iki organ arasında yumuşak ve dengeli bir işbirliği olmakla beraber; bu iki organ birbirlerinden farklı fonksiyonları icra ederler. Başkanlık sisteminde, yasama ve yürütme organları birbirlerinin görevine son veremezler. Görev süreleri belirlidir ve süre sonuna kadar görevlerine devam ederler. Dolayısıyla, parlamenter sistemde yer alan fesih müessesesi, başkanlık sisteminde yer almamaktadır<sup>78</sup>.

2- Başkanlık sisteminde, başkanın ve bakanların (sekreter), siyasal sorumluluğu olmadığı halde, parlamenter sistemde, başbakan ve bakanların, hem siyasal hem de kişisel sorumlulukları bulunmaktadır. Cumhurbaşkanı ise siyasi ve kural olarak cezai sorumluluğu bulunmamaktadır. Meclisin güvenoyu ile hükümet görevine devam edebilmekte ve görev sırasında parlamento tarafından denetlenebilmektedir. Başkanlık sisteminde ise, başkanın, “impeachment” yolu ile cezai sorumluluğuna başvurulabilmekte; bunun dışında parlamento tarafından görevinden uzaklaştırılmamaktadır<sup>79</sup>.

<sup>78</sup> ÖZBUDUN, s. 314; HOROWITZ, Doland L. “Demokratik Sistemleri Karşılaştırmak”, (Çev. Levent KÖKER), Demokrasinin Küresel Yükselişi, (Der. Larry DIAMOND / Marc F. PLATTNER) Ankara-1995, s. 161; Aksi görüş için bkz., TANÖR / YÜZBAŞIOĞLU, s. 420.

<sup>79</sup> LİJPHART, s. 63; Başkanlık sisteminde başkanın belli bir dönem için seçilmesi sistemi katılaştırmaktadır. Başkanı görevden uzaklaştıracak anayasal mekanizmaların olmaması

**3-** Parlamenter sistemde, yürütme parlamentodan çıktığı halde; başkanlık sisteminde yürütmenin başı olan başkan, doğrudan veya dolaylı olarak halkoyu ile seçilmektedir<sup>80</sup>. ABD’nde, başkan, seçilen delegeler vasıtasıyla seçilmektedir. Parlamenter sistemde, mecliste çoğunluğu elde eden parti başkanı, kendi kabinesini, kural olarak meclisten oluşturmaktadır. Dolayısıyla seçilen milletvekilleri, bakanlık beklentisi içerisinde bulunmakta, bakan olabilmek için kıyasıya mücadele etmektedirler.

**4-** Parlamenter sistemde, yürütme düalist bir yapı oluşturmaktadır. Yürütmenin bir kanadını, siyasi, kolektif ve bireysel sorumluluğu olan başbakan ve bakanlar kurulu, diğer kanadını ise, devlet başkanı oluşturmaktadır. Devlet başkanının siyasi sorumluluğu yoktur. Meclis üyesi olan parlamenter, cumhurbaşkanı seçildikten sonra, partisi ile ve meclisle olan bağı kesilmektedir. Parlamenter sistemde devlet başkanının sorumsuzluğu, onun aynı zamanda yetkisizliğini de ifade eder<sup>81</sup>. Ancak 1982 anayasası, devlet başkanına geniş yetkiler vermiştir. Başkanlık sisteminde ise, yürütme tek başlıdır. Yani monolitik bir yapıya sahiptir. Başkan, yürütme üyelerini kendisi seçmekte, senato ise onaylamaktadır<sup>82</sup>. Seçilen bakanların sorumluluğu başkana karşıdır<sup>83</sup>. Aynı kişiler, aynı anda, yasama ve yürütme fonksiyonunu ifa edemezler<sup>84</sup>.

**5-** Başkanlık sisteminde yürütmenin yasamayı, yasamanın da yürütmeyi feshetme gibi bir yetkileri yoktur. Buna karşılık, parlamenter sistemde, yasama ve yürütme birbirlerini karşılıklı olarak feshedebilir. Başkanlık sisteminde yasama görevini kongre, yürütmeyi ise başkan ifa eder. Her birinin görev süresi sabittir.

---

halinde, muhalefetin anayasa dışı yollara başvurma ihtimali bulunmaktadır. Bkz., TANÖR / YÜZBAŞIOĞLU, s. 420; TEZİÇ, (2009), s. 446-447.

<sup>80</sup> TURHAN, s. 51.

<sup>81</sup> ÖZBUDUN, s. 314.

<sup>82</sup> TEZİÇ, s. 352.

<sup>83</sup> YAYLA, s. 73.

<sup>84</sup> LİJPHART, s. 65.

**6-** Başkanlık sisteminde; iktidar mücadelesi veren siyasi partilerin sayısı fazla değildir. Özellikle ABD’nde iki parti (Cumhuriyetçi Parti ve Demokrat Parti) iktidar mücadelesi vermektedir. Partiler, başkan adaylarını belirledikten sonra, delegeler de başkanı seçmektedirler. Delegelerin, başkan seçimi için yeterli çoğunluğu sağlayamamaları halinde, temsilciler meclisi en çok oy alan üç aday arasından başkanı seçmektedir. Parlamenter sistemde ise, iktidar mücadelesi veren çok parti sistemi mevcuttur. Bu partilerin temel gayesi, siyasi iktidarı ele geçirmek veya ortak olmaktır<sup>85</sup>.

## **VII-Türkiye ve Başkanlık Sistemi**

Türkiye’de işleyen siyasal sistemde bazı aksaklıklarının görülmesi sistem tartışmalarını da beraber getirmektedir. Ülkemizde sıkça hükümet bunalımlarının yaşanmasında, “idari maslahatçılık” ın olmasını, yani, hükümetlerin etkin ve kalıcı politikalar üretememesi kadar; sorumsuz yürütme kanadının demokratik süreci, işletememesi de etkili olmaktadır. Nihayet ordunun demokratik işleyişi kesmesi, parlamentarizmin başarısızlığı olarak görülmektedir<sup>86</sup>. Günümüzde, ülkemizde demokratik hükümet sistemlerinin yapısı hakkında, tercih tartışması yaşanmaktadır. Mevcut sorunlardan kurtulmak isteyenler, başkanlık sistemini savunmaktadırlar. Parlamentoda bölünmüş siyasi yapılanma etkin ve sorumlu hükümetlerin kurulmasını engellemektedir. Muhalefet partilerinin üstlenmesi gereken görevi, parlamento dışı kuruluşlar ve kurumlar ifa etmektedir<sup>87</sup>.

Devlet faaliyetlerinin istikrarlı, hızlı, etkin olması, güçlü yürütme ile sağlanabilmektedir<sup>88</sup>. Türkiye’de parlamentonun, bakanlar kurulunu denetlemesi görevi yeterince işletilememekte; yürütme gücünü elinde bulunduranlar, parlamento da hâkim olmaktadır. Parlamentonun bu görevini ifa edememesiyle birlikte, yürütmenin fesih imkâna sahip olması,

<sup>85</sup> KAPANİ, Münci, Kamu Hürriyetleri, Ankara-1993, s. 272.

<sup>86</sup> ERDOĞAN (Başkanlık), s. 4.

<sup>87</sup> KUZU s. 32.

<sup>88</sup> KUZU s. 29.

Türkiye’de parlamenter sistemin işleyişini zorlaştırmakta, yürütmeyi ayrıcalıklı konuma getirmektedir. Ayrıca Parlamentonun bakanlar kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi vermesi ve bu imkânın bakanlar kurulunca sürekli kullanılması yürütme kuvvetini yasama kuvveti aleyhine güçlendirmektedir. Bakanlar kurulunun olağanüstü hallerde yetki kanununa gereksinim olmaksızın ve konu sınırlamasına tabi olmaksızın bu yetkiyi kullanması yasama yetkisinin devri niteliğini taşımaktadır. Bakanlar kurulu siyasi faaliyetlerinin hesabını, parlamento yerine, halka seçim zamanında vermeyi tercih etmektedir. Bu durum parlamentonun denetim yetkisini devre dışı bırakmaktadır. Türkiye’de parlamenter sistem, yürütme lehine bozulmuş ve artık günün ihtiyaçlarına cevap veremez duruma gelmiştir<sup>89</sup>.

Türkiye’de etkin ve sorumlu bir hükümet yapısının oluşumu için, başkanlık sistemi bir çözüm olarak önerilmektedir<sup>90</sup>. Bazı düşünürler ise, parlamenter sistemin bazı değişiklikler ile işlemeden yana tavır takılmaktadır. Parlamenter sistem taraftarları, yasama ile yürütme arasında çıkabilecek ihtilaflarda; ya yasama organı kendi içerisinde yeni bir hükümet çıkarır. Yeni hükümetin kurulamaması ya da kurulan hükümetin güvenoyu alamaması durumunda ise fesih müessesesinin işletilmesiyle ya da parlamentonun alacağı erken seçim kararıyla yeni seçimlere gidilebilmektedir. Böylelikle siyasal sistemdeki bunalımın engellenebileceği ileri sürülmektedir<sup>91</sup>. Hâlbuki yapılacak seçimler sonunda parlamento aritmetiği değişmezse durum ne olur? Buna verilecek cevap ise şudur; önceki sorunlar aynen devam edecektir. Dağınık ve ufanmış partilerle birlikte, merkezi siyasal yapıya sahip ülkelerde, başkanlık sisteminin kısa vadede istikrar getirebileceğini; uzun vadede ise katılık ve atalet durumlarına yol açabileceği, demokratik sistemin

---

<sup>89</sup> ERDOĞAN (Cumhurbaşkanı), s. 34-35.

<sup>90</sup> ERDOĞAN (Başkanlık), s. 10; ÖZAL, Korkut, “Türkiye Yönetimde İstikrarı Nasıl Yakalayacak?”, Yeni Yüzyıl Gazetesi, 10.10.1995.

<sup>91</sup> İNCEOĞLU, Nihal, “Başkanlık Sistemi Demokrasiyi Tehdit Edebilir”, Yeni Yüzyıl Gazetesi, 10.07.1996.

dağılabileceği tehlikesi de ileri sürülmektedir<sup>92</sup>. Başkanlık sisteminde yasama ile yürütme organları arasında uyumsuzluk çıkması halinde siyasal tikanıklıkların görülebileceği, parti yapılarının siyasal hayatı kutuplaştırmak suretiyle iktidar mücadelesinin daha yıkıcı olabileceği de ileri sürülmektedir. Ayrıca, sabit görev süresi olan yürütmenin, esneklikten yoksun olacağı, iktidarın kişiselleşmesi ile birlikte, rejimin diktatörlüğe dönüşebileceği fikri savunulmaktadır. Başkanlık sisteminde iktidar mücadelesinin, ya hep ya hiç şeklinde olmasından dolayı, azınlık haklarının tehlikeye girebileceği düşünülmektedir. Bu düşüncelerin somut örneklerini ise, Latin Amerika devletlerinin düştüğü durumda görmenin mümkün olacağı ileri sürülmektedir. Hâlbuki Latin Amerika ülkelerinde görülen, başarısız başkanlık sistemi deneyimi, başkanlık sisteminin uygulamasından değil, demokrasinin köklü ve yerleşik olmamasından, birtakım ciddi ekonomik sorunların olmasından kaynaklanmaktadır<sup>93</sup>.

Ülkemizde, siyasetteki güçler dağılmaktadır. Nispi seçim sistemi ile birlikte, seçim barajı uygulanan ülkemizde, parlamento dağınık bir siyasi görünüm arz etmesi engellenememiştir. Kararlı ve tutarlı siyasi projelerin uygulamaya konması, hızlı karar almayı sağlayacak bir sistemin mevcudiyetini gerekli kılmaktadır<sup>94</sup>.

Yürütmenin iki başlılığı, yönetimde siyasi krizlere yol açmakta; cumhurbaşkanı hükümetin aldığı kararları imzalamayarak veya geciktirerek, yürütmenin işleyişini engelleyebilmektedir. Cumhurbaşkanının, başbakanla ihtilafa düştüğü, tutumlarını sertleştirerek siyasi bunalımlara sebep olduğu az da olsa görülmektedir<sup>95</sup>.

<sup>92</sup>İNCEOĞLU, Nihal, “Başkanlık Sistemi Demokrasiyi Tehdit Edebilir”, Yeni Yüzyıl Gazetesi, 10.07.1996.

<sup>93</sup>ERDOĞAN (Başkanlık), s. 7; AKÇALI, s. 88.

<sup>94</sup>ÇELEBİ, Işın / Aykut TOROS / Necati, ARAS “Başkanlık Sistemine İhtiyaç Var”, Yeni Yüzyıl Gazetesi, 22-23.3.1996.

<sup>95</sup>KUZU, s. 41.

Hukuk devleti çerçevesi içerisinde Yürütme organının güçlendirilmesi, çağın gereği olarak karşımıza çıkmaktadır. Parlamenter sistem içerisinde yürütme organı güçlendirilmiş. Ancak bu durum yürütme organının parlamento üzerinde hâkimiyet kurması sonucunu da beraberinde getirmiştir. Parlamenter sistemdeki, teorik yasama-yürütme ayrımı, ülkemizde görülmemekte; bu dengenin yürütme lehine bozulması, düşünürleri yeni sistem arayışlarına itmektedir. Yürütme organının güçlendirilmesi, bireysel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması sonucunu haklı çıkarmaz. Yürütme organını hukuk devleti kuralları dışında güçlendirmek, temel hak ve hürriyetleri aşırı derecede kısıtlamak sistemi otoriter bir sisteme götürmesi tehlikesini de içinde barındırır ki bu durumu da savunmak mümkün değildir<sup>96</sup>.

Demokratik sistemler içerisinde yer alan başkanlık sistemi, temel hak ve hürriyetler açısından, koruyucu bir nitelik arz eder. Demokratik oluşumun daha iyi sağlanması için de, başkanlık sistemine geçilmesinin doğru çözüm olacağı kanaatini taşımaktayız.

## SONUÇ

Günümüzde yasama ve yürütme organları arasındaki denge dikkate alındığında, yürütme organının yasama organı aleyhine gittikçe güçlenme eğilimi gösterdiği görülmektedir. Kuvvetler ayrılığı ilkesinin benimsendiği ülkelerde, her anayasal organın aşağı yukarı eşit görev ve yetkilerle donatıldığını görülmektedir. Kuvvetlerin birbirlerine karşı üstünlüğü bulunmamalıdır. Anayasal organların yetkisizliği esas, yetkilerinin ise istisnai bir durum göstermelidir. Hürriyetçi demokratik ülkelerde kuvvetlerin birbirlerinin görev alanına müdahalede bulunmaması gerekmektedir. Bu nedenle her anayasal organın görev ve yetkilerinin açık ve net bir şekilde belirlenmesi büyük önem taşımaktadır. Anayasal organlar arasında ortaya çıkabilecek ihtilafların giderilmesi anayasa mahkemesinin vereceği karara bağlanmalıdır. Türkiye federalizme kapalı üniter bir devlettir. Başkanlık sisteminin mutlaka

---

<sup>96</sup> KUZU, s. 40.

federal devletlerde uygulanabileceğine dair düşünce mutlak doğru bir düşünce değildir. Üniter devletlerde devlet başkanının halk tarafından seçilmesi yönetilenlerin yönetime sahiplenmesi sonucunu da beraberinde getirecektir. 21 Ekim 2001 tarihinde yapılan referandum ile cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi esası benimsenmiştir. M. Duverger cumhurbaşkanının halk tarafından seçildiği sistemleri yarı başkanlık sistemi olarak nitelendirmektedir<sup>97</sup>. Gücünü, dayanağını ve meşruluğunu halktan alan cumhurbaşkanı daha rahat hareket edecektir.

Çabuk ve ani karar alabilecek konumda olan yürütme, gelişen ve değişen şartlara daha fazla uyum sağlayabilmektedir. Çağımızda, demokratik alandaki değişme ve gelişme, yürütmenin güçlü olmasını gerektirmektedir. Yürütmenin güçlü olması onun anti demokratik ve hukuk dışı davranması anlamına gelmez. Yürütme organının görev ve yetkilerinin açık ve net bir şekilde belirlenmesi ve faaliyetlerinin etkin yargısal denetime tabi olması hukuk devletinin de bir gereğidir.

Parlamente sistemlerinde parti başkanlarının, parti kurumları ve parlamente üzerindeki nüfuz ve otorite sahibi olmaları, aynı zamanda parti disiplininin, parti içi demokrasinin gelişimini de engellemektedir. Türkiye’de uygulanan parlamente sistemde siyasi partilerin parlamento içerisindeki veya dışındaki üyeleri, kendi hür iradeleri ile karar vermelerinin önünde birçok engel bulunmaktadır. Siyasi parti liderleri seçime katılacak adayları bizzat belirlemede, tabandan gelen demokratik talepleri çoğu zaman dikkate almamaktadırlar. Demokratik eleştiri içselleştirilememektedir. Her anayasal organ belli bir süre kendi görev ve yetkilerini yerine getirmelidir. Başkanlık sisteminde, kurulacak olan yürütmenin güvenoyu sorunu yoktur ve görev süresi sabittir. Başkanın seçilme süresinin belli bir dönem ya da süreyle kısıtlanması otoriter yönetimlerin önünü kapatacaktır. Bu durum siyasi sistem içerisinde sürekli bir yenilenmenin ve değişimin de önünü açacaktır. Anayasal

---

<sup>97</sup> GÖZLER, s. 241.

organların sabit görev süreleri ve birbirlerinin hukuki varlıklarına son verememeleri siyasal sistemde istikrarı da sağlamaktadır.

Yürütme organının güçlendirilmesi halinde, bireylerin temel hak ve hürriyetlerinin tehlikeye girebileceği, keyfi ve takdiri yetkilerin geniş bir şekilde kullanılabilmesi ve yürütme organının denetlemesinin son derece zor olunabileceği fikirleri de ileri sürülmektedir. Ancak, yürütmenin güçlendirilmesi, mutlak anlamda hürriyetlerin sınırlandırılması anlamına gelmemektedir. Anayasal organların görev ve yetkilerinin açık ve net bir şekilde belirlenmesi ve etkin yargısal denetimin sağlanması bu tehlikeleri de bertaraf edecektir.

Başkanlık sistemi demokratik bir sistemdir. Demokratik sistemlerde temel hak ve özgürlüklerin tanınması ve korunmasıyla birlikte, anayasal organların dengeli ve kontrollü oluşturulması esastır. Başkanlık sisteminde yürütme organının tek yapılı olması, başkanın halk tarafından seçilmesi, yürütme organının yasama organının güvenine dayanmaması sisteme istikrar katmakta ve üstün avantajlar sağlamaktadır. Her anayasal organ kendi görev ve yetkisini yerine getirmekte biri diğerinin görev alanına müdahale edememektedir. Başkanın yasama organını fesih edememesi yasama işlevinin sağlıklı yerine getirilmesini sağlamaktadır. Çünkü yasama organı üyeleri kendilerini herhangi bir baskı altında hissetmemekte, düşünceler serbestçe parlamentoda ifade edilebilmektedir. Başkanlık sistemi toplumda zayıf olan uzlaşma kültürünün güçlenmesine de katkıda bulunacaktır. Başkan ve bakanların yasama üyesi olamaması da parlamenterlerin bakanlık beklentisini sona erdirmektedir. Yasama organı üyeleri de yürütme organında yer alamamakta idari nitelikte görevler kabul edememektedirler aksi durumda parlamenterlik görevleri sona ermektedir. Parlamento kendiliğinden toplanmakta ve dilediği kadar çalışma hakkına sahip bulunmaktadır.

Türkiye’de kuvvetler arası etkileşim yasama organının aleyhine, yürütme organının lehine genişlemektedir. Kuvvetler arası denge



kaybolmaktadır. Yasama organı yürütme organının eksenine ve etkisi altına girmekte yasama organı yürütmeyi etkin bir şekilde denetleyememektedir. Her şey başbakanın inisiyatifi altında gerçekleşmektedir. Başbakanın istemi doğrultusunda hareket eden bakanlar kurulu ve yasama organı demokratik etkinliğini tam olarak yerine getirememektedir.

Temsilde adalet ve yönetimde istikrar için başkanlık sistemi ülkemiz gerçeklerine daha uygun düşmektedir. Kurucu iktidar siyasal sistemde bir tercih yapacaksa başkanlık sistemi lehinde tercih yapabilir. Başkanlık sistemi için de anayasal ve yasal değişikliklere ihtiyaç duyulmaktadır.

Gerçekte demokratik açınsından; parlamenter sistem ile başkanlık sistemi arasında önemli bir fark yoktur. Bu nedenle başkanlık sisteminin ülkemizde uygulanmasında, bir mahzur görmemekteyiz.

### **BİBLİYOGRAFYA\***

**AKÇALI, Pınar**, “Siyasal İstikrar ve Başkanlık Sistemi: Amerika Birleşik Devletleri Örneği”, Başkanlık Sistemi ve Türkiye, (Der. İhsan KAMALAK), Kaldeon Yayınları, İstanbul-2007, s. 59-88.

**ÇAM, Esat**, Devlet Sistemleri, İstanbul-1993.

**ÇELEBİ, Işın /Aykut TOROS /Necati ARAS** “Başkanlık Sistemine İhtiyaç Var”, Yeni Yüzyıl Gazetesi, 22-23.3.1996.

**DUVERGER, Maurice**, Seçimle Gelen Krallar (Kral), (Çev. Necati ERKUT), İstanbul-1975.

**DUVERGER, Maurice**, Siyasi Rejimler (Rejim), (Çev. Yaşar GÜRBÜZ), İstanbul-1966.

**ERDOĞAN, Mustafa**, 1982 Anayasasına Göre Cumhurbaşkanının Hukuki Durumu (Cumhurbaşkanı), Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara-1987.

---

\* Bir yazarın birden fazla eserine yapılan atıflarda kısaltma kullanılmıştır.

**ERDOĞAN, Mustafa**, “Başkanlık Sistemini Doğru Tartışmak” (Başkanlık), Liberal Düşünce, C.1, S. 2. Ankara-1996, s. 4-12.

**FENDOĞLU, H. Tahsin**, Başkanlık Sistemi Tartışmaları, Stratejik Düşünce Enstitüsü, Ankara-2010.

**GÖREN, Zafer**, Anayasa Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara-2006.

**GÖZE, Ayferi**, Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, 5. B. İstanbul-1989.

**GÖZLER, Kemal**, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa-2010.

**GÖZÜBÜYÜK, Şeref**, Anayasa Hukuku, 5. B. Ankara-1995.

**HAZIR, Hayati**, Anayasa Hukuku, Konya-1994.

**HOROWITZ, Donald L.** “Demokratik Sistemleri Karşılaştırmak”, (Çev. Levent KÖKER), Demokrasinin Küresel Yükselişi, (Der. Larry DIAMOND / Marc F. PLATTNER), Ankara-1995.

**İNCEOĞLU, Nihal**, “Başkanlık Sistemi Demokrasiyi Tehdit Edebilir”, Yeni Yüzyıl Gazetesi, 10.07.1996.

**LİJPHART, Arend**, Çağdaş Demokrasiler, (Çev. Ergun ÖZBUDUN/ Ersin ONULDURAN), Ankara-1986.

**LINZ, Juan J.**, “Parlamentarizmin Erdemleri”, (Çev. Levent KÖKER), Demokrasinin Küresel Yükselişi, (Der. Larry DIAMOND / Marc F. PLATTNER), Ankara-1995.

**LINZ, Juan J.**, “Başkanlık Sisteminin Tehlikeleri”, (Çev. Levent KÖKER), Demokrasinin Küresel Yükselişi, (Der. Larry DIAMOND/, Marc F. PLATTNER), Ankara- 1995.

**KABOĞLU, İbrahim Ö.**, Anayasa Hukuku Dersleri, 6. B., Legal Yayınları, İstanbul-2010.

**KAPANİ, Münci**, Kamu Hürriyetleri, 7.B., Ankara-1993.

**KAPANİ, Münci**, Politika Bilimine Giriş, 5. B., İstanbul-1989.

**KUZU, Burhan**, “Türkiye İçin Başkanlık Sistemi I”, Liberal Düşünce, C. I, s.13-43.

**ÖZAL, Korkut**, “Türkiye Yönetimde İstikrarı Nasıl Yakalayacak?”, Yeni Yüzyıl Gazetesi, 10.10.1995.

**ÖZBUDUN, Ergun**, Türk Anayasa Hukuku, 2.B., Ankara-1989.

**SERİM, Ekrem**, “Amerika’daki Başkanlık Sistemi”, Ankara Barosu Dergisi, Y., 1993, S.3-4, s. 35-42.

**TANÖR, Bülent / YÜZBAŞIOĞLU, Necmi**, 1982 Anayasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Cogito, İstanbul-2001.

**TEZİÇ, Erdoğan**, Anayasa Hukuku, İstanbul 1991.

**TEZİÇ, Erdoğan**, Anayasa Hukuku, Beta Yayınları, 13. B., İstanbul-2009

**TOCQUEVİLLE, Alexis De**, Amerika’da Demokrasi, (Çev. İlhan SEZAL / Fatoş DİLBER), Ankara- 1994.

**TUNAYA, Tarık Zafer**, Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku, 4. B., İstanbul-1980.

**TURHAN, Mehmet**, Hükümet Sistemleri ve 1982 Anayasası, Diyarbakır-1989.

**VERNON, Manfred C. ,** Devlet Sistemleri-Mukayeseli Devlet İdaresine Giriş, (Çev. Mümtaz SOYSAL), Ankara-1961.

**YANIK, Murat**, Başkanlık Sistemi ve Türkiye’de Uygulanabilirliği, Alfa Yayınları, İstanbul-1997.

**YAYLA, Yıldızhan**, Anayasa Hukuku Ders Notları, İstanbul-1985



## ANAYASAL BİR HAK OLARAK KAMU HİZMETİNE GİRME HAKKI VE LİYAKAT İLKESİ

**Yrd. Doç. Dr. Abdullah Uz\***

*“Son derece iyi yetişmiş, deneyimli, yaratıcı, çıkar hesaplarına karşı koyan sürekli ve profesyonel devlet memurluğu olmaksızın toplumumuz demokratik hedeflerine ulaşamaz. Yasama ve yürütme organlarının sosyal ve ekonomik görüşleri ne olursa olsun bu tür nitelikleri taşıyan memur kadrosu devlet için vazgeçilmez temeldir.”*

*Yargıç Frankfurter (ABD Yüksek Mahkemesi Üyesi)*

### ÖZET

1982 Anayasasının 70 inci maddesine göre, “Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir. Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez.” Bu, personel istihdamında liyakate dayalı bir sisteme işaret eder. Yağma sisteminin karşıtı olan liyakat sisteminde, kişinin siyasi referanslarına göre değil, görevin gerektirdiği niteliklere sahip olmasına göre istihdamı ve görevde yükselmesi söz konusudur. Hukuki bir bakış açısına göre, bütün kamu personel sistemlerinin liyakate dayanması ve kamu hizmeti görevlilerinin siyasal etkilerden uzak olması gerekir. Liyakat sistemine dayalı bir istihdamda, bütün atamalar ve görevde yükselmelerde, geçerli ve güvenilir bir yarışma sınavına ya da objektif diğer kriterlere göre belirlenebilecek ilgili hizmete en uygun niteliğin esas alınması söz konusudur. Böyle bir atama ve görevde yükseltme, ırk, din, cinsiyet, medeni durum ve benzeri diğer ayrımcılığı reddeder ve adil ve eşit bir uygulama sunar. Görüldüğü üzere, liyakat kavramı, idarenin ihtiyaçları ve beklentileri ile adayın bilgi, beceri, deneyim ve kabiliyetlerinin mümkün olduğunca yüksek oranda örtüşmesine işaret eder. Önemli olmakla birlikte liyakat ilkesinin anlamı

---

\* Yükseköğretim Kurulu Strateji Geliştirme Daire Başkanı

ve kapsamı konusu halen tartışmalıdır. Bu çalışmada öncelikle kamu hizmetine girme hakkı incelenecek daha sonrasında da liyakat ilkesinin anlamı ve hukuksal çerçevesi ulusal ve uluslararası düzenlemelerden hareketle irdelenecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Kamu hizmetine girme hakkı, İstihdam, Liyakat sistemi, Yağma sistemi, Kayırmacılık

### ***RİGH T TO ENTER PUBLIC SERVICE AS A CONSTITUTIONAL RİGH T AND MERİT PRİNCİPLE***

#### **ABSTRACT**

According to the Constitution of Republic of Turkey (Art. 70), “Every (Turkish citizen) has the right to enter public service. No criteria other than the qualifications for the office concerned shall be taken into consideration for recruitment into public service.” It refers to merit-based system of recruitment. Being opposite of the spoils system, the merit system is the process of promoting and hiring government employees based on their ability to perform a job, rather than on their political connections. From the legal point of view, all civil service systems should be based on merit and the desire to create a nonpartisan government service. In merit-based system, all appointments and promotions to positions in the classified service shall be made solely on the basis of merit and fitness demonstrated by a valid and reliable examination or other objective evidence of competence. Such appointments and promotions shall provide fair and equal opportunity without regard to race, religion, gender, marital and family status and such other criteria as determined by Law. As it can be seen, merit concept refers to the closest possible match between the “needs of the organization” and the knowledge, skills, abilities, experience and personal attributes of a candidate. Despite its importance, the meaning of the the “merit principle” remains highly contested. In this article, an attempt is made to review the right to enter public service and to disaggregate different meanings of the

merit concept and its legal framework in national and international context.

**Keywords:** Right to enter public service, Recruitment, Merit system, Spoils system, Patronage

## GİRİŞ

Amacı, idarenin bütün birimlerine, idarenin amaçlarını tam olarak gerçekleştirecek sayıda ve yetenekte personel bulmak, yetiştirmek, kamunun istediği ve beklediği hizmetleri daha etkili, daha verimli, daha rasyonel ve daha nitelikli bir şekilde sunmak<sup>1</sup> olan, personel yönetiminin en zor konularından biri personel seçimi olarak kabul edilmektedir.<sup>2</sup> Kamu hizmetinin personel unsurunu oluşturan kamu personelinin, işe alınması ve görevde yükselmesinde uygulanan sistemlerin ve bu sistemlerin dayandığı temel ilkelerin karşılaştırmalı bir yaklaşımla ele alınmasının kamu hizmetlerinin daha verimli, daha rasyonel ve daha nitelikli bir şekilde sunulması bakımından yol gösterici olacağı düşünülmektedir. Bu bağlamda, iyi işleyen bir personel yönetimi sistemi kurmak ve başarısını sürdürmek için, yeterlik ilkesinin uygulanabilirliğini sağlamak gerektiği konusu tartışmasız olarak kabul edilmektedir.<sup>3</sup> Ancak tarihsel süreç incelendiğinde ülkelerin farklı dönemlerde farklı ilkelere dayalı personel istihdam rejimlerinin olduğu gözlenmektedir. Dolayısıyla bugün cari kamu personel istihdam sistemine hangi süreçlerden geçilerek geldiğinin incelenmesi de konunun daha iyi anlaşılmasına hizmet edecektir. Bu düşünceden hareketle bu çalışmada kamu hizmetine girme hakkı ve kamu personel sisteminin dayandığı temel ilkeler, karşılaştırmalı hukuk perspektifinden incelenmeye çalışılacaktır.

---

<sup>1</sup> *Tortop, N.*, *Personel Yönetimi*, Ankara 1990, s. 15-16; *Aykaç, B.*: “Personel Yönetiminde Yeterlik İlkesi”, *Amme İdaresi Dergisi*, S.4, Aralık 1990, s. 91

<sup>2</sup> *Adalı, S.*: *Personel Yönetimi, Türk Sevk ve İdare Derneği*, İstanbul, 1977, s.13

<sup>3</sup> *Güran, S.*, “Türk Kamu Personel Rejimi ve Kamu Yönetimi Temel Kanunu Tasarısı’nın Bu Konudaki Hükümleri”, *Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi*, Sayı 48, 2004, s. 292-293 [www.iudergi.com/tr/index.php/sosyalsiyaset/article/view/221/209](http://www.iudergi.com/tr/index.php/sosyalsiyaset/article/view/221/209); *Aykaç, a.g.m.*, s. 108; *Tortop, a.g.e.*, s. 20.

### **Kamu Hizmetine Girme Hakkı**

Kamu hizmeti kavramı, idare hukukunun uygulama alanının ve idari yargının görev alanının, kamu malı, kamu görevlisi ve idarenin sorumluluğu gibi idare hukukunun temel konularının belirlenmesinde ölçüt kavram olma özelliğini muhafaza etmekle birlikte; gerek öğretide ve gerekse yargı kararlarında henüz herkes tarafından kabul edilebilir bir tanımı yapılamamış,<sup>4</sup> Anayasa Mahkemesi de kavramı tanımlamaya, kamu hizmetinin belirsizliği konusunda görüş birliği olduğunu vurgulayarak başlamıştır.

Varlık sebeplerinin başında kamu hizmetinin sunulması yer alan İdarenin, bu bağlamda üstlendiği görevleri başarıyla ve gereği gibi yerine getirebilmesi, nicelik ve nitelik yönünden yeterli personel istihdamını zorunlu kılmaktadır.<sup>5</sup> İdarenin insan ögesi, kamu görevlisi, kamu personeli veya Anayasanın 128.maddesinde kullanıldığı üzere Kamu hizmeti görevlileri olarak ifade edilmektedir.

Kamu hizmetine giriş, kamu yönetiminde çalışmak üzere işe alınma ve bu kuruluşlarda istihdam edilme anlamına gelmektedir. Kamu hizmetine girişin kur'a sisteminden başlayan ve sınav sistemine kadar gelen uzun bir geçmişi vardır. Bugün kamu hizmetine girmede dünyada çeşitli yöntemler uygulanmaktadır. Bunlar; personelin halk tarafından seçimi, siyasal kayırmacılık sistemi ve sınav yöntemidir. Ancak yöntem ne olursa olsun bugün üzerinde birleşilen tek nokta, kamu hizmetine bu hizmeti en iyi şekilde yerine getirebilecek olan ehil kişilerin seçilmesi gerekliliğidir.<sup>6</sup>

Mevzuatımızdaki kamu hizmetine girme hakkına ilişkin düzenlemelerin ayrıntısına geçmeden önce üyesi olmak için uzun bir yol

---

<sup>4</sup> Sezer, Y.: “Kamu Hizmetine Girme Hakkı”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 11, Sayı 3-4, Yıl 2003 , s. 153

<sup>5</sup> Ibid.

<sup>6</sup> Sayan, İpek Ö.: “Türkiye’de Kamu Personel Sistemi: İdari, Askeri, Akademik, Adli Personel Ayrımı”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, S.64-1, s. 224-5



yürüdüğümüz Avrupa Birliğine üye ülkeler bakımından mukayeseli bir perspektifle yapılacak genel bir değerlendirmenin konunun daha iyi anlaşılmasına hizmet edeceği kanısındayız.

### **Genel Olarak Avrupa Birliği Üyesi Ülkelerde Kamu Hizmetine Girme Hakkı**

Avrupa Birliği ülkelerinde, kamu personel sistemi bakımından hizmete alınmada iki ilkenin belirleyici olduğu görülmektedir. Bu ilkelere birisi, nitelikleri yeterli her vatandaşın kamu hizmetine eşit olarak girme hakkıdır. Bu ilkeye göre, her vatandaş ilgili ilanda belirtilen özel şartların yanı sıra, mevzuatta belirtilen genel şartlara sahip olmak kaydıyla kamu hizmetine girme hakkına sahiptir. Diğer ilke ise, en uygun adayın hizmete alınmasını gerekli kılan ve bu yönüyle aynı zamanda idarenin yararına işaret eden yeterlik-liyakat ilkesidir.<sup>7</sup>

Az ya da çok her ülkede her iki ilkenin de uygulandığı görülmekle birlikte, bu ilkelere biri, ilgili ülkenin personel rejimini şekillendirmektedir. Bu bağlamda, Fransa'nın yanı sıra Fransız kamu idaresi anlayışının etkisi altındaki İspanya<sup>8</sup>, Portekiz, İtalya gibi ülkelerde, kamu hizmetine alınmada eşitlik ilkesi önem kazanırken, Hollanda ile Danimarka Finlandiya İzlanda Norveç ve İsveç gibi Nordic ülkelerinde ise işe en uygun kişinin istihdamı, yani liyakat ilkesi önem kazanmaktadır.<sup>9</sup>

<sup>7</sup> Administration and the Civil Service in the EU 27 Member States, 27 Country Profiles, EUPAN Human Resource Working Group, France, 2008, [www.fonction-publique.gouv.fr/.../Administration and the Civil service in the 27 EU Member states.pdf](http://www.fonction-publique.gouv.fr/.../Administration_and_the_Civil_service_in_the_27_EU_Member_states.pdf); Van-Biesen, G.: "Overview of Civil Service Selection Procedures in EU Context", OECD SIGMA Paper, Seminar on "Civil Service Recruitment Procedures" Vilnius, 21-22 March 2006.

<sup>8</sup> de la Cruz, Jaime P.: "Legal Framework and Practical Procedures and Mechanisms for Selection in Spain", OECD SIGMA Paper, Seminar on "Civil Service Recruitment Procedures" Vilnius, 21-22 March 2006; Alba, Carlos R.: "Bureaucratic Politics in Spain: A Long Lasting Tradition" ECPR Joint Sessions of Workshops, Workshop on "Politicians, Bureaucrats and Institutional Reform", Mannheim, Germany, March 26-31, 1999.

<sup>9</sup> Cardona, F.: "Recruitment in Civil Service Systems of EU Members and in Some Candidate States", OECD SIGMA Paper, Seminar on "Civil Service Recruitment Procedures" Vilnius, 21-22 March 2006, 2 v.d.

Tarihsel süreçte, mutlakiyetçi ya da baskıcı siyasal rejimlerin hüküm sürdüğü ülkelerde, mevzuatla sıkı kurallara bağlanmış liyakat ilkesine dayalı eşitlik ilkesi önem kazanmıştır ki bu, kamu personel istihdamında patronaj, nepotizm gibi uygulamaların azaltılmasını amaçlayan bir tepkinin ürünüdür.<sup>10</sup>

Her bir Avrupa Birliği ülkesinde göreceli olarak birinin daha önem kazandığı ancak her iki ilkenin de bir ölçüde geçerli olduğu gözlenmekle birlikte, bu ilkelere getirilmiş istisnaların varlığı da göze çarpmaktadır. Bu, bazı ülkelerde tamamen serbest seçime dayalı bir istihdam şeklinde olabildiği gibi, bazılarında da herkesin katılımına açık olmayan ve özel düzenlemeler ya da kararlarla özel niteliklerin aranmasına izin veren uygulamalar şeklinde de görülebilmektedir. Bu bağlamda, herkesin yarışa katılımına açık olmayan bir istihdam uygulamasına izin veren 1937 tarihli yasası ile Belçika’da, özellikle üst düzey görevler için siyasi afilyasyona dayalı bir istihdam dikkat çekici olmakla birlikte, son dönemde bu süreçte yaşanan skandallar, bunun sıkı kurallara bağlanması ile sonuçlanmıştır. Aynı şekilde İngiltere’de, Taç’ın doğrudan serbestçe seçimine dayanan atamalarla, yargı denetimine tabi olmakla birlikte Fransa’da özellikle üst düzey görevler bakımından hükümete takdiri yetki bırakıldığı görülmektedir.<sup>11</sup>

Bununla birlikte, bütün ülkeler için geçerli olduğu gibi, Avrupa Birliği üyesi ülkelerde de siyasal patronaja dayalı istihdamın ortadan kaldırılması oldukça güçtür. Bu bağlamda, Belçika, Danimarka, Lüksemburg, İrlanda<sup>12</sup> ve Portekiz’de<sup>13</sup> siyasal parti sistemlerinden kaynaklı olarak, kamu personel istihdamında siyasal yakınlığın etkisi

---

<sup>10</sup> Ibid; *Hollyer*, James R.: “Merit Recruitment in 19th and Early 20th Century European Bureaucracies”, [homepages.nyu.edu/~jrh343/MPSA2011Merit.pdf](http://homepages.nyu.edu/~jrh343/MPSA2011Merit.pdf); Alba, a.g.m., s. 3

<sup>11</sup> *Cardona*, a.g.m., s. 3 v.d.

<sup>12</sup> *Andrews*, B.: “Recruitment and Selection in Irish Civil Service”, OECD SIGMA Paper, Seminar on “Civil Service Recruitment Procedures” Vilnius, 21-22 March 2006

<sup>13</sup> *Baptista*, F.: The Recruitment and Selection of Staff in the Portuguese Administration”, OECD SIGMA Paper, Seminar on “Civil Service Recruitment Procedures” Vilnius, 21-22 March 2006

oldukça yüksektir. Fransa, Almanya, Avusturya, Yunanistan ve İspanya'da iki parti arasında iktidarın değiştiği siyasal parti sistemine bağlı olarak kamu personel istihdamında siyasal etkinin yüksek olduğu gözlenmektedir. Göreceli olarak bu etki, personel istihdamına ilişkin köklü bir geleneğe sahip İngiltere, İsveç ve Finlandiya'da daha azdır. Ancak son dönemde özellikle danışman statüsünde görev yapacak kişilerin atanmasında bu ülkeler bakımından da siyasal etkilerde bir artış göze çarpmaktadır. Nitekim İngiltere'de personel istihdamına ilişkin olarak parlamentoya sunulan bir raporda, bakanların istihdam sürecine müdahale etmesi halinde, kamu personel rejiminin en merkezinde yer alan tarafsızlığın zedeleneceği ifade edilmiştir. Bütün bu ayrıklıklar bir kenara bırakılacak olursa, Avrupa Birliği ülkelerinde cari kamu personel istihdamı uygulaması:

1. İhtiyaç duyulan hizmete en uygun adayın seçilmesini amaç edinen,
2. İstihdama ilişkin yasal çerçevenin, ırk, etnik köken, cinsiyet, soy bağı, dini inanç, siyasal tercihlere bağlı ayrımcılık yapılmaksızın, liyakate dayalı olarak herkesin eşit bir şekilde kamu hizmetine girme hakkının olduğu,

bir sisteme dayanmaktadır. Bununla birlikte, özellikle 2004 sonrasında üye olan ülkelerde liyakate dayalı bir kamu personel rejiminin tam olarak uygulandığı söylenemez. Liyakate dayalı istihdamın kabul edildiği durumlarda da istisnaların varlığı ya da kurlara tam olarak uyulmadığı açıkça görülmektedir. Liyakat sistemi genelde kamu hizmetine ilk girişte esas alınmakla birlikte, görevde yükselmelerde ya da üst düzey görevlere atanmada liyakat ilkesinin nispeten daha az uygulandığı, daha çok siyasi patronaja dayalı, takdiri yetkiyi içeren ve liyakati esas almayan bir süreç izlenmektedir. Aslında bu ülkeler bakımından sorunun kaynağı, liyakati

esas alan bir yasal çerçevenin yokluğu değil, liyakat ilkesinin uygulamada hayata geçirilememesidir.<sup>14</sup>

### **Mevzuatımızda Kamu Hizmetine Girme Hakkı**

Anayasamıza göre herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahiptir (m.48). Devlet çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır (m.49).

1982 Anayasası, kişilerin kamu kurum ve kuruluşlarında çalışabilmeleri kamu hizmetine girme hakkı adıyla anayasal bir hak olarak düzenlenmiştir. Anayasanın Siyasal Haklar ve Ödevler bölümünde düzenlenen 70 inci maddesinde her Türk vatandaşının<sup>15</sup>, kamu hizmetine girme hakkına sahip olduğu belirtilmiş,<sup>16</sup> hizmete alınmada görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırımın gözetilemeyeceği düzenlenmiştir.

Anayasanın temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasına ilişkin 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin yalnızca ilgili maddelerde belirtilen sebeplerle sınırlanabileceği düzenlenmiş olup, kamu hizmetine girme hakkının düzenlendiği 70.maddeye baktığımızda, sadece görevin

---

<sup>14</sup> Ibid.

<sup>15</sup> Ibid. Çift uyruklu olanlar ve yabancı uyrukluların bu hak karşısındaki durumuna ilişkin ayrıntılı görüşler için bkz. s. 156-159

<sup>16</sup> Anayasanın bu hükmünden şu sonuçlar çıkarılabilir. Öncelikle, anayasa bu hakkı herkese tanıyarak kişiler arasında fırsat eşitliğinin sağlanmasını emretmektedir. İkinci olarak, anayasanın bu hükmünün geniş yorumlanarak, kamu hizmetine girme hakkının, kamuda sadece memur statüsünde çalışma hakkını değil, geniş anlamda kamu görevlisi olarak çalışabilme hakkını düzenlediği kabul edilmelidir. Üçüncü olarak, anayasa bu hakkı siyasi hak ve ödevler boyutunda ele alarak vatandaşlık bağına bağlı olarak kullanılacak bir hak olarak düzenlemiştir. *Memiş, E.*, “Mevzuatımızda ve Uygulamada Kamu Hizmetine Girme/Çekilme Hakları, Arşiv Araştırması ve Güvenlik Soruşturması Analizleri, (tebliğ) (Kamu Personeli Sorunları) İdare Hukuku Sempozyumu, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 45 Nisan 2003. s.2 v.d.

gerektirdiği niteliklerden bahsedilmektedir. Bunun dışında başka bir sınırlama sebebi öngörülmemektedir. Buradan şu sonuç çıkarılabilir: idare kamu personeli alırken sadece görevin gerektirdiği nitelikler, diğer bir ifadeyle liyakat şartını esas alacaktır. Bunun dışındaki sebeplerle kişinin kamu hizmetine girmesi önlenemeyecektir. Ancak bu düzenleme, Anayasa Mahkemesinin ifadesiyle aynı durumda olan herkese uygulanmak<sup>17</sup> şartıyla her bir meslek için genel ve objektif koşulların öngörülmesine engel değildir. Diğer bir ifade ile, aranacak farklı niteliklerin saptanmasında objektif yaklaşımın benimsenmesi; bu objektif niteliklere uyan ve uymayan memurların belirlenmesinde de eşitlik ilkesine mutlaka uyulması gerekir.<sup>18</sup>

Anayasanın 70 inci maddesinde “*Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir. Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez.*” hükmüne yer verilmiştir. Devlet Memurları Kanunu da, liyakat ilkesini devlet kamu hizmetleri görevlerine girmeyi, sınıflar içinde ilerleme ve yükselmeyi, görevin sona erdirilmesini liyakat sistemine dayandırmak ve bu sistemin eşit imkanlarla uygulanmasında devlet memurlarını güvenliğe sahip kılmak şeklinde tanımlamıştır.<sup>19</sup> Bu düzenleme, liyakat, eşitlik ve serbestlik olmak üzere üç temel ilkeye işaret etmektedir.<sup>20</sup> Söz konusu düzenleme, diğer ülke düzenlemeleri ve uluslararası metinlere uygun bir şekilde kaleme alınmış olmakla birlikte, alt düzenlemelere ve ilgili uygulamalara inildikçe, üst hukuk normlarının lafzı ve ruhuna aykırılıklar açıkça göze çarpmaktadır.

<sup>17</sup> AYM., 21.5.1998 tarih, E.1997/29, K.1998/19, www.anayasa.gov.tr/kararlar (25.5.2003); AYM., 21.6.1989 tarih, E. 1988/34, K.1989/26; *Bilgen, P.*, İdare Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1996, s.201.

<sup>18</sup> *Sezer, Kamu Hizmetine...*, s. 160-1

<sup>19</sup> Danıştay 5.D., 27.5.1997, E.1996/1272, K.1997/1118, Danıştay Dergisi, S.94, 1998, s.353.

<sup>20</sup> *Akgüner, T.*: Kamu Personel Yönetimi, Der Yayınları, İstanbul 1992, s. 35-36.

Anayasada görevin gerektirdiği niteliklerin neler olduğu açıklanmamıştır. Anayasa Mahkemesi<sup>21</sup> görevin gerektirdiği niteliklere ilişkin olarak verdiği kararlarda; “Anayasa ödevle nitelik arasında sıkı bir ilişki bulunduğunu, bunun dışında hizmete alınmada hiçbir nedenin gözetilemeyeceğini, daha açık bir anlatımla ayırımın yalnızca ödev nitelik ilişkisi yönünden yapılması gerektirdiğini buyurmaktadır. O halde ödevle, onun gerektirdiği niteliği birbirinden ayrı düşünmeye olanak yoktur. Buna göre, o nitelikler görevlilerde bulunmadıkça o ödev yerine getirilemeyecek ya da ödev iyi biçimde yerine getirilmemiş olacak demektir. Kamu hizmetlerinin özellikleri olduğu ve bu hizmetleri gören idare ajanlarının da özel statülere bağlı bulunduğu bilinen bir gerçektir. Memurlarda yasalarca aranan nitelikler ve onlar hakkında yasalarda öngörülen kısıtlamalar kamu hizmetinin etkin ve esenlikli bir biçimde yürütülmesi amacıyla yöneliktir.” gerekçelerine yer vermiştir.

Danıştay’a göre ise, kamu hizmetine girme hakkı yönünden vatandaşlar arasında her hangi bir ayırım yapılmamıştır ve görevin gerektirdiği niteliklere sahip olmak bu haktan yararlanmak için yeterlidir. Görevin gerektirdiği nitelikler, öğrenim düzeyi, yaş, askerlik hizmeti veya yükümlülük durumu ile genel ve objektif veya özellik arz eden hizmet grupları için de o hizmetin gerektirdiği özel nitelikler olabilir.<sup>22</sup>

Öte yandan doktrinde, Anayasanın bu hükmünün Devlet Memurları Kanununun İlkeler kenar başlıklı 3.maddesiyle birlikte yorumlandığında görevin gerektirdiği nitelikler deyiminin daha kolay anlaşılacağı ifade edilmektedir. Buna göre, “...devlet kamu hizmeti görevlilerini ve bu görevlerde çalışan memurlarını görevlerin gerektirdiği niteliklere ve mesleklere göre sınıflara ayırır...Devlet, kamu hizmetleri görevlerine girmeyi, sınıflar içinde ilerleme ve yükselmeyi, görevin sona erdirilmesini liyakat sistemine dayandırmak ve bu sistemin eşik imkanlarla uygulamak

---

<sup>21</sup> Anayasa Mahkemesi Kararı, E. 1979/19, K. 1979/39, K.T. 9.10.1979, R.G. 16.1.1980 tarih ve 16871 sayılı Resmi Gazete.

<sup>22</sup> Danıştay 5.D., E.1987/2417, K. 1988/1286, Danıştay Dergisi, S.74-75, s.302.

durumundadır (DMK, m.3). 657 sayılı Kanunun bu hükmünden de anlaşılacağı üzere, kanun koyucu, liyakat ilkesini kamu personel rejiminin her aşamasına hakim kılmayı amaçlamaktadır. Diğer bir ifade ile, kamu hizmetine girme hakkı çerçevesinde kamu görevlerine memur alırken herkese aday olabilme serbestisinin sağlanması gerekli olmakla birlikte, görevin gerektirdiği nitelikler kapsamında da fırsat eşitliğinin sağlanması gerekir<sup>23</sup>. Fırsat eşikliğinin sağlanması, kayırmacılığı önleyeceği gibi, kamu personelinin de niteliğinin (kalitesinin) artmasına neden olacaktır.

Anayasanın 70 inci maddesi ve Türk kamu personel yönetiminin yasal dayanağını oluşturan 657 sayılı Devlet Memurları Kanununda ise; sınıflandırma, kariyer ve liyakat ilkelerinin temel ilke olarak kabul edildiği görülmekle birlikte<sup>24</sup> doktrinde, personel yönetiminin temel ilkelerinin; tarafsızlık, kariyer, yeterlik, sınıflandırma, adil ve yeterli ücret, hizmetiçi eğitim olması gerektiği ifade edilmektedir.<sup>25</sup>

Bunlardan en önemlisi olarak nitelendirilebilecek liyakat ilkesinin özellikleri bürokrasinin karakterini belirlemekte olup, liyakat sisteminin tavizsiz uygulanması rasyonel işleyen bir bürokrasinin varlığı için de son derece önemlidir. Bu bakımdan liyakat ilkesinin varlığı ya da mevzuatta düzenlenmiş olmasından ziyade gerektiği gibi uygulanması üzerinde durulmalıdır.<sup>26</sup>

Öte yandan, demokratik ülkelerde eşitlik sadece yasalar karşısında eşitlikten ibaret olmayıp, fırsat eşitliğini de içerdiğinden işe almada

<sup>23</sup> Memiş, a.g.m., s. 4.

<sup>24</sup> Bu ilkelerin önem sırasına göre sıralanması ihtimalinde önceliğin liyakat ilkesine verilmesinin daha yerinde olacağı, ayrıca bunların yanı sıra eşitlik ve personel değerlendirmesinin de ilke olarak Kanunda belirtilmesinin gerektiği yönünde eleştiriler için bkz. Aykaç, a.g.m., s. 93.

<sup>25</sup> Akgüner, s.9-15; Şen, Mustafa L.: “Liyakat İlkesi ve Türk Personel Sistemindeki Uygulaması”, Amme İdaresi Dergisi, C. 28, S. 1, Mart 1995, s. 77.

<sup>26</sup> Öztürk, Namık K.: “Liyakat Sistemini Korumanın Farklı Bir Yolu: Liyakat İlkesi Koruma Kurulu” [www.canaktan.org/din-ahlak/ahlak/meritokrasi/liyakat\\_sistemini\\_koruma.htm](http://www.canaktan.org/din-ahlak/ahlak/meritokrasi/liyakat_sistemini_koruma.htm)

demokratik kurallara en uygun uygulamaları zorunlu kılan liyakat ilkesi, ayrı bir anlam ve önem kazanmaktadır.<sup>27</sup> Böylece, işe alınmada görevin gerektirdiği nitelikler dışında, başkaca bir niteliğin aranmasının ortadan kaldırılması amaçlanmakta; vatandaşlar arasında, dil, din, siyasi görüş, renk ve cinsiyet bakımından ayırım yapılması önlenmek istenmektedir.

### **Liyakat-Yeterlik (Merit) İlkesi**

Çalışmamızın bundan sonraki bölümünde öncelikle; personel yönetimi üzerinde bıraktığı olumsuz etkilerle liyakat sisteminin doğmasına sebep olan kayırma<sup>28</sup> sistemi ele alınacak daha sonra da, kavramsal çerçevesi ve kapsamı itibariyle liyakat ve liyakat ilkesi ile liyakat ilkesine dayanan liyakat sistemini ayrıntılı olarak incelenecektir.<sup>29</sup>

### **Kayırma Sistemi**

#### **Kavramsal Çerçeve, Tanım ve Kapsam**

İngilizcedeki “*Merit System*” in karşıtı olarak kullanılan “*Spoils System*” in dilimize; “*Yağma Sistemi*”, “*Kayırma Sistemi*” ve “*Ganimet Sistemi*” olarak çevrilmesi<sup>30</sup> ve bunların “*Patronage*”, “*Favoritism*”, “*Nepotism*” in karşılığı olarak da kullanılması, eş anlamlı oldukları yanlışlığına yol açabilir.<sup>31</sup> Aslında bu kavramların ortak noktası, “*Merit System/Liyakat Sistemi*” ile bağdaşmamalarıdır.<sup>32</sup> Nitekim kayırmacılık

<sup>27</sup> Tutum, C.: Personel Yönetimi, TODAİE Yayını, Ankara, 1979, s.32; Örnek, Acar, Kamu Yönetimi, İstanbul, 1994, s.222-223

<sup>28</sup> Türkçede kullanılan “iltimas” kavramı da kayırmacılık ile eş anlamlı olup, halk dilinde kullanılan “torpil” kavramı da iltimas ve kayırmacılık kavramlarına karşılık gelmektedir. Özsemerci, K.: Türk Kamu Yönetiminde Yolsuzluklar, Nedenleri, Zararları ve Çözüm Önerileri, Sayıştay Araştırma/İnceleme/Çeviri Dizisi: 27, , Ekim 2003, s. 21-22

<sup>29</sup> Bu konuda ayrıntılı ve oldukça güzel tespit ve değerlendirmeler için bkz. Sezer, Y.: Türk Yüksek Mahkemeleri ve Avrupa Adalet Divanı Kararları Işığında Kamu Hizmetine Girme Hakkı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006; Sezer, Y.: “Kamu Hizmetine Girme Hakkı ve Liyakat İlkesi Açısından İstisnai Memurluk”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 3-4, 2003; Sezer, Y.: “Kamu Hizmetine Girme Hakkı”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S.3-4, 2003

<sup>30</sup> Güran, S.: Memur Hukukunda Kayırma ve Liyakat Sistemleri, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1980, s. 85

<sup>31</sup> Aykaç, a.g.m., s.100

<sup>32</sup> Tortop, N.: Kamu Personel Yönetimi, Ankara, 1987, s.49



anlamına gelen “*Patronage*”, siyasal kayırmacılığın yanı sıra hemşehrilik, bir kulübe dahil olmak, aynı okuldan mezun olmak gibi nedenlerle yapılan kayırmayı da kapsarken, “*Favoritism*” kişisel himaye, taraf tutma ve adam kayırma anlamlarına gelmektedir ki, her iki kavram birbirine oldukça yakın anlamlar içerdiği söylenebilir.<sup>33</sup> Bunlardan farklı olarak, akrabalarını koruma ve onlara her alanda öncelik tanıma anlamına gelen<sup>34</sup> ve başlangıçta Papa’nın yaptığı akraba kayırmaları için kullanılmış olan “*Nepotism*” ise daha sonra benzer kayırmalar için de kullanılmıştır.<sup>35</sup> Akraba kayırmacılığı (nepotizm), eş-dost kayırmacılığı (kronizm) ve siyasal kayırmacılık (patronaj ve partizanlık) iyice yozlaşmış bir devlet yönetimindeki hastalıklardır.<sup>36</sup> Bu hastalıklara yakalanmış bir sistemde kişinin bir devlet görevine alınmasında veya atanmasında akrabalık, eş-dost ilişkileri ve partizanlık ilişkileri hakimdir.

<sup>33</sup> *Aykaç*, a.g.m., s. 100; *Alba*, a.g.m., s. 2-3

<sup>34</sup> Bir kimsenin beceri, kabiliyet, başarı ve eğitim düzeyi vb. faktörler dikkate alınmaksızın sadece politikacı, bürokrat ve diğer kamu görevlileri ile olan akrabalık ilişkileri esas alınarak bir devlet görevinde istihdam edilmesine ya da tayin edilmesine akraba kayırmacılığı ya da nepotizm adı verilmektedir. Akraba kayırmacılığı, geleneksel bağların ve ilişkilerin yoğun olarak yaşandığı az gelişmiş ülkelerde daha yaygın olarak görülmektedir. Bazı yazarlar nepotizm olgusunda kamu görevlisinin bir çıkarı olmadığını ileri sürmekle birlikte, bazı yazarlar da manevi kazanç elde ettiklerini ileri sürmektedirler. Yani bunun sonucunda kamu görevlisinin “itibar görme”, “takdir edilme” gibi psikolojik ve toplumsal kazanç elde ettiği düşünülebilir. *Özsemerci*, a.g.e., s. 21-22

<sup>35</sup> *Tutum*, C.: “İdarenin Siyasileşmesi (V. Merikoski’nin The Politicization of Public Administration, Akademia Secientiarum Fennica, Helsinki , 1969, Adlı Kitabının Özeti)”, AİD, S. 4 , Aralık 1971 , s.170. Bu bağlamda, Eş-Dost Kayırmacılığı (Kronizm), Kamu görevlilerinin işe alınmasında liyakat (yeterlik) ve eşitlik ilkeleri yerine eş-dost ilişkileri esas alınması suretiyle yapılan kayırmacılıktır. Nepotizmde kayırlan kişi akraba, kronizmde ise eş-dost olmaktadır. Günümüzde Türkiye’de de yaygın olarak görülen “Hemşehri kayırmacılığı” da kronizm’in özel bir türü olarak değerlendirilebilir. *Özsemerci*, a.g.e., s. 22

<sup>36</sup> *Aktan*, Coşkun C.: “Meritokratik Yönetim Oluşturmak ve Kurumsallaştırmak İçin Ne Yapmalı?” <http://www.canaktan.org/din-ahlak/ahlak/meritokrasi/aktan-meritokrasi.htm>; *Aktan*, Coşkun C.: “Politikada Liyakat ve Meritokrasi”, *Yeni Türkiye Dergisi*, Yıl 3, Sayı 14. Mart-Nisan 1997. S.1008-1011, [www.canaktan.org/canaktan\\_personal/.../aktan-meritokrasi.pdf](http://www.canaktan.org/canaktan_personal/.../aktan-meritokrasi.pdf)

Kamu görevlilerinin iktidarla birlikte tümüyle değişmesini öngören<sup>37</sup> ve ganimet sistemi olarak da anılan kayırma sisteminin en saf şekli; ABD’de 1789-1829 yılları arasında uygulanan “Centilmen”ler dönemi<sup>38</sup> sonrasında başlamış ve 1883’te Pendleton Act yürürlüğe girene kadar uygulanmıştır.<sup>39</sup> Bu sistemde iktidarın değişmesiyle birlikte tüm kamu görevlileri değişiyor, kamu görevleri bir ganimet sayılıyordu.<sup>40</sup> İktidarın değişmesiyle birlikte kamu görevlilerinin tamamının da değiştirilmesi temeline dayanan “Yağma Sistemi” nin mantığını, 1831’de dönemin New York Senatörü William L. Marcy, Senatoda yaptığı konuşmadaki “...siyasi savaşta yenilenler görevlerinden çekilmelidir; ganimet savaşta kazananın hakkıdır.”<sup>41</sup> ifadeleri açıkça ortaya koymaktadır.<sup>42</sup>

“Patronage” ve “Favoritism” ise daha sınırlı sayıda personel değişikliği öngörmektedir. Bu nedenle, bu iki kavramı, yağma sisteminden yeterli sistemine geçişte bir aşama olarak değerlendirmek yanlış olmayacaktır.<sup>43</sup>

---

<sup>37</sup> Balta, Tahsin B.: İdare Hukuku, C.I, Ankara, 1972, s. 96-97

<sup>38</sup> Şen, a.g.m., s. 79.

<sup>39</sup> “Ganimet” sisteminin anavatanı ABD’deki “ibretlik” uygulaması için bakınız, Güran, a.g.e., s. 85 vd; Roosevelt, Theodore, “The Merit System vs The Patronage System”, [www.theodore-roosevelt.com/images/research/treditorials/c4.pdf](http://www.theodore-roosevelt.com/images/research/treditorials/c4.pdf); Condrey, S. E.- Battaglio, R. P., “A Return to Spoils? Revisiting Radical Civil Service Reform in the United States”, Public Administration Review, May-June 2007, s. 425 v.d.

<sup>40</sup> Güran, a.g.e., s. 86; Kayırma sisteminde, memurlar, devletin değil, siyasi iktidarın görevlileridir; siyasi iktidarın istememesi halinde, her zaman görevden atılabilirler. Eryılmaz, a.g.m., s. 87

<sup>41</sup> “When they are contending for victory, they avow the intention of enjoying the fruits of it. If they are successful, they claim, as matter of right, the advantages of success. They see nothing wrong in the rule that to the victor belong the spoils of the enemy” William L. Marcy (1832), Book Review: Outlawing the Spoils, Hoogenboom, Ari, University of Illinois Press, 1961, [The Journal of Politics](http://www.jstor.org/stable/2639100) (1962), Vol. 24, p. 612-613; Güran, a.g.e., s. 85-86

<sup>42</sup> Tutum, a.g.m., s.173

<sup>43</sup> Aykaç, a.g.m., s.101; Türkan, A.: Liyakat İlkesi ve Türk Personel Sistemindeki Yeri, Başbakanlık DPB Uzmanlık Tezi, Ankara, 2000.

Memuriyetin liyakate göre değil de siyasal partilere yakınlık ve onlara verilen hizmet ölçütüne göre dağıtılmasını öngören kayırma sistemi ile ilgili olarak 1829 da yapmış olduğu bir konuşmada dönemin ABD Başkanı Andrew Jackson, “Memurların gördüğü görevler o kadar açık ve basittir ki zeka sahibi herkes bu işleri görmeye kolaylıkla alışabilir. Memurları uzun süre memuriyette alıkoymakla elde edilecek kazançtan daha fazlasının kaybedileceğine inanıyorum.” ifadelerini kullanmıştır.<sup>44</sup> Bu ifadelerle Başkan Jackson’ın, bürokrasinin ayrı bir güç olarak siyasetin karşısına çıkmasının tercih edilen bir şey olmadığını; kamu görevlilerinin iktidar değişimiyle birlikte değiştirilmesinin bunu önleyeceğini savunduğunu, böylece bürokrasinin daima siyasetin denetiminde kalacağı ve dolayısıyla demokrasiye de hizmet edilmiş olacağı yorumları yapılmıştır.<sup>45</sup>

Yağma sisteminin yararları<sup>46</sup> ve sakıncaları bakımından yapılacak bir değerlendirmede; sakıncalarının ağır bastığı görülecektir.<sup>47</sup> ABD’de yağma sistemi bir çok suistimal ve yolsuzluklara yol açmış, hatta siyasi cinayetlere bile neden olmuştur. Nitekim 1881 yılında istediği memurluğa

<sup>44</sup> “The duties of all public offices are, or at least admit of being made, so plain and simple that men of intelligence may readily qualify themselves for their performance; and I cannot but believe that more is lost by the long continuance of men in office than is generally gained by their experience.” *Simon, H.A., Smithburg, D.W., Thompson, V.A.* (Çev.C. Mihçioğlu), *Kamu Yönetimi*, AÜSBF Yayını, 1985, s.254. Güran’a göre Başkan Jackson, ABD’de kayırma sistemini inanarak kurmuş ve bir devlet politikası olarak uygulamıştır. Bkz. Güran, a.g.e., s. 91.

<sup>45</sup> *Güran*, a.g.e, s. 86; *Nalçacı*, T.: *Bürokrasi ve İdare Sistemleri, Türkiye’de Personel Rejimine İlişkin Sorunlar*, Derleyen : Tutum, Cahit , Ankara, 1971, s. 4

<sup>46</sup> Yağma sisteminin yararlarından söz edenler; bu sistemin idarenin kontrolünü tamamen siyasetin eline vererek; bürokrasinin, halktan kopuk, ayrı bir güç odağı olmasını önlediğini ileri sürerler. Ayrıntı için bkz. *Güran*, a.g.e., s.86-87

<sup>47</sup> Liyakat sisteminin tavizsiz uygulanmasının birtakım yönetsel sorunlara yol açtığı ve örgütsel etkinliği olumsuz yönde etkilediği ileri sürülmektedir. Oysa liyakat sisteminin temelde varlık nedeni yöneticilerin politik atamalara karşı korunması ve bürokrasinin kalitesinin artırılmasıdır. Çünkü gerek adam kayırmacılık gerekse politik nitelikli atamalar bürokrasinin niteliği üzerinde oldukça olumsuz etkilerde bulunmaktadır. Bu bakımdan liyakat ilkesi aleyhine ileri sürülen iddiaları çok geçerli kabul etmek zordur. *Öztürk*, N.K.: “Liyakat Sistemini Korumanın Farklı Bir Yolu: Liyakat İlkesi Koruma Kurulu”, [www.canaktan.org/din-ahlak/ahlak/meritokrasi/liyakat\\_sistemini\\_koruma.htm](http://www.canaktan.org/din-ahlak/ahlak/meritokrasi/liyakat_sistemini_koruma.htm)

giremeyen Guitean isimli bir vatandaş tarafından dönemin ABD Başkanı Garfield öldürülmüş<sup>48</sup>, aynı şekilde Şikago Belediye Başkanı Harris de bu sistemin kurbanı olmuştur.<sup>49</sup> Gerçekten, sürekli değişen kamu görevlileriyle, kariyer ve yönetimde istikrar sağlanamayacağı gibi, bu şekilde işleyen bir idare mekanizmasının da; sürekli değişen ve gelişen toplumsal gereksinimleri karşılayacak kamu hizmetlerini yerine getirmesi mümkün olamayacaktır. Zira kamu hizmetleri giderek karmaşıklaşmakta, her biri ayrı birer uzmanlık alanı oluşturmaktadır.<sup>50</sup> Artık kamu hizmetleri her önüne gelenin yapabileceği iş olma niteliğini kaybetmiş; karmaşık bir o kadar da uzmanlık ve mesleki tecrübe isteyen faaliyetler haline gelmiştir.<sup>51</sup> Diğer bir ifade ile kamu hizmetleri ve memurluk, artık eskisi gibi siyasi iktidarların veya yöneticilerin yetersiz, yeteneksiz, taraflı ve gelecek seçimleri garantilemek hesaplarıyla hareket eden, yandaşlarıyla

<sup>48</sup> <http://userwww.sfsu.edu/~lguevara/Documents/Merit%20System%20Analysis.pdf> ; *Tortop*, a.g.m., s. 16.

<sup>49</sup> *Aykaç*, a.g.m., s.101; *Güran*, a.g.e., s.95. Devlet memurluğunda reform hareketinin önderlerinden George W. Curtis, 1860'da durumu şöyle anlatıyordu: "Her dört yılda bir tüm yönetim aygıtı, paramparça ediliyordu. Memleket, son derece saçma, isyan ettirici ve ümit kırıcı bir görünüm arz ediyordu. Millet'in işi ve Kongrenin yasa yapma ödevi, hızlı partizanlar arasında yağmalanan malın paylaşımı faaliyetinden daha az önem taşıyordu. Ülke, yetersizliği, tafargirliği ve ağır suistimali doğuran kayırma sistemi belasının yaygın ve salgın etkisi altına girmişti." Ayrıntı için bkz. *Güran*, a.g.e ,s. 93

<sup>50</sup> *Tutum*, C.: Personel Yönetimi , TODAİE, Ankara 1979, 2.Baskı., s.13; Şen, a.g.m., s. 77.

<sup>51</sup> Önceleri hiç bilinmeyen bir çok konu ve faaliyet, bugün devletin ilgilendiği, hizmet yürüttüğü ya da yoğun olarak düzenlediği alanlar haline gelmiştir. Sosyo-ekonomik gelişme, teknik yenilikler, toplumsal ihtiyaçlar, ideolojik ve siyasal baskılar, devletin görev alanını genişletmiş ve yapısını büyümüştür. *Eryılmaz*, B.: "Kamu Bürokrasisinin Denetlenmesinde Yeni Gelişmeler", *Amme İdaresi Dergisi*, C. 26, S. 4, Aralık 1993, s. 81. Günümüzde kamu görevleri, giderek karmaşık, teknik ve uzmanlık gerektiren bir nitelik kazanmıştır. Kamu görevlerinin yürütülebilmesi için; memurluğu meslek edinmiş, bilgi ve beceri sahibi yetenekli insanlara ihtiyaç vardır. Artık kamu hizmetleri herkesin yapabileceği görevler olmaktan çıkmış, belirli bir birikim ve uzmanlık gerektiren konuma gelmiştir. Bu durumda, daha demokratik olsun diye her vatandaş kamu görevlerine aday olarak görüp atamak modern devlet anlayışıyla bağdaşmaz. Demokratik bir hak olan, kamu hizmetlerine katılma hakkını, modern ve karmaşık kamu hizmetlerinin gerekleriyle birlikte değerlendirmek yerinde olacaktır. *Türkan*, A., *Liyakat İlkesi ve Türk Personel Sistemindeki Yeri*, Başbakanlık DPB Uzmanlık Tezi, Ankara, 2000

yürütülecek “basit” bir olgu değildir.<sup>52</sup> Kayırma sisteminde, adeta şerefiye tahakkuk ettirir gibi, ilgililerden, siyasal nedenlerle belli paraların alınması, yahut parasal katkıda bulunmaya zorlanmasını Başkan Hayes, “Hazinenin dolaylı biçimde soyulması” olarak nitelendirirken, bazıları da memuriyetleri belli bir ücret karşılığı alınıp satılan değersiz bir ticari mal olarak görmüştür. GÜRAN’ın ifadesiyle, kayırma sistemi öyle bir noktaya gelmişti ki; senatörler, milletvekilleri, valiler dahil, bir takım memuriyet komisyoncuları türemiştir. Bunlar, para karşılığı, memuriyet arayanlara iş bulmaktan, partilileri işe yerleştirmeye kadar konuyla ilgili ilişkileri organize ediyor, harekete geçiriyordu. Federe devlet başkentleri ve federal başkent Washington “iş komisyoncuları”nın resmen faaliyet gösterdiği skandal merkezleri olmuştur.<sup>53</sup>

1883’te Pendleton Act’ın çıkmasıyla kayırma sistemi tamamen terk edilmemiş, uzun yıllar azalma eğilimi ile birlikte uygulamada kalmıştır.<sup>54</sup> Yasanın uygulanmaya başlandığı ilk yıllarda bu sisteme tabi görevler % 100’lerden % 90’lara ve nihayet günümüzde % 1’lere kadar düşürülmüş, buna karşın liyakat sistemi (merit systems)’ ne tabi kamu görevleri sürekli artırılarak % 99 seviyelerine yükseltilmiştir. Günümüzde siyasal atama yoluyla gelen kamu görevlileri, görevlerini kamu yararı amacıyla ve

---

<sup>52</sup> *Güran*, a.g.e., s.129-130. Liyakat sisteminin en önemli noktası siyasal nitelikli atamalara karşı hassas olmasıdır. Siyasal atamalar sistemin öngördüğü sınırları aşarsa bu sistem dejenere olur ve kayırmacılığa yenik düşer. Bu nedenle siyasi atamalara sadece sınırlı sayıda “danışman” açısından olumlu yaklaşılır. Danışmanlara izin verilmesinin temelinde ise, danışmanların idari veya yönetsel yetkilerinin olmaması düşüncesi vardır. Başka bir ifadeyle bürokrasinin tarafsızlığını sağlamak için kesinlikle siyasi nitelikli veya başka nedenlerden dolayı nitelikleri uygun olmayan kişilerin kamu görevlerine getirilmemesi gerekir. *Öztürk*, N.K.: “Liyakat Sistemini Korumanın Farklı Bir Yolu: Liyakat İlkesi Koruma Kurulu”, [www.canaktan.org/din-ahlak/ahlak/meritokrasi/liyakat\\_sistemini\\_koruma.htm](http://www.canaktan.org/din-ahlak/ahlak/meritokrasi/liyakat_sistemini_koruma.htm)

<sup>53</sup> *Güran*, a.g.e., s.94-95; Türkan, Abdulkadir, *Liyakat İlkesi ve Türk Personel Sistemindeki Yeri*, Başbakanlık DPB Uzmanlık Tezi, Ankara, 2000

<sup>54</sup> *Wheeler*, Everett P., “The Rise and Progress of the Merit System”, *Political Science Quarterly*, Vol. 34, No. 3 (Sep., 1919), pp. 486-492

suistimalden uzak bir biçimde yerine getirmektedir. Bu durumda kayırma sistemi “liyakat sistemi içinde kayırma” ya dönüşmüştür.<sup>55</sup>

### **Kavram, Tanım ve Kapsam Bakımından Liyakat İlkesi/Sistemi**

Latince “Meritum” kelimesinden türemiş olan “Merit”, bir şeyi hak etme, bir şeye değer olma, ehil olma ve layık olma gibi anlamlara gelmekte, Türkçedeki “Liyakat” ve “Yeterlik” kelimesi de “Merit” ile eş anlamlı olarak kullanılmaktadır.<sup>56</sup>

“Merit system” karşılığı olarak kullanılan liyakat sistemi; “yeterlik”, “ehliyet” “elverişlilik” gibi kavramlarla ifade edilmektedir. Kısaca, bir görevi başarı ile yürütebilme gücü, kudreti olarak tanımlanabilecek liyakat, personel yönetiminin temel ilkelerinden biridir ve liyakatin temelinde daima bir hak ediş vardır.<sup>57</sup> Liyakat ilkesine dayanan personel sistemine de liyakat sistemi denilmektedir.<sup>58</sup>

### **Dar Anlamda Liyakat İlkesi**

Öğretide, “Herkesin hizmete giriş ve yükselmesinde, yetenek ve başarının belirleyici bir unsur olarak kabul edildiği, hizmet koşullarının ve ödüllerinin hizmetin düzeyine ve sürekliliğine katkıda bulunacak şekilde düzenlenmiş bir personel sistemi”<sup>59</sup>, “kamu hizmetlerinde ve kamu kuruluşlarında görev alacak personele, bu görevlere çağrılmada, göreve

---

<sup>55</sup> *Güran*, a.g.e., s.121. ABD Başkanı bürokraside yaklaşık 2650 personeli atayabilmekte ve çoğunu, Senatonun onayı olmadan görevden uzaklaştırabilmektedir. *Rosenbloom*, David H.: *Public Administration*, Random House, New York, 1989, s. 53-59 (Eryılmaz, a.g.m., s. 87’den naklen)

<sup>56</sup> *Acar, M.-Demir, Ö.*: Sosyal Bilimler Sözlüğü, Ağaç Yayıncılık, No:12,İstanbul,1992, s.229-230; *Redhouse Sözlüğü*, s.615

<sup>57</sup> *Şen*, a.g.m., s. 77.

<sup>58</sup> *Aykaç*, a.g.m., s.94; *McCrudden, C.*: “Merit Principles”, *Oxford Journal of Legal Studies* (1998) 18 (4): 543-579; *Kernaghan, K.*: “A Literature Review on the Evolution of the Concept of Merit in Public Service: Canadian and Comparative Perspectives”, <http://www.psc-cfp.gc.ca/abt-aps/rprt/lrecmps-rlecmlfp/index-eng.htm#toc1>; Public Service Commission, *Assessing Merit*, December 2005, <http://www.psc-cfp.gc.ca/plcy-pltq/guides/merit-merite/index-eng.htm>

<sup>59</sup> *Ibid.*

alınmada, ilerleme ve yükselmelerde, yer değiştirmelerde, görevden uzaklaştırma ve çıkarılmalarda, tüm hizmet şartlarında, moral, bilimsel, mesleki ve fikri vasıf ve kabiliyetlerin, görevdeki başarıların esas alınarak, tarafsız ve adil bir davranışla, objektif hukuk kurallarının ve metotlarının, sorumlu ve yetkili teşkilatın yönetimi ve murakabesi altında uygulanması rejimi”<sup>60</sup> olarak tanımlanan yeterlik ilkesi kısaca, kamu görevliliğine girişte ilgili hizmetin gerektirdiği genel ve özel şartlar dışında, başka koşul ve niteliğin aranmamasını,<sup>61</sup> nitelik ve yetenekleri bakımından en yeterli kimselerin alınmasını gerektirir.<sup>62</sup> Bu ilke uyarınca, ayırım gözetilmeksizin bütün vatandaşlara kamu hizmetlerine girme olanağı sağlandıktan sonra yegane ölçüt, kişilerin yeteneği, bilgisi, nitelikleri olmalı, bunların ölçme değerlendirmesi de herkesin eşit koşullarda katıldığı objektif sınavlara dayanmalıdır. Bir Anayasa Mahkemesinde belirtildiği üzere, Anayasa ödevle nitelik arasında sıkı bir ilişki bulunduğunu, bunun dışında hizmete alınmada hiçbir nedenin gözetilemeyeceğini, daha açık bir anlatımla ayırımın yalnızca ödev-nitelik ilişkisi yönünden yapılması gerektiğini belirtmektedir. O halde ödevle, onun gerektirdiği niteliği birbirinden ayrı düşünmeye olanak yoktur. Buna göre, o nitelikler görevlilerde bulunmadıkça o ödev yerine getirilemeyecek ya da ödev iyi biçimde yerine getirilmemiş olacak, demektir. Kamu hizmetlerinin özellikleri olduğu ve bu hizmetleri gören idare ajanlarının da özel statülere bağlı bulunduğu bilinen bir gerçektir. Memurlarda yasalarca aranan nitelikler ve onlar hakkında yasalarda öngörülen kısıtlamalar kamu hizmetinin etkin ve esenlikli bir biçimde yürütülmesi amacına yöneliktir<sup>63</sup>.

<sup>60</sup> *Adal*, H. ř.: Kamu Personel İdaresi, İstanbul, 1968, s.103

<sup>61</sup> *Avcı*, M.: Devlet Memurları Kanunu Kapsamında Kamu Görevliliğine Giriş, Doktora Tezi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eskişehir, 2009, s. 34.

<sup>62</sup> *Tortop*, a.g.m., s. 18. Yazarın aktardığına göre, İngiltere’de, bizdeki ifadesi ile “hamil-i kart yakinimdir” şeklindeki bir uygulamanın, kişinin aleyhine değerlendirme gerekçesi olacağına dair bir yasal düzenleme de yapılmıştır.

<sup>63</sup> Anayasa Mahkemesi, 9.10.1979, E.1979/19, K.1979/39, Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi,S.17, s.299; Anayasa Mahkemesi, 4.4.1991, E.1990/12, K.1991/7, Resmi Gazete, 13.8.1991, S.20959.

Görüldüğü üzere liyakat ilkesi, vatandaşların devlet memurluklarına girişlerinde ve çalışırken uygulanacak bütün işlemlerde keyfi ve kişisel takdirlerden, siyasi parti müdahalelerinden uzak, sadece hizmetlerindeki niteliklerinin gereklerine göre objektif usullere tabi olmasını zorunlu kılar.<sup>64</sup> Diğer bir ifade ile, kişilerin siyasi partilere yakınlığına göre değil, bilgi ve yeteneklerine göre devlet memuru olabilmeleri veya meslek içinde ilerleme veya yükselebilmelerini benimseyen sisteme liyakat sistemi denir<sup>65</sup>. Danıştay'a göre, "...İdarenin kanunlar çerçevesinde hizmet üretirken, yürütmeye ilişkin tasarrufları oluştururken, bütün idarede özellikle, idarenin üst kademelerinde ve sorumluluk mevkiilerinde bulunan personelin, özellikle hükümet programı doğrultusunda icraata ilişkin hizmet üretirken, siyasi kadro ile aynı felsefeyi paylaşması koşulunun aranması halinde, hükümet icraatının sür'atli ve netice alıcı karakterde tecelli edeceği iddia olunamayacağı gibi, esasen böyle bir uygulama idarenin üst kademelerinde ve sorumluluk mevkiindeki memurlar arasında

---

<sup>64</sup> Tortop, N.: Personel Yönetimi, Ankara,1990, s.14-15; Bu bağlamda Sayıştay Genel Kurulunca, "sadece hizmetin gereği olarak kullanılması gereken istisnai memurluk kadrolarının, Devlet memurluğuna girmede esas olan sınav sistemini aşmaya yönelik olarak diğer memur kadrolarına naklen atanma amacıyla kullanılması, Anayasa ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ile getirilmiş bulunan kanun önünde eşitlik ve kamu görevi hizmetine girmede eşitlik ile liyakat ilkesinin ihlali anlamına geldiğinden, bu yolla Devlet memurluğu kadrolarının liyakat esasına uymayan ve bu kadroların gerektirdiği niteliklere sahip bulunmayan kişilerin atanmasına imkan sağlayabileceğinden, 657 sayılı Kanunun anılan 59'uncu maddesi hükümleri uyarınca açıktan istisnai memurluk kadrolarına atanmaların bir müddet sonra Devlet memurluğuna alınma için açılmış bulunan sınavlara katılmadan ve dolayısıyla bu sınavlarda başarılı olmadan diğer memurluk kadrolarına atanmaları hususu(nun), uygulama ve sonuçları bakımından Hazine menfaatlerini zarara uğraticı nitelikte" olduğu yönünde karar verilmiştir. Sayıştay Genel Kurulu, Karar No: 5119/1, K.T.: 4.4.2005. Konu ile ilgili ayrıntılı için bkz. *Kocaman, H.:* "Hukuki Tarihçesiyle İstisnai Memuriyet ve TBMM Örneği", *Yasama Dergisi*, S. 4, Ocak-Şubat-Mart, 2007, s. 66-67. [www.yasader.org/web/yasama\\_dergisi/2007/sayi4/Hukuki\\_Tarihçesiyle\\_Istisnai\\_Memuriyet.pdf](http://www.yasader.org/web/yasama_dergisi/2007/sayi4/Hukuki_Tarihçesiyle_Istisnai_Memuriyet.pdf)

<sup>65</sup> *Günday, M.:* İdare Hukuku, İmaj yayınları, Ankara, 2002, s.514; Gözler, Kemal, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Kitabevi, Bursa, 2002, s. 519.



*iktidar yanlısı olan ya da olmayan memur ayırımı yapılmasına neden olacaktır*<sup>66</sup>.

Doktrinde yeterlik ilkesinin dar ve geniş anlamda olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutulduğu görülmektedir.<sup>67</sup> Birincisinde, işe en uygun kişinin seçilmesi, ikincisinde ise, belli özellikleri olan bir personel sisteminin kurulması kastedilmektedir.<sup>68</sup> Buna göre, dar anlamda yeterlik ilkesi, kamu kuruluşlarının ihtiyacı olan personelin, kamu görevi almak isteyenler arasından yetenek ölçütünün esas alınarak seçilmesidir. Yeterlik ilkesinden söz edebilmek için, personel seçiminin; yazılı, test, sözlü, mülakat ve uygulamalı sınavlardan oluşabilecek şekilde açık bir yarışma sınavı esas alınarak yapılması zorunludur.<sup>69</sup> Yeterli duyurunun yapılması, başvurma fırsatı verilmesi, aranan genel ve özel şartların<sup>70</sup> gerçekçi olması, adaylar arasında ayırım yapılmaması, yeteneğe göre sıralama yapılması, sınav sonuçları hakkında bilgi verme ve sınav sonuçlarına itiraz hakkının tanınması, açık yarışma sınavları yapılırken uyulması gereken temel ilkelerdir.<sup>71</sup>

<sup>66</sup> Danıştay Daireler Kurulu, E.1976/351, K.1976/200, K.T. 15.10.1976, Danıştay Dergisi., S.2627, s.171-175; Danıştay Daireler Kurulu, E.1975/340, K.1976/170, K.T. 4.6.1975, Danıştay Dergisi, S.2425, s.124 vd.

<sup>67</sup> Şen, a.g.m., s. 78; Türkan, A.: Liyakat İlkesi ve Türk Personel Sistemindeki Yeri, Başbakanlık DPB Uzmanlık Tezi, Ankara, 2000

<sup>68</sup> Şen, a.g.m., s. 77

<sup>69</sup> Ayrıca, sınavla ölçülmek istenen yeteneğin türüne göre; zeka, kişilik, yaratıcılık, güdüleme, liderlik testleri gibi farklı konularda sınavlar söz konusu olabilir. Aykaç, a.g.m., s.95

<sup>70</sup> Görevin gerektirdiği niteliklerin her bir kurum ve yürütülen hizmet alanı için farklı şekillerde belirlenmesinde kural olarak Anayasaya aykırı bir durumun bulunmadığı belirtilmiştir. Bkz. Avcı, s. 39. Anayasa Mahkemesine göre; “(Anayasanın 70 inci maddesi) kamu kurum ve kuruluşlarının tümünü kapsayan temel bir hakkı düzenlemektedir. Değişik hukuksal yapıdaki kamu kurum ve kuruluşlarının kendi özellikleri ve gereksinimleri sonucu değişik eğitim kurumlarına ve mesleki yetiştirmeye dayanan mesleğe giriş ve yükselme esasları düzenlemeleri bu maddeye aykırılık teşkil etmez.” Bkz. AYM. E. 1990/39, K. 1991/21. [www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage\\_karar&ref=show&action=karar&id=946&content](http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=946&content)

<sup>71</sup> Canman, D.: Çağdaş Personel Yönetimi, TODAİE Yayını, Ankara, 1995, s. 17

### **Geniş Anlamda Yeterlik İlkesi**

Etkin ve verimli bir personel sisteminin kurulmasına imkan verecek kural ve uygulamaların bütünü olarak ele alınan<sup>72</sup> ve “personel sisteminin, hizmete almadan emekliliğe kadar bütün aşamalarında objektif ve akılcı kuralların geçerli olması”<sup>73</sup> şeklinde özetlenebilecek olan geniş anlamda yeterlik ilkesi ise; kamu hizmetlerine giriş ve hizmet içinde yükselişte sadece işe uygunluk ve başarı ölçütünün esas alındığı, personel ücret rejimi ile çalışma koşullarının yeterlik ilkesine göre düzenlendiği bir personel sistemini ifade edecek şekilde tanımlanmaktadır. Liyakat sistemi, kamu hizmetlerine girişin, hizmet içinde ilerleme ve yükselişin, yalnızca göreve uygunluk, yeterlik, başarı ölçütüne dayandırıldığı bir sistemdir.<sup>74</sup> Literatürde, personel istihdamında liyakat sisteminin esas alınması anlamında Meritokrasi kavramı da kullanılmaktadır.<sup>75</sup> Liyakat sisteminde kamu personeli, piyasa şartlarından, politikacıların baskısından ve halkın taleplerinden daha az etkilenmektedir.<sup>76</sup>

### **Liyakat Sisteminin Başlıca İlkeleri**

Liyakat sisteminin dayandığı ilkeler, başta Eşitlik İlkesi, Yarışma İlkesi, Kariyer İlkesi, Hukuka Uygunluk İlkesi, Adil ve Yeterli Ücret İlkesi, Hizmet İçi Değerlendirme İlkesi, Güvence İlkesi,<sup>77</sup> olarak sıralanabilir. Bunlardan önemli görülenlere aşağıda kısaca değinilecektir.

### **Eşitlik İlkesi**

Liyakat sistemini, kayırma sisteminden ayıran en önemli ve en temel ilke eşitlik ilkesidir.<sup>78</sup> Kamu hizmetine girme bağlamında eşitlik

---

<sup>72</sup> *Tutum*, a.g.e., s.19

<sup>73</sup> *Canman*, a.g.e., s. 17

<sup>74</sup> *Bozkurt, Ömer-Ergun, Turgay-Sezen*, Seriyeye, Kamu Yönetimi Sözlüğü (Ankara: TODAİE Yayınları 1988), s. 158

<sup>75</sup> *Aktan*, a.g.m.

<sup>76</sup> *Eryılmaz*, a.g.m., s. 87. Yazar, bu sistemi benimseyen ülkelerde siyasi iktidarın personel üzerindeki gücünün aynı olmadığını belirtmektedir.

<sup>77</sup> *Sezer*, İstisnai Memurluk..., s. 180 v.d.

<sup>78</sup> *Türkan*, A.: Liyakat İlkesi ve Türk Personel Sistemindeki Yeri, Başbakanlık DPB Uzmanlık Tezi, Ankara, 2000

ilkesi, giriş olanaklarının bütün vatandaşlara eşit koşullarla tanınması ve eşit koşullar içinde bulunanlara memur olabilme haklarının tanınmasıdır.<sup>79</sup> Bu ilke uyarınca kamu görevlisi alınırken bütün adaylara eşit muamele yapılmalı; siyasi düşünce, dini inanç, ırk, renk ve cinsiyet gibi gerekçelerle ayırım yapılmamalıdır. Hiç kimse görevin gerektirdiği nitelikler dışında kamu hizmetlerine girme konusunda bir öncelik hakkına sahip olmamalıdır. Buna göre hizmete girme ve görevde yükselmeye tek ölçüt, ilgililerin görece yeteneği, bilgisi, becerisi olmalı ve bunların saptanması, ilgili herkesin eşit koşullar ve olanaklar altında katıldığı açık ve hakça düzenlenmiş, nesnel ve açık yarışma sınavlarına dayanmalıdır.<sup>80</sup> “Yarışma sınavlarında olsun, hizmete alma koşullarında olsun, adayın başvurduğu göreve uygunluk derecesi ölçülecektir. Yoksa nitelikleri soyut bir değerlendirmeye tabi tutulmayacaktır. Aranılan şartlar üstlenilecek görevle ilgili değilse, genelde ve soyutta geçerli olsalar bile, hukuka aykırıdır ve kaldırılmaları gerekir”.<sup>81</sup>

### **Kariyer İlkesi**

Liyakat sistemini gerçekleştirilmek için, işe en uygun adayın yerleştirilmesi tek başına yeterli olmayıp, kamu görevini yapmaya elverişli ve yeterli kişinin işe alındıktan sonra, bu işte tutulabilmesi de gerekir. Bir kişiyi bir görevde tutabilmek için; ona yükselme ve kendini gerçekleştirme imkanı verilmelidir ki, bu da ancak kariyer ilkesinin uygulanması ile sağlanabilir. Diğer bir ifade ile kariyer ilkesiyle, liyakat sisteminin sürekliliği sağlanmakta; liyakat ilkesinin geniş anlamı hayata geçirilebilmektedir. Doktrinde, liyakat ilkesi ile kariyer ilkesi arasında sıkı bir ilişki olduğu, bu iki ilkenin birbirinden ayrı düşünülmemeyeceği ifade edilmiştir.<sup>82</sup> Buna göre, liyakat sistemi, ancak “kariyer ilkesi” ile birlikte

<sup>79</sup> *Tortop*, a.g.m., s. 18.

<sup>80</sup> *Güran*, a.g.e., s.132

<sup>81</sup> *Güran*, a.g.e., s.133’den naklen, *Griggs v. Duke Power Company*, 401 US 424,1971

<sup>82</sup> *Güran*’a göre; “...Liyakat ilkesi tabii her şeyi çözmeye yetmiyor. Bununla etle tırnak gibi yapışık olan ilke kariyer ilkesidir. Bunlar birbiriyle karşılıklı etkileşim içindedirler. Dünya tecrübesi göstermiştir ki, teminatsız nitelikli memur bulmak olanağı çok zayıftır. Memurluğu meslek olarak seçmiş, memurlukla hayatını götürmek isteyen, emeği ve enerjisi memurluğa vermeyi kendisine yol olarak seçmiş olan, sürekli nitelikli eleman

bir anlam ifade eder. Kariyer ilkesini dışlayan bir liyakat sisteminden söz edilemeyeceği gibi, bunlardan sadece birine yer veren personel rejiminin bir tür kayırma sistemi olduğu söylenebilir.<sup>83</sup>

### **Hukuka Uygunluk İlkesi**

Liyakat ilkesi, hukuk devletinin temel gereklerinden biri olarak nitelendirilebilir. Çünkü, liyakat ilkesinin zedelenerek kamu hizmetlerine girişte liyakatin dışında başka özellikler aranması hukukun ihlal edilmesi anlamına gelir. Hukukun bizzat kamu görevlilerince ihlal edilmesi ise kamu düzenini sarsacak boyutta ve tehlikede bir olaydır.<sup>84</sup>

Liyakat sistemi; işe alma, terfi, işe son verme, sınıflandırma gibi personel işlemlerini hukuka uygun olarak yerine getirmelidir. Bu bağlamda, memura yapılan haksız ve hukuk dışı işlemlere karşı; şikayet, müracaat ve yargı yoluna gitme hakkı tanınmalıdır. Bu ilke uygulanarak personel sisteminde keyfilik önlenecik; personel rejimi daha akılcı, nesnel ve hukuk devleti kurallarına uygun hale getirilebilecektir.

### **Uluslararası ve Ulusal Düzenlemelerde Liyakat İlkesi**

Çalışmamızın bundan sonraki bölümünde, öncelikle belli başlı uluslararası metinlerin liyakat ilkesine ilişkin düzenlemeleri üzerinde

---

seçmek ve tutmak için bir güvence lazım. Şu soruyu sorun, özel sektöre gitmeyip de memurluğu (bunun içinde hakimlik var, subaylık var, öğretim üyeliği, diplomatlık, doktorluk var) seçenler niteliksiz mi ki memur oluyor. Bütün nitelikliler özel sektöre veya serbest mesleğe mi gidiyor? Hayır, hiç öyle değil; hele Türkiye’de hiç öyle değil. Tam aksine, bazılarında yetki kullanma, bazılarında kalıcı ve sürekli olarak bir iş güvencesi, bazılarında statü ve saygınlık, memurluğu çok cazip yapan unsurlar oluyor. Memurluğun güvenceli bir meslek olması, yani bugün var, yarın yok olmaması ve görevine son verilebilmesi için belli usullere uyulması mecburiyeti nitelikli kişileri memurluk mesleğine çekiyor ve meslekte tutuyor. *Güran*, a.g.m., s. 292-293

<sup>83</sup> *Güran*, a.g.e., s. 130.

<sup>84</sup> Bundan dolayı kamu personeli istihdamında vatandaşlar arasında en küçük bir ayrım hissi uyandırılmamalıdır. Vatandaş herhangi bir kamu hizmetine giremediyse hatanın sadece kendisinden kaynaklandığına şüphe etmemelidir. Oysa yaygın kayırmacılık ve siyasi patronaj sistemi vatandaşın devlete olan güvenini sarstığı için aynı zamanda demokrasinin zedelenmesi anlamına da gelmektedir. *Öztürk*, N. K.: “Liyakat Sistemini Korumanın Farklı Bir Yolu: Liyakat İlkesi Koruma Kurulu” [www.canaktan.org/din-ahlak/ahlak/meritokrasi/liyakat\\_sistemini\\_koruma.htm](http://www.canaktan.org/din-ahlak/ahlak/meritokrasi/liyakat_sistemini_koruma.htm)

kısaca durulacak sonrasında konunun mevzuatımız bakımından ayrıntılı incelemesine geçilecektir.

### **Uluslararası Düzenlemelerde Liyakat İlkesi**

İnsan hakları alanında, uluslararası ilk düzenleme olması itibariyle ayrı bir öneme sahip olan Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'ne göre herkes, ülkesinin kamu hizmetlerine eşit olarak girme hakkına sahiptir(m.21/2). Görüldüğü üzere, bildirge konuyu kişisel ve siyasal hak bağlamında ele almış; yine herkes sözcüğünü kullanarak insanların vatandaşı olduğu ülkede eşit bir biçimde bu hakka sahip olduğunu düzenlemiştir.<sup>85</sup>

Kişilerin kamu hizmetine girme hakkı konusunda üzerinde durulması gereken uluslararası sözleşmelerden bir diğeri Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'dir (16 Aralık 1966). Bu sözleşmeye taraf olan devletlerin her yurttaşına genel eşitlik şartları içinde, ülkesinin kamu hizmetlerine girme hakkı (m.25) tanınması gerekmektedir.<sup>86</sup>

Birleşmiş Milletler Her Çeşit Irk Ayrımcılığının Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin(21 Aralık 1965)37 5.maddesinde, taraf devletlerin ırk ayrımcılığını her biçimiyle yasaklamayı ve kaldırmayı, herkes için yasa önünde eşitlik sağlamayı ve....siyasal haklar, özellikle genel ve eşit oy temeli üzerinde seçimlere katılma, seçme ve seçilme hakkı ve her türlü düzeydeki kamu yönetiminde ve hükümette görev alma ve eşit koşullarda kamu hizmetine girme hakkını güvence altına almayı taahhüt ettikleri düzenlenmiştir.<sup>87</sup>

### **Ulusal Düzenlemelerde Liyakat İlkesi**

Türk Anayasa metinleri esas alındığında ilk Anayasa'dan itibaren kamu hizmetlerine girişte yeterlik ve eşitlik esaslarının kabul edildiği

---

<sup>85</sup>Sezer, Y.: "Kamu Hizmetine Girme Hakkı", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 11, Sayı 3-4, Yıl 2003 , s. 163-165

<sup>86</sup> Ibid.

<sup>87</sup> Ibid.

anlaşılmaktadır. Gerçekten 1876 Anayasasının 39. maddesinde; atamalarda yetenek ve liyakatin esas alınacağı, memuriyetten çıkarmayı gerektiren bir durum olmadıkça memurların görevine son verilemeyeceği, iyi çalışan memurların, bu çalışmalarının değerlendirileceği, öngörülmüştü. Nitekim 1876 Anayasası'nın 39. maddesinde “*Bilcümle memurun nizamden tayin olunacak şerait üzere ehil ve müstahak oldukları memuriyetlere intihab olunacaktır ve bu veçhile intihab olunan memurlar kanunen mucibi azil hareketi tahakkuk etmedikçe veya kendisi istifa eylemedikçe veyahut Devletçe bir sebep-i zaruri görülmedikçe azil ve tebdil olunamaz...*”<sup>88</sup> hükmü ile Devlet memuru olarak çalıştırılacaklara bir takım temel hakların sağlandığı görülmektedir. Bu madde ile öncelikle, memurların, kanunen belirlenen şartları taşımak kaydı ile yeterli oldukları veya hak ettikleri görevlere atanabilecekleri belirlenmektedir. Maddeden yeterlik (liyakat) ilkesinin atamalarda esas alınacağı anlaşılmaktadır. Aynı şekilde Kanun-i Esasi'nin 19. maddesinde “*Devlet memuriyetinde umum tebaa ehliyet ve kabiliyetlerine göre münasip olan memuriyetlere kabul olunurlar*” denmektedir. İlk anayasamız olan bu Anayasa'da, temel olarak herkesin nitelikleri ve yetenekleri doğrultusunda kamu görevlisi olabileceği ifade edilmektedir. Devlet memuru olmanın “*umum tebaa*”ya açık olduğu, dolayısıyla kişiler arasında ayırım yapılmayacağı da (ki buna dini ayrımı da dahil etmek gerekir) özellikle vurgulanmıştır. Böylece, farklı etnik ve dini özelliklere sahip kişilere memur olmak için, Osmanlı'nın tebaası olmak ile yeterli ve yetenekli olmak dışında bir şart koşulmamış, bu koşulları taşıyanların devlet memuru olabileceği açıkça ifade etmiştir.<sup>89</sup>

Görüldüğü üzere 1876 Anayasası, 19 ve 39. maddeleri ile kamu görevine girişte, atama ve görevlerden almalarda eşitlik, yeterlik ve memur güvencesi ilkelerini esas alan bir yaklaşımı benimsemiştir. Bu düzenlemeler, o zamanın koşullarında oldukça ileri ilkeler olduğu gibi,

---

<sup>88</sup> Gözübüyük, A. Ş.: Açıklamalı Türk Anayasaları, Anayasaların Yapılışları-Özellikleri, Ankara, Turhan Kitabevi, 2002, s. 18.

<sup>89</sup> Günay, Ö. F.: “Üst Düzey Yöneticilerin Yetiştirilmesi İle İlgili Anayasa Maddesinin İlginç Serüveni”, TBB Dergisi, Sayı 62, 2006 s. 154-156

özde, liyakat sisteminin göstergeleridir.<sup>90</sup> Bu maddeler ve içeriği, 1908 yılında (II. Meşrutiyet) yapılan değişiklikler sonucunda da aynen korunmuş, dönemin anlayışına ters düşmeyen ve kabul gören ilkeler olarak muhafaza edilmiştir.

Bu anlayışla; 1924 Anayasası; 92. maddesinde, vatandaşların “ehliyet ve istihkakına göre” devlet memuriyetlerinde istihdam olunma hakkına sahip olduğu hükme bağlanmış, bu düzenleme ile, siyasal etkiden uzak, hizmete giriş ve yükselişte “liyakat ilkesi” ni esas alan, memurluğu meslek olarak gören, güvenceli ve eşitlikçi bir personel rejiminin amaçlandığı anlaşılmaktadır. Gerçekten 1924 Anayasası’nın 92. maddesinde; “*Hukuku siyasiyeyi haiz her Türk ehliyet ve istihkakına göre Devlet memuriyetlerinde istihdam olunmak hakkını haizdir*” diyerek “*ehil olmak ve hak etmek*” olarak belirlenen yeterlik ilkesini esas aldığını vurgulamıştır.<sup>91</sup>

1961 Anayasasının Kamu hizmetlerine girme hakkı başlığı altında 58. maddesinde ise, “*Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir. Hizmete alınmada ödevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez*” denilerek, kamu görevlerine girişte eşitlik ve yeterlik ilkesinin esas alındığı kayırmacılığın kabul edilemeyeceği anlaşılmaktadır.<sup>92</sup>

Aynı ilke 1982 Anayasasının 70. Maddesinde şöyle yer almıştır:

Hizmete girme başlığı altında, “Her Türk kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir. Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiç bir ayırım gözetilemez.”

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun “Temel İlkeler” başlığı altındaki 3. maddesinin ( c ) fırcasında yer alan “liyakat ilkesi” şöyle tanımlanmıştır:

<sup>90</sup> Özyörük, M.: İdare Hukuk Dersleri, Ankara,1976-77, s. 229

<sup>91</sup> Günay, a.g.m., s. 154-156

<sup>92</sup> Ibid.

“Devlet kamu hizmeti görevlerine girmeyi, sınıflar içinde ilerleme ve yükselmeyi, görevin sona erdirilmesini liyakat sistemine dayandırmak ve bu sistemin eşit imkanlarla uygulanmasında Devlet memurlarını güvenliğe sahip kılmaktır.”

Anayasa ve yasalarımıza bakacak olursak, liyakat ilkesinin kimi eksiklikleriyle birlikte, benimsenmiş olduğu görülmele birlikte, bu durum uygulamaya tam olarak yansıtılabilmış değildir. Personel sistemimiz; ne tam liyakat ilkesine dayanmaktadır ne de kayırmacılığa, ikisi arasında bir yerde bulunmaktadır. Bu bağlamda kamu personel yönetimimizi, “siyasal kayırmacılığa da yer veren liyakat sistemi” olarak tanımlayanlar bulunmaktadır.

Gerçekten mevzuatımızda açıkça liyakat sistemine ilişkin düzenlemelerin olmasına rağmen<sup>93</sup> uygulamada personel sisteminin tam olarak liyakat ilkesine uymadığı konusunda ortak bir kanaatin var olduğu görülmektedir.<sup>94</sup> Her ne kadar Türk pozitif hukukunda memurluğa giriş ve yükselmeye kariyer, sınıflandırma ve liyakat ilkeleri benimsenerek tarafsız bir memuriyet sistemi oluşturulmaya çalışılmışsa da, uygulamada özellikle, siyasal iktidar değişikliklerinde önce üst düzeyde, daha sonra da alt kademelere inerek kamu görevlileri arasında büyük değişimler yaşandığı gözlenmekte, bu değişimin yaşandığı kamu görevlilerinin başında istisnai memurluklar gelmektedir.<sup>95</sup> Bu bağlamda, Türk kamu

---

<sup>93</sup>Yasada yeterlik ilkesi ile uyuşmayan “sınavsız memurluğa giriş”, “istisnai memuriyetler”, “ilk dört dereceye yapılan atamalar gibi” konulara yer verilmiş olması haklı olarak eleştirilmektedir. Bkz. *Aykaç*, a.g.m., s. 93; *Tutum*, C.: “Türk Personel Sisteminin Sorunlarına Genel Bir Yaklaşım”, *Amme İdaresi Dergisi*, S.3, Eylül 1980, s. 103.

<sup>94</sup> *Anaran*, O: “Devlet Personel Reformu Üstüne Notlar”, *Mülkiyeliler Birliği Dergisi*, S. 70-71, 1983, s. 39.

<sup>95</sup> *Sezer*, Y.: “Kamu Hizmetine Girme Hakkı ve Liyakat İlkesi Açısından İstisnai Memurluklar”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Sayı 34, Yıl 2003, s. 173-4. Yazara göre, Anayasanın kamu hizmetine girme hakkına ilişkin 70.maddesinin 2.fıkrasında belirtilen görevin gerektirdiği nitelikleri taşıma koşulunun, diğer görevlere oranla, kanun koyucunun özel bir önem verdiği, kişisel ve siyasal güvenin daha fazla ön plana çıktığı istisnai memurluklarda aranmaması düşünülemez. Anayasanın aradığı



yönetimde görülen yozlaşmanın yansıması olarak kamu personeli alımlarında da ciddi şekilde kayırmacılığın yapıldığı, diğer bir ifade ile, kamu personel alım sistemine egemen olan serbestlik, eşitlik ve görevin gerektirdiği niteliklerden başka niteliklerin aranmaması ilkelerinin ihlal edilerek personel alımlarının yapıldığı ifade edilmekte,<sup>96</sup> yasal düzenlemenin aksine ülkemizdeki uygulamada, liyakat sistemi görüntüsü altında, kayırma sistemini andıran bir yol izlendiği belirtilmektedir.<sup>97</sup> Öğretide ağırlıklı olarak Türkiye'deki modelin, liyakat sisteminin yozlaşmış bir modeli olarak değerlendirildiği görülmektedir.<sup>98</sup> Bu bağlamda, söz konusu modelin liyakat sistemi olarak nitelendirilmesinin güç olduğu, Türk personel rejiminin, liyakat sistemi ile, kayırmacılık sistemi arasında bir yerde olduğu da ifade edilmektedir.<sup>99</sup> Bu değerlendirmelerden hareketle, liyakat sisteminden sapmaların oluşturduğu ara modellerin, saf kayırmacılık sisteminden daha tehlikeli sonuçlar ortaya çıkarabileceği, kayırmacılık sisteminde, iktidar değişikliklerinde tüm kamu görevlilerinin gittiği ve yerine yenilerin geldiği, dolayısıyla memurluk kadrolarında bir şişmenin olmadığı, oysa liyakat sisteminin bozulduğu uygulamalarda siyasi iktidar değiştiğinde iktidara yakın olmayan memurların pasif görevlere getirilmekle birlikte kamu görevlisi statüsünü koruduğu, buna bağlı olarak da bürokraside ihtiyaç fazlası çok sayıda memur bulunduğu, bunun da kamuda gizli işsizliğin temel nedenleri arasında yer aldığı, her iktidar değişikliğinde; müsteşardan daire başkanına, vali ve emniyet müdürüne, büyükelçilere kadar pek çok makamda değişikliğe gidildiği, “verimlilik” ve “etkinlik” gibi piyasa kurallarına göre işletilmesi gereken KİT'lerin de iktidar

---

görevin gerektirdiği nitelikler istisnai memurluklarda mesleki liyakat ile yönetsel gereksinimlere dönüşmüştür. bkz. s. 186-187

<sup>96</sup> Sezer, Y.: “Kamu Hizmetine Girme Hakkı”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 11, Sayı 3-4, Yıl 2003 , s. 155.

<sup>97</sup> Eryılmaz, B.: “Kamu Bürokrasisinin Denetlenmesinde Yeni Gelişmeler”, Amme İdaresi Dergisi, C. 26, S. 4, Aralık 1993, s. 88.

<sup>98</sup> Bkz. Güran, S.: Memur Hukukunda Kayırma ve Liyakat Sistemleri, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1980, s.161; Şen, a.g.m., s.92; Eryılmaz, B.: Kamu Bürokrasisi, İzmir Ticaret Odası Yayını, Ocak 1995, s.55-56

<sup>99</sup> Şen, a.g.m., s. 92.

değişikliğinden en fazla etkilenen kurumlar arasında yer aldığı yorumları yapılmaktadır.<sup>100</sup> Gerçekten Türkiye’deki durum, tam olarak buna örnek teşkil edecek niteliktedir. Zira sadece merkezi yönetim teşkilatında değil KİT’lerde, kamu bankalarında ve hatta TBMM’de bile aşırı personel istihdamı söz konusudur.<sup>101</sup> Siyasi partiler, iktidarın tutumunu partizanlık ve kadrolaşma olarak nitelendirerek eleştirmekle birlikte, kendileri iktidara geldiklerinde, aynı yöntemleri kullanarak seleflerini aratmayacak şekilde kayırmacılık yapmakta, hizmete girişte ve görevde yükselme ve naklen atamalarda, partilerin tavassutu özellikle üst düzey görevler bakımından yaygın bir uygulama olarak varlığını sürdürmektedir.<sup>102</sup> Hatta ülkemizde hizmetsiz memuriyetlerin (arpalıklar) kurumsallaştırıldığı<sup>103</sup> bürokraside “bankamatik memuru” olarak isimlendirilen bir sınıfın ortaya çıktığı, bu bağlamda, 29 yıldır Merkez Valisi olarak görev yapanların olduğu bile rapor edilmiştir.<sup>104</sup> Halbuki, gerçekten ihtiyaç duyulan görevlere eleman alınması, adama iş bulma amacı ile değil, işe adam alınması amacı ile personel istihdamı liyakat sisteminin bir gereğidir.<sup>105</sup>

Doktrinde, yeterli ilkesinin gerektiği gibi uygulandığı yönünde toplumun bütün kesimlerinde oluşturulacak kanaatin, kamu hizmetlerinde görev almaya talip olanları “Torpil Bulma” yarışından uzaklaştıracağı gibi; hizmete alınmada ve görevde yükselmede başarısız olanların, “Torpelim Yoktu”, bahanesine sığınmak yerine başarılı olmak için yeterince çalışmamışım, biraz daha çaba göstermem gerekiyor değerlendirmesini beraberinde getireceği ifade edilmektedir.<sup>106</sup>

---

<sup>100</sup> Eryılmaz, a.g.m., s. 88.

<sup>101</sup> Öztürk, N. K.: “Liyakat Sistemini Korumanın Farklı Bir Yolu: Liyakat İlkesi Koruma Kurulu” Türk İdare Dergisi Haziran 2002, [www.canaktan.org/din-ahlak/ahlak/meritokrasi/liyakat\\_sistemini\\_koruma.htm](http://www.canaktan.org/din-ahlak/ahlak/meritokrasi/liyakat_sistemini_koruma.htm)

<sup>102</sup> Eryılmaz, a.g.m., s. 89.

<sup>103</sup> Tutum, C.: “Kamu Personeli Sorunu”, Kamu Yönetimi, İkinci Kitap, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, 1-4 Mayıs 1990, Danıştay, Ankara, s. 575.

<sup>104</sup> Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü, Kamu Yönetimi Araştırması (KAYA), TODAİE Yayınları No: 238, Ankara, 1991, s. 157 (Eryılmaz s. 89’ dan naklen)

<sup>105</sup> Tortop, N.: “Personel Seçiminde Uyulması Gereken Kurallar”, Çağdaş Yerel Yönetimler, C. 6, S. 1, Ocak 1997, s. 16.

<sup>106</sup> Aykaç, a.g.m., s. 109.

## SONUÇ

Her ülke için göreceli olarak daha az ya da çok olduğu gözlenen, liyakate dayalı bir istihdam sistemini öngören düzenlemeler ile bu düzenlemelere yine benzer düzenlemelerle getirilen istisnalar ya da liyakat sisteminin uygulamada tam olarak hayata geçirilememesi Türkiye’de bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Gerçekten her ne kadar Anayasa ve alt düzenlemelerde liyakati esas alan bir sistemin gerekleri açıkça düzenlenmiş olmakla birlikte uygulamada sistemin saf olarak uygulanmadığı görülmektedir. Kamu hizmetine ilk alınmada liyakate nispeten daha fazla önem verilmekle birlikte, özellikle görevde yükselmelerde ya da üst düzey görevlere atanmada siyasi kayırmacılığın hüküm sürdüğünü söylemek yanıltıcı olmayacaktır. Bu haliyle bünyesinde kayırmacılığı barındıran bir liyakat sisteminin ülkemizde uygulandığı söylenebilir. Söz konusu sistemin, özellikle hizmete alınmada liyakatin esas alınmaması nedeniyle, kamuda işin gerektirdiği nitelikleri haiz olmayan ama statüye bağlı güvencelere sahip olması nedeniyle emekli olana kadar ya da kendisi istemediği sürece bulunduğu kadrodan ayrılmayan, çok etkin ve verimli çalıştırılmayan ve bu hususta bir motivasyona da sahip olmayan, gizli işsiz olarak nitelendirilebileceğimiz bir kesimin ortaya çıkmasına neden olduğu kanısındayız. Bu melez sistemin ortaya çıkardığı sonuçların, Türk Kamu İdaresinin rasyonelleştirilmesi önündeki en büyük engel olduğu da söylenebilir..

Anayasanın 70 inci maddesi ve Türk kamu personel yönetiminin yasal dayanağını oluşturan 657 sayılı Devlet Memurları Kanununda, sınıflandırma, kariyer ve liyakat ilkelerinin temel ilke olarak kabul edildiği görülmekle birlikte doktrinde, personel yönetiminin temel ilkelerinin; tarafsızlık, kariyer, yeterlik, sınıflandırma, adil ve yeterli ücret, hizmetiçi eğitim olması gerektiği ifade edilmektedir. Bunlardan en önemlisi olarak nitelendirilebilecek liyakat ilkesinin özellikleri bürokrasinin karakterini belirlemekte olup, liyakat sisteminin tavizsiz uygulanması rasyonel işleyen bir bürokrasinin varlığı için de son derece önemlidir. Bu bakımdan liyakat ilkesinin varlığı ya da mevzuatta

düzenlenmiş olmasından ziyade gerektiği gibi uygulanmasının sağlanması üzerinde durulmalıdır.

Öte yandan, demokratik ülkelerde eşitlik sadece yasalar karşısında eşitlikten ibaret olmayıp, fırsat eşitliğini de içerdiğinden işe almada demokratik kurallara en uygun uygulamaları zorunlu kılan liyakat ilkesi, ayrı bir anlam ve önem kazanmaktadır.<sup>107</sup> Böylece, işe alınmada görevin gerektirdiği nitelikler dışında, başkaca bir niteliğin aranmasının ortadan kaldırılması amaçlanmakta; vatandaşlar arasında, dil, din, siyasi görüş, renk ve cinsiyet bakımından ayırım yapılması önlenmek istenmektedir.

### KAYNAKÇA

**ACAR, Mustafa-DEMİR, Ömer:** Sosyal Bilimler Sözlüğü, Ağaç Yayıncılık, No:12, İstanbul,1992.

**ADAL, H. Şükrü:** Kamu Personel İdaresi, İstanbul, 1968.

**ADALI, Sacit:** Personel Yönetimi, Türk Sevk ve İdare Derneği, İstanbul , 1977.

**AKGÜNER, Tayfun:** Kamu Personel Yönetimi, İstanbul, 1988.

**AKTAN, Coşkun Can:** "Politikada Liyakat ve Meritokrasi", Yeni Türkiye Dergisi, Yıl 3, Sayı 14. Mart-Nisan 1997. S.1008-1011, [www.canaktan.org/canaktan\\_personal/.../aktan-meritokrasi.pdf](http://www.canaktan.org/canaktan_personal/.../aktan-meritokrasi.pdf)

**AKTAN, Coşkun Can:** "Meritokratik Yönetim Oluşturmak ve Kurumsallaştırmak İçin Ne Yapmalı?" <http://www.canaktan.org/din-ahlak/ahlak/meritokrasi/aktan-meritokrasi.htm>;

**ALBA, Carlos R.:** "Bureaucratic Politics in Spain: A Long Lasting Tradition" ECPR Joint Sessions of Workshops, Workshop on "Politicians, Bureaucrats and Institutional Reform", Mannheim, Germany, March 26-31, 1999.

**ANDREWS, Bryan:** "Recruitment and Selection in Irish Civil Service", OECD SIGMA Paper, Seminar on "Civil Service Recruitment Procedures" Vilnius, 21-22 March 2006

---

<sup>107</sup> *Tutum, C.:* Personel Yönetimi, TODAİE Yayını, Ankara, 1979, s.32; Örnek, Acar, Kamu Yönetimi, İstanbul, 1994, s.222-223

**AVCI, Mustafa:** Devlet Memurları Kanunu Kapsamında Kamu Görevliliğine Giriş, Doktora Tezi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eskişehir, 2009.

**AYKAÇ, Burhan:** “Personel Yönetiminde Yeterlik İlkesi”, Amme İdaresi Dergisi, S.4, Aralık 1990.

**BALTA, T. Bekir:** İdare Hukuku, C.I, Ankara, 1972.

**BAPTISTA, Filomena:** “The Recruitment and Selection of Staff in the Portuguese Administration”, OECD SIGMA Paper, Seminar on “Civil Service Recruitment Procedures” Vilnius, 21-22 March 2006

**BİLGİN, Pertev:** İdare Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1996

**BOZKURT, Ömer-ERGÜN, Turgay-SEZEN, Seriya:** Kamu Yönetimi Sözlüğü, TODAİE Yayınları 1988.

**CANMAN, Doğan:** Çağdaş Personel Yönetimi, TODAİE Yayını, Ankara, 1995.

**CONDREY, Stephen E.- BATTAGLIO, R. Paul:** “A Return to Spoils? Revisiting Radical Civil Service Reform in the United States”, Public Administration Review, May-June 2007

**DE LA CRUZ, Jaime Perez:** “Legal Framework and Practical Procedures and Mechanisms for Selection in Spain”, OECD SIGMA Paper, Seminar on “Civil Service Recruitment Procedures” Vilnius, 21-22 March 2006

**ERYILMAZ, Bilal:** Kamu Bürokrasisi, İzmir Ticaret Odası Yayını, Ocak 1995.

**ERYILMAZ, Bilal:** “Kamu Bürokrasisinin Denetlenmesinde Yeni Gelişmeler”, Amme İdaresi Dergisi, C. 26, S. 4, Aralık 1993.

**GÖZLER, Kemal:** İdare Hukuku Dersleri, Ekin Kitabevi, Bursa, 2002.

**GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref:** Açıklamalı Türk Anayasaları, Anayasaların Yapılışları-Özellikleri, Ankara, Turhan Kitabevi, 2002.

**GÜNAY, Ö. Faruk:** “Üst Düzey Yöneticilerin Yetiştirilmesi İle İlgili Anayasa Maddesinin İlginç Serüveni”, TBB Dergisi, Sayı 62, 2006.

**GÜNDAY, Metin:** İdare Hukuku, İmaj yayınları, Ankara, 2002.

**GÜRAN, Sait:** Memur Hukukunda Kayırma ve Liyakat Sistemleri, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1980.

**GÜRAN, Sait:** “Türk Kamu Personel Rejimi ve Kamu Yönetimi Temel Kanunu Tasarısı’nın Bu Konudaki Hükümleri”, Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, Sayı 48, 2004. [www.iudergi.com/tr/index.php/sosyalsiyaset/article/view/221/209](http://www.iudergi.com/tr/index.php/sosyalsiyaset/article/view/221/209).

**HOLLYER, James R.:** “Merit Recruitment in 19th and Early 20th Century European Bureaucracies”, [homepages.nyu.edu/~jrh343/MPSA2011/Merit.pdf](http://homepages.nyu.edu/~jrh343/MPSA2011/Merit.pdf)

**HOOGENBOOM, Ari:** Book Review: Outlawing the Spoils, University of Illinois Press, 1961, [The Journal of Politics](http://www.jstor.org/stable/2713111) 1962.

**KERNAGHAN, Kenneth:** “A Literature Review on the Evolution of the Concept of Merit in Public Service: Canadian and Comparative Perspectives”, <http://www.psc-cfp.gc.ca/abt-aps/rprt/lrecmps/rlecmp/index-eng.htm>

**KOCAMAN, Habip:** “Hukuki Tarihçesiyle İstisnai Memuriyet ve TBMM Örneği”, Yasama Dergisi, S. 4, Ocak-Şubat-Mart, 2007.

**McCRUDDEN, Christopher:** “Merit Principles”, Oxford Journal of Legal Studies 1998.18-4

**MEMİŞ, Emin:** “Mevzuatımızda ve Uygulamada Kamu Hizmetine Girme/Çekilme Hakları, Arşiv Araştırması ve Güvenlik Soruşturması Analizleri”, (Kamu Personeli Sorunları) İdare Hukuku Sempozyumu, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 45 Nisan 2003

**NALÇACI, Turan:** Bürokrasi ve İdare Sistemleri, Türkiye’de Personel Rejimine İlişkin Sorunlar, Derleyen : TUTUM, Cahit , Ankara, 1971.

**ONARAN, Oğuz:** “Devlet Personel Reformu Üstüne Notlar”, Mülkiyeliler Birliği Dergisi, S. 70-71, 1983.

**ÖRNEK, Acar:** Kamu Yönetimi, İstanbul, 1994.

**ÖZSEMERÇİ, Kemal:** Türk Kamu Yönetiminde Yolsuzluklar, Nedenleri, Zararları ve Çözüm Önerileri, Sayıştay Araştırma/İnceleme/Çeviri Dizisi: 27, , Ekim 2003.

**ÖZTÜRK, Namık Kemal:** “Liyakat Sistemini Korumanın Farklı Bir Yolu: Liyakat İlkesi Koruma Kurulu” Türk İdare Dergisi Haziran 2002, [www.canaktan.org/dinahlak/ahlak/meritokrasi/liyakat\\_sistemini\\_koruma.htm](http://www.canaktan.org/dinahlak/ahlak/meritokrasi/liyakat_sistemini_koruma.htm)

- ÖZYÖRÜK, Mukbil:** İdare Hukuk Dersleri, Ankara, 1976-1977
- ROOSEVELT, Theodore:** “The Merit System versus The Patronage System”, www.theodoreroosevelt.com/images/research/treditorials/c4.pdf
- ROSENBLOOM, David H.:** Public Administration, Random House, New York, 1989.
- SAYAN, İpek Özkal,** “Türkiye’de Kamu Personel Sistemi: İdari, Askeri, Akademik, Adli Personel Ayrımı”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, S.64-1
- SEZER, Yasin:** “Kamu Hizmetine Girme Hakkı ve Liyakat İlkesi Açısından İstisnai Memurluk”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 3-4, 2003.
- SEZER, Yasin:** “Kamu Hizmetine Girme Hakkı”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 11, Sayı 3-4, Yıl 2003.
- SEZER, Yasin:** Türk Yüksek Mahkemeleri ve Avrupa Adalet Divanı Kararları Işığında Kamu Hizmetine Girme Hakkı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006.
- SIMON, H.A.- SMITHBURG, D.W.- THOMPSON, V.A. (Çev.C. MIHÇIOĞLU):** Kamu Yönetimi, AÜSBF Yayını, 1985.
- ŞEN, Mustafa Lütfi:** “Liyakat İlkesi ve Türk Personel Sistemindeki Uygulaması”, Amme İdaresi Dergisi, C. 28, S. 1, Mart 1995.
- TORTOP, Nuri:** “Personel Seçiminde Uyulması Gereken Kurallar”, Çağdaş Yerel Yönetimler, C. 6, S. 1, Ocak 1997.
- TORTOP, Nuri:** Personel Yönetimi, Ankara, 1990.
- TUTUM, Cahit:** “İdarenin Siyasileşmesi (V. Merikoski’nin The Politicization of Public Administration, Akademia Seicientiarum Fennica, Helsinki , 1969, Adli Kitabının Özeti )”, AİD, S. 4 , Aralık 1971.
- TUTUM, Cahit:** “Kamu Personeli Sorunu”, Kamu Yönetimi, İkinci Kitap, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, 1-4 Mayıs 1990.
- TUTUM, Cahit:** “Türk Personel Sisteminin Sorunlarına Genel Bir Yaklaşım”, Amme İdaresi Dergisi, S.3, Eylül 1980.
- TUTUM, Cahit:** Personel Yönetimi, TODAİE Yayını, Ankara, 1979.
- TÜRKAN, Abdulkadir:** Liyakat İlkesi ve Türk Personel Sistemindeki Yeri, Başbakanlık DPB Uzmanlık Tezi, Ankara, 2000.

Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü, Kamu Yönetimi Araştırması (KAYA), TODAİE Yayınları No: 238, Ankara, 1991

**VAN-BIESEN, Guy:** “Overview of Civil Service Selection Procedures in EU Context”, OECD SIGMA Paper, Seminar on “Civil Service Recruitment Procedures” Vilnius, 21-22 March 2006



**UYUŞMAZLIĞA İLİŞKİN MEVZUAT DEĞİŞİKLİĞİ TEMYİZ  
AŞAMASINDA BOZMA NEDENİ OLABİLİR Mİ?  
(BİR YARGI SÜRECİNDEN HAREKETLE İDARİ YARGILAMA  
HUKUKU DEĞERLENDİRMESİ)**

**Yrd.Doç.Dr. Abdullah Uz\***

**ÖZET**

Bu çalışmada, idari yargılama hukuku bakımından temyiz aşamasında ilk derece mahkemesinin kararını bozma nedenlerinin sınırlı olup olmadığı tartışılacaktır. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesine göre; Temyiz incelemesi sonunda Danıştay: a) Görev ve yetki dışında bir işe bakılmış olması, b) Hukuka aykırı karar verilmesi, c) Usul hükümlerine uyulmamış olunması, sebeplerinden dolayı incelenen kararı bozabilir. Bu düzenlemeden hareketle, doktrin ve yargı içtihatları da dikkate alınarak, temyiz aşamasında uyuşmazlığa ilişkin mevzuatta yapılan değişikliğin kararı bozma nedeni olup olamayacağı hususu ayrıntılı olarak incelenecek, bunun yanı sıra hukuken doğru sonuçlara ulaşabilmek için başta hukuk güvenliği ilkesi olmak üzere, bu ilkenin türevi diğer ilkeler üzerinde durulacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Temyiz, Kararın Bozulması Nedenleri, İdari Yargılama Usulü, Hukuk Güvenliği

---

\* YÖK Strateji Geliştirme Daire Başkanı

***IS IT POSSIBLE TO REVERSAL OF DECISION BASED ON  
THE AMENDMENT OF PROVISIONS TO BE APPLIED?  
(AN ASSESSMENT IN TERMS OF ADMINISTRATIVE  
JUSTICE PROCEDURE FROM THE PERSPECTIVE OF ONE  
JUDICIAL PROCESS)***

**ABSTRACT**

At this study we will discuss whether reasons of reversal of decision at the stage of appeal are limited or not in terms of administrative justice law. According to Procedure of Administrative Justice Act (No. 2577) "As a result of appellate review, the Council of State shall set aside the decision examined because of the following reasons: a) the court lacked jurisdiction, b) the decision is against the law, c) procedural provisions were not complied with." (Art.49) From the point of view of doctrine and judicial practice we will focus on whether it is possible to reversal of decision based on the amendment of related provisions to be applied. Moreover it is necessary to mention to principle of legal certainty and other principle derived from it for reaching a legally sound result.

**Keywords:** Appeal, reason of reversal of decision, procedure of administrative justice, legal certainty

**GİRİŞ**

Bilindiği üzere, 1990 yılında Sermaye Piyasası Kurulunca, İmar Bankası T.A.Ş'nin aracılık faaliyetleri durdurulmuş ve borsa üyelik belgesi iptal edilmiş, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'nun 4.7.2003 tarih ve 25158 mükerrer sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 3.7.2003 tarih ve 1085 sayılı kararı ile de yükümlülüklerini vadesinde yerine getirmeyen, alınması istenen tedbirleri almayan, faaliyetine devamı mevduat sahiplerinin hakları ve mali sistemin güven ve istikrarı bakımından tehlike arz eden Türkiye İmar Bankası T.A.Ş'nin mülga 4389

sayılı Bankalar Kanunu'nun 14. maddesinin (3) numaralı fıkrası hükmü uyarınca bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izni kaldırılmış ve Bankalar Kanunu'nun 16/1.maddesi uyarınca Bankanın yönetim ve denetimi Fona intikal etmiştir.

Ancak yapılan inceleme ve denetimlerde, anılan Bankanın aracılık faaliyetleri durdurulmasına rağmen bono ve tahvil piyasası işlemleri yapmaya devam ettiği, çifte kayıt tuttuğu veya müşterileri adına gerçekleştirdiği Devlet İç Borçlanma Senedi (DİBS) işlemlerini kayıtlarına yansıtmadığı, özellikle 2002 yılından sonra yoğun olarak müşterilere satılan DİBS'lerinin tamamına yakın bir kısmının karşılıksız ve açığa satılmış olduğu tespit edilmiştir. Söz konusu DİBS satışı işlemleri nedeniyle hak sahiplerine ödeme yapılıp yapılmayacağı yapılacaksa hangi esaslara göre ve ne zaman yapılacağı konusunda yoğun tartışmalar yaşanmış ve bu süreçte çeşitli mevzuat düzenlemelerine gidilmiş ve bu bağlamda pek çok yargısal başvuru yapılmış ve söz konusu başvurulara ilişkin yargı kararları verilmiştir.

İşte bu çalışmada öncelikle konuya ilişkin idari, yasal ve yargısal süreç ele alınacak, sonrasında ise Danıştay tarafından verilen ilgili kararlardan hareketle ilk derece mahkemesinin verdiği karardan sonra mevzuat değişikliğine dayalı olarak temyiz aşamasında bozma kararı verilip verilemeyeceği hususu, soruna ilişkin farklı müesseseler de dikkate alınarak idari yargılama hukuku bakımından incelenmeye çalışılacaktır.

### **A. İlgili İdari, Yasal ve Yargısal Süreç**

Yukarıda da belirtildiği üzere, İmar Bankası T.A.Ş yönetimine el konulmuş olmakla birlikte, önceki tarihli diğer banka el koymalarında izlenen yöntemden farklı olarak İmar Bankası'nın bankacılık faaliyet lisansı iptal edilerek Banka iflas ettirilmiş ve TMSF'ye devredilmiş, hemen akabinde, Resmi Gazetede 12.08.2003 tarihinde yayımlanan 4969 ve 27.12.2003 tarihinde yayımlanan 5021 sayılı yasalar ile Banka'da

birikimi olan kişilerin bir kısmının hak sahipliği tamamı ile ortadan kaldırılmış, bir kısmınki ise ciddi sınırlamalara tabi tutulmuştur.<sup>1</sup>

Bu kapsamda örneğin Banka aracılığıyla hazine bonusu alanlara, Banka'nın hazine bonusu satma izni olmadığı gerekçesiyle herhangi bir hak talep edemeyecekleri, geçmişe şamil hükümler içeren bu düzenlemeler ile açık bir şekilde ifade edilmiştir.

Oysa aynı Banka'nın el koyma öncesinde kendisine ait ve diğer ulusal medya kuruluşlarında yayınladığı hazine bonusu satışına dair reklamlarına SPK dahil hiçbir resmi kurum sesini çıkarmamış, yasal denetim görevlerini her nedense yerine getirmemiştir.<sup>2</sup>

Bankadaki birikimlere getirilen bir başka kısıtlama örneği ise 3 Haziran – 3 Temmuz 2003 tarihleri arasında off-shore hesaplarını kapatıp aynı bankada tasarruf mevduatı hesabı açtıran banka müşterilerine, hesap açma işlemlerinin muvazaalı görülmesi nedeniyle herhangi bir ödeme yapılmayacağı yine geçmişe şamil hükümler taşıyan 5021 sayılı Yasa ile öngörülmüştür. Bu düzenlemeye dayalı olarak <sup>3</sup> Ocak 2004 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanan 2003/6668 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla geri ödemeye hak kazananlara, 36 aya kadar varan taksitler halinde ödeme yapılacağı, bu dönemde hesaplarda vade gününü bekleyecek meblağlara da TÜFE üzerinden hesaplanacak bir “gecikme faizi” uygulanacağı, ödemeyi kabul edenlerin bir “taahhütname ve ibraname” imzalamasının zorunlu olacağı belirtilmiştir.

---

<sup>1</sup> Cengiz, S.:“AİHM'in Erdem –Egin Erdem ve Diğerleri / Türkiye Başvurusuna Dair Yayınladığı 17 Kasım 2009 Tarihli Kısmi İncelenebilirlik (Kabuledilebilirlik) Kararı Işığında İmar Bankası Mağdurları” Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Mart – Nisan 2010, <http://serkancengiz.av.tr/index.php?id=100&L=2>

<sup>2</sup> Aşağıda da değinileceği üzere bu husus, o dönemde yapılan denetim raporlarında ve Danıştay kararlarında da teyit edilmiştir.

Ancak Anayasa Mahkemesi, 5021 sayılı Kanunun yukarıda bahsi geçen düzenlemesini iptal etmiş,<sup>3</sup> buna bağlı olarak 2003/6668 sayılı BK Kararının ilgili kısmı Danıştayca iptal edilmiştir.

<sup>3</sup> Anayasa Mahkemesi, 04.05.2005, E.2004/4 K: 2005/25. Anayasa Mahkemesine göre, "4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 1. maddesinin (2) sayılı fıkrasında "Türkiye'de kurulmuş ve kurulacak bankalar ile yurtdışında kurulmuş ve kurulacak bankaların Türkiye'deki şubeleri bu Kanun hükümlerine tabidir. Özel kanunlarla kurulmuş olan bankalar hakkında da kanunlarında yer alan hükümler dışında bu Kanun hükümleri tatbik olunur. Bu Kanunda açıklık olmayan hallerde genel hükümler uygulanır." denilmiş, 15. maddesinde de bankalardaki tasarruf mevduatının kamu tüzelkişiliğini haiz "Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu" tarafından sigorta edileceği öngörülmüştür. Anayasa'nın 2. maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılan hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup, bunu geliştirerek sürdüren, hukuk güvenliğini gerçekleştiren, Anayasa'ya aykırı tutum ve durumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde Anayasa'nın ve yasakoyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlettir. Bu bağlamda, hukuk devletinde yasakoyucu, yasaların yalnız Anayasa'ya değil, evrensel hukuk ilkelerine de uygun olmasını sağlamakta yükümlüdür. Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'nun bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izninin kaldırıldığı tarihten geriye doğru bir ay içinde kıyı bankalarındaki hesaplarında bulunan mevduatı, bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izni kaldırılan bankaların yurt içi kayıtlarına muhabir banka veya diğer bankalarca karşılığı nakden ödenmeksizin aktarılan mevduat sahiplerinin, söz konusu mevduatlarının Türkiye'deki muhatabı olduğu bankaya ödenip ödenmediğini takip etme zorunlulukları yoktur. Kaldı ki muvazaalı olduğu Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu tarafından tesbit edilen hesaplar için Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nca herhangi bir ödeme yapılmayacağı, bu konuda uyuşmazlık çıkması durumunda da konunun yargı organlarınınca karara bağlanacağı kuşkusuzdur. *Bu nedenlerle, mudinin bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izninin kaldırıldığı tarihten geriye doğru bir ay içinde karşılığı ödenmeksizin aktarılan hesaplarının sigorta fonunca ödenmeyeceğinin kurala bağlanması, hukuk devletinde kuralların sonuçlarının öngörülebilir olmasını gerektiren hukuk güvenliği ilkesi ile bağdaşmaz.* Öte yandan, Anayasa'nın 10. maddesinde belirtilen yasa önünde eşitlik ilkesi, hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez. Kıyı bankalarındaki hesaplarından bankacılık işlemi yapma ve mevduat kabul etme izni kaldırılan bankaların yurt içi kayıtlarına karşılığı nakden

Söz konusu iptal kararı sonrasında 3 Ağustos 2006 tarihli 2006/10727 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile İmar Bankası mudilerine ödeme yapılacağı, ancak bu ödemelerin iptal edilen 2003/6668 no'lu Bakanlar Kurulu Kararındaki usule ve faiz hesaplamasına göre yapılacağı belirtilmiş, 21 Temmuz 2007 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan 2007/12398 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile de hazine bonusu mağdurlarına ödeme yapılacağı, buna karşın ödemelerin yine 2003/6668 nolu BK Kararı'ndaki usule ve (TÜFE) faiz hesaplamasına göre yapılacağı öngörülmüştür.<sup>4</sup>

Danıştay Onüçüncü Dairesi, 20.1.2006 günlü, E:2005/5272, K:2006/258 sayılı kararıyla; *söz konusu hesaplara uygulanacak faiz oranının ilgili faiz tahakkuk dönemi sonunda Devlet İstatistik Enstitüsünce en son açıklanan tüketici fiyat endeks sayısının tahakkuk dönemi başlangıç tarihinde en son açıklanan tüketici fiyat endeks sayısına bölünmesi ile bulunan oran olduğu, ... sigorta kapsamındaki mevduatın ödenmesine ilişkin yasal düzenlemeler irdelendiğinde, mevduat kabul etme izni kaldırılan bir bankadaki tasarruf mevduatına, bu tarihten sonra faiz tahakkuk ettirilemeyeceği ve o bankaca mevduat sahibine açılan hesap için uygulanan faiz oranının da mevduat sigortası kapsamında bulunmadığının görüldüğü, bu durumda, İmar Bankasının mevduat kabul etme ve bankacılık faaliyetlerinde bulunma izninin kaldırıldığı tarihten sonra, yönetim ve denetimi Fon'a geçen Bankadaki sigorta kapsamında yapılacak ödemelerin taksitle yapılmasında ve bu taksit dönemi içerisinde hesap sahiplerini enflasyon karşısında korumaya yönelik faiz oranları getirilmesinde ve 3.7.2003 tarihinden geçerli T.C.Merkez Bankası döviz alış kurunun esas alınmasında 5021 sayılı Kanuna aykırılık bulunmadığı*

---

ödenmeksizin aktarılan mevduat sahipleriyle aynı bankanın diğer mevduat sahipleri arasında Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'ndan yararlanma açısından bir fark bulunmadığından, bunlar arasında muvazaalı durumlar dışında ayırım yapılması eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur. Açıklanan nedenlerle dava konusu kural, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.”

<sup>4</sup> Cengiz, a.g.m., <http://serkancengiz.av.tr/index.php?id=100&L=2>

gerekeciyle davanın reddine karar vermiş,<sup>5</sup> söz konusu karar Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu tarafından onanmıştır.<sup>6</sup>

Söz konusu Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu kararına karşıoy kullananlarca da belirtildiği üzere, kararın hukuken doğru gerekçelere dayanmadığı kanısındayız. Zira olay tarihinde yürürlükte olması nedeniyle dava konusu uyuşmazlıkta uygulanması gereken bankalara ilişkin 4389 sayılı Yasa, ayrıca 4969 sayılı Yasayı değiştiren 5021 sayılı Yasa, faaliyeti durdurulan bankalardaki tasarruf mevduatının Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu tarafından ödeneceğini duraksamaya yer bırakmayacak şekilde ifade etmiş; Fon yönetimine tasarruf mevduatını ödeme yükümlülüğü getirmiştir. *Ancak 16.12.2003 tarihinde yürürlüğe giren 5021 sayılı Yasa'da, yasanın yürürlüğe girdiği tarihten önceki dönem için mevduat hesaplarına faiz işletilip işletilemeyeceği; belirtilen dönemle ilgili Fon yönetiminin yükümlülüğünün ne şekilde yerine getirileceği konusu düzenlenmemiştir.*

İmar Bankasında tasarruf mevduatı bulunanlar, tasarruf mevduatının defaten ödenmesi gerekirken dava konusu Bakanlar Kurulu Kararı uygulanıp taksitlendirildiğini, faiz değil, enflasyon farkı ödenmekle yetinildiğini, böylece yasal yükümlülüğün, mevduat garantisinin gereğinin yerine getirilmediğini öne sürerek Bakanlar Kurulu Kararının 6, 7, 8, 13. maddelerinin iptali; tasarruf mevduatının İmar Bankasının faaliyetinin

<sup>5</sup> *Cengiz, a.g.m.*, <http://serkancengiz.av.tr/index.php?id=100&L=2>; Başka bir kararında da Danıştay, “Sigorta kapsamındaki mevduatın ödenmesine ilişkin yasal düzenlemeler irdelendiğinde, mevduat kabul etme izni kaldırılan bir bankadaki tasarruf mevduatına, bu tarihten sonra faiz tahakkuk ettirilemeyeceği ve o bankaca mevduat sahibine açılan hesap için uygulanan faiz oranının da mevduat sigortası kapsamında bulunmadığı görülmektedir. Bu durumda, İmar Bankasının mevduat kabul etme ve bankacılık faaliyetlerinde bulunma izninin kaldırıldığı tarihten sonra, yönetim ve denetimi Fon'a geçen Bankadaki sigorta kapsamında yapılacak ödemelerin taksitle yapılmasında ve bu taksit dönemi içerisinde hesap sahiplerini enflasyon karşısında korumaya yönelik faiz oranları getirilmesinde 5021 sayılı Kanuna aykırılık bulunma(dığına)” hükmetmiştir. Danıştay 13. Dairesi, 27.03.2006, E. 2005/6591, K. 2006/1512

<sup>6</sup> Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, 19.10.2006, E.2006/2712, K.2006/1173,

durdurulduğu 3.7.2003 tarihinden itibaren mevduat faizi uygulanarak kendisine ödenmesine karar verilmesi istemiyle dava açmışlardır.

Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu tarafından İmar Bankasındaki tasarruf mevduatı hesaplarının ödenmesi, mevduat sigortasının doğal sonucu olarak ortaya çıkan yasal yükümlülük olup; *bu yükümlülüğün, daha sonra çıkarılan bir yasayla ortadan kaldırılması veya eksiltilmesi mümkün olmamak gerektir. Nitekim, 5021 sayılı Yasa da, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun İmar Bankasındaki tasarruf mevduatı hesaplarını ödemekle yükümlü olduğunu tekrarlamış; sadece Fon yönetimine faiz işletmek şartıyla taksitle ödeme olanağı tanımıştır.*

Yasa hükmünde yer alan faiz sözcüğünün, tasarruf mevduatının belli bir vadede taksitlendirilerek ödenmesi söz konusu olduğuna göre, mevduat faizi olarak anlaşılması zorunludur. Ancak söz konusu mevduat faizi, İmar Bankasının belirlediği mevduat faiz oranı değil, sigorta kapsamındaki mevduatın geri ödenmesinde o döneme ilişkin hesaplanacak ortalama mevduat faiz oranı olacaktır. Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulunun 3.7.2003 tarih, 1083 sayılı kararında, İmar Bankasının faaliyette bulunduğu dönem için esas alınan, mevduat toplamları en yüksek beş bankaca uygulanan faiz oranlarının ortalaması alınarak hesap edilen ortalama mevduat faizinin, 5021 sayılı Yasaya göre yapılacak taksitli ödemelerde de uygulanması gerekmektedir. Oysa, *5021 sayılı Yasanın açık düzenlemesine karşılık, Bakanlar Kurulunun dava konusu kararının 8. maddesinde, İmar Bankasında mevduat hesabı olanlara yapılacak taksitle ödemede, faiz adı altında enflasyon farkı ödenmesi öngörülmüş, böylece ilgililere reel faiz ödenmeyip, sadece enflasyon farkı ödenmesi yoluna gidilmiştir.*

Öte yandan, 5021 sayılı Yasanın yürürlük tarihi 16.12.2003 olmasına rağmen, Bakanlar Kurulunun 8 ve 13. maddelerinde faiz uygulamasına başlangıç olarak Fon yönetimince T.C. Ziraat Bankası A.Ş. nezdinde hesap açma tarihini izleyen iş günü valörünün uygulanacağı, bu



tarihten öncesi için Fon yönetiminin sorumlu sayılmayacağı şeklinde, dayanak alınan yasaya aykırı düzenlemeler yapılmış; Fon yönetiminin yasal yükümlülüğünün Bakanlar Kurulu Kararı ile eksiltilmesi yoluna gidilmiştir. Bu haliyle, İmar Bankasındaki mevduat hesaplarına ilişkin Bakanlar Kurulu Kararının ilgili hükümleri 5021 sayılı Yasa ile yapılan düzenlemeyle bağdaşmamaktadır.<sup>7</sup>

Yukarıda değinildiği üzere iç hukuk yollarının, özellikle TÜFE uygulaması açısından, tüketilmesi sonrasında İmar Bankası mudilerince, ulusal hukuk yollarının mülkiyet hakkı mağduriyetlerini gidermede etkin olmadığı iddiasıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurulmuş ve mülkiyet haklarının ihlal edildiği, geçmişe şamil hükümler taşıyan düzenlemelerle ilk önce mülkiyet haklarının tamamıyla ortadan kaldırıldığı, **ödeme rejiminin faiz olarak ifade ettiği şeyin TÜFE'den başka bir şey olmadığı**, sonradan yürürlüğe konulan yasal düzenlemelerle idarenin sorumluluğunun eksiltildiği ve hatta tamamıyla ortadan kaldırıldığı ve TÜFE uygulaması nedeniyle oluşan zararlarının tazmin edilmediği belirtilmiştir.<sup>8</sup>

AIHM İkinci Dairesi, *Erdem ve Egin-Erdem ve Diğerleri / Türkiye* başvurusuna ilişkin yayınladığı 17 Kasım 2009 tarihli kısmi incelenbilirlik/ kabul edilebilirlik kararında, bu düzenlemeye ilişkin hükümler gereğince alacaklılar arasında adil yönetim sağlandığını ve ulusal ekonominin gerektirdiği genel yararın gerekleri ile kişilerin mülkiyet hakkının korunması arasında adil dengenin garanti altına alındığını (*Saggio / İtalya, başvuru no.41879/98*, paragraf 30, 25 Ekim 2001), ödemelere ilişkin farklılıklar olmasının malların kullanımına ilişkin bir sorun olduğunu, öte yandan Devletin müdahalesinin başvurucular üzerinde aşırı ve ağır bir yük oluşturmadığını (*James ve Diğerleri / İngiltere*, 21 Şubat 1986, paragraf 50- Seri A, no 98), başvurucuların

---

<sup>7</sup> Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, 19.10.2006, E.2006/2712, K.2006/1173,

<sup>8</sup> *Ibid.*

ödemeleri kabul etme konusunda devlet makamlarının baskısına maruz kalmadıklarını, bu nedenle başvuruların izlenen meşru amaçtan dolayı aşırı bir yük altına girmediklerini belirtmiştir.<sup>9</sup>

Bu arada Anayasa Mahkemesi 5667 sayılı Kanunun geçmişe etkili hükümlerine yönelik açılan iptal davasına ilişkin 2010 yılında verdiği kararında,<sup>10</sup>

*“Yasa’nın 2. maddesinde yer alan iptali istenilen kuralla, Devlet iç borçlanma senedi alımı amacıyla Türkiye İmar Bankası Türk Anonim Şirketi’ne yatırılan tutarlar nedeniyle idarî yargı mercilerinde açılan davalar hakkında da 5667 sayılı Yasa hükümlerinin uygulanacağı belirtilmektedir. Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir. **Hukuk devletinin sağlamakla yükümlü olduğu hukuk güvenliği, kural olarak yasaların geriye yürümemesini gerekli kılar. Yasaların geriye yürümezliği ilkesi uyarınca yasalar, kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirdiği kazanılmış hakların korunması, malî haklarda iyileştirme gibi kimi ayrıkçı durumlar dışında ilke olarak yürürlük tarihlerinden sonraki olay, işlem ve eylemlere uygulanmak üzere çıkarılırlar. ...Finansal piyasalardaki güven ve istikrarın sağlanması, kredi sisteminin etkin bir şekilde çalışması ve tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerinin korunması için faaliyetlerde bulunmak amacıyla kurulan bankaların bu amaçla yaptıkları bankacılık hizmetlerinin kamu hizmeti olduğu ve kamu düzenini ilgilendirdiğine şüphe yoktur. Dolayısıyla, bankacılık sektörüne güvenin sarsılmaması ve bu sektörde istikrarın korunması, Türkiye İmar Bankası Türk Anonim Şirketi tarafından, Banka’da karşılığı olmamasına rağmen***

---

<sup>9</sup> Ibid.

<sup>10</sup> Anayasa Mahkemesi, 24.3.2010, E. 2007/77, K. 2010/50

*satışı yapılan Devlet iç borçlanma senetleri tutarlarının, bu senetleri alan kişilerin mağduriyetlerinin önlenmesi ve 5667 sayılı Yasa hükümlerinin devam eden davalarda uygulanması amacıyla çıkarıldığı anlaşılmaktadır. Açıklanan nedenlerle dava konusu kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir.”<sup>11</sup> diyerek iptal istemini reddetmiştir.*

Anayasa Mahkemesinin söz konusu red kararına ilişkin gerekçesinin çok sağlıklı olmadığı, zorlama bir hukuk mantığı ile kararın gerekçelendirildiği, tabiri diğerle iptal talebiyle ilgili argümanların tümünü karşılayacak hukuki zenginliğe sahip olmadığı açıkça gözlenmektedir. Gerçekten “bankacılık sektörüne güvenin sarsılmaması ve bu sektörde istikrarın korunması, Türkiye İmar Bankası Türk Anonim Şirketi tarafından, Banka’da karşılığı olmamasına rağmen satışı yapılan Devlet iç borçlanma senetleri tutarlarının, bu senetleri alan kişilerin mağduriyetlerinin önlenmesi ve 5667 sayılı Yasa hükümlerinin devam eden davalarda uygulanması amacıyla çıkarıldığı” sonucuna Yüksek Mahkemenin nasıl ulaştığı anlaşılammakla birlikte, bu sonucun doğru olduğu kabulünde de özellikle ilgililer bakımından hukuk güvenliği ilkesinin ihlal edilip edilmediği üzerinde neredeyse hiç durulmamıştır. Halbuki dava konusu edilen 24.05 2007 tarih ve 5667 sayılı Kanununun 2 nci maddesinin iptali istenen (1) numaralı fıkrasında, Devlet iç borçlanma senedi alımı amacıyla Türkiye İmar Bankası Türk Anonim Şirketine yatırılan tutarlar nedeniyle idarî yargı mercilerinde açılan davalar hakkında da bu Kanun hükümleri uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Böyle bir düzenlemenin bu Yasa hükümlerinin geçmişe yürütülmesi anlamını taşıdığı açıktır. Ancak, bir hukuk devletinde adaletin sağlanması, temel hakların korunması gibi nedenlerden kaynaklanan zorunluluklar dışında yasaların geçmişe yürütülmesi mümkün değildir.

Anayasa Mahkemesi kararlarında da belirtildiği üzere, hukuk devleti ilkesinin önkoşullarından biri olan hukuk güvenliği ile kişilerin

---

<sup>11</sup> Anayasa Mahkemesi Kararı, 24.3.2010, E. 2007/77, K. 2010/50.

hukuki güvenliğinin sağlanması amaçlanmaktadır. Hukuk güvenliği ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.<sup>12</sup>

Nitekim Anayasa Mahkemesi bu hususta daha önce vermiş olduğu kararında, *“Anayasa'nın 2. maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılan hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup, bunu geliştirerek sürdüren, hukuk güvenliğini gerçekleştiren, Anayasa'ya aykırı tutum ve durumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde Anayasa'nın ve yasakoyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlettir. Bu bağlamda, hukuk devletinde yasakoyucu, yasaların yalnız Anayasa'ya değil, evrensel hukuk ilkelerine de uygun olmasını sağlamakla yükümlüdür. Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'nun bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izninin kaldırıldığı tarihten geriye doğru bir ay içinde kıyı bankalarındaki hesaplarında bulunan mevduatı, bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izni kaldırılan bankaların yurt içi kayıtlarına muhabir banka veya diğer bankalarca karşılığı nakden ödenmeksizin aktarılan mevduat sahiplerinin, söz konusu mevduatlarının Türkiye'deki muhatabı olduğu bankaya ödenip ödenmediğini takip etme zorunlulukları yoktur. Kaldı ki muvazaalı olduğu Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu tarafından tesbit edilen hesaplar için Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nca herhangi bir ödeme yapılmayacağı, bu konuda uyuşmazlık çıkması durumunda da konunun yargı organlarıncaya karara bağlanacağı kuşkusuzdur. Bu nedenlerle, mudinin bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izninin kaldırıldığı tarihten geriye doğru bir ay içinde karşılığı ödenmeksizin aktarılan hesaplarının sigorta*

---

<sup>12</sup> Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E. 2009/611 K. 2009/1769 (Danıştay Bilgi Bankası)

*fonunca ödenmeyeceğinin kurala bağlanması, hukuk devletinde kuralların sonuçlarının öngörülebilir olmasını gerektiren hukuk güvenliği ilkesi ile bağdaşmaz.”<sup>13</sup> şeklinde karar vermiştir.*

Kaldı ki bu bağlamda vermiş olduğu pek çok kararında Anayasa Mahkemesi; “*Anayasanın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasa koyucunun da uyması gereken Anayasa ve temel hukuk ilkelerinin bulunduğu bilincinde olan devlettir. Bu bağlamda, hukuk devletinde yasa koyucu, yalnız yasaların Anayasaya değil, evrensel hukuk ilkelerine uygun olmasını sağlamakla yükümlüdür. Hukuk güvenliğinin sağlanması, bu doğrultuda yasaların geleceğe yönelik öngörülebilir belirlenmeler yapılabilmesine olanak verecek kurallar içermesi de, Hukukun üstünlüğünü temel alan hukuk devletinin vazgeçilmez koşulları arasında yer almaktadır. Bu nedenle, hukuk devletinde güven ve istikrarın korunabilmesi için kural olarak yasalar, yürürlüğe girdikleri tarihten sonraki olaylara uygulanırlar. Bazı durumlarda, adaletin sağlanması, temel hakların korunması gibi nedenlerden kaynaklanan zorunluluklar dışında yasaların geçmişe yürütmesi söz konusu değildir.” görüşüne yer vermiştir.<sup>14</sup>*

Aynı şekilde düzenleyici işlemler bakımından Danıştay’ın yaklaşımı da bu yöndedir. Nitekim Bankalar ve finansman şirketlerince kullanılan tüketici kredilerinde (ticari amaçla kullanılmamak kaydıyla gerçek kişilere kullanılan krediler) Kaynak Kullanımını Destekleme Fonu kesintisi oranının % 15 olarak belirlenmesine ilişkin işlemin iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle açılan davada Danıştay Onuncu

---

<sup>13</sup> Anayasa Mahkemesi, 04.05.2005, E.2004/4 K: 2005/25.

<sup>14</sup> Örn. Bkz. Anayasa Mahkemesi, 30.9.2005, E.2005/78, K.2005/59.

Dairesi; “...*İdari işlemlerin kural olarak tesis edildikleri tarihten itibaren yürürlüğe girecekleri idare hukuku ilkelerindedir. Geçmişe yürüme yasağı olarak da ifade edilebilecek olan bu ilke hukuk güvenliği ilkesinin de temelini oluşturmaktadır. Hukuk devletinin önemli unsurlarından olan hukuk güvenliği ilkesi, yürürlükteki mevzuata dayanılarak tesis edilmiş ve kesinleşmiş bir işlemle kişilerin sahip oldukları kazanımların korunması anlamına gelmektedir. Kişiler kendi lehlerine bir işlemi yaparken yürürlükteki mevzuata güvenmektedirler ve daha sonra yürürlüğe girecek bir düzenlemeyi öngörme imkanları bulunmamaktadır. ...Bu durumda, sabit oranlı Türk Lirası tüketici kredilerinde faiz tahakkukunun ve buna bağlı fon tahakkukunun, kredinin kullanıldığı tarihte yapılmış olması karşısında, fon kesinti oranını artıran dava konusu Bakanlar Kurulu kararının, bu karardan önce kullanılan sabit oranlı Türk Lirası tüketici kredilerine uygulanması, Bakanlar Kurulu kararından önce tahakkuk ettirilen mali yükümlülüğün bu şekilde artırılması hukuk güvenliği ilkesi ile bağdaşmamaktadır*”<sup>15</sup> yönünde karar vermiştir.

### **B. İlgili Sürecin Değerlendirilmesi**

Yukarıda incelendiği üzere, BDDK'nın 3.7.2003 tarih ve 1085 sayılı kararı ile, İmar Bankası'nın 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 14. maddesinin (3) numaralı fıkrası hükmü uyarınca bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izni kaldırılmış ve Bankalar Kanunu'nun 16.maddesinin 1.fıkrası uyarınca yönetim ve denetimi Fon'a intikal etmiş,<sup>16</sup> daha sonra 16.12.2003 günlü 5021 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle “18.6.1999 tarihli ve 4389 sayılı Bankalar Kanununun 14 üncü

---

<sup>15</sup> Danıştay 10. Dairesi, 13.5.2011, E.2010/14697 (Danıştay Bilgi Bankası)

<sup>16</sup> Tasarruf mevduatı sigortasının işlemeye başlaması, bir bankanın bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izninin kaldırılmasına ilişkin kurul kararı Resmî Gazete'de yayımlandıktan sonra, bankanın yönetim ve denetiminin Fon'a intikal etmesiyle Fon'un, tasarruf mevduatını Bakanlar Kurulu'nun belirleyeceği esas ve usullere göre tespit ederek doğrudan veya ilân edilecek bir banka aracılığı ile ödemesiyle başlayan bir süreçtir. (4389 m.16/3, Ek madde 1/f,1; 4969 Geçici m.2/1, Yön. m.8/c, m.57/f.1)

*maddesinin (3) numaralı fıkrası veya (5) numaralı fıkrasının (a) bendinin (aa) alt bendi uyarınca bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izni kaldırılan bankalarda bulunan tasarruf mevduatı sigortası kapsamındaki tasarruf mevduatı, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu tarafından ödenir. Mevduat tutarlarına bağlı olarak defaten veya taksitler halinde ödeme, taksitler halinde ödemede faiz uygulanması durumunda esas alınacak faiz oranları, ödemelerle ilgili olarak mudiler ve hak sahiplerinden alınacak taahhütnamelerde yer alacak hususlar ile ödemelere ilişkin diğer hususlar, Hazine Müsteşarlığı ve Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun müşterek önerisi üzerine Bakanlar Kurulu tarafından belirlenir. Ancak muvazaalı olduğu Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu tarafından tespit edilen hesaplar için Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunca herhangi bir ödeme yapılmaz.” hükmü getirilerek Fon tarafından yapılacak ödemenin koşulları belirlenmiş ve söz konusu Banka'dan Devlet İç Borçlanma Senedi (DİBS)<sup>17</sup> alanlar Yasa kapsamı dışında tutulmuştur.*

Aslında yaşanan bu süreçte; hukukta iyi niyet<sup>18</sup> asıldır ve hukuk kurallarınca korunması gerekir ilkesince hareket edilmesi ve bu kapsamda

<sup>17</sup> Bilindiği üzere, Devlet iç borçlanma senetleri (DİBS), 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun uyarınca Hazine Müsteşarlığınca birincil piyasada ihraç edilerek satışa sunulmakta, yatırımcılar bu piyasadan aldıkları DİBS'lerini vadesine kadar ellerinde tutabilmekte veya ikincil piyasada satabilmektedirler. DİBS bedelleri, vade tarihinde aslım ibraz eden yatırımcıya T.C. Merkez Bankası ve T.C. Ziraat Bankası aracılığıyla ödenmekte, ikincil piyasa işlemi sonucu bankalardan veya aracı kurumlardan DİBS alan ve kendilerine bir belge veya makbuz verilen yatırımcılar ise, alacaklarını DİBS aldıkları banka veya aracı kurumdan tahsil etmektedirler. Bu durumda, ikincil piyasa işlemi sonucu DİBS satan banka veya aracı kurumları, sattıkları DİBS karşılığını yatırımcılara ödeme yükümlülüğü altına girmekte, bunlardan DİBS alan yatırımcılar ile birincil piyasada DİBS ihraç ederek satan Hazine arasında herhangi bir borç-alacak ilişkisi bulunmamaktadır.

<sup>18</sup> Öğretide yapılan açıklamalarda, bir hakkın doğmasına engel olan bir nedeninin varlığını bilmeyen, bilmesi de gerekmeyen kişi iyiniyetli olarak tanınlanmaktadır. Medeni Kanun kişide iyiniyetin varlığını kabul etmekte olup buna 'İyiniyet Karinesi' denilmektedir. Dolayısıyla kişinin iyiniyetli olmadığı karşı tarafça ispatlanmalıdır. Yaptığı tüm işlemlerde güvence duymak zorunda olan bireylerin iyiniyetli oldukları sürece lehlerine doğacak hukuki sonuçların korunmasının hukuk devletinin bir gereği olduğu kuşkusuzdur. Muvazaaya gelince, irade ile beyan arasında yaratılan uyumsuzluk olarak

kişilerin hukuk güvenliği ve bunun türevi olarak nitelendirilebilecek idareye güven ve idarede istikrar ilkeleri uyarınca söz konusu banka müşterilerinin korunması gerekirken, bu süreci iyi yönetemeyen ve mevzuatın kendisine verdiği görev ve yetkileri gerektiği gibi ve zamanında kullanmayan ilgili mercilerin kusurlarının faturasının kötü niyetli olduğu karinesinden hareketle müşterilere kesildiği gözlenmektedir. Halbuki Anayasa Mahkemesinin de isabetli olarak belirttiği gibi, “Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'nun bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izninin kaldırıldığı tarihten geriye doğru bir ay içinde kıyı bankalarındaki hesaplarında bulunan mevduatı, bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izni kaldırılan bankaların yurt içi kayıtlarına muhabir banka veya diğer bankalarca karşılığı nakden ödenmeksizin aktarılan mevduat sahiplerinin, söz konusu mevduatlarının Türkiye'deki muhatabı olduğu bankaya ödenip ödenmediğini takip etme zorunlulukları yoktur. Kaldı ki muvazaalı olduğu Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu tarafından tesbit edilen hesaplar için Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nca herhangi bir ödeme yapılmayacağı, bu konuda uyuşmazlık çıkması durumunda da konunun yargı organlarınca karara bağlanacağı kuşkusuzdur. Bu nedenlerle, mudinin bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izninin kaldırıldığı tarihten geriye doğru bir ay içinde karşılığı ödenmeksizin aktarılan hesaplarının sigorta fonunca ödenmeyeceğinin kurala bağlanması, hukuk devletinde kuralların sonuçlarının öngörülebilir olmasını gerektiren hukuk güvenliği ilkesi ile bağdaşmaz.”<sup>19</sup>

Bu bağlamda, gerekçesinden, mevzuat karşısında muvazaalı işlemlerin ispatında yetersiz kalındığı görüşünden hareketle maddede sayılan bazı işlemlerin muvazaalı olduğu kabul edilerek Fona karşı geçersiz sayıldığı; ispat külfetinin karşı tarafa yüklendiği, bu düzenlemenin de Fon tahsilâtının hızlandırılması amacıyla yapıldığı

---

tanımlanabilir. Medeni Kanun'un 6. maddesine göre muvazaanın varlığını iddia eden taraf bu iddiasını ispat etmek zorundadır.

<sup>19</sup> Anayasa Mahkemesi, 04.05.2005, E.2004/4 K. 2005/25



anlaşılan 5020 sayılı Yasa ile ilgili olarak vermiş olduğu kararında Anayasa Mahkemesi, “*Kamu alacağına tahsilinin hızlandırılması gibi soyut bir gerekçe, iyiniyete ilişkin ispat kuralının uygulanmamasının nedeni olamaz. Kuralda geçen tüm üçüncü kişilerin işlemleri muvazaalı kabul edilerek, iyiniyetli üçüncü kişilerin dava açma haklarının özü zedelenmekte, mahkemeye etkili erişim ve savunma hakları engellenmekte, korunmasında kamu yararı bulunan iyiniyetli kimsenin, idare ve mahkeme önünde iyiniyetli olduğunu iddia ve ispat etme hakkı elinden alınmaktadır.*” gerekçesiyle itiraz konusu kural(ın), üçüncü kişiler yönünden Anayasa’nın 2. ve 36. maddelerine aykırı olduğuna hükmetmiştir.<sup>20</sup>

Kaldı ki o dönemde ilgili kurumların hizmet kusuruna yönelik yapılmış tespit ve değerlendirmeler bunu açıkça ortaya koymuştur.<sup>21</sup> Bu bağlamda Danıştay, “*SPK kararı ile borsa üyelik ve aracılık faaliyetlerinde bulunma yetkisi kaldırılan Banka’nın, yetkisi olmadığı halde ilân ve reklam vererek yatırımcılara gerek DİBS satışı gerekse bu ad altında satış yapmasını zamanında önlem alarak engel olmayan BDDK*

<sup>20</sup> Anayasa Mahkemesi, 20.1.2011, E. 2009/53, K.2011/19, 14.04.2011 tarih ve 27905 sayılı Resmi Gazete

<sup>21</sup> Danıştay 10. D., 02.12.2005, E. 2005/2625, K. 2005/5753, (Danıştay Bilgi Bankası- www. danistay.gov.tr). Bilindiği gibi, idarenin kusurlu sorumluluğundan söz edebilmek için, idarenin hizmet kusuruna dayalı davranışından bir zarar doğması ve bu davranış ile zarar arasında bir nedensellik bağının bulunması gerekmektedir. Hizmet kusuru kavramı genel anlamıyla bir kamu hizmetinin kuruluş ve işleyişindeki aksaklık, eksiklik ve bozuklukları ifade etmektedir. Başka bir anlatımla, yasalarla kendisine görev olarak verilen kamu hizmetinin işlenmesini sağlayacak örgütü kurmak, gerekli organizasyonu sağlamak, denetimleri yapmak ve önlemleri almakla yükümlü olan idarelerin, bu yükümlülüklerini gereği gibi ve zamanında yerine getirmemesi nedeniyle ortaya çıkan aksaklık, aykırılık, bozukluk, düzensizlik, eksiklik hallerinde idarenin hizmet kusurunun varlığı kabul edilmektedir. İdarenin hizmet kusurundan doğan sorumluluk halleri, uygulama süreci içinde giderek artmış ve yaygınlaşmışsa da bu haller günümüz öğretisi ve içtihatlarında da hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi ve hiç işlememesi şeklinde üç ana başlık halinde toplanmaktadır. Hizmetin kötü işlemesi, hizmetin gereği gibi yapılmaması, hizmetin beklenen özen, dikkat ve kalitede yapılmaması, hizmetin geç işlemesi, hizmetin belli bir çabukluk içinde ve zamanında yerine getirilmemesi beklenen ölçü ve süratin gösterilmemesi, hizmetin hiç işlememesi de idarenin yükümlü ve görevli bulunduğu hizmeti yerine getirmemesi, hareketsiz kalması olarak tanımlanmaktadır.

*ve SPK'nun olayda kusurlu davranışları bulunduğu kuşkusuz olduğundan, anılan idarelerin davacının dosyada bulunan ve Banka'dan DİBS aldığını gösteren belgedeki yatırdığı tutar miktarındaki zararının hizmet kusuru bulunduğu tespit edilmesi nedeniyle ödemeleri gerek(tiğine)” karar vermiştir.<sup>22</sup>*

### **C. Temyiz Aşamasında Mevzuat Değişikliğinin İlgili Yargı Sürecine Etkisi**

Çalışmanın bundan sonraki kısmında, İdari Yargılama Hukuku bakımından temyiz kanun yolu üzerinde öncelikle durulacak, sonrasında da mevzuat değişikliğinin temyiz aşamasındaki davalara etkisi ayrıntılı olarak incelenmeye çalışılacaktır.

#### **1. İdari Yargılama Hukukunda Temyiz ve Temyizde Bozma Nedenleri**

Hukuk sistemlerinde ilk derece yargı mercilerinin, önlere gelen uyumsuzluğu çözerken, hatalı karar verebileceği ihtimali karşısında, söz konusu kararların üst derece yargı mercileri tarafından tekrar incelenmesini sağlayacak başvuru yolları, genel olarak kabul edilmiştir. Bu bağlamda, genelde davanın ilk karara bağlandığı mahkemeler ile bunların verdiği kararları üst mercii olarak inceleyen mahkemeler olarak iki dereceli bir yargılama süreci teşkil edilmiş bulunmaktadır. İşte ilk derece mahkemeleri tarafından verilen kararlardaki hataların, usulsüzlüklerin ve bunlar gibi diğer hukuka aykırı hususların düzeltilmesi, bunların hukuka ve kanunlara uygunluğunun sağlanması amacıyla bu kararların bir üst mahkemede incelenebilmesi için taraflara tanınan hukuki başvuru yollarına genel olarak “kanun yolu” denilmektedir.<sup>23</sup>

Türk Hukukunda da, ilk derece mahkemelerince verilen kararlara karşı olağan (adi) ve olağanüstü (fevkalade) kanun yolları öngörülmüş

---

<sup>22</sup> Danıştay 10. D., 02.12.2005, E. 2005/2625, K. 2005/5753, (Danıştay Bilgi Bankası-[www.danistay.gov.tr](http://www.danistay.gov.tr))

<sup>23</sup> Odyakmaz, Z.: Türk İdari Yargılama Usulünde Kararlara Karşı Başvuru Yolları, İstanbul, 1993, s. 6

olup; bunun amacı ilk derece mahkemelerinden verilen ve taraflarca yanlış sayılan hüküm ve kararların aynı mahkeme veya bir başka mahkeme tarafından yeniden gözden geçirilmesini sağlamaktır.<sup>24</sup>

Bu bağlamda hem ara karar hem de nihai kararlar bakımından, yanlış olan ya da yanlış olduğu düşünülen bütün yargısal kararların bir daha gözden geçirilmesini sağlayan açıklama ve yanlışlıkların düzeltilmesi de dahil her türlü yolu ifade eden geniş anlamda kanun yolunun aksine, dar anlamda kanun yolu, ilk derece mahkemelerinin sadece nihai kararlarının bir daha gözden geçirilmesini ifade eder. Bu ikinci anlamıyla kanun yolu, davanın taraflarına, aleyhlerine olan ve henüz kesinleşmemiş bir ilk derece mahkemesi kararının usul ve hukuka uygunluk bakımından üst derece mahkemesinde incelenmesini talep etme hakkı sunan bir hukuki yoldur.<sup>25</sup>

Doktrinde genel olarak, yargı mercilerince verilen nihai kararların kesinleşmesini önleyen kanun yolu olağan, kesinleşen hükme karşı kabul edilen kanun yolu da olağanüstü kanun yolu olarak nitelendirilmektedir.<sup>26</sup> Yani, kanun yollarının olağan veya olağanüstü olarak isimlendirilmesinde, incelemeye konu olacak kararın kesin olup olmadığı belirleyicidir.

İdari yargılama hukukunda olağan kanun yolları, itiraz, temyiz ve kararın düzeltilmesidir. Olağanüstü kanun yolu da yargılamanın yenilenmesidir.<sup>27</sup> Çalışmamızın konusunu oluşturan kanun yolu temyiz

<sup>24</sup> Danıştay 5. D., 23.03.1989, E. 1989/498, K. 1989/506, (Danıştay Bilgi Bankası-www.danistay.gov.tr)

<sup>25</sup> Onar, Sıdık S.: İdare Hukukunun Umumi Esasları, 3. Bası, İstanbul 1966, CIII, s. 1992; Tuncay, H. A.-Özdeş, O.-Başpınar, R.: “İdari Yargılama Usulü”, in Yüzyıl Boyunca Danıştay, Ankara, 1986, s. 721.

<sup>26</sup> Gözübüyük A. Ş./Tan, T.: İdare Hukuku- İdari Yargılama Hukuku, C. II, Ankara 1999, s. 1022; Kuru, B.: Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Bası, İstanbul 2001, C. V, s. 4484; Çağlayan, R.: İdari Yargıda Kanun Yolları (Kararlara Karşı Başvuru Yolları), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002, s. 22.

<sup>27</sup> Gözübüyük/Tan, s. 1023.

olduğu için, sadece temyiz başvuru yolu<sup>28</sup> üzerinde durulacak ve bazı değerlendirmelerde bulunulacaktır.

Kural olarak kanun yolu incelemesinde, ilk derece yargı merciinin yetkisi dahilinde olan maddi vakıalar, delillerin tespiti ve uyumsuzluğun esası inceleme konusu yapılmaz ve sadece ilk derece mahkemesi kararının, yargılama usullerine uygun verilip verilmediği, uygulanan hukuk kurallarının doğru ve yerinde uygulanıp uygulanmadığı, yani hukuka uygun olup olmadığı denetlenir.<sup>29</sup>

Dolayısıyla temyiz incelemesinde, ilk derece mahkemesi kararı sadece hukuka uygunluk denetimine tabi tutulur. Yani temyiz mercii olayları ve delilleri araştırmaz.<sup>30</sup> Bunun bir sonucu olarak, temyiz aşamasında kamu düzenine ilişkin olan görev, yetki gibi hususlar (bunları yargı organları re'sen dikkate alabilir) dışında yeni olay ve delillerin ileri sürülmesi de mümkün değildir.<sup>31</sup>

Bu arada belirtmek gerekir ki, ilk derece yargı mercii ifadesi, sadece idare ve vergi mahkemelerini değil, ilk derece mahkemesi olarak görev yapan Danıştay Dairelerini de içine alacak şekilde kullanılmıştır. Bilindiği üzere; 22.3.1990 tarih ve 3619 sayılı Yasa ile 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun bazı maddeleri değiştirilmiş ve bu kanuna bazı ekler yapılmış ve Danıştay'ın "ilk ve son derece mahkemesi" olarak verdiği kararlarla ilgili olarak yine Danıştay'da, vergi dava dairelerince verilen kararlar Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu, İdari dava

---

<sup>28</sup> Eski Danıştay Kanununda temyiz bir kanun yolu olarak değil bir dava türü olarak düzenlenmişti. 2577 sayılı Kanun ile temyiz davası kaldırılmış ve temyiz bir kanun yolu olarak öngörülmüştür. Temyiz davası konusuna ayrıntılı bilgi için bkz. *Yavuz, C.*, İdari Yargıda Temyiz Davası, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Bursa 1981.

<sup>29</sup> *Onar, s. 1992; Akyüz, U.*: "Temyiz Davaları ve Diğer İdari Davalardan Farkları ile Sonuçları", in İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler III, Ankara 1980, s. 20; *Aral, R.*: "Temyiz Davaları", in *Yüzyıl Boyunca Danıştay, II. Baskı*, Ankara 1986, s. 538.

<sup>30</sup> *Gözübüyük/Tan, s. 1030-31.*

<sup>31</sup> *Çağlayan, İdari Yargıda Kanun Yolları s. 93-94*

dairelerince verilen kararlar da İdari Dava Daireleri Genel Kurulu nezdinde temyiz ve itiraz yoluna başvurma esasını getirilmiştir. Danıştay Kanunu'nda yapılan bu değişikliğe koşut olarak 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda da 5.4.1990 tarih ve 3622 sayılı Kanun'la 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 46. maddesi değiştirilerek Danıştay dava daireleri ile idare ve vergi mahkemelerinin nihai kararlarının, başka kanunlarda aksine hüküm bulursa dahi Danıştay'da temyiz edilebileceği hükmüne bağlanmıştır. Söz konusu değişikliklere yönelik anayasaya aykırılık gerekçesiyle yapılan iptal başvurularını ele alan Anayasa Mahkemesi; "...Yüksek yargı organlarından herhangi birinin ilk derecede çözümleyeceği dava türlerini belirlemek ve bunlara karşı kanun yollarını açık açmamak tercihi(nin), yasama organına ilişkin bir takdir hakkı" olduğu "...(k)onuyla ilgili Anayasa'nın 155. maddesinde Danıştay'ca ilk derecede verilen kararların kendi içinde temyizini önleyici herhangi bir düzenleme yer almadığından bu davalar için temyiz yolunun açılmasında anayasal bir engel bulunma(dığı)" yönünde karar vermiştir.<sup>32</sup>

Pozitif düzenlemeye bakıldığında, İdari Yargılama Usulü Kanununun 46 ve devamı maddelerinde temyize ilişkin düzenlemelerin yer aldığı görülmektedir. Söz konusu maddelerde Danıştay dava daireleri ile idare ve vergi mahkemelerinin nihai kararlarının, başka kanunlarda aksine hüküm bulursa dahi Danıştay'da temyiz edilebileceği, temyiz süresinin özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hallerde, nihai kararın tebliğ tarihinden itibaren 30 gün olduğu, idare ve vergi mahkemelerinin itiraz yolu açık olan kararlarının temyize konu edilemeyeceği belirtilmiş, temyizde bozma nedenleri ise İYUK'un 49. maddesinde sayılmıştır. Buna göre; a) *Görev ve yetki dışında bir işe bakılmış olması*, b) *Hukuka aykırı karar verilmesi*, c) *Usul hükümlerine uyulmamış olunması*, hallerinden biri söz konusu olduğunda Danıştay tarafından bozma kararı verilecektir.

---

<sup>32</sup> Anayasa Mahkemesi, 21.6.1991, E.1990/20, K.1991/17

Doktrinde, söz konusu sıralamanın doğru bir şekilde yapılmadığı öncelikle temyiz konusu kararın usul hükümlerine uyularak verilip verilmediğinin tespit edilmesi gerektiği, sonrasında ise görev ve yetki bakımından bir değerlendirme yapılması ve kararın hukuka uygun olarak alınıp alınmadığının belirlenmesinin daha yerinde olacağı belirtilmektedir.<sup>33</sup> Aslında temyiz nedenlerinin hepsi, bir hukuk kuralının yanlış uygulanmasıdır.<sup>34</sup>

Burada sorgulanması gereken öncelikli husus, idari yargıda bozma nedenlerinin, Kanunda sayma yoluyla sınırlı olarak belirlenip belirlenmediğidir. Çalışmanın bu bölümünde yargılama hukukumuzda kanun yolları bakımından bir durum tespiti yapılmaya çalışılacaktır. Bu kapsamda öncelikle karar düzeltme ve yargılamanın yenilenmesi kanun yolları bakımından değerlendirme yapılacaktır.

Gerek öğretide, gerekse yargı kararlarında, karar düzeltme sebeplerinin İYUK m. 54'te tahdidi olarak sayıldığı, bunların dışında kalan bir nedenle düzeltme talebinde bulunulamayacağı kabul edilmektedir.<sup>35</sup> Aynı şekilde medeni usul hukukumuzda da karar düzeltme yolunun, temyiz yolunun devamı ve onun tamamlayıcısı olarak öngörüldüğü ve bu yapısı nedeniyle karar düzeltme nedenlerinin, HUMK'nun 440. maddesinde tahdidi olarak sayıldığı belirtilmektedir. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kuruluna göre, karar düzeltme isteminin kabul edilebilmesi, ancak anılan yasa hükmünde tahdidi şekilde belirtilen dört halden birinin varlığı halinde mümkündür.<sup>36</sup>

Yargılamanın yenilenmesi sebeplerinin kanunda, tahdidi (*numerus clausus*) olarak belirtilip belirtilmediğine gelince, yasal düzenlemelerde “aşağıda yazılı sebepler dolayısıyla” veya “aşağıdaki sebeplere binaen” gibi ifadeler kullanıldığından hareketle, yasalardaki bu düzenleniş

---

<sup>33</sup> Odyakmaz, s. 84-85; Çağlayan, İdari Yargıda Kanun Yolları s. 73 v.d.

<sup>34</sup> Kuru, s. 4533; Gözübüyük/Tan, s. 1030-31.

<sup>35</sup> Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 30.12.2004, E. 2004/2594, K. 2004/2062, (Danıştay Bilgi Bankası-www. danistay.gov.tr)

<sup>36</sup> Bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 14.02.2001, K. 2001/155.

biçimlerinden, yargılamanın yenilenmesi sebeplerinin, yasada sayılanlarla sınırlı olduğu söylenebilir mi? Sorusunu soran Çağlayan'a göre<sup>37</sup>, "...öğretide bu hususta bir ihtilaf yoktur. Hem medeni yargılama hukuku<sup>38</sup> ve yargı içtihatlarında<sup>39</sup>, hem idari yargılama hukuku<sup>40</sup>, hem de ceza yargılaması hukuku öğretisinde<sup>41</sup>, yargılamanın yenilenmesi sebeplerinin sınırlı (tahdidi) olduğu, bunların içtihatla genişletilemeyeceği konusunda fikir birliği bulunmaktadır. Bu konuya ilişkin ulaşabildiğimiz bir kararında Danıştay, çok açık olmamakla birlikte, yargılamanın yenilenmesi sebeplerinin, yasada sayılanlarla sınırlı olduğu yönünde karar vermiştir"<sup>42</sup>.

Çalışmamızın asıl konusu bakımından değerlendirme yapmak gerekirse, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu bakımından temyiz

<sup>37</sup> Çağlayan, R.: "İdari Yargıda Yargılamanın Yenilenmesi Sebepleri ve Sınırlılığı", www.idare.gen.tr/caglayan-yenileme.htm

<sup>38</sup> Doktrinde, medeni yargılama hukukunda, yargılamanın yenilenmesi sebeplerinin tahdidi olarak yasada sayıldığı ve bunların içtihat yoluyla ve kıyasla genişletilemeyeceği kabul edilmektedir. Bkz. *Kuru*, B.: Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı, İstanbul 1995, s. 913; *Kuru*, B.: Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Baskı, C. V, İstanbul 2001, s. 5171; *Alangoya*, H. Y.: Medeni Usul Hukuku Esasları II, İstanbul 2001, s. 97; *Pelcanitez/Atalay/Özekes*, s. 51; *Üstündağ*, S.: Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, 7. Bası, İstanbul 2000, s. 912; *Bilge*, N./*Önen*, E.: Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Bası, Ankara 1978, s. 710; *Erdemir*, İ.: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. II, 2. Bası, Ankara 1998, s. 445.

<sup>39</sup> Yargıtay'a göre de, "...HUMK'nun 445. maddesinde yargılamanın iadesi sebepleri sınırlı olarak gösterilmiştir. Kıyas yolu ile de olsa bu sebeplerin genişletilmesi mümkün değildir..." bkz. Örn. Yargıtay 7. Hukuk Dairesi, 25. 4. 1975, 3396/2313, YKD,1975/12, s. 35.

<sup>40</sup> *Gözübüyük*, Yönetmelik Yargı, s. 531; *Gözübüyük/Tan*, s. 1081-1082; *Gözübüyük A. Ş./Dinçer*, G.: İdari Yargılama Usulü, 2. Bası, Ankara 1999, s. 939; *Yenice*, K./ *Esin*, Y.: İdari Yargılama Usulü, Ankara 1983, s. 740 *Alver*, Cemil, İdari Yargılama Usulü Kanunu, 4. Baskı, Ankara 1994, s. 294.

<sup>41</sup> *Erem*, F.: Ceza Yargılaması Hukuku, 6. Baskı, s. 685-686

<sup>42</sup> "...Kararlarının muhakemenin iadesi yolu ile yeniden incelenebilmeleri 521 sayılı Kanunun 96 ncı maddesinde yazılı sebeplerden birinin mevcudiyetine bağlıdır... Gümrük ve Tekel Bakanlığının eylemi ise, iddia edildiği vechile lehine karar verilen tarafın karara etkisi olan bir hile kullanılmış olması mahiyetinde olmadığı gibi mezkur maddede tadat edilmiş bulunan diğer sebeplerin hiç birine de uymamaktadır..." Danıştay 7. Dairesi, 17.5.1972, E. 1971/8082, K. 1972/2009, DD. 9-10, s. 312

nedenlerinin sayma yoluyla belirtildiği kabul edilmektedir.<sup>43</sup> Aynı durum idari yargı bakımından da geçerli olup, İdari Yargılama Usulü Kanununda da temyiz nedenlerinin tahdidi olarak gösterildiği görüşü öğreti ve uygulamada benimsenmiştir.<sup>44</sup> Şu halde, temyiz edilen bir karar, ancak Kanunda sayılan nedenlerle bozulabilir.

Bozma nedenlerinin tahdidi olarak belirlendiği tespitinden sonra çalışma konumuz bakımından sadece hukuka aykırı karar verilmesi hususu özel olarak ele alınacak diğer bozma nedenleri üzerinde durulmayacaktır.

## 2. Hukuka Aykırı Olduğu Gerekçesi ile Kararın Bozulması

Kanunda yer alan hukuka aykırılığın geniş yoruma tabi tutulması gerektiği, yani bu bağlamda yasalara, tüzüklere, yönetmeliklere, sözleşmeler hukukunun genel ilkelerine ve gelenek hukukuna aykırı olarak verilen kararların da bozulması gerektiği kabul edilmektedir.<sup>45</sup> Diğer bir ifade ile, maddi hukukun bütün kaynakları bu kapsamda değerlendirilecektir.<sup>46</sup>

Uygulanacak hukuk kuralının hiç uygulanmaması, yanlış yoruma tabi tutularak eksik veya yanlış uygulanması ya da maddi vakıaya yanlış hukuk normunun uygulanması kararın hukuka aykırı olması sonucunu doğurur.<sup>47</sup>

---

<sup>43</sup> Hukuk Usulünde temyizde bozma nedenlerinin sayma yoluyla belirtildiği kabul edilmektedir. Bkz. *Pekcanitez, H./Atalay, O./Özkes, M.*: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku, s. 578

<sup>44</sup> *Odyakmaz*, s. 84

<sup>45</sup> *Gözübüyük/Tan*, s. 1031; *Kuru*, s. 4533-34.

<sup>46</sup> *Alangoya*, s. 40; *Üstündağ*, s. 832; Bu konuda ayrıntı için bkz. Dağlı, N.: Usul Hukukuna İlişkin Temyiz Nedenleri, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, 2007; Sivrihisarlı, Ö.: Hukuk Yargılamasında Maddî Hukuka İlişkin Temyiz Nedenleri ve Yargıtay Denetiminin Kapsamı, Doktora Tezi, İstanbul, 1978

<sup>47</sup> *Alangoya*, H. Y.: Medeni Usul Hukuku Esasları II, İstanbul 2001, s. 40, *Çağlayan*, s. 82.



Burada ele alınması gereken husus, ilk derece yargı mercii kararını verdikten sonra, bir mevzuat değişikliği olduğunda, temyiz merciinin söz konusu değişikliğe dayanarak bozma kararı verip veremeyeceğidir. Konuyu aydınlatılabilmek için, sorunu ilk derece yargı mercii, temyiz mercii ve temyiz nedenleri bakımından ayrı ayrı incelemek gerekecektir.

Öncelikle ilk derece yargı mercii kararını verdiği sırada mevcut bulunan yazılı ve yazısız hukuk kurallarına uygun olarak vermiş ise, karar mahkemesi bakımından hukuka aykırı bir karar verdiği söylenemeyecektir. Zira mahkeme uyuşmazlığa uygulanacak kuralda ve yorumundan herhangi bir yanlışlık yapmamıştır. Mahkemeler kararlarını verirken Anayasa'nın 90. maddesinde belirtilen durum hariç tutulacak olursa, yürürlükte olan düzenlemeyi esas almak zorundadır. Mevzuat değişikliği süreci, hatta değiştirilmiş ancak henüz yürürlüğe girmemiş düzenlemeler dahi mahkemelerin kararında esas alınamaz. Dolayısıyla bu durumda hukuka aykırılık gerekçesi ile bir bozma kararı verilemeyeceği kanısındayız.

Temyiz mercii bakımından ortaya çıkan duruma bakıldığında ise, temyiz mercii, ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu kararın hukuka uygun olup olmadığını belirlerken, ilk derece mahkemesince hüküm kurulduğu sırada yürürlükte olan mevzuata göre mi, yoksa karar verildikten sonra yapılan değişikliğe göre mi karar verecektir? Burada, her ne kadar temyiz merciinin, denetimini yeni düzenlemeye göre yapacağı,<sup>48</sup> zira temyiz denetimi yapılırken artık değişiklik sonrasındaki yeni hükmün yürürlükte olduğu ve temyiz merciinin o sırada yürürlükte olan düzenlemeyi esas alması gerektiği söylenebilirse de bunun, temyiz nedenleri, daha doğru bir ifade ile temyizde bozma nedenlerinin tahdidi olması karşısında, pozitif düzenleme bakımından ayrıntılı bir incelemeyi gerektirdiği kanısındayız.

---

<sup>48</sup> Ibid.

Bu bağlamda, şekli ve maddi anlamda hükmün kesinleşmesi, aleyhe bozma yasağı, usule ilişkin kazanılmış hak, normların zaman bakımından uygulanması, Anayasa Mahkemesi kararlarının yürürlüğe girmesi, içtihadı birleştirme kararlarının yargı süreci devam eden uyuşmazlıklara etkisi gibi konularla karşılaştırmalı bir değerlendirme yapılmasının, daha sağlıklı bir sonuca ulaşmada yardımcı olacağı düşünülmektedir. Aslında konunun usul hukuku bakımından taşıdığı önem kadar maddi hukuk bakımından da ele alınması gerektiği, bu çerçevede hukuk güvenliği, idareye güven, idari istikrar, kazanılmış hak, haklı beklentilerin korunması, müesses durum gibi her biri ayrı bir çalışma konusu olabilecek hususlara değinilmesi gerektiği düşünülmekle birlikte, bu konuların ayrıntılı olarak ele alınması ve karşılaştırmalı bir incelemeye tabi tutulmasına, bu çalışmanın konusu ve kapsamının izin vermediği kanısındayız.

## SONUÇ

İlgili yasal, idari ve yargısal süreci dikkate aldığımızda öncelikle konunun hukuk güvenliği ve buna bağlı olarak kanunların ve idari işlemlerin kural olarak geçmişe etkili sonuçlar doğurmaması gerektiği ilkesinin gerek yasa koyucu ve idare tarafından gerekse uyuşmazlığa bakan yargı organları tarafından tam anlamıyla dikkate alınmadığı görülmektedir. Aslında Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın hukuk güvenliğinin korunması ve buna bağlı olarak kanunların ve düzenleyici işlemlerin geriye yürütülmemesi gerektiği hususunda müstakar denilecek nitelikte içtihatları olmakla birlikte, uyuşmazlığın aynı zamanda o dönemde bir siyasi parti başkanlığı da yapan bir kişinin mensubu olduğu ailenin sahibi olduğu bankaya ilişkin olması, sorunun saf hukuk zemininde ve tamamen objektif bir yaklaşımla ele alınmasına izin vermemiştir. Gerçekten bu süreçte, iyi niyetin asıl olması gerektiği ve buna bağlı olarak iyi niyetli kişilerin hukuk güvenliğinin korunmasının yasama ve yürütmenin temel görevlerinden olduğu gerekçesinden hareket edilmiş olsaydı, ilk derece mahkemesi tarafından yürürlükteki düzenlemelere dayanılarak kişiler lehine verilen kararların temyiz aşamasında, geçmişe şamil düzenleme değişikliğine dayalı olarak

bozulması gibi bir sorun gündeme gelmeyebilecekti. Böyle bir sorun usul hukuku bakımından da başka bir tartışmayı gündeme getirmektedir. Verildiği tarihte yürürlükte olan hukuki düzenlemelere uygun olan bir kararın, temyizden incelenmesi sırasında ilgili mevzuattaki değişikliğin temyiz mercii tarafından dikkate alınıp alınmayacağı sorusuna, henüz kesinleşmemiş bir kararın mevzuat değişikliği dikkate alınarak, yeni düzenleme uyarınca bozulması gerektiği söylenebilirse de bunun temyizde bozma nedenlerinin sınırlılığı ile örtüştürülmesi pek mümkün gözükmemektedir.

Pek tabiidir ki, ceza yargılaması bakımından kişilerin lehine bir mevzuat değişikliği söz konusu olduğunda, lehe kanunun geçmişe yürütülmesi ve kişiler bakımından hukuki sonuç doğurması kaçınılmazdır. Ayrıca Uyuşmazlık Mahkemesine göre, “Görev kuralları kamu düzenine ilişkin olduğundan, görev konusunda taraflar için bir müktesep hak doğmayacağı; bu nedenle, yeni bir yasayla kabul edilen görev kurallarının, geçmişe de etkili olacağı, bilinen bir genel hukuk ilkesidir. Davanın açıldığı andaki kurallara göre görevli olan mahkeme, yeni bir yasa ile görevsiz hale gelmiş ise, (davanın açıldığı anda görevli olan ve fakat yeni yasaya göre görevsiz hale gelen) mahkemenin görevsizlik kararı vermesi gerekeceği; ancak, yeni yasadaki görev kuralının, değişikliğin yürürlüğe girmesinden sonra açılacak davalarda uygulanacağına dair intikal hükümlerinin varlığı halinde, mahkemece görevsizlik kararı verilemeyeceği açıktır.”<sup>49</sup>

Ancak hukuk ve idari yargı bakımından ilk derece yargı mercisinin yürürlükteki mevzuatı doğru ve tam uygulayarak kişiler lehine karar vermesini müteakip, geçmişe yürüme yasağı ve hukuk güvenliği ilkesinin aksine olarak kişilerin aleyhine bir mevzuat değişikliği gerçekleştirildiğinde, bu değişikliğin temyiz mercii tarafından dikkate alınmasını haklı kılabilecek hukuken meşru ve makul gerekçelerin

---

<sup>49</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, 01.06.2009, E. 2009/101, K. 2009/137.

bulunmasında güçlük çekileceği kanısındayız. Gerçekten, verildiği tarih itibariyle hukuka uygun olduğundan şüphe duyulmayan ve bu bağlamda İYUK m. 49'daki "hukuka aykırı karar verilmesi" koşulunu taşımayan bir kararın temyiz merciince nasıl ve hangi gerekçelerle iptal edilebileceğini izah etmek kolay görünmemektedir. Yukarıda da izah edilmeye çalışıldığı üzere, burada asıl sorunun yargı süreci devam eden uyuşmazlığa ilişkin mevzuatın, ilgililerin hukuk güvenliğini ihlal edecek şekilde geçmişe etkili olarak sonuçlar doğurması olduğu söylenebilir

# İNTERNETTE HAKSIZ REKABET

Yrd. Doç. Dr. Neval OKAN\*

## ÖZET

İnternetin hızlı gelişimi toplumu önemli bir şekilde etkilemiştir. Günümüzde internet kullanıcılar için birçok fonksiyona sahiptir. Bu fonksiyonlardan biri de internetin küresel pazar olarak kullanılmasıdır. İnternetin küresel pazar olarak kullanımı birçok hukuksal soruna yol açar. Örneğin internetin haksız kullanımı haksız rekabet oluşturabilir. Bu tür bir haksız rekabete geleneksel haksız rekabet kuralları uygulanabilir. Ancak, internetin uluslararası niteliği dikkate alındığında, ulusal sınırları aşan anlaşmazlıklarda ulusal kurallar tam bir çözüm olamaz. Sorunun çözümü için uluslar arası kurallara da gerek vardır. Bu tür kuralların oluşturulmasında, Avrupa E-Ticaret Yönergesi bir model olarak göz önüne alınabilir.

**Anahtar Sözcükler:** Haksız Rekabet, E-Ticaret, İnternet, E-Ticaret Yönergesi

## *UNFAİR COMPETITION ON INTERNET*

### ABSTRACT

Rapid development of the Internet impact on the community. Today, the Internet has many functions for users. One of these functions is the use of the Internet as a global market. Use of the Internet as a global market lead to many legal problems. For example, unfair use of the Internet can create unfair competition. Traditional unfair competition rules applicable to unfair competition on the Internet. However, national rules disputes over national boundaries can not be a complete solution, because of the international nature of the internet, The international rules are

---

\* Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, nokan@anadolu.edu.tr

needed to solve the problem. To create such rules, the European E-Commerce Directive can be taken into consideration as a model.

**Key Words:** Unfair Competition, E-Commerce, Internet, E-Commerce Directive

## **GİRİŞ**

Yaşadığımız yüzyılda birçok kişinin hayatını etkileyen birçok değişiklik olmuş ve olmaya da devam etmektedir. Yeni teknolojilerin gelişimiyle insan davranışları ve ilişkileri de değişime uğramıştır. Yeni teknolojilerdeki gelişimin en fazla görüldüğü alan ise kişisel bilgisayarlar ve iletişim aracı olarak internettir. Web<sup>1</sup> ise, internet faaliyetinin en hızlı gelişen bölümlerinden birini oluşturur.

İnternetin toplum üzerindeki etkisi çok fazladır. Kişiler artık fiziksel ortama gerek duymaksızın elektronik olarak bilgiyi saklayabilmekte ve gerektiğinde bu bilgiyi çabuk ve herhangi bir maliyete katlanmaksızın bir yerden diğer bir yere nakledebilmektedirler.

Kullanıcılar açısından internet birçok fonksiyona sahiptir. İnternet, her şeyden önce hızlı ve ucuz bir iletişim yoludur. Bu sadece yaygın olarak elektronik posta (e-posta) kullanımından ibaret değildir. İnternet aynı zamanda ilan panosu hizmetlerini ve birbirinden çok uzakta ve ayrı olan çok sayıdaki kişiler arasında, gerçek zamanda, fikir alışverişine olanak sağlayan grup sohbetini (chatline) de içeren iletişimi olanaklı kılar.

## **Küresel Pazar Olarak İnternet**

İnternet, ticaret de dâhil iletişimin her alanı için uygun bir ortam oluşturur. İnternet, kullanıcılar için bilgi kaynağı olmanın yanı sıra,

---

<sup>1</sup> Web, bağlantılara bir tıklama ile bir sayfadan diğer bir sayfaya kolaylıkla ulaşılan, canlı ve çoklu metin bilgilerinden oluşan küresel bir ağıdır.

işletmeler açısından, ürün ve hizmetler için pazar oluşturmakta; milyonlarca kişi interneti elektronik ticaret (e-ticaret) için kullanmaktadır.

İnternetin, özellikle web'in, gelişimine paralel olarak ticari işletmeler de bu gelişimin içinde her yönüyle ve özellikle de ticari faaliyetleri ile yer alırlar. Mal ve hizmetlerini pazarlayan işletmeler yeni teknolojiler uygulamakta; yeni işletme yöntemleri ve pazarlama projeleri geliştirmektedirler. İnternet pazarındaki elektronik ticaret faaliyetleri, ticaretin tarafları arasındaki dağıtım işlemlerinden e-postaya kadar her şeyi içerir. Böylece elektronik ticaret ürünleri ve uygulamaları, zamana, mekâna ve maliyete aldirmeden, işletmelere, bu gelişen pazar içinde büyük yararlar sağlar. Birçok işletme, e-ticareti veya bilgisayar ağları üzerinden yönetilen işletmeleri, genişleyen pazar, düzelen tüketici hizmetleri, azalan maliyetler ve artan bir verimlilik aracı olarak görmektedirler.

Birçok ticari gelişimin yer aldığı internette, ağ reklâmları da gelişen bir ticari faaliyet olarak karşımıza çıkar. Son zamanlara kadar, sadece çok uluslu şirketler dünyadaki çok sayıda ülkede mal ve hizmetlerini sunabilme ve reklâmlarını yapabileme olanaklarına sahipken, artık küçük ve bireysel işletmeler de interneti kullanarak çok kolaylıkla bunu yapabilmektedirler.

### **İnternetin Haksız Kullanımı**

Pazarlama aracı olarak interneti kullanan bir işletme sadece yeni pazarlar bulmakla kalmaz, aynı zamanda yeni rakiplerle ve uymak zorunda olduğu yeni kurallarla karşılaşır.

İnternet ortamında sürekli olarak artan faaliyetler, elektronik bilgi akışının gerçekleştiği tek bir merkez olmadığı için, büyük ölçüde düzensizdir. Başlangıçta internet, ilk kullanıcılarının birincil yararlarından biri olarak gördüğü, idarenin ve devletin etkisinden uzak, ulusal sınırları

olmayan bir toplum ve hukuksuz bir alan olarak ortaya çıkmıştır. Zamanla bu anlayış yerini, internetteki uygunsuz davranışları kontrol edebilmek için, mevcut hukuk kurallarının kapsamının genişletilebileceği ve yasa koyucuların, internette karşılaşılan sorunlarla ilgili, yeni hukuk kuralları koyabilecekleri düşüncesine bırakmıştır. Ulusal hukuk kuralları belirli sınırlar içinde geçerli olmakla birlikte internet, bu bölgesel sınırları dikkate almayan sürekli büyümekte olan sanal bir toplum oluşturduğundan bu kurallar yeterli olmaz.<sup>2</sup> İnternetin gelişimi ve çok yönlü kullanımı, çoğunluğu uluslararası niteliğinden kaynaklanan sorunların doğmasına yol açmış, hukuk kurallarını başa çıkmak zorunda olunan yeni sorunlarla karşı karşıya getirmiştir. Hukuk kurallarının, hızla gelişmekte olan çevrimiçi ticaret dünyasındaki gelişimlerle uyumlu hale gelmesi zorlaşmıştır.

Haksız rekabetin geleneksel şekilleri olan, aldatıcı reklâmlar, rakibi kötüleme, karışıklığa neden olma vb. internet için de geçerlidir.<sup>3</sup> İnternet aynı zamanda gerçek dünyada geçerli olmayan farklı haksız kullanımlara da yol açar. E-posta ve özellikle de istenmeyen elektronik posta (spam)<sup>4</sup>, alan adı (domain name)<sup>5</sup>, ağ reklamları (webvertising), ilişim (link, hyperlink), web sayfası bölümleri (frame)<sup>6</sup> ve arama motorlarınınca kullanılan ve web sayfasını tanımlayan çoklu metinler (metatag)<sup>7</sup> içindeki

---

<sup>2</sup> Sege G. Avakian, “Global Unfair Competition in the Online Commerce Era”, UCLA Law Review, 1998-1999, C. 46, s.910

<sup>3</sup> Marike Vermeer, “Unfair Competition Online and European Electronic Commerce Directive”, Annual Survey of International & Comparative Law, 2001, C 7, S. 1, s.87

<sup>4</sup> Spam, internet yoluyla bir mesajın bu mesajı alma talebi olmayan çok sayıda kişiye gönderilmesidir. Spam çoğunlukla ticari reklâm niteliğindedir ve bu reklâmlar genellikle güvenilmeyen ürünlerin, çabuk zengin olma kampanyalarının, yarı yasal servislerin duyurulması amacıyla yöneliktir. Spam gönderici açısından fazla bir harcamayı gerektirmemesine karşın, mali yük mesajın alıcıları, taşıyıcı ya da servis sağlayıcılar tarafından karşılanır.

<sup>5</sup> Domain name, bir web sitesinin internet üzerindeki adı ve adresidir.

<sup>6</sup> Bazı web sitelerindeki bir sayfanın değişik alanlara bölünmesidir. Her bir alan bağımsız web sayfasından oluşur. Web sitesindeki bu frame’ler web sitesinin aynı sayfasında birçok web sayfasının aynı anda görünmesine izin verir.

<sup>7</sup> Metatag, bir web sayfasının bazı yönlerini tanımlayan çoklu metin işaretleme dili (*hypertext markup language (html)*) içinde yer alan bir kodlama deyimidir. Bir metatag



anahtar sözcük (AdWord)<sup>8</sup> veya web sayfasında yer alan herhangi bir ifade veya metin bu tür haksız kullanımlara zemin hazırlar.

İnternet reklamcılığının tipik şekillerden biri olan, bir işletmenin e-posta yolu ile tüketicilere spam'in en yaygın türü olan istenmeyen ticari reklâmlar (unsolicited commercial e-mail) göndermesi yaygın olarak görülmektedir.<sup>9</sup> Bu reklâmlar, genellikle çok sayıda tüketicinin e-posta adresini içeren posta listeleri kullanılarak gönderilen kitlesel mesajlar yoluyla gerçekleşir. Bu tür kitlesel mesajlar, göndericileri rahatsız edebileceği gibi rakipler açısından, haksız rekabet oluşturabilir.

İşletmelerin, reklam için web sitelerini kullanması da olasıdır. Çevrimiçi reklâm (*online advertising*) veya bilgisayar ağı reklâmı (*webvertising–web advertising*) olarak ifade edilen bu reklâmlar, iki şekilde gerçekleşir. Bir işletme kendisine ait bir web sitesinde reklâmını yapabileceği gibi, başkalarına ait web sitelerinde de, genellikle üst köşelerinde yer alan ve işletmeye ait web sitesi için bir tür tabela işlevi gören reklâm bantlarını (*banner*) kullanarak, reklâm verebilir. Genellikle sadece işletmenin adı veya logosu ya da kısa bir mesaj olan reklâm bantları işletmenin kendi sitesi için yaratılan ilişim olarak görüntülenir.

çinde sunulan bilgi, herhangi birinin bir sayfada yar alan bilgiyi bulabilmesi için sayfa indeksi yaratan arama motorlarınca kullanılır.

<sup>8</sup> Frankfurt Yüksek Bölge Mahkemesi (*Obelandesgericht Frankfurt am Mein*), Case 6 W 17/08, 26 Şubat 2008, davasında, rakibe ait bir markanın internetteki arama motorlarında anahtar sözcük (*AdWord*) olarak kullanımının, arama sonuçlarından açık bir şekilde ne olduğu anlaşılıyorsa, marka ihlaline yol açmayacağına karar vermiştir (Birgit Clark, "Google Adwords, keywords, metatags: a wiew from one German Higher Regional Court", *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Cilt 3, Sayı 8, s. 496). Yeni bir dava olan *Venture Tape Corp. V. McGills Glass Warehouse* davasında da, Birleşik Devletler Temyiz Mahkemesi, arama motorlarında, aranma önceliğini artırmak için "metatag"larda rakibin markasının yer almasının marka ihlali oluşturduğuna karar vermiştir (Todor Ozegoviç, "Use of Competitor's Marks in Meta Tags Per Se Infringement...Almost", <http://techknowledgeblog.squarespace.com>, Erişim:27.12.2008).

<sup>9</sup> Spam ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Tekin Memiş, "Hukuki Açından Kitlelere E-Posta Gönderilmesi (Spamming)", *Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2001, C. 5, S. 1-4, s.431; Metin İkizler-M.Sinan Başar, "Spam'in Zararları ve Spam İle Hukuki Mücadele: ABD Örneği ve Türk ve Avrupa Birliği Hukukları İle Karşılaştırılması", *Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2006, C.8, S.2, s. 91

Geleneksel reklamlarda olduğu gibi, bu tür reklamlar da haksız rekabete yol açabilir.

Bir web sitesine ulaşmayı sağlayan alan adları da haksız kullanım oluşturabilir, Örneğin alan adında başkasına ait ünlü ve tanınmış markalara yer verilmesi ya da izni olmaksızın bir kişinin adı kullanılarak bir web sitesi oluşturulması hukuka aykırılık oluşturabilir.

Birçok alıcının yer aldığı internette metinlerin yayınlanması çok hızlı ve ucuz olmasına karşın, denetimi çok zordur. Bu nedenle internette yer alan ilişkiler hukuksal sorunlara yol açar. Örneğin, telif hakkı sahiplerinin haklarının ihlali söz konusu olabilir. Bir kişi web sitesindeki bir ilişimi tıklayarak diğer bir kişinin web sitesine bağlanabilir. Bilginin paylaşıldığı elektronik dünyada bu tür uygulamalar doğal görülse de, kullanıcı, fareye (mouse) tek bir tıklama ile herhangi birinin web sitesindeki metne ulaştığında, metnin yetkisiz kullanımına yol açabilir. İlişimin bu şekilde ve özellikle de kötüye kullanımı hukuksal sorunlara neden olur.

Bir web sitesinde yer alan bir ilişim, değişik nedenlerle haksız rekabet oluşturabilir. Bir web sitesinde ilişime yer verildiğinde bu kötü bir imaj yaratabilir. Örneğin hoş karşılanmayan bir web sitesinde bir başka web sitesine bağlantı verilmesi, bağlantı verilen web sitesinin imajını zedeleyebilir. Aynı şekilde, ilişim yoluyla bağlanılan web sitesinin içeriğinin haksız kullanılması da olasıdır. Örneğin, Ticketmaster, izni olmaksızın, kendisine ait web sitesinin ana sayfasına değil de ana sayfadan ulaşılabilen sayfalara doğrudan bağlantı (*deep linked*) vermesi nedeniyle, Microsoft aleyhine dava açmıştır.<sup>10</sup> İlişimin bir diğer haksız kullanım şekli de, site sahipleri arasında ekonomik ya da yönetsel, belirli bir yakın ilişki varmış izlenimi yaratarak, diğer bir web sitesine

---

<sup>10</sup> Ticketmaster v Microsoft Davası, United States District Court for the Central District of California, Civil Action Number 97-3055DPP, <http://www.netlitigation.com/netlitigation/linking.htm>, Erişim Tarihi: 29.05.2011

bağlantı verilmesidir.<sup>11</sup> Bu şekilde internet kullanıcısı, doğrudan bağlantı verilen materyallerin sanki ilişimin yer aldığı web sitesine ait olduğu, bağlanılan web sitesince desteklendiği veya materyalin yer aldığı site ile sıkı bir bağ varmış inancı yaratılarak, aldatılabilir. Ayrıca ilişimde başkasına ait bir marka veya ayırmaç (logo) kullanılıyorsa veya ilişim marka karışıklığına yol açıyorsa marka ihlali de söz konusu olabilir.

İnternette, özellikle de internet pazarında, ortaya çıkan hukuksal sorunlar, birçok davaya neden olmakta, mahkemeleri, hukukçuları ve işletmeleri zora sokmaktadır. İnternetin işletmelerce ticari amaçlı kullanılması halinde, acaba hangi kurallar gereğince bu davranışlara izin verilecek ve anlaşmazlık halinde hangi kurallar uygulanacaktır? Ya da elektronik ortamdaki bir ticari ilişkinin tarafı olan değişik ülke vatandaşlarının, bu ilişkilerine hangi ülkenin hukuk kuralları uygulanacaktır?

Kural olarak, belli bir ülkedeki pazara katılan bir kişi bu ülkenin hukuk kurallarına uymak zorundadır. Bu ilkenin uygulanması, hukuki anlaşmazlığın tarafları aynı ülkede bulunuyor ise sorun yaratmaz. Ancak bu ilkenin internet ortamında dünyanın her yerinde icra edilen faaliyetlere de uygulanıp uygulanamayacağı sorun yaratır.

İnternette ticaret yapan bir işletmenin belli bir faaliyeti bir mahkemece hukuka uygun kabul edilirken diğer bir mahkemece hukuka aykırı bulunabilir.<sup>12</sup> Çok uluslu işletmelerin aynı faaliyetleri yargılama yetkisine bağlı olarak farklı ülkelerde farklı sonuçlar doğurabilir.<sup>13</sup> Bu

<sup>11</sup>Oppedahl–Larson & Advanced Concept Davası, (Scot Shipman,“TradeMark and Unfair Competition in Cyberspace: Can These Laws Deter “Baiting” Practices on Web Sites”, Santa Clara Law Review, 1998-1999, C. 39, s. 264)

<sup>12</sup> Bkz.dipnot 8’deki mahkeme kararları.

<sup>13</sup> “2000 yılında, Bir Fransız mahkemesi, Nazi malzemelerinin satışını yasaklayan bir Fransız hukuk kuralının California-based company Yahoo! Inc.’in sahibi olduğu bir açık artırma sitesine uygulanmasına karar vermiştir. Bir yıl sonra, Yahoo! Inc.’in talebi üzerine, bir Birleşik Devletler bölge mahkemesi, Fransız mahkemesi kararının uygulanmasının önemli bir kamu yararı ihlaline yol açacağı gerekçesi ile Fransız

özellikle, internet ortamındaki hukuka aykırı ve zarar verici işletme uygulamalarını engellemek için, marka hukuku kurallarının uygulanmasında söz konusu olur.<sup>14</sup> Örneğin, bir kişi internet yoluyla işletmesini yönetebilir ve markasını tüm dünyaya sunabilir. Bu kişinin internet ortamında marka kullanımı kendi menşe ülkesinde hukuka uygun sayılabilir ancak, bu markanın kullanımı değişik ülkelerin hukuk sistemleri açısından marka ihlallerine yol açabilir. Bunun nedeni, marka hukukunun uygulama alanının bölgesel olmasına karşın, internet ortamının bölgesel sınırlarının bulunmamasıdır.

İnternetin haksız kullanımını tartışırken, elektronik haksız rekabet alanında, ticari iletişim kuralları olarak isimlendirilen, haksız rekabet alanındaki bazı kuralları uyumlaştırmayı amaçlayan Avrupa Topluluğu E-Ticaret Yönergesinden<sup>15</sup> de söz etmemiz gerekir.

### **E-Ticaret Yönergesi**

2000 yılında kabul edilen E-Ticaret Yönergesi, 1990 yılının sonlarından bu yana kabul edilmiş olan çevrimiçi hizmetlerini ve özellikle e-ticareti düzenleyen Avrupa Topluluğu mevzuatının bir parçasıdır. Avrupa Elektronik Ticaret Yönergesinin hedefi, Avrupa Birliği üyesi devletlerin arasında bilgi toplumu hizmetlerinin serbest dolaşımını sağlayarak, iç pazarın tam olarak işlemesine yardımcı olmaktır. İnternetin kullanımı haksız rekabet açısından anlaşmazlıklara yol açtığı durumlarda, Yönerge ilk adımdır.

---

mahkeme kararının Birleşik Devletler’de uygulanamayacağını belirtmiştir.”(Mark F. Kightlinger, “A Solution to The Yahoo! Problem? The EC E-Commerce Directive as a Model for International Cooperation On Internet Choice Of Law”, Michigan Journal of International Law, 2002-2003, C.24, s.719

<sup>14</sup> Marcus H.H. Luepke, “Trademarks on the Internet-the US Perspective”, <http://www.finnegan.com/resources/articles/articlesdetail.aspx?news=54909e25-723f-43bd-a7c0-cea81b02eada>, Erişim: 27.12.2008

<sup>15</sup> Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (Directive on electronic commerce), Official Journal L 178 , 17/07/2000 s. 01-16

E- Ticaret Yönergesi, ticari iletişim kuralları olarak isimlendirilen, haksız rekabet alanındaki bazı kuralları uyumlaştırmaktadır. Yönergedeki ticari iletişim kuralları, elektronik ticaret araçlarını kastediyor olsa da, çok genel olarak çevrimiçi bazı durumlar da ifade edilmektedir. Yönergenin 2(f) maddesine göre, ticari iletişim, “ticari, sınaî veya esnaf faaliyetinde bulunan ya da düzenli bir meslek icra eden kişi, organizasyon veya şirketin doğrudan ve dolaylı olarak mal ve hizmetlerinin veya imajının değerini artırmak için yapılan herhangi bir iletişim şeklidir”.

Yönergenin 2(f) maddesine göre, özellikle alan adı (domain name) veya e-posta (e-mail) adresleri olmak üzere bir kişi, organizasyon veya şirketin faaliyetine doğrudan erişime izin veren bilgiler; özellikle belirli bir parasal karşılığı olmaksızın bağımsız bir şekilde derlenen bir kişi, organizasyon veya şirketin imajı veya mal ve hizmetleri ile ilgili bildirimler, ticari iletişim tanımının dışında kalmaktadır. Şu durumlar, yönerge anlamında ticari iletişim olarak kabul edilmez<sup>16</sup>: (a) Sırf site sahipliği (b) Satışı özendirme olarak nitelenemeyecek bilgi sunma (c) Diğer bir bağımsız web sitesine bağlanmayı sağlayan ilişimler (d) Sahibi ile herhangi bir ekonomik bağlantı olmaksızın bir web sitesi veya e-posta adresinden bahsedilmesi.

Alan adı tutma, bir web sitesi ile ekonomik bağlantısı bulunmayan çoklu ilişimler ve metatagging, bu nedenle Yönerge kapsamında değerlendirilmez. Web reklâmcılığı ve spamming ise, yönerge kapsamında bir ticari iletişim şekli olarak kabul edilir. Yönergenin 6. maddesi genel olarak elektronik reklâmları kapsar ve Mesafeli Satışlar Yönergesine<sup>17</sup> göndermede bulunur.

Yönergeye göre, mal veya hizmetleri özendirmek için elektronik reklâm yapan bir kişinin, bunun bir reklâm olduğunu açıkça belirtmesi

<sup>16</sup> Vermeer, s.92

<sup>17</sup> Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts, Official Journal L 144, 4.6.1997, s. 19–27

gerekir (m.6(a)). Bu, web sitelerinde yer alan herhangi materyalde, gizli ticari beyanlara ve görüntülere yer verilemeyeceği anlamına gelir. Bu kural çok geneldir, yani tipik bir elektronik ticaret kuralı olmayıp geleneksel araçlara da uygulanır. Yönergedeki diğer bir şart ta, ticari iletişimin kim tarafından ya da kimin adına yapıldığının açıkça belirtilmiş olmasıdır(m.6(b)). Bu şartın da özellikle elektronik araçlara uygulanan bir kural olduğunu söyleyemeyiz. Ancak, komisyon önerisinin eki olarak, müstakil maddelerde, internette kullanılan araçlar olarak, sadece reklâm bandı ve ilişimlerden söz edilmektedir. Reklam bantlarında isimden söz etmek gerekli değildir. Reklam bandında yer alan bir ilişim ile ticari iletişimi yapan kişinin kimliğini içeren sayfaya bağlantılıysa bu yeterlidir. Aynı şekilde, örneğin bir işletme tarafından finanse edilen bir web sitesinde de ilişim kullanılabilir. Sitenin kim tarafından finanse edildiğini gösteren bir açıklama notu veya sitenin tüm sayfalarında görünen bir bilgi, ilişimli ikon veya ayırmaç (logo) yeterli olacaktır.

Madde 6'nın son iki bölümü, indirimler, primler, hediyeler, özendirici rekabet ve oyunlar gibi satışı özendirici önerilerle ilgili kuralları içerir. İşletmenin kurulduğu üye devletçe izin verilen bu satışı özendirici faaliyetler, açıkça anlaşılabilir, koşullarına kolaylıkla ulaşılabilir, doğru ve net bir şekilde sunulmalıdır.

Yönergenin 7. maddesi istenmeyen ticari iletişimlerini düzenler. Elektronik posta yoluyla istenilmemiş ticari iletişimler alıcı tarafından alındığında, alıcının bunları açık ve anlaşılır şekilde görebilmesi gerekir. Üye devletler, e-posta yoluyla gönderilen istenmeyen ticari iletişimlerden sorumlu olan servis sağlayıcılarının, gönderilen kişilere bu tür ticari iletişimlerini almak isteyip istemediklerini düzenli olarak sormalarını ve istemedikleri takdirde buna uygun davranmalarını sağlamakla yükümlüdürler. Ancak, yönergede, uygulamada sıklıkla görülen, istenmeyen e-postanın göndericisinin kendisini tanıtmadığı, ya da sahte geri dönüş adreslerinin belirtildiği, bu nedenle de alıcıların e-postayı geri gönderemeyeceği durumlara ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır.

E-Ticaret Yönergesinin önemli noktasını, 3. maddesinde yer alan, bir internet hizmetinin genel olarak sadece servis sağlayıcılarının bulunduğu üye ülkenin hukuk kurallarına tabi olacağını belirten menşe ülke (country of origin) ilkesi oluşturur. E-Ticaret Yönergesinin 3. maddesi en fazla tartışılan maddelerinden biridir. Bu maddenin 1. Bendinin ifadesi şu şekildedir: “Bir bilgi sağlayıcısı tarafından sağlanan hizmetler, bilgi sağlayıcısının bulunduğu üye ülkedeki ulusal düzenlemelere uygun olmak zorundadır.” Bunun anlamı bilgi sağlayıcısının, olduğu yerdeki üye ülke tarafından denetlemek zorunda olduğudur. Üye ülkeler, diğer bir üye ülkede yaratılan bilgi hizmetlerinin sağlanması özgürlüğüne kısıtlamalar getiremez. Bu yasağa, kamu yararı, kamu sağlığı, kamu güvenliği ve tüketicinin korumasına ilişkin ulusal kurallar konulmasına izin verilmek suretiyle, istisnalar tanınır. Yönerge aynı zamanda elektronik sözleşmeler, aracılardan sorumluluğu, kuruluş ilkeleri ve üye ülkeler arası işbirliğine ilişkin kuralları da içerir.

Menşe ülke kuralının amacı üye ülkelerin tümünde, ortak bilgi toplumu piyasasına girişte eşitliği sağlamaktır. Euromarketing, böylece mümkün olacaktır. Her bir teşebbüs veya bilgi toplumu servis sağlayıcısı kurulduğu ülkenin hukuk kurallarına göre davranacak ve Avrupa Birliğinin geri kalanında faaliyet gösterebilecektir.

Yönergenin 1. maddesinde yönergenin kapsamı belirtilerek, yönergenin “kanunlar ihtilafı veya yetkiye ilişkin ek bir kural oluşturamadığı” ifade edilmiştir. Bu nedenle, Yönergede menşe ülke kuralının, kanunlar ihtilafı kuralı değil, ulusal denetim kuralı olduğu açıktır. Yönergenin 1(4) maddesinde, her ne kadar, uluslararası özel hukuk alanında ilave hükümler getirilmediği açıkça ifade edilmiş ise de yazarların çoğunluğu m. 3(2)'nin bir hukuk kuralı seçimi olarak göz önüne alınması gerektiğini öne sürmektedir.<sup>18</sup> Yönergede yer alan menşe

---

<sup>18</sup> Jan von Hein, “Proceedings of the Duke Law Center for International and Comparative Law and Tulane Law Review Symposium: The New European Choice-Of-Law Revolution: Lessons For The United States?: Contract And Tort Law: Something Old

ülke kuralı bir kanunlar ihtilafı kuralı olarak getirilmemiş olsa da, kanunlar ihtilafı kuralı etkisine sahip olup olmadığı tartışılabilir.

Menşe ülke kuralı, web reklâmları ve belirli ilişim tiplerinde olduğu gibi, E-ticaret yönergesi kapsamındaki elektronik haksız rekabet tipleri için pazar kurallarını bertaraf eder. Yönergenin kapsamı dışında kalan diğer tüm elektronik haksız rekabet tipleri, ulusal uluslararası özel hukuk kurallarına tabidir.

Burada akit dışı borç ilişkilerine uygulanacak olan hukuk hakkındaki Avrupa Topluluğu Tüzüğü'nden (Roma II Regulation)<sup>19</sup> de söz etmemiz gerekir.<sup>20</sup> Bu tüzüğün 4.maddesi akit dışı borç ilişkilerinde zarara uğranılan ülkenin hukuk kuralının uygulanacağına ilişkin genel bir kurala yer vermiştir. Tüzüğün 6. maddesi ise, haksız rekabetin neden olduğu akit dışı anlaşmazlıklara uygulanacak hukuku belirlemekte ve 4.maddede düzenlenen genel kuraldan ayrılmamaktadır. Bu, haksız rekabet konularında pazar kuralının kanunlar ihtilafı kuralı haline geldiği anlamındadır. Roma II Tüzüğü ülkelerde doğrudan uygulanacağı için, ulusal kanunlar ihtilafı kuralını bertaraf etmektedir. Ulusal hukuklarda yer alan menşe ülke ilkesi kuralı Roma II Tüzüğü ile geçersiz kılınmaktadır. Bu sorunu çözmek için, Roma II Tüzüğü'nün 27.m.de bir düzenleme yapılmıştır. Bu madde, Roma II Tüzüğü ile diğer topluluk araçları, özellikle E-ticaret yönergesi, arasındaki ilişkiye açıklık getirmek için tasarlanmıştır ve hizmetlerin menşe ülke kuralına hizmet eden araçlara zarar vermeyeceğini şart koşmaktadır. Böylece, Roma II Tüzüğü, elektronik haksız rekabet için E-ticaret yönergesine (dolayısıyla Yönergenin menşe ülke kuralına) yollama yapmaktadır. İnternet yoluyla

---

And Something Borrowed, But Nothing New? Rome II And The European Choice-of-Law Evolution", Tulane Law Review, 2008, 82, s. 1667

<sup>19</sup> OJ L.199, 31.7.2007, s.40

<sup>20</sup> Roma II Tüzüğü ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Zeynep Ziya Tarman, "Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Topluluğu Tüzüğü", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2008, C. 57, S. 2, s. 193; Michael L. Rustad, "Old E-America v. New E-Europe", Michigan State Journal of International Law, 2007, C. 16, S. 1, s.183



rekabet ihlali söz konusu olduğunda E-Ticaret Yönergesi ve menşe ülke kuralı, çevrimdışı rekabet ihlallerinde ise, Rome II Tüzüğü ve pazar yeri hukuku uygulanacaktır.

## SONUÇ

İnternette yer alan birçok uygulama, haksız kullanımlara yol açmakta ve davalara neden olmaktadır. Bu alanda hukuki içtihat geliştikçe, tarafların uygulamalarının da değişmesi kaçınılmazdır. Bir başkasının web sitesine bağlanmayı sağlayan ilişkiler ve web sayfası bölümleri oldukça risklidir. Web sitesi sahipleri ile bu konuda yazılı anlaşmaya varılması gerekir. Bir kimse üçüncü kişinin web sitesine ilişim yoluyla bağlanmak istiyorsa, en iyisi web sitesinin ana sayfasına bağlanmaktır. İlişimlerde ve web sayfasını tanımlayan çoklu metinlerde üçüncü kişinin marka veya ayırmacının kullanılmasından kaçınılmalıdır.

İnternetin haksız kullanımından kaynaklanan sorunların çözümü için mevcut ulusal hukuk kurallarının kapsamı genişletilebileceği gibi yasa koyucular yeni hukuk kuralları koyabilirler. Ancak, internetin uluslararası niteliği dikkate alındığında, ulusal sınırları aşan anlaşmazlıklarda ulusal kurallar tam bir çözüm olamaz. Uluslararası kurallara gerek duyulur. Bu tür kuralların oluşturulmasında, Avrupa E-Ticaret Yönergesi, iletişimin her alanını kapsamamasına karşın, bir model olarak göz önüne alınabilir.

## KAYNAKÇA

**Birgit Clark**, “Google Adwords, keywords, metatags: a wiew from one German Higher Regional Court”, Journal of Intellectual Property Law & Practice, Cilt 3, Sayı 8

**Jan von Hein**, “Proceedings of the Duke Law Center for International and Comparative Law and Tulane Law Review Symposium: The New European Choice-Of-Law Revolution: Lessons For The United States?:

Contract And Tort Law: Something Old And Something Borrowed, But Nothing New? Rome II And The European Choice-of-Law Evolution”, Tulane Law Review, 2008, 82

**Marike Vermeer**, “Unfair Competition Online and European Electronic Commerce Directive”, Annual Survey of International & Comparative Law, 2001, C 7, S. 1

**Marcus H.H. Luepke**, “Trademarks on the Internet-the US Perspective”, <http://www.finnegan.com/resources/articles/articlesdetail.aspx?news=54909e25-723f-43bd-a7c0-cea81b02eeda>, Erişim Tarihi: 27.12.2008

**Mark F. Kightlinger**, “A Solution to The Yahoo! Problem? The EC E-Commerce Directive as a Model for International Cooperation On Internet Choice Of Law”, Michigan Journal of International Law, 2002-2003, C.24

**Metin İvizler-M.Sinan Başar**, “Spam’in Zararları ve Spam İle Hukuki Mücadele: ABD Örneği ve Türk ve Avrupa Birliği Hukukları İle Karşılaştırılması”, Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi, 2006, C.8, S.2

**Michael L. Rustad**, “Old E-America v. New E-Europe”, Michigan State Journal of International Law, 2007, C. 16, S. 1

**Scot Shipman**, “TradeMark and Unfair Competition in Cyberspace: Can These Laws Deter “Baiting” Practices on Web Sites”, Santa Clara LawReview, 1998-1999, C. 39Sege G. Avakian, “Global Unfair Competition in the Online Commerce Era”, UCLA Law Review, 1998-1999, C. 46

**Tekin Memiş**, “Hukuki Açıdan Kitlelere E-Posta Gönderilmesi (Spamming)”, Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, 2001, C. 5, S. 1-4

**Todor Ozegoviç**, “Use of Competitor’s Marks in Meta Tags Per Se Infringement...Almost”, <http://techknowledgeblog.squarespace.com>

**Zeynep Ziya Tarman**, “Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Topluluğu Tüzüğü”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2008, C. 57, S. 2

----- Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market

(Directive on electronic commerce), Official Journal L 178, 17.07.2000 s. 01-16

----- Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts, Official Journal L 144, 04.06.1997, s. 19–27

----- Avrupa Topluluğu Tüzüğü (Roma II Regulation),  
OJ L.199, 31.7.2007, s.40



## HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNA GÖRE ÖN İNCELEME

**Yrd. Doç. Dr. İbrahim ERMENEK\***

### **ÖZET**

*Ön İnceleme Kurumu, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile getirilen en önemli yeniliklerin başında gelmektedir. Ön İnceleme Kurumu, 6100 sayılı kanunda dilekçeler aşamasından sonra ve fakat tahkikat aşamasından hemen önce düzenlenmiştir. Bu kurum ile gerek davaya bakan hakime gerekse de davanın taraflarına önemli görevler yüklenilmiştir. Her şeyden önce daha davanın en başında tarafların dava için ciddi bir hazırlık yapmaları, hakimin de dosyaya vakıf olması istenilmiştir. Ayrıca, bu kurum ile hakime tarafları sulhe teşvik etmek gibi çok önemli bir görev de yüklenmiştir. Diğer taraftan, daha bu aşamada yargılamayı gereksiz şekilde uzatabilecek unsurların da ayıklanması amaçlanmıştır. Bu noktalardan bakıldığında kanunun basarili olmasının, ön inceleme kurumunun basarili olmasına bağlı olduğu söylenebilir.*

**Anahtar Kelimeler :** *Ön inceleme, tahkikat, sulhe teşvik*

### **PRE EXAMINATION BY CIVIL LAW PROCEDURE**

### **ABSTRACT**

The Preliminary Investigation Stage is one of the most important innovations introduced by 6100 Civil Procedure Law. Preliminary Investigation Stage is held after the phase of 6100 Law petitions and/but

---

\* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra – İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

before investigation phase. With this stage the important responsibilities are required from both judge and parties of the litigation of the case. First of all, at the beginning of the case, parties of the litigation are required to be seriously prepared for the case and the judge must be acquainted well with the file. In addition, encouraging the peace among the parties is another very important responsibility of the judge, required by this stage. The elimination of the factors that may unnecessarily prolong the proceedings is also among the targets of this stage. From this point of view, the success of the Law depends on the success of the Preliminary Investigation Stage.

**Key Words** : *Preliminary Investigation, Investigation, , encouraging the peace*

### **A) Genel Olarak Yargının Sorunları ve Ön incelemeye Duyulan İhtiyaç**

Ülkemizde temel kanunların tamamen değiştirilmesi çalışmaları son on yıldan beri hızlı bir şekilde devam ediyor. Bu bağlamda, ilk olarak Medeni Kanun, daha sonra İş Kanunu, Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemeleri Kanunu değiştirildi. Bu kanunlar yürürlüğe girdi. Yine bu dönemde değiştirilen Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu yürürlüğe girmek üzere. İcra ve İflas Kanunu ile İdari Yargılama Usulü Kanunu da değiştirilmek için sırada beklemektedir.

Temel Kanunların değiştirilmesi çalışmaları, elbette kendiliğinden ortaya çıkan bir ihtiyaç değildir. Bu kanunlarda yer alan bir çok düzenleme, geldiği noktada toplumun ihtiyaçlarını karşılayamazken; bazı düzenlemeler ve bu düzenlemelerden hareket edilerek yapılan uygulamalar, bu kanunların, meşru vasıta ve yollardan hak arayabilmenin teminatı olma vasıflarının kaybedilmesine neden olmuştur. Zaman içerisinde temel kanunlarda bu çerçevede yapılan bir çok değişiklik bu

sorunların çözümünde yeterli olmadığı gibi, bu değişikliklerin kanunların sistematikliğini bozduğu da sık karşılaşılan eleştirilerden biridir

Yukarıda<sup>1</sup> işaret ettiğimiz çalışmalar çerçevesinde, 1927 yılından beri ülkemizde yürürlükte bulunan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, 12.11.2011 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu'nda kabul edilen, 04.02.2011 tarihli ve 27836 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yasalaşan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanuna yerini bırakmak üzere. Zira, aksi yönde bir değişiklik olmadığı sürece Hukuk Muhakemeleri Kanunu 1 Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe girmiş olacak. Bu Kanunda, 1086 sayılı Kanunda yer almakla birlikte önemli ölçüde işlevini kaybeden veya hiç uygulanmayan, temhir ve tahrir usulü, sözlü yargılama ve seri yargılama usulü gibi kurumlara yer verilmemiş; 1086 sayılı Kanunda olmayan belirsiz alacak davası, topluluk davaları ve ön inceleme gibi yepyeni kurumlar düzenlenmiş ve ayrıca Kanunda düzenlenmemiş olmakla birlikte gerek bilimsel gerekse de yargısal içtihatlarda kabul görmüş, asli müdahale, bekletici sorun, eda davası, inşai dava, tespit davası, dava yığılması, seçimlik dava, terditli dava, ispat yükü, karşı ispat ve sulh gibi kurumlar da kanuni dayanağa kavuşturulmuştur. Ayrıca yargılama safhaları dikkate alındığında, 6100 sayılı Kanun'un 1086 sayılı Kanun'a nazaran çok iyi bir sistematikle sahip olduğu söylenebilir.

Öteden beri hepimizin malumu olan başka bir konu da yargının içinde bulunduğu sorunlar ve bu sorunlar içerisinde ağır aksak dağıtılmaya çalışılan adalet hizmetidir. Gerçekten de, geriye doğru bakıldığında kangrene dönüşen bu sorunun yıllardır tartışıldığı ve özellikle hukukun yargılama kısmıyla ilgilenenlerin bu alana eğilerek, bir takım çözüm önerilerinde buldukları görülebilir.

---

<sup>1</sup> Bkz. yuk., A.

Bu bağlamda olmak üzere:

Prof. Dr. Baki Kuru, 1969 tarihli bir makalesinde, “*Bugün hukuk davalarının uzun sürdüğü hakkındaki kanaat o kadar yaygındır ki, bunu adeta maruf ve meşhur bir vakıa olarak kabul etmek mümkündür*”<sup>2</sup>

1984 tarihli başka bir makalesinde 1977 tarihli hükümet programından hareketle “*adalet dağıtımındaki gecikmeler, vatandaşımız için sadece bir şikayet konusu değil, aynı zamanda bir ızdırap kaynağı olmuştur*”<sup>3</sup>. “

Prof. Dr. Saim Üstündağ, 1974 tarihli bir makalesinde “*Yargıtay hâkimleri iş çokluğu karşısında, bütün iyi niyetlerine rağmen kontrol görevlerini eksik inceleme ile yetinerek ifa etmek zarureti karşısında da bırakılmış sayılabilirler. Bu nedenle, bu kararların kalitesi düştüğü gibi, söz konusu kararlarla yargı organlarında hak arayanları tatmin edilebilmesi de sağlanamamaktadır*”<sup>4</sup>.

Prof. Dr. Ejder Yılmaz, adeta bir hukuk profesörünün feryadı diyebileceğimiz 2006 tarihli tebliğinde “*adalet hizmetleri gerçekten tıkalıdır. Hemen basit bir şey söyleyeyim. Hâkim dosya okumuyor! Bir daha söyleyeyim isterseniz, hâkim dosya okumuyor! Diyeceksiniz ki hâkim nasıl karar veriyor? Okumadan karar veriyor! Hâkimler dosyayı yıllar sonra okuyor. Dosyalar geliyor, layihâlar yığılıyor. Aradan uzun bir zaman geçiyor. Bir zaman geliyor. Şu dosyayı bir okuyayım diyor. O arada bir gözden geçirebiliyorsa bir karar veriyor. Sonra, dosya Yargıtay’a geliyor. Yargıtay da dosya okumuyor. Diyeceksiniz ki, karar*

---

<sup>2</sup> KURU, Baki; Makaleler, Sosyal Devlet ve Hukuk Davalarının Uzama Sebepleri (s.99 - 116), İstanbul 2006, s.99.

<sup>3</sup> KURU, Baki; Makaleler, Hukuk Davalarında Yargılamanın Çabuklaştırılması İçin Alınması Gereken Tedbirler (s.117 - 146), İstanbul 2006, s.117.

<sup>4</sup> ÜSTÜNDAĞ, Saim; Makaleler, İçtihat Tahlilleri ve Çeviriler, Yargı Organlarının Sorunları ve Çözüm Yolları, (s.163-179), Ankara 2010, s.173, 174.



*nasıl veriliyor? Tetkik hâkimlerinin yaptıkları fedakârane çalışmalarla!”<sup>5</sup>*

*“Benim şahsi kanaatim şudur: Bugünkü sorunların başında, hâkimin dosyayı okumamasının başında veya okuyamamasının başında gelen neden hâkim başına düşen dosya sayısının fevkalade fazla olmasıdır. ...Yani zamansızlıktır”<sup>6</sup>.*

*“Adalet devletin temeli, mülkün temelidir diyoruz. Korkum odur ki, bu devlet çökecek! ... Neden? Adalet çöküyor çünkü!”<sup>7</sup>*

Buraya kadar işaret edilenlerin yanında, bugün yargının içinde bulunduğu sorunlardan bir çoğu, en başta Anayasa olmak üzere bazen yasal düzenlemelerin yetersizliğinden, bazen eksikliğinden, bazen düzenlemenin gereği gibi yapılmamış olmasından bazen de yargısal içtihatların oluşturduğu karmaşadan kaynaklanmaktadır. Ayrıca, yargının içinde bulunduğu sorunların giderek derinleşmesinde insan odaklı katkılar da inkar edilemez. Gerçekten de, yargının sorunlarının her gün bir kar topu gibi büyümesinde, hâkimlerden avukatlara, bilirkişilerinden davanın taraflarına, hukuk fakültelerinde ki öğretim elemanı sayısı ve kalitesinden fakültele alına öğrenci kalitesine varıncaya kadar bir çok etkenin olduğu söylenebilir. Bu etkenlerden özellikle, hâkim, avukat ve bilirkişilerin yargılamanın amacının gerçekleştirilmesindeki rolü, diğerlerine nazaran, fazlasıyla önemlidir<sup>8</sup>. Bu noktada, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’ndan yargılamaya etki edenlerin bilgi düzeyinin yükseltilmesi veya organizasyon yeteneğinin geliştirilmesi ya da iyi niyet kurallarına aykırı davrananlarla aktif mücadele etmesi beklenemez.

<sup>5</sup> YILMAZ, Ejder; Medeni Usul ve İcra – İflâs Hukukçuları Toplantısı V, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Üzerine Bazı Notlar (s.169 -210), Ankara 2006, s. 174.

<sup>6</sup> YILMAZ, s.176, 177.

<sup>7</sup> YILMAZ, s.175.

<sup>8</sup> DEMİRBAŞ, Timur; Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, Yargının yapısal Sorunları (s.352-365), İzmir 2000, s. 355 vd.

Diğer taraftan yargının kaynakları kıttır. Yargı ekonomisi bakımından bu kıt kaynakların nasıl kullandığı ve bu kullanma sonunda elde edilen verimlilik de önemlidir. Bu bağlamda, hem yargılamanın işleyişi bakımından (görölmekte olan davaya ilişkin olarak diğer mahkemelerle ve üst yargı organları ile olan ilişkiler, diğer kurumlarla olan ilişkiler, tebligat gibi) hem de yargılama dışı etkenler bakımından (bilirkişilik, avukat adaylarının eğitimi ve mesleğe kabulü, hâkim adaylarının eğitimi ve mesleğe kabulü, hâkimlerin nitelik ve kabiliyetlerine göre atanması, özel mahkemelerin oluşturulması ve tetkik hâkimliği gibi) iyi bir organizasyonun gerektiği ortadır. Bu nedenle bugün yargının içinde bulunduğu sıkıntılardan önemli bir kısmının bir organizasyon yetersizliğinden kaynaklandığı açıktır. Daha çok idarî boyutu olan bu organizasyon sorununun Hukuk Muhakemeleri Kanunu tarafından giderilmesi de beklenmemelidir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu veya bu alanda yapılan değişiklikler yargının işaret ettiğimiz sorunlarını tek başına çözecek mahiyette değildir. Esasen, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yargının sorunlarını çözmek gibi bir amacı da yoktur ve olmamalıdır. Bu bağlamda Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile, "1982'Anayasası'nın 36'ncı maddesi ile teminat altına alınan hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı çerçevesinde usul ekonomisi ilkesini de gözeterek, etkin bir yargılama yapmak suretiyle uyuşmazlığın taraflarını tatmin edecek şekilde bir karar verilmesinin" amaçlandığı söylenebilir. Bu amaç çerçevesinde, hem yargılamanın amacı olan maddî gerçeğe ulaşmada, hem de maddî gerçek araştırılırken, usulüne uygun ve makul sürede bir yargılamanın yapılabilmesi için, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun getirmiş olduğu en önemli yeniliklerin başında ön inceleme kurumu gelmektedir.

### **B) Genel Olarak Ön İnceleme ve Ön İncelemenin Kapsamı**

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun dördüncü bölümünde düzenlenmiş olan ön inceleme kurumu, bu Kanun ile getirilen en önemli

yeniliklerden birisi, belki de en başta gelenidir<sup>9</sup>. Bu kurum ile, tahkikat aşamasından önce gerekli hazırlıkların tam olarak yapılması, hâkimin ve davanın taraflarının (varsa vekillerinin) dava dosyasına hâkim olması ve bu yolla uyuşmazlığın tam olarak tespiti; gereksiz olarak yargılamanın tahkikat aşamasına kadar gelmesi sonucunu doğurabilen veya bu aşamada

<sup>9</sup> *Ön inceleme müessesesi aslında hukukumuzda, 6100 sayılı Kanun'dan önce de temyiz ve istinaf kanun yollarına ilişkin olarak mevcuttu. 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda 5236 sayılı Kanun ile değişiklik yapılmadan önce, ön inceleme temyiz aşamasına ilişkin olarak Yargıtay Kanunu madde 40,III, IV hükümleri dolayısı ile uygulanmakta idi. Bu hükümlere göre, "Yargıtay incelemesi için dairelere gelen dosyalar görev ve işbölümü, temyiz kabiliyetinin bulunup bulunmadığı, temyiz isteminin süresi içinde olup olmadığı, temyiz şartı ve diğer usul eksiklikleri yönünden ön incelemeye tabi tutulur". Ön inceleme sırasında bu hususlardan birinsin eksik olduğu tespit edilen dosyalar dairede öncelikle incelenip karara bağlanır.*

*Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na 5236 sayılı Kanunla eklenen 426/L maddesi hükmü ile ön inceleme müessesesi istinaf kanun yoluna ilişkin olarak düzenlenmiştir. Bu hükme göre, "Bölge adliye mahkemesi hukuk dairesince, dosya üzerinde yapılacak ön inceleme sonunda; incelemenin başka bir dairece yapılması gerektiği, kararın kesin olduğu, başvurunun süresi içinde yapılmadığı, başvuru şartlarının yerine getirilmediği, başvuru sebeplerinin veya gerekçenin hiç gösterilmediği, tespit edilen dosyalar hakkında öncelikle gerekli karar verilir". Yine Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na 5236 sayılı Kanunla eklenen 432'nci madde hükmü ile, istinaf kanun yoluna ilişkin bu hükmün, temyiz kanun yolunda da kıyasen uygulanacağı kabul edilmiştir.*

*Bu hükümler, 6100 sayılı Kanun'da da istinaf kanun yoluna ilişkin olarak madde 352 hükmü ile; temyiz kanun yoluna ilişkin olarak ise madde 366 hükmü ile aynen korunmuştur.*

*İstinaf ve temyiz kanun yollarına ilişkin olarak öngörülen bu ön inceleme aşaması, mahiyeti itibari ile ilk derece mahkemelerinde uygulanacak ön incelemeden tamamen farklıdır. Kanun yollarına ilişkin olarak yapılacak bu inceleme, prensip itibari ile temyiz veya istinaf dilekçesi üzerinde yapılan şekli bir incelemeden ibarettir. Buradaki inceleme duruşmasız olarak ve çoğu kere sadece temyiz veya istinaf dilekçesi incelenerek (cevap dilekçesi bile incelenmeden) yapılır. Bu inceleme bu yönü ile, ilk derece aşamasında dava dilekçesinde ve cevap dilekçesinde bulunması gereken zorunlu unsurların bulunup bulunmadığı yönünde hakim tarafından yapılan incelemeye benzetilebilir. Bu inceleme sırasında, incelemeyi yapan hakimden, esasa ilişkin incelemeye geçmeden önce dosyanın içeriğine vakıf olması beklenmez. Ayrıca, bu aşamalarda zaten prensip itibari ile dosya tekemmül etmiş ve kanun yolu incelemesini yapacak merciye öyle gelmiştir. Buna karşılık, ilk derece mahkemelerinde uygulanacak ön inceleme müessesesi ile, hakimin işin esasına girmeden dosyaya vakıf olması, dosyanın mümkün olduğu kadar tekemmül etmesi ve davayı gereksiz yere uzatacak bir çok problemin bu aşamada halledilmesi amaçlanmıştır. Bu nedenle, kanun yollarındaki ön inceleme ile ilk derece mahkemelerinde uygulanacak ön inceleme müesseselerinin amaçları birbirinden tamamen farklıdır.*

yargılamayı gereksiz olarak uzatabilecek unsurların ayıklanarak tahkikat aşamasına geçilmesi amaçlanmıştır. Bu çerçeveden bakıldığında, ciddi bir ön incelemenin etkili bir tahkikatın ön şartı olduğu, varsayımından hareket edildiği söylenebilir<sup>10</sup>.

Geldiğimiz bu noktada ön inceleme aşaması ile tahkikat aşaması birbirinden ayrılmaktadır. Ön inceleme aşaması layihâlar teatisinin bitmesinden sonra ve fakat işin esasına girilmeden (tahkikat aşamasına geçilmeden) önce mahkemenin yaptığı ilk incelemedir. Bu inceleme safhası 6100 sayılı Kanun'da ayrı bir bölüm şeklinde ve yargılamanın bağımsız bir aşaması olarak düzenlenmiştir. Tahkikat aşamasından farklı olarak, ön inceleme aşamasında prensip itibari ile delil incelemesi söz konusu değildir. Bu nedenle, işin esasına da girilmeyecektir. Tahkikat aşamasında, yargılamanın amacına uygun olarak, sağlıklı ve etkin bir şekilde yürütülebilmesi; ön inceleme aşamasında uyuşmazlığın tam olarak tespiti, uyuşmazlığın çözümüne etki edecek delillere ulaşılması ve bu bağlamda, elde olan delillerin mahkemeye sunulması, elde olmayan delillerin ise buldukları yerden getirtilmesi ile mümkün olabilir<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> “Uygulamada en çok şikayet edilen ve yargılamanın gecikmesi sebebi olarak gösterilen önemli bir husus, tam hazırlık yapılmadan tahkikata başlanmasıdır. Hatta çoğu kez taraflar delillerini tam olarak göstermeden ve dilekçelerine eklemeyen, mahkeme de delilleri tam olarak toplamadan tahkikata başlamaktadır... Bunun yanında, mahkemelerce yeterli hazırlık yapıp dosyalar incelenmediğinden ve taraflar da bu konuda gerekli açıklamaları tam olarak yapmadıklarından, yargılamanın başında karar verilmesi gerekirken, usule ilişkin dava şartları ve ilk itirazlar hakkında davanın sonunda karar verilebilmektedir” *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun genel gerekçesinden*; “*Biz güncel olmayan teksif ilkesini en sert hali ile, ön inceleme diye getirdik. Ciddi kaygılarım var. Zaten, bu Kanun'un kırılma noktası da ön inceleme. Ön inceleme aşaması başarılı olursa, ha güzel Kanun olmuş diyeceğiz. Olmazsa ne olacak? Çok büyük bir hezimetle karşılaştığımız*” YILDIRIM, Nevhis Deren; *Tartışmalar, Medeni Usul ve İcra – İflas Hukukçuları Toplantısı V, Ankara 2006, s.209.*

<sup>11</sup>“Buna bağlı olarak, tahkikatın, amacına uygun olarak sadece uyuşmazlığın ve uyuşmazlığa ilişkin delillerin incelendiği ve tartışıldığı bir aşama haline getirilmesi; bunun için de tarafların anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususların tahkikat başlamadan tam tespiti gereklidir” *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun genel gerekçesinden.*

Ön inceleme aşamasında, yapılacak işlemlerin kapsamını şu şekilde belirlemek mümkündür. Bu aşamada mahkeme öncelikle ilk itirazlar ve dava şartlarını inceleyecek; daha sonra uyuşmazlığı tespit edecek, uyuşmazlığın tespitinden sonra ise delillere ilişkin işlemleri yapacaktır. Uyuşmazlığın tespitinden sonra, şayet tarafların üzerinde tasarruf yetkisi olan bir dava söz konusu ise, hâkim tarafları sulhe teşvik edecek ve mutlaka bir tutanakla bu hususu tespit edecektir. Taraflar arasında sulhun sağlanamaması hali ile tarafların üzerinde tasarruf yetkisi olmayan davalarda, tahkikat aşamasına geçmeden önce hak düşürücü süreler ve varsa zamanaşımı iddiaları da incelenecektir. Bütün bu işlemler yapılmadan tahkikat aşamasına geçmek mümkün değildir (m. 137/2).

Basit yargılama usulünde ise, cevaba cevap ve ikinci cevap aşamalarına yer verilmediğinden (m. 317/3) ön inceleme aşaması daha erken bir zamana alınmış olmaktadır. Ayrıca, basit yargılama usulüne ilişkin olarak ön inceleme yargılamanın bağımsız bir aşaması olarak kabul edilmemiş, tahkikat aşaması ile birlikte düzenlenmiştir. Şu halde bu usulde, ön inceleme işlemleri tahkikat için belirlenen duruşmanın başında yapılmalıdır (m. 320/2). Hatta, Kanun'un izin verdiği hallerde ön inceleme ve tahkikat yapmadan dahi karar vermek mümkündür<sup>12</sup>.

### **C) Ön İnceleme Aşamasında İddianın veya Savunmanın Değiştirilmesi yahut Genişletilmesi Yasağı**

**1. İddianın veya Savunmanın Değiştirilmesi yahut Genişletilmesi Yasağına İlişkin Düzenlemeler ve Bu Düzenlemelerin Değerlendirilmesi:** Taraflarca hazırlanma ilkesinin uygulandığı davalarda, taraflar teksif ilkesi çerçevesinde iddia ve savunmalarını belirli

<sup>12</sup> *Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 320/1'de "mahkeme, mümkün olan hallerde tarafları duruşmaya davet etmeden dosya üzerinden karar verir" denildiğinden, madde gerekçesinde "dilekçelerin verilmesi aşamasından sonra, dilekçelerde ve dosyada yer alan deliller yeterli görülüyorsa, ayrıca öninceleme yapmadan ve duruşma açmadan da karar verilebilir. Bir tereddüt olmaması için, bu husus birinci fıkrada açıkça belirtilmiştir".*

bir usulî kesit içerisinde ileri sürmelidir. Bu usulî kesitin geçirilmesi halinde kural olarak iddia veya savunmanın değiştirilmesi yahut genişletilmesi yasağı ile karşılaşılır. 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda bu yasak davacı için davanın açılması ile başlatılmışken (HUMK m. 185,II); davalı için, cevap dilekçesinin davacıya tebliğ anı itibari ile başlatılmıştır (HUMK m. 202,II)<sup>13</sup>. İddianın ve savunmanın davacı ve davalı için başlama anları dikkate alındığında, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçelerini de yasak kapsamına dahil ettiği açıkça görülecektir. Ancak 1086 sayılı Kanun, teksif ilkesi ile getirilen bu yasağın hak arama özgürlüğü ve hukukî dinlenilme hakkını ihlal etmemesi için, diğer tarafın rızası, ıslah, davadan feragat, davayı kabul ve müddeabihin temlik gibi yasağı aşma imkânlarını da getirmiştir<sup>14</sup>.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 141/1'in birinci cümlesinde, tarafların cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçeleri ile iddia ve savunmalarını serbestçe değiştirip genişletebileceği belirtildikten sonra; aynı cümlenin devamında, tarafların ön inceleme aşamasında “*ancak*” diğer tarafın açık muvafakati ile iddia veya savunmalarını değiştirip genişletebilecekleri hüküm altına alınmıştır. İddianın veya savunmanın değiştirilmesi yahut genişletilmesi yasağının aşılması hallerinden olan ıslaha, aynı maddenin ikinci fıkrasında yer verilmiş ve fakat birinci fıkrada yer verilmemiştir. Cümlede yer alan “*ancak*” ibaresinden, ön inceleme aşamasında iddianın veya savunmanın değiştirilmesinin sadece diğer tarafın açık muvafakati ile mümkün olabileceği, ıslah yolu ile yasağın aşılmasının imkân dahilinde olmadığı şeklinde bir sonuç çıkmaktadır. Ayrıca, bu ibare, madde 141/1'in son cümlesinde yer alan “ön inceleme aşamasının tamamlanmasından sonra iddia veya savunma

---

<sup>13</sup> PEKCANITEZ, *Hakan* / ATALAY, *Oğuz* / ÖZEKES, *Muhammet*; Medeni Usul Hukuku, Ankara 2009, s. 237.

<sup>14</sup> PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 313, 341 (Yazarlar, HUMK m.185/2 hükmüne rağmen kanımızca da haklı olarak bu istisnalar arasında davadan feragat ve davayı kabule yer vermemektedirler)

değiştirilemez yahut genişletilemez” şeklindeki ibare ile birlikte değerlendirildiğinde; iddianın veya savunmanın genişletilmesi yahut değiştirilmesi yasağının, ön incelemenin tamamlanması ile birlikte başlayacağı şeklinde bir sonuç da çıkmaktadır. Nitekim yasağın aşılma hallerine ilişkin düzenlemeye hemen bu cümleden sonra, ikinci fıkra hükmü olarak yer verilmiştir.

İşaret ettiğimiz bu düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, iddianın veya savunmanın genişletilmesi yahut değiştirilmesi yasağının başlangıç anı ve yasağın aşılma halleri arasında yer alan ıslahın hangi andan itibaren uygulanabileceği bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu halde, bu sorunun çözümüne ilişkin olarak iki ihtimal söz konusu olabilir.

***Birinci ihtimal:*** İddiayı veya savunmayı genişletme yahut değiştirme yasağı, cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçesinin verilmesi ile başlar ve bu yasağın aşılması; ön inceleme aşamasında sadece diğer tarafın açık muvafakati ile, tahkikat aşamasında ise ıslah veya diğer tarafın açık muvafakati ile mümkün olabilir.

Bu ihtimalde, ön inceleme aşamasında ıslah yolu ile iddianın veya savunmanın değiştirilmesi yahut genişletilmesi yasağının aşılmayacağı sorunu, ıslaha ilişkin hükümlerden hareket edilerek de çözülememektedir. Zira, Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 177/1, ıslahın, tahkikatın sona ermesine kadar yapılabileceğini düzenlemiş ve fakat hangi andan itibaren ıslahın yapılabileceğine ilişkin herhangi bir hüküm öngörmemiştir. Ancak, ön inceleme aşamasında, ıslah yolu ile iddianın veya savunmanın değiştirilmesi yahut genişletilmesi yasağının aşılamamasının makul bir gerekçesi yoktur. Bu konuya ilişkin olarak genel gerekçede ve madde gerekçesinde aydınlatıcı bir açıklamaya da yer verilmemiştir.

Bu ihtimalde, iddianın veya savunmanın genişletilmesi yahut değiştirilmesi yasağının sadece diğer tarafın açık muvafakati ile aşılabileceğine ilişkin hükmün; ikinci cümlede yer alan, “taraplardan birinin duruşmaya mazeretsiz olarak gelmemesi halinde, gelen tarafın onun muvafakati aranmaksızın iddiasını veya savunmasını değiştirip yahut genişletebilir” şeklindeki düzenlemeyi vurgulamak için getirildiği düşünülebilirse de, bu defada aynı fıkranın son cümlesinde yer alan ön inceleme aşamasının sona ermesinden sonra iddia veya savunma genişletilemez yahut değiştirilemez biçimindeki hüküm anlamsız kalmaktadır.

Bu düzenlemenin bu ihtimalde olduğu gibi anlaşılması isteniyorsa hüküm şu şekilde olmalıdır: *Taraflar, cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçeleri ile iddia veya savunmalarını serbestçe genişletip yahut değiştirebilirler. Ön inceleme duruşmasına taraflardan birisi mazeretsiz olarak gelmezse, gelen taraf onun muvafakati aranmaksızın iddia veya savunmalarını genişletip yahut değiştirebilir.*

*İddia ve savunmanın genişletilip değiştirilmesi konusunda ıslah ve karşı tarafın açık muvafakati hükümleri saklıdır.*

Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 141 hükmü, bu ihtimalde olduğu gibi anlaşılırsa uygulanması da şu şekilde olmalıdır: İddianın veya savunmanın genişletilmesi yahut değiştirilmesi yasağı cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçesinin verilmesi anından itibaren başlar (m. 141/1). Bu düzenleme ile 1086 sayılı kanundan farklı olarak cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçeleri yasak kapsamı dışına çıkarılmıştır. Şu halde, taraflar cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçelerinde yasağa tabi olmaksızın serbestçe iddia ve savunmalarını değiştirip genişletebilirler (m. 141/1).

Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, dava dilekçesi veya cevap dilekçesinden sonra verilecek dilekçelerin cevaba cevap veya ikinci



cevap dilekçesi mahiyetinde olmasıdır<sup>15</sup>. Bu bağlamda dilekçelerin mahiyeti, tarafların dilekçenin konusu kısmında yer alan beyanlarına değil, dava sebepleri ve talep sonucu kısmına göre belirlenmelidir.

Diğer taraftan, iddianın veya savunmanın genişletilmesi yahut değiştirilmesi yasağının başlangıcı bakımından cevaba cevap dilekçesi veya ikinci cevap dilekçesinin süresi içerisinde verilir verilmediği de son derece önemlidir. Zira Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre, taraflar kendilerine verilen kesin süre içerisinde ilgili işlemi yapmadıkları takdirde bu konudaki hakları ortadan kalkar (m. 94/1 ve 3). Bu nedenle, süresi geçtikten sonra verilen dilekçe, cevaba cevap veya ikinci cevap dilekçesi mahiyetinde olsa dahi, tarafların iddia veya savunmalarını değiştirip genişletmesi mümkün olmaz. Gerek dilekçelerin cevaba cevap ve ikinci cevap mahiyetinde olmaması halinde gerekse de süresi içerisinde verilmemesi halinde, karşı tarafın açık muvafakati yoksa; hâkim, iddiayı veya savunmayı değiştirip genişletme talebini reddetmeli, cevaba cevap dilekçesi verilmemişse (veya mahiyeti uygun değilse) cevap dilekçesinde, ikinci cevap dilekçesi verilmemişse (veya mahiyeti uygun değilse) cevaba cevap dilekçesinde ileri sürülen vakıalar inkar edilmiş gibi yargılamaya devam etmelidir (m.128, m. 136/2).

Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 141 hükmü, buraya kadar işaret ettiğimiz şekilde anlaşılıp uygulanacak olursa, kanımızca ön inceleme aşamasında iddianın veya savunmanın genişletilmesi yahut değiştirilmesi yasağının aşılması için diğer tarafın açık muvafakatinin yanı sıra ıslah hükümleri de uygulanmalıdır. Zira madde 141/1'de yer alan ancak ibaresine rağmen, bu aşamada ıslah yoluna gidilememesinin makul bir gerekçesi yoktur. Ayrıca bu aşamada, taraflardan birisinin mazeretsiz olarak gelmemesi halinde diğer taraf, gelmeyen tarafın rızasına gerek kalmaksızın iddiasını veya savunmasını genişletip yahut değiştirebilecektir (m. 141/1). Ancak, bu hükmün uygulanabilmesi için,

<sup>15</sup> “Şüphesiz bu imkan, sadece cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçesi için söz konusudur. İkinci cevap dilekçeden sonra, hangi ad altında olursa olsun verilecek dilekçeler, sınırlama ve yasak kapsamında kabul edilmelidir” *Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 141'in madde gerekçesinden.*

ön inceleme duruşması davetiyesinde, mazeretsiz olarak gelinmemesi halinde yokluğunda rızası aranmaksızın diğer tarafın iddiasını veya savunmasını genişletip yahut değiştirebileceği ihtarına mutlaka yer verilmiş olmalıdır (m.139).

**İkinci ihtimal:** Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 141/1 son cümle hükmünden hareket ederek, iddianın veya savunmanın genişletilmesi yahut değiştirilmesi yasağının ön inceleme aşamasının tamamlanması ile başladığı kabul edilirse, bu defa da hükmün, bu cümleden önce yer alan kısmının tamamı anlamını kaybedecektir. Hükmün bu şekilde anlaşılması, özellikle tarafların duruşmaya katılmasını teşvik etme ve duruşmaya katılan tarafı bir anlamda ödüllendirme amacını taşıyan, ön inceleme duruşmasına taraflardan birisi mazeretsiz olarak gelmezse, gelen taraf onun muvafakati aranmaksızın iddia veya savunmalarını genişletip yahut değiştirebilir, şeklindeki hükmü de anlamsız hale getirecektir.

Bu düzenlemenin bu ihtimalde olduğu gibi anlaşılması isteniyorsa hüküm şu halde olmalıdır: *Taraflar, ön inceleme aşamasının sonuna kadar iddia veya savunmalarını serbestçe genişletip yahut değiştirebilirler. Ön inceleme aşamasının tamamlanmasından sonra iddia veya savunma genişletilemez yahut değiştirilemez. İddia ve savunmanın genişletilip değiştirilmesi konusunda ıslah ve karşı tarafın açık muvafakati hükümleri saklıdır.*

Hükmün bu ihtimalde olduğu şekli ile anlaşılması halinde, taraflar ön inceleme aşaması da dahil olmak üzere; tahkikat aşamasına gelinceye kadar, serbestçe iddia veya savunmalarını genişletip yahut değiştirebileceklerinden, dilekçelerin verilme zamanına veya mahiyetine bakmaya gerek kalmaz. Kanımızca, hükmün bu hali ile anlaşılması, hem

menfaatler dengesinin korunmasına hem de ön incelemenin amacının gerçekleştirilmesine daha çok hizmet eder”<sup>16</sup>

Ön inceleme aşamasında uyuşmazlığın tam olarak tespit edilmesi isteniyorsa, bu aşamada duruşmaya gelmeyen tarafı diğer tarafın muvafakati ile veya ıslah yolu ile iddiasını veya savunmasını genişletme yahut değiştirmek zorunda bırakmak; bu aşamada gereksiz zaman ve emek kaybına neden olabilir. Ayrıca, bu aşamada yasağın varlığının kabul edilmesi, uyuşmazlığın tam olarak tespit edilmesine de engel teşkil edebilir. Bu nedenle, uyuşmazlığın tam olarak tespit edilmesi ve dosyanın mümkün olduğu kadar eksiksiz tekemmül etmesi isteniyorsa, bu aşamada iddianın veya savunmanın genişletilmesi yahut değiştirilmesi herhangi bir sınırlamaya tabi olmamalıdır. Diğer taraftan, duruşmaya gelmemenin yaptırımı (ve gelen taraf için ödül)<sup>17</sup> 1086 sayılı Kanun’un 409’uncu maddesinin karşılığı olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 150’de düzenlenmiştir. Bu hükme göre taraflardan birisi mazeretsiz olarak duruşmaya gelmezse, ya dava dosyası işlemde kaldırılabilecek ya da mazeretsiz olarak gelmeyen taraf, gelen tarafın, yokluğunda yaptığı işlemlere itiraz edemeyecektir. Bu hüküm ortada iken, ayrıca başka bir cezanın (gelen taraf için ödülün) öngörülmüş olması, taraflardan birisinin aynı eylemi nedeniyle iki defa cezalandırılması dolayısıyla taraflar arasındaki menfaat dengesini bozabileceği gibi, adil yargılanma hakkının ihlali anlamına da gelir.

## 2. İddianın veya Savunmanın Değiştirilmesi yahut Genişletilmesi Yasağının Aşılma Halleri: Hukuk Muhakemeleri Kanunu

<sup>16</sup> Kanımızca bu hükmün anlaşılmasına ışık tutacak olan madde gerekçesinde de amacın gerçekleştirilebilmesi bakımından bir çelişki söz konusudur. Gerekçe şu şekildedir “Ön inceleme aşamasında, ancak karşı tarafın açık muvafakati ile iddia veya savunmaların genişletilmesi yahut değiştirilmesi kabul edilmiştir. Zira, ön inceleme tahkikat için hazırlık aşamasıdır. Bu sebeple, taraf iddia ve savunmaları açıkça belirli olmalıdır ki, uyuşmazlık noktaları tam olarak tespit edilerek tahkikat buna göre yürütülebilsin. Tarafların her hangi bir sınırlamaya tabi olmadan, iddia veya savunmalarını genişletip değiştirmeleri, bu amacın gerçekleştirilmesini baştan engellemek demektir” *Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 141’in madde gerekçesinden.*

<sup>17</sup> **ALANGOYA, Yavuz / YILDIRIM, Mehmet Kamil / YILDIRIM, Nevhis Deren;** *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirmeler ve Öneriler, İstanbul 2006, s. 72.*

madde 141/2 hükmünde, iddianın veya savunmanın genişletilmesi yahut değiştirilmesi yasağının aşılması halleri olarak sadece diğer tarafın açık rızasına ve ıslaha yer verilmiştir. 1086 sayılı Kanun'dan farklı olarak 6100 sayılı Kanun taraf rızası olarak zımnî muvafakati kabul etmemiş ve tarafın açık muvafakatini aramıştır. Ayrıca, davadan feragat, davayı kabul ve müddeabihin temlikine de iddianın veya savunmanın genişletilmesi yahut değiştirilmesi yasağının aşılması halleri arasında yer verilmemiştir.

Gelinen bu noktada dava devam ederken dava konusunun devri halinde tarafın veya talep sonucunun değişmesi, bizzat Kanun'un devre bağladığı bir sonuçtur (m. 125). Tarafın veya talep sonucunun değişmesi, tarafın kendi iradesine değil, diğer tarafın temlik iradesine bağlı olarak ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle, kanımızca dava konusunun devri de iddianın veya savunmanın genişletilmesi yahut değiştirilmesi yasağının aşılması hallerinden birisi olarak kabul edilmemelidir.

## **D) Ön İnceleme Aşamasında Yapılacak İşlemler**

### **1. Ön İnceleme Duruşması ve Bu Duruşmada Yapılacak İşlemler**

**a) Ön İnceleme Duruşması ve Duruşmaya Davet:** Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 139'uncu maddesinde, mahkemenin dilekçelerin karşılıklı verilmesinden ve gerekli incelemelerin tamamlanmasından sonra, ön inceleme için bir duruşma günü belirleyip taraflara bildirmesi gerektiği, hususu düzenlenmiştir. Düzenlenişi itibari ile bu hüküm emredici mahiyette olduğundan, ön inceleme aşamasında duruşma yapılması zorunludur. Ön inceleme aşamasının kural olarak bir duruşmada tamamlanması kabul edilmiştir. Ancak, zorunlu haller söz konusu olduğunda istisnaî olarak bir defaya mahsus yeni bir duruşma günü belirlenebileceği de kabul edilmiştir (m. 140/4)<sup>18</sup>. Mesela,

---

<sup>18</sup> “Ön inceleme oturumu hazırlık mahiyetinde ve esasa girmeden verilecek kararları içeren bir oturumdur. Bu sebeple, dördüncü fıkrada ön incelemenin tek oturumda tamamlanması ön görülmüştür. Ancak, sulh için süre verilmesi halinde olduğu gibi... bir defaya mahsus olmak üzere yeni bir oturum günü tespit edilebilir. Bu ikinci oturum, istisnaen düşünülmüş ve ancak gerekli durumlarda, o durumla mütenasip bir süre sonra yapılması gereken bir oturumdur” *Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 140'ın madde*

mahkemenin tarafların sulh olabileceği kanaatine varmasında olduğu gibi (m. 140/2). Ön inceleme aşamasında mutlaka duruşma yapılması gerektiğinden, tahkikata ilişkin bölümde düzenlenmiş olan madde 149/1'de yer alan, tarafların rızası olmak şartıyla, diğer tarafın kendisinin veya vekillerinin, buldukları yerden ses veya görüntü nakli ile duruşmaya katılıp usulî işlemleri yapabilmesine ilişkin hükmün; tarafların duruşmaya gelmemesi haline ilişkin olarak 150'nci madde hükmünün; duruşma düzeninin sağlanmasına ilişkin 151'nci madde hükmünün; duruşma sırasında kayıt ve yayın yasağına ilişkin 153'ncü madde hükmünün; tutanak ve tutanağın imzalanmasına ilişkin 154 ve 155'inci madde hükümleri ile ilkeler kısmında düzenlenmiş olan aleniyet ilkesine ilişkin 28'nci madde hükmünün burada da uygulanacağından kuşku duymamak gerekir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 139'da yer alan ön inceleme duruşmasına davete ilişkin düzenleme, hukukî dinlenilme hakkı ile doğrudan doğruya bağlantılıdır. Ayrıca bu hüküm emredici mahiyettedir. Bu nedenle, ön incelemenin yapılabilmesi için taraflara bir davetiye çıkarılması ve çıkarılan davetiyede, duruşma davetiyesi ve sonuçlarına ilişkin hususların dışında, tarafların bu duruşmada sulhe davet edilecekleri ve bu nedenle sulhe hazırlıklı gelmeleri, duruşmaya mazeretsiz olarak gelinmemesi halinde, diğer tarafın dava dosyasının işleminden kaldırılmasını isteyebileceği (m. 150); yargılamaya devam etmek isterse, diğer tarafın, yokluğunda rızası alınmaksızın iddiasını veya savunmasını genişletip yahut değiştirebileceği (m. 139, 141), ayrıca yokluğunda yapılan işlemlere itiraz edemeyeceği hususlarının ihtar edileceği düzenlenmiştir (m. 139, 150). Her ne kadar 6100 sayılı Kanun'un 139'uncu maddesinde öngörülen müeyyidelerin uygulanabilmesi için, "mazeretsiz olarak" ibaresine yer verilmemişse de, bu hüküm aynı Kanun'un 141 ve 150'nci maddeleri ile birlikte

---

*gereğinden; Bu hüküm, ikiden fazla duruşma yapılması halinde hangi müeyyidenin uygulanacağı belli olmadığı için doktrinde eleştirilmektedir, Bkz. ALANGOYA / YILDIRIM / YILDIRIM, . s. 74.*

değerlendirildiğinde bu müeyyidelerin ancak mazeretsiz olarak gelinmemiş olması halinde uygulanabileceğinden kuşku duymamak gerekir<sup>19</sup>.

**b) Dava Şartları ve İlk İtirazların İncelenmesi:** Bugün uygulamada, özellikle dava şartlarının incelenmesi bakımından, davanın açılmasının üzerinden yıllar geçtikten sonra karar verildiği sıklıkla görülmektedir. Bu ve benzeri usulî nedenlerle işin esasına dahi girilmeden yıllar sonra karar verilmesi, hem gereksiz zaman ve emek kaybına neden olmakta hem de yargıya duyulan güveni sarsmakta idi. Usule ilişkin hususlar şekli mahiyette olduklarından işin esasına girilmeden, daha ön inceleme aşamasında ve hatta ön inceleme duruşmasından önce dahi dosya üzerinde incelenip karara bağlanabilmesi mümkündür. Bu gerekçelerden hareket eden kanun koyucu, şekli mahiyette olan dava şartları ve ilk itirazların daha işin başında ve hatta mümkünse ön inceleme duruşmasından önce incelenmesini, en geç ise tahkikat başlamadan, ön inceleme duruşması sonunda karara bağlanmasını amaçlamıştır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu, dava şartları ve ilk itirazların incelenmesinin dosya üzerinden olması prensibini kabul etmiştir (m. 138). Fakat gerekli gördüğü hallerde hâkime ön inceleme duruşmasında tarafları dinleyerek karar verebilme yetkisini de vermiştir (m. 138, 140/1). Bu düzenlemeye göre hâkim, dava şartlarını ve ilk itirazları, önce dava dosyası üzerinde inceleyecek, bu noktada bir karar veremiyorsa ön inceleme duruşmasında tarafları dinleyecek ve en geç ön inceleme duruşması sonunda kararını verecektir. Bu noktada şu hususa da işaret

---

<sup>19</sup> *Madde gerekçesinde de bu konuda bir açıklık yoktur* “Ön inceleme oturumunun etkin bir şekilde yürütülmesi, tarafları bu oturuma gelemeğe zorlayıcı tedbirlerin alınmasına, tarafların bu oturuma hazırlıklı gelmelerine, bu oturumun kötüye kullanılmasının önüne geçilmesine bağlıdır. Bu sebeple, davette, oturumun sadece taraflardan birisi gelirse, gelmeyen tarafın, yokluğunda yapılan işlemlere itiraz edemeyeceği, kendisinin muvafakati olmasa da diğer tarafın iddia ve savunmasını genişletip değiştirebileceği belirtilecektir. Tüm bunlar gözetilerek ön inceleme oturumuna davet, ayrı bir maddede düzenlenmiştir. Bu davete rağmen, gelmeyen taraf, davetiyede belirtilen sonuçlarla karşılaşacaktır”.

etmek gerekir ki, özellikle hâkimin ön inceleme duruşmasının sonuna kadar dava şartlarını inceleyerek bir karar vermek zorunda olması; yargılamanın daha sonraki aşamalarında dava şartı yokluğundan davanın reddi yönünde karar verilemeyeceği şeklinde anlaşılmalıdır. Zira, dava şartları kamu düzenine ilişkindir ve davanın her aşamasında hem taraflarca ileri sürülebilir hem de hâkim tarafından kendiliğinden dikkate alınır (m.115/1). Burada, Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 138 ile öngörülen husus, hâkimin dava dosyasını mutlaka bir de dava şartları ve ilk itirazlar açısından incelemesi, mümkünse sorunun bu aşamada çözülmesidir.

**c) Uyuşmazlık Konusunun Tespiti:** Yukarı paragraflarda işaret ettiğimiz üzere<sup>20</sup>, bugün yargılama faaliyetlerinin adil yargılanma hakkını ihlal edecek kadar uzun sürmesinin temel nedenlerinden birisi de, hâkimlerin dosyayı gereği gibi okuyamıyor olmasıdır. Dosyanın gereği gibi okunamamasının bir sonucu olarak hâkim, dosyaya vakıf olamamakta; bu yüzden uyuşmazlığın içeriği tam olarak belirlenememekte ve buna bağlı olarak yargılamanın gidişatına ilişkin bir yol haritası oluşturulamamaktadır. Bu noktada yargılamanın amacına uygun olarak yapılması ve sonuçlandırılması, ön inceleme aşamasının başarısına; ön incelemenin başarısı ise, dosyanın en iyi şekilde tekemmül etmesine ve hâkimin dosyaya vakıf olmasına bağlıdır.

Hâkim ön inceleme duruşmasında, gerekiyorsa usule ilişkin hususlarda tarafları dinledikten sonra, onları esasa ilişkin konular hakkında da dinleyecektir (m. 140 ). Bu dinleme esnasında taraflar ileri sürdükleri vakıaları somutlaştıracaklar (m. 194)<sup>21</sup> ve böylece tarafların anlaştıkları ve anlaşamadıkları noktalar ortaya çıkacaktır (m. 140/1). Zira, tarafların ileri sürdükleri vakıaları somutlaştırmaları, anlaştıkları ve

<sup>20</sup> Bkz. yuk., A.

<sup>21</sup> “Bir davada, ispat faaliyetinin tam olarak yürütülebilmesi, mahkemenin uyuşmazlığı doğru tespit ederek yargılama yapabilmesi, karşı tarafın ileri sürülen vakıalara karşı kendini savunabilmesi için, iddia edilen vakıaların açık ve somut olarak ortaya konulması gerekir” *Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 194/1'in madde gerekçesinden.*

anlaşamadıkları noktaların tespit edilmiş olması hem ön inceleme aşamasının en önemli işlevlerinden birisini yerine getirecek olan sulhe teşvik ve hem de yargılamanın ilerleyen aşamaları bakımından son derece önemlidir<sup>22</sup>.

Taraflar ön inceleme duruşması sırasında dinlenilirken Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 29'da ifade edilen dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğü altındadır. Bu hükme göre, taraflar, davanın dayanağı olan vakıalara ilişkin açıklamalarını gerçeğe uygun bir şekilde açıklamakla yükümlüdür (m. 29/2). Bu yükümlülüğün ana noktaları vakıalar ve delillerdir. Yargılamada taraflar bir mücadele içerisinde olsalar da bu mücadelede her şeyin geçerli sayılacağı kabul edilemez<sup>23</sup>. Bu noktada taraflar, kendi menfaatlerine olan hususları ileri sürüp sürmemekte serbesttir. Aleyhine olan hususları da ileri sürmek zorunda değildir. Ancak, gerek kendi lehlerine gerekse karşı taraf aleyhine ileri sürdükleri hususlar bakımından mahkemeyi yanıltmamaları gerekir. Aksi halde, bu beyanlar mahkeme tarafından dikkate alınıp değerlendirilmezler<sup>24</sup>. Bu aşamada hem dosyanın tam olarak tekemmülü hem uyuşmazlığın tam olarak tespiti ve hem de sulhe teşvikin başarısı bakımından, tarafların özellikle dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğüne uygun hareket etmiş olmaları son derece önemlidir. Mahkeme de bu yükümlülüğün yerine getirilip getirilmediğini kendiliğinden dikkate almalıdır.

**d) Delillere İlişkin İşlemler:** Ön inceleme aşamasında mahkeme, tarafların delillerini sunmaları ve delillerin toplanması için gereken işlemleri yapar (m. 137/1); ön inceleme duruşmasında, taraflara

---

<sup>22</sup>“Tahkikatın amacına uygun olarak, sadece uyuşmazlığın ve uyuşmazlığa ilişkin delillerin incelendiği ve tartışıldığı bir aşama haline getirilmesi; bunun için de tarafların anlaşıkıkları ve anlaşamadıkları hususların tahkikat başlamadan tam olarak tespiti gerekmektedir... Bu aşamanın diğer bir önemli yönü ise, uyuşmazlık noktaları kesin olarak tespit edildiğinden, inceleme ve hukuki tartışma da bu noktalara münhasır olarak yapılacak, gereksiz işlemlerin ve zaman kaybının önüne geçilmiş olacaktır ” *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Genel Gereğesinden*.

<sup>23</sup> Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 29'un madde gereğesinden.

<sup>24</sup> Bkz., Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 29'un madde gereğesi.



dilekçelerinde gösterdikleri, ancak henüz sunmadıkları belgeleri mahkemeye sunmaları veya başka yerden getirilecek belgelerin getirilebilmesi amacıyla gereken açıklamaları yapmaları için iki haftalık kesin bir süre verilir. Bu hususların verilen süre içerisinde tam olarak yerine getirilmemesi halinde, o delile dayanmaktan vazgeçilmiş sayılır (m. 140/5).

İşaret ettiğimiz bu düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere, ön inceleme aşamasında prensip itibari ile delillerin incelenmesi söz konusu değildir. Bu aşamada delillerin toplanması ve bu suretle dosyanın tekemmül etmesi önemlidir<sup>25</sup>. Ancak, bu, ön inceleme aşamasında delillerin hiç incelenmeyeceği anlamına gelmez. Özellikle ilk itiraz veya dava şartlarının eksik olduğu yönündeki itirazları destekleyecek delillerle, hak düşürücü süreler (veya hak düşürücü sürelerin korunduğunu) ile zamanaşımına ilişkin sürelerin geçtiğini (veya zamanaşımın durduğu ya da kesildiğinin) ispata yarayan deliller bu aşamada mahkeme tarafından incelenebilmelidir. Ayrıca, bu aşamada hâkime verilen görevlerin en önemlilerinden birisi sulhe teşvik (ve elbette sulhün gerçekleşmesi için çaba sarfetme) olduğundan, bu yolun açılması ve beklentilerin gerçekleşmesi için hâkim, özellikle yazılı delilleri (mahkeme kararı, senet gibi) inceleyebilmelidir. Delillerin incelenmesi bağlamında, mahkemenin ön incelemenin amacı ile sınırlı olarak delil incelemesi mümkün olduğuna ve ön incelemenin duruşmalı olarak yapılması zorunlu olduğuna göre, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 152'nci maddesinde yer alan, taraf vekillerinin, tarafların ve hakimlerin, tanıklara bilirkişilere ve duruşmaya

<sup>25</sup> “Ön inceleme aşaması tamamlanmadan ve bu konuda gerekli kararlar verilmeden tahkikata başlanamaz ve tahkikat için duruşma günü tespit edilemez. Bu fıkra, ön inceleme aşamasının işlevini yerine getirmesi ve beklenen sonucu gerçekleştirmesi için açık bir emri içermektedir. Bu safhada tanık dinlenilmesi, belge incelenmesi, bilirkişi görüşü alınması, keşif yapılması ve yemin teklif edilmesi gibi tahkikat işlemleri yapılamaz. Bu açık Kanun hükmüne aykırı davranış, hakim sorumluluğunu gerektirir”. *Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 137/2'nin madde gerekçesinden.*

çağrılan diğer kişilere soru sorabileceğine ilişkin hükümler burada da uygulanmalıdır<sup>26</sup>

Diğer taraftan hâkim ön inceleme duruşmasında, gerek tarafların dilekçelerinden gerekse tarafların duruşma sırasındaki beyanlarından, tarafların (veya varsa vekillerinin) vakıaları somutlaştırıp somutlaştırmadıklarını ve hangi vakıa için hangi delili ileri sürdüklerini de tespit etmelidir. Bu bağlamda, taraflar dilekçelerinde ve en son ön inceleme safhasında ileri sürdükleri vakıaları somutlaştırması ve her bir vakıa için hangi delilleri gösterdiklerini açıkça belirtmeleri gerekir. Bu noktada artık, bugün uygulamada olduğu haliyle, dilekçelerin deliller

<sup>26</sup> Bu noktada bir husus dikkati çekmektedir. Kanun'un 152/2 hükmünde toplu mahkemelerde hakimlerden her birinin, tanıklara, bilirkişilere ve duruşmaya çağrılan diğer kişilere soru sorabileceği hususunu düzenlemiştir. Bu madde hükmü, üye hakimlerin tanıklara ve diğer kişilere soru sormasını bir şarta bağlamamıştır. Madde gerekçesinde de, duruşma düzenine ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla üye hakimlerin de bu kişilere doğrudan doğruya soru sorabileceğine işaret edilmiştir. Buna karşılık, tanıkların dinlenilme şeklini düzenleyen, 261'nci maddenin 4'ncü fıkrası hükmü, toplu mahkemelerde başkanın, hakimlerden her birinin tanığa doğrudan doğruya soru sormasına izin verdiğini düzenlemiştir. Bu hükmün madde gerekçesinde ise, toplu mahkemelerde başkanın izin vermesi suretiyle, üye hakimlerin, tanığın ifadesini açıklama ve tamamlama amaçlı sorular sorabileceğine işaret edilmiştir.

Bu düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere, bu iki hüküm arasında bir çelişki vardır. Kanımızca, bu halde, 152'nci madde hükmüne itibar edilmesi daha yerinde olur. Zira, 152'nci madde hükmü soru sorma bağlamında başkandan izin alma zorunluluğunu sadece taraflara getirmiş ve bu farklılığı da madde gerekçesinde, tarafların çoğunlukla hukuk bilmeyen kişiler olacağı varsayımına dayandırmıştır. Birer hukukçu olan taraf vekilleri bakımından soru sorma bağlamında hakimden izin alma zorunluluğunu aramamıştır. Soru sormanın duruşma disiplinini bozmuş olması yeterlidir. Bu maddeye göre, üye hakimler için de aynı kural geçerlidir. Ancak, madde 261/4 hükmü hukukçu olan taraf vekilleri bakımından soru sorma bağlamında hakimden izin alma şartını aramazken, aynı şekilde hukukçu olan üye hakimler bakımından başkandan izin alma zorunluluğunu getirmiştir. Böylece hukukçu olan her iki grup arasında bir ayırım yapmıştır. Oysa, 152'nci maddenin gerekçesinde soru sorma bakımından, taraflar ve taraf vekilleri arasında getirilen farklılığın nedeni, tarafların çoğunlukla hukukçu olmamasına karşın, buna karşılık hukuk eğitimi almış ve bir kamu hizmeti ifa eden avukatın yargılamanın bir parçası olarak, doğrudan doğruya soru sormak suretiyle gerçeğin ortaya çıkmasına daha iyi hizmet edeceği ifade edilmiştir. Taraf vekilleri bakımından bu gerekçelerle kabul edilen bu husus aynı gerekçelerle üye hakimler için de geçerlidir. Taraf vekilleri için getirilen bu imkan, hukukçu kimlikleri ile yargılamanın bir parçası olan üye hakimlerden esirgenmemelidir.

kısımında, vesaire kanunu deliller denilip geçilemeyecektir. Nitekim bu husus, 6100 sayılı Kanun'da şu şekilde ifade edilmiştir: Tarafların, dayandıkları delilleri ve hangi delilin hangi vakianın ispatı için gösterildiğini açıkça belirtmeleri zorunludur (m. 194/2).

Taraflar ön inceleme aşamasında ellerindeki delilleri mahkemeye sunmuş olmalıdır. Zira Kanun'un 121'nci maddesinde dava dilekçesinde gösterilen ve davacının elinde bulunan belgelerin asıllarıyla birlikte davalı sayısından bir fazla düzenlenmiş örneklerinin veya sadece örneklerinin dilekçeye eklenerek, mahkemeye verilmesi ve başka yerlerden getirtilecek belge ve dosyalar için de bunların bulunabilmesini sağlayıcı açıklamanın dilekçede yer alması gerektiği, açıkça vurgulanmıştır. Aynı husus cevap dilekçesi (m. 129/2) ve tarafların ikinci dilekçeleri için de geçerlidir (136/2). Şu halde taraflar ön inceleme aşamasına gelmeden daha dilekçeler aşamasında dilekçelerinde belirttikleri ve ellerinde bulunan belgelerin asıllarını veya örneklerini mahkemeye sunmuş olmalıdırlar. Elleriinde olmadığı için teslim edemedikleri belgelerle, diğer delilleri ise ön inceleme aşamasında mahkemeye sunmalıdırlar (m. 137/1). Tarafların elinde olmayıp başka yerden mahkeme vasıtasıyla getirtilecek belgeler hakkında ise duruşmada açıklamada bulunmalıdır. Ayrıca gerekirse bu açıklamaları yapabilmeleri için taraflara iki haftalık kesin süre verilebilecektir (m. 140/5). Taraflar bu sürede de gerekli açıklamaları yapmaz veya delilleri sunmazlarsa o delile dayanmaktan vazgeçmiş sayılırlar (m. 140/5)<sup>27</sup>.

Taraflar, ön inceleme aşaması geçtikten sonra kural olarak yeni delil sunamazlar. Ancak, bir delilin sonradan ileri sürülmesi yargılamayı

<sup>27</sup> “Taraflar, delil olarak dayandıkları belgeleri dilekçelerine ekleyerek vermek ya da başka yerden getirilecekse, bunu belirtmek zorundadırlar. Şayet taraflar, bu konuda yapmaları gereken işlemleri eksik bırakmışlarsa, tahkikata başlamadan önce, taraflara son kez kısa bir süre verilerek bu eksikliklerin tamamlanması düşünülmüştür. Taraflar bu şanslarını doğru kullanmazlarsa, artık tahkikat mevcut delillerle yürüyecek ve tarafların o delile dayanmaktan vazgeçtikleri kabul edilecektir” *Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 140/5'in madde gerekçesinden.*

geciktirme amacı taşıyorsa veya süresinde ileri sürülmemesi ilgili tarafın kusurundan kaynaklanmıyorsa, mahkeme o delilin sonradan gösterilmesine izin verebilir (m. 145)<sup>28</sup>.

**e) Sulhe Teşvik:** Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ön inceleme aşamasında üzerinde en önemle durulan konuların başında, hâkimin tarafları sulhe teşvik etmesi gelmektedir. Bu bağlamda olmak üzere, Hukuk Muhakemeleri Kanunu bakımından ön inceleme aşaması ne kadar önemli ise, ön inceleme aşamasında da sulhe teşvik o kadar önemlidir. Ön inceleme aşamasında büyük ölçüde delillerin toplanacağını ve uyuşmazlığın tespit edileceğini varsayan kanun koyucunun, resmin tamamını gören tarafların hâkimin de teşvikiyle sulh konusunda daha istekli davranabilecekleri düşüncesinde olduğu söylenebilir<sup>29</sup>.

Sulh konusunda, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 213,I maddesinde işaret edilen, “sonuç vereceği umulan hallerde hâkimin tarafları sulhe teşvik edebileceğine” ilişkin hükümden başka bir düzenleme yoktur. Buna karşın, Hukuk Muhakemeleri Kanununun bir çok maddesinde sulhe ilişkin hükümler sevk edilmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 137'nci maddesinde, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği davalarda hâkimin tarafları sulhe teşvik edeceği ve bu bususun tutanağa geçirileceği düzenlendikten sonra; 139'uncu maddesinde çıkarılan davetiyede, taraflara sulh için gerekli hazırlıkları yapmalarının ihtar edileceği; 140'nci maddenin ikinci fıkrasında, uyuşmazlık konularının tespitinden sonra hâkimin tarafları sulhe teşvik edeceği; bu konuda bir sonuç alınacağı kanaatine varması

---

<sup>28</sup> “...Yeni delil sunulması talebi yargılamayı geciktirme amacı taşıyorsa veya delilin süresinde sunulmaması ilgili tarafın kusuru dışında bir sebebe dayanıyorsa, hakim gerekçesini de belirtmek şartıyla, yeni delil sunulmasına izin verebilir. Bu şekilde delil sunma kuralına istisna getirilmesi, hukuki dinlenilme hakkının tabii bir sonucudur” *Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 145'in madde gerekçesinden.*

<sup>29</sup> “Bu aşamanın önemli bir amacı da tarafları sulhe ve özünde sulhü hedefleyen bir kurum olan arabuluculuğa (Tasarıda var olan yahut arabuluculuğa ibaresi Adalet Komisyonu tarafından metinden çıkarılmıştır) gitmeye teşvik etmek; böylelikle onlar arasında bir anlaşma sağlanmasına uygun ortamı yaratmak suretiyle, uyuşmazlığın daha ileriki aşamalara gitmeden çözüme kavuşturulmasını gerçekleştirmektir” *Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 137'nin madde gerekçesinden.*

halinde gerekirse taraflara bir defaya mahsus süre verebileceği; aynı maddenin üçüncü fıkrasında ise, ön inceleme duruşmasının sonunda, tarafların sulh faaliyetinden bir sonuç alıp almadıkları, sonuç alamadıkları takdirde anlaşamadıkları hususların nelerden ibaret olduğunun tutanağa yazılacağı ve tutanağın altının hazır bulunan taraflarca imzalanacağı hüküm altına alınmıştır. Ayrıca, tarafları sulhe özendirmek bakımından, sulh müzakereleri sırasında yapılan ikrarların tarafları bağlamayacağı yönün de bir hüküm de sevk edilmiştir (m. 188/3).

İşaret ettiğimiz bu düzenlemeler çerçevesinde, ön inceleme aşamasında hâkim usule ilişkin talep ve itirazları inceledikten sonra, uyuşmazlığı tespit edecek ve uyuşmazlığın tespitinden sonra, tarafları sulhe teşvik edecektir. Hâkimin bu aşamada tarafları sulhe teşviki, onun takdir yetkisinde olan bir husus olmayıp, ona yüklenmiş bir görevdir. Bu nedenle sulhe teşvik zorunludur<sup>30</sup>. Ancak, sulhe teşvike ilişkin bu düzenleme, usulen yerine getirilmesi gereken bir hüküm olmayıp, hâkimin tarafsızlığına gölge düşürmeden, isteyerek ve inanarak, yapıcı bir şekilde aktif çaba göstermesini ve gerektiğinde insiyatif de almasını gerektiren bir içeriği ifade etmektedir<sup>31</sup>. Bu bakımdan hâkimin taraflara, içten ve babacan bir yaklaşımla onları sulhe özendirici bir şekilde yaklaşması, sulhün daha kolay gerçekleşmesine hizmet edebilir<sup>32</sup>. Bu noktada, Kanun sulhe teşvik ifadesini kullandığına göre, “teşvik” ibaresinin içinde hâkime bu yetkilerin de verildiğini kabul etmek gerekir. Ayrıca, Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 140’ın ikinci fıkrasında ön görülen, hâkimin sulh konusunda sonuç alınacağı kanaatine varması halinde, bir defaya mahsus yeni bir duruşma günü tayin edebileceğine ilişkin

<sup>30</sup> “Ön inceleme safhasında, anlaşmazlık noktalarının az veya çok olmasına bakılmadan, hakimin, tarafları sulhe teşviki zorunludur.” *Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 140/2’nin madde gerekçesinden*

<sup>31</sup> “Hakimin, bunu şeklen, bir hükmü mecburen uygulamak için değil, samimi bir çaba olarak yerine getirmesi gerekir” *Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 140/2’nin madde gerekçesinden*.

<sup>32</sup> “Hakim sulhe teşvik ederken ihsası reyde bulunmaktan kaçınması lazım. Ama sadece sulh olun demek de yeterli değil. Onlara, Almanların yaptığı gibi çiçek sunarak bu konuyu anlatmak lazım” *KURU, Baki; Tartışmalar, Medeni Usul ve İcra – İflas Hukukçuları Toplantısı V, Ankara 2006, s.149.*

düzenleme de, bu görüşü destekler mahiyettedir<sup>33</sup>. Ancak, bu noktada şu hususun altı bir kez daha önemle çizilmelidir ki, yargılama sulhe teşvikten ibaret değildir. Taraflar sulh olamazlarsa, uyuşmazlık ve dolayısıyla yargılama devam edecektir. Bu nedenle hâkim, sulh konusundaki yetkilerini kullanırken, tarafsızlığına gölge düşürecek davranışlardan özenle kaçınmalıdır.

Sulhe teşvike ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi için, dava konusu üzerinde tarafların serbestçe tasarruf edebilmeleri gerekir. Tarafların üzerinde tasarruf yetkisi olmayan, derneklerin feshi, evlenmenin iptali, babalık davası, kısıtlama taleplerinin incelenmesi gibi hallerde sulhe teşvike ilişkin hükümlerin uygulanması söz konusu olmaz. Tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacakları davalar üzerinde, sulhe teşvike ilişkin hükümlerin uygulanamayacağı başka bir göstergesi de, davaya son veren taraf işlemlerinden olan sulhe ilişkin olarak, Kanun'un 313/2 maddesi hükmüdür. Ancak, kanımızca davaya son veren taraf işlemleri arasında düzenlenmiş olan sulhün kapsamı, ön inceleme aşamasında öngörülen sulhe teşvik'in kapsamından daha geniştir. Şöyle ki, özellikle hâkimin tarafları sulhe teşviki, sadece toplanan dava malzemelerinden hareketle, dava konusu uyuşmazlık üzerinde olabilir. Hâkim dava dışı bırakılan hususları bilemeyeceğinden, bu hususlar açısından sulhe teşvik söz konusu olmaz. Ayrıca, ön inceleme aşaması geçtikten sonra hâkimin tarafları sulhe teşvik etmek gibi bir görevi de yoktur. Bu noktada, sulhe teşvikin ön inceleme aşamasına özgü olarak sulhün özel bir türü olduğu söylenebilir.

Hem sulh hem de sulhe teşvik tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği davalara özgülenmiş olmakla beraber; bu prensip

---

<sup>33</sup> “Bu süre, tarafların talebi üzerine veya hakim tarafından kendiliğinden verilebilir. Süre verilmesi konusunda, talebin olup olmaması önemli değildir. Önemli olan, hakimde tarafların uzlaşabilecekleri yönünde ciddi bir kanaatin oluşmasıdır” *Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 140/2'nin madde gerekçesinden.*

sulhe teşvik bakımından daha katı uygulanma imkânına sahipken, sulh açısından aynı derece katı uygulanması söz konusu olmayabilir. Mesela, babalık davaları bakımından hâkimin tarafları sulhe teşvik etmesi söz konusu olamazken, bu dava üzerinde taraflar sulh olabilmelidir. Şöyle ki, babalık davası devam ederken, baba olduğu iddia edilen kişinin nüfus memuruna veya mahkemeye yazılı olarak başvurarak çocuğun tanınması şartıyla tarafların sulh olabilmelisine bir mani olmaması gerekir. Zira, Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 313/3 ve 4'te sulhün dava dışı kalan hususları da kapsayabileceği ve şarta bağlı olarak da yapılabileceği açıkça düzenlenmiştir.

Davanın tarafları ön inceleme duruşması veya kendilerine bir defaya mahsus olmak üzere tayin edilen yeni duruşmada, sulh olmuşlarsa sulhün içeriği ve sulh şarta bağlanmışsa sulhün şartları hâkim tarafından tutanağa geçirilmeli ve tutanağın altı duruşmada hazır bulunan taraflarca imzalanmalıdır (m. 140/3). Sulhün içeriğine göre taraflar arasındaki uyuşmazlık ya kısmen ya da tamamen sona erer. Uyuşmazlık kısmen sona ererse dava kısmen, uyuşmazlık tamamen sona ererse de dava tamamen sona erer. Sulh üzerine mahkeme tarafların iradesi çerçevesinde, ya sulh sözleşmesine göre bir karar verir ya da karar verilmesine yer olmadığına şeklinde bir karar verir (m. 315/1). Bu noktada, hâkimin sulhü tutanağa geçirdikten sonra, sulhe ilişkin bir karar vermeden önce, hukukî dinlenme hakkının bir gereği olarak, sulhün sonuçları konusunda taraflara bilgi vermesi, bu hususu tutanağa geçirip altını duruşmaya gelen taraflara imzalatması gerekir. Ayrıca, her iki ihtimalde de verilen kararlar maddî anlamda kesin hükümlerle aynı hukuksal sonuçları doğuracağından, bir daha bu konuda dava açılmaz (m. 315/1). Fakat, sulhün oluşumunda bir irade bozukluğu veya aşırı yararlanma söz konusu ise, sulhün bu hükümlere göre iptali mümkündür (m. 315/2). Zira sulh, (mahkeme içi sulh) tarafların aralarındaki uyuşmazlığı kısmen veya tamamen sona erdirmek için mahkeme huzurunda yaptıkları bir sözleşmedir (m. 313/1).

Sulhe teşvik neticesinde, taraflar tamamen sulh olmamış olsalar dahi, kısmî olarak uyuştukları ve uyuşamadıkları noktalar da tutanağa geçirilip altı duruşmada hazır bulunan taraflarca imzalanmalıdır (m. 140/3). Bu imza ile birlikte, tutanak taraflar için de bağlayıcı hale gelir.

**f)Tutanak Düzenlenmesi:** Tutanağa ilişkin hükümler Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 154 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 154/1 hükmüne göre, hâkim, tahkikat ve yargılama işlemlerinin icrasıyla, iki tarafın ve diğer ilgililerin sözlü açıklamalarını, gerekirse özet olarak zabıt katibi aracılığıyla tutanağa kaydettirecektir. Bu hüküm, lafzından hareket edildiğinde, tutanağın, tahkikat ve yargılama aşamalarına özgü olarak tutulacağı yönünde bir izlenim uyandırmaktadır.

Diğer taraftan ön inceleme duruşmasını düzenleyen madde 140/3, “ön inceleme duruşmasının sonunda, tarafların sulh faaliyetlerinden bir sonuç alıp alamadıkları, sonuç alamadıkları takdirde anlaşamadıkları hususların nelerden ibaret olduğu tutanakla tespit edilir. Bu tutanağın altı, duruşmada hazır bulunan taraflarca imzalanır. Tahkikat, bu tutanak esas alınmak suretiyle yürütülür”, hükmünü getirmiştir. Bu hüküm ön inceleme duruşmasında sulhe teşviki düzenleyen, madde 140/2'den hemen sonra yer almaktadır. Bu nedenle, sanki tutanağın ön inceleme duruşması sırasında, sulhe teşvik ve buna bağlı olarak ortaya çıkabilecek sonuçlara ilişkin olarak düzenlenebileceği izlenimini uyandırmaktadır. Ayrıca, tutanağın ispat gücünü düzenleyen madde 156/1 ise, ön inceleme, tahkikat ve yargılama işlemleri, ancak tutanakla ispatlanabilir, hükmünü getirmektedir.

İşaret ettiğimiz bu düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, ön inceleme duruşmasında, sulhe teşvik de dahil olmak üzere, duruşma sırasında yapılan bütün işlemlerin tutanağa geçirilmesi gerektiği; tutanağın içeriği bakımından ise, madde 154 hükmünün niteliğine aykırı düşmedikçe, burada düzenlenen tutanak bakımından da uygulanması



gerektiği sonucuna varmak mümkündür. Bu bağlamda, madde 140/3'te tutanağa ilişkin ayrıca düzenleme yapılmış olması, hem sulhe teşvike verilen önemi hem de sulhe teşvikin sonucuna bağlı olarak düzenlenecek tutanağın yargılamanın bundan sonraki aşamaları bakımından oynayacağı rolün önemini vurgulamak içindir.

Ön inceleme duruşması sırasında düzenlenen tutanak, yargılamanın bundan sonraki safahatı bakımından son derece önemlidir. Bu aşamada taraflar sulh olmuşlarsa zaten dava sona erer ve bu tutanak bir “*sulh belgesi*” mahiyetinde olur. Daha sonra, taraflarca aynı konu ve sebebe dayanarak yeni bir dava açılırsa, sulhün maddî anlamda kesin hüküm etkisi bu tutanağa göre belirlenir. Taraflar kısmen veya tamamen sulh olamamışlarsa, burada tutulan tutanak bir “*uzlaşmazlık belgesi*” mahiyetine bürünür<sup>34</sup>. Bu belgenin altı taraflarca imzalanacağına göre, bu tutanakla birlikte tarafların uyuştukları ve uyuşamadıkları noktalar resmî bir ispat vasıtası ile tespit edilmiş olur. Bu aşamadan sonra, tahkikat bu tutanağa göre sürdürülür. Bu nedenle, tutanakta olmayan hususların incelenmesi tahkikat ve yargılamanın kapsamı dışında kalır<sup>35</sup>.

## 2. Süreler Hakkında Karar Verilmesi

Ön inceleme aşamasının son safhasında hâkim hak düşürücü süreler ile zamanaşımı iddiaları hakkında da bir karar verir<sup>36</sup>. Aslında hak

<sup>34</sup> Taraflar sulh olmazlarsa sulh olmadıkları tutanağa geçirilecektir. Eğer taraflar uyuşmazlığı sürdürerek yargılamaya devam etmek istiyorlarsa, o zaman da anlaşmazlık noktalarının nelerden ibaret olduğu tek tek tutanağa geçirilmelidir. Şüphesiz tarafların bu konudaki iradeleri önemlidir. Yani, taraflar hangi hususlarda anlaşamadıkları konusunda anlaşabiliyorlarsa, bu hususlar tutanağa geçirilecektir. Ancak, taraflar bu konuda da anlaşamıyorlarsa ya da mazeretsiz olarak oturuma gelmemişlerse, hakim anlaşmazlık noktalarını kendiliğinden tespit edecektir”, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 140/3'ün madde gerekçesinden*.

<sup>35</sup> “Uyuşmazlık devam edecekse, bu belge adeta yargılamanın yolunu gösteren bir yol haritasıdır. Tutanakta yer almayan hususlar, tahkikatın konusu olmayacaktır. Tahkikat aşamasında tereddüt edilen hallerde, bu tutanak neyin incelenip incelenmeyeceğini gösterecektir” *Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 140/3'ün madde gerekçesinden*.

<sup>36</sup> Doktrinde, bu hususun işin esası ile ilgili olduğu ve bu nedenle, buradaki ifadenin hakim tahkikata başladığı anda ilk iş olarak şeklinde değiştirilmesi gerektiği ileri

düşürücü süreler ve zamanaşımına ilişkin incelemeler işin esası ile ilgili olmakla beraber, uygulamada dosyanın esasa ilişkin olarak farklı incelemelere tabi tutulduktan ve uzunca bir süre geçtikten sonra zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin geçmiş olması dolayısıyla davanın reddedildiği görülmektedir. Bu ise hem gereksiz olarak emek kaybına hem de zaman kaybına neden olmaktadır<sup>37</sup>.

Ön inceleme aşamasında dosya büyük ölçüde tekemmül ettiğine ve hâkim de dosyaya vakıf olup uyumsuzluğu tam olarak tespit ettiğine göre, bu aşamada davanın zamanaşımı ve hak düşürücü süreler yönünden incelenmesine bir mani yoktur. Bir önceki paragrafta işaret ettiğimiz, uygulamada ortaya çıkan sorunları çözmek için kanun koyucu, ön inceleme duruşmasından sonra ve fakat tahkikattan hemen önce, hak düşürücü sürelerle ilişkin itirazlarla zamanaşımı sürelerine ilişkin def'ilerin hâkim tarafından incelenerek karara bağlanması prensibini kabul etmiştir. Kanun koyucu bu hükümlerle, davanın esasına ilişkin olan hak düşürücü sürelerle ilişkin itirazlarla zamanaşımı def'inin incelenmesini, usule ilişkin değerlendirmelerden sonra, ilk sıraya almıştır<sup>38</sup>.

## **E) Ön İnceleme Aşamasında Karşılaşılabilecek Bazı Özel Durumlar**

**1. Ön Sorun ve Bekletici Sorun:** Mahkeme tarafların dilekçelerinden ve dosyanın kapsamından, ön sorun veya bekletici sorun yapılmasını gerektiren bir hususun varlığını tespit ederse, ön inceleme

---

sürülmektedir. *Bkz., UMAR, Bilge; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısına Katkı; Medeni Usul ve İcra – İflas Hukukçuları Toplantısı V, Ankara 2006, s.100, 101.*

<sup>37</sup> “Uygulamada, birkaç yıl süren usul işlemlerinden ve delillerin toplanmasından sonra (hatta bazen taraflardan birinin o konudaki ısrarlı beyanlarına rağmen), sade hak düşürücü süre ve zamanaşımı yönünden bir karar verildiği görülebilmektedir. Bu hükümlerle, hem gereksiz yargılama işlemleri yapılması, hem de adaleti zedeleyici böyle bir durumun önüne geçilmesi amaçlanmıştır” *Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 142'nin madde gerekçesinden.*

<sup>38</sup> “Ön inceleme duruşmasının hemen sonunda hakim zamanaşımı defini ve hak düşürücü süreleri incelemiş olsa bile, bu hususta karar verilmesini tahkikat aşamasının sonuna bırakmalıdır. Böylece tarafların dinlenilmesi de sağlanmış olur”. *ALANGOYA / YILDIRIM / YILDIRIM, s. 75.*

aşamasında nasıl hareket etmesi gerektiği bir problem olarak karşımıza çıkmaktadır. Mesela, davalı cevap dilekçesinde veya ikinci cevap dilekçesinde, davacının dayandığı bir adi senedin veya resmi senedin sahte olduğunu ileri sürmüş olabilir. Aynı şekilde, davacı da cevaba cevap dilekçesinde, davalının savunmasını dayandırdığı bir senedin sahte olduğunu ileri sürmüş olabilir. Bu halde, bir adi senedin sahteliği iddia edilmişse, iddia eden taraf ya ayrı bir dava açmalı ya da bu mesele bir ön sorun olarak incelenmelidir (m. 208/3). Sahte olduğu iddia edilen senet bir resmi senetse mutlaka ayrı bir dava açılmalıdır (m. 208/4).

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 164'üncü maddesinin birinci fıkrası, hâkimin taraflardan birisinin ileri sürdüğü ön sorunu incelemeye değer bulması halinde, belirleyeceği süre içerisinde delilleri ile birlikte cevabını bildirmesi için diğer tarafa tefhim veya tebliğ edeceğini; aynı maddenin ikinci fıkrası ise, ön sorun bakımından taraflar arasında bir uyuşmazlık ortaya çıkarsa, hâkimin gerekirse tarafları davet edip dinleyerek bir karar verebileceğini hüküm altına almıştır. Bu düzenlemelerden hareket edildiğinde, adi senetlerin sahteliği iddia edilmiş (ve fakat ayrı bir dava açıldığı beyan edilmemişse) ve hakim bu iddiayı ciddi bulmuşsa, ön inceleme duruşmasından önce, bu hususu derhal diğer tarafa bildirmeli ve bu husustaki beyanlarını delilleri ile birlikte bildirmesi için süre vermelidir. Bu sürenin bitimi de ön inceleme duruşmasından daha önceki bir zamana tekabül etmeli veya ön inceleme duruşmasının tarihi buna göre belirlenmelidir. Karşı tarafın cevabına göre, ön sorun bakımından taraflar arasında bir uyuşmazlık varsa, hâkim tarafları ön inceleme duruşmasında dinleyerek, ön sorun hakkında bir karar vermelidir. Hâkim kararını verdikten sonra, bu kararını taraflara tefhim ya da tebliğ etmelidir (m. 164/3). Bu örnek bakımından burada dikkat edilmesi gereken husus, hâkim ön inceleme aşamasında sadece ön sorun yapılmasına karar verecek (veya ön sorun yapılması talebini reddedecek), ön sorunun yapılan mesele ise, işin esasına girilmesini gerektirdiğinden tahkikat aşamasında incelenecektir.

Bekletici sorun bakımından ise, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 165'inci maddesinde bekletici soruna ilişkin olarak iki farklı ihtimal düzenlenmiştir. İlk ihtimal, bir davada hüküm verilebilmesi, başka bir mahkemede açılmış ya da görülmekte olan bir davaya ya da idari bir makamın kararına bağlı ise, mahkemenin diğer mahkeme kararını veya idari makam kararını bekletici sorun yapmasıdır. Bu ihtimal bakımından davacı veya davalı dayanılan senedin sahteliği hakkında başka bir mahkemede dava açıldığını iddia etmişse, mahkeme ön inceleme aşamasında, diğer mahkemenin kararını bekletici sorun yapmalıdır. Başka örnekler bağlamında ise, hâkim kendi mahkemesinde görülen davada hüküm verilebilmesini, diğer mahkemede açılan davanın sonucuna veya beklenen idari makam kararına bağlı görürse; ön inceleme aşamasında, diğer mahkemenin veya idari makamın kararının bekletici sorun yapılmasına karar verebilir.

Bekletici sorun bakımından ikinci ihtimal ise, 165'nci maddenin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Bir davanın incelenmesi ve sonuçlandırılması başka bir davanın veya idari makamın çözümüne bağlı ise, mahkeme, ilgili tarafa görevli mahkemeye dava açması için veya idari makama başvurması için bir süre verir. Bu süre içerisinde dava açılır veya idari makama başvurulursa, kendisinde görülen dava bakımından, diğer mahkemenin kararını veya beklenen idari makam kararını bekletici sorun yapar. Bu ihtimalde, ilkinden farklı olarak henüz açılmış bir dava veya başvurulmuş bir idari makam yoktur. Üzerinde durduğumuz örnek bağlamında, tarafların dilekçelerinde sahtelik davası açacaklarına ilişkin bir beyanları var ise, mahkeme ön inceleme duruşmasından önce dava açmaları (veya başka örnekler bakımından idari makama başvurmaları) için taraflara süre vermeli ve taraflar verilen süre içerisinde dava açar (veya başka örnekler bakımından idari makama başvurur) ise, ön inceleme duruşmasında, açılan davanın sonucunu veya idari makamın kararını bekletici sorun yapılmalıdır.

**2. Hukukî Himaye Tedbirleri:** Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 389 ve devamı maddelerinde geçici hukuki korumalar düzenlenmiştir. Kanun, geçici hukukî korumalar olarak, ihtiyati tedbir, delil tespiti ve diğer geçici hukukî korumaları düzenlemiştir. Geçici hukukî koruma tedbirlerinin ortak özelliği, bu hallerde çoğunlukla ivedi karar verilmesinin gerekmesi ve kararın da ivedilikle icra edilmesinin gerekli oluşudur. Bu nedenle, bu tür tedbir talepleri bakımından karar verebilmek için ön inceleme duruşmasını beklemeye gerek yoktur. Geçici hukukî koruma tedbirleri kural olarak yargılamanın her aşamasında talep edilebildiğine göre, bu talep hakkında her aşamada karar verilebilir. Bu nedenle, ön inceleme aşamasında da bu talepler veya geçici hukukî koruma taleplerine itirazların incelenmesine ve bu konuda bir karar verilmesine yasal bir engel yoktur.

**3. Karşı Dava:** Karşı dava Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 132 – 135'nci madde hükümleri arasında düzenlenmiştir. Bu hükümlere göre karşı dava esasa cevap süresi içerisinde cevap dilekçesi ile veya ayrı bir dilekçe ile açılabilir (m. 133). Karşı davanın açılabilmesi için, asıl davanın açılmış ve halen görülmekte olması ve davalar arasında, takas veya mahsup ilişkisi yahut bağlantı bulunması gerekir. Bu bağlamda, hakim karşı davanın şartlarının mevcut olup olmadığını ve bu davanın süresinde açılıp açılmadığını talep üzerine veya kendiliğinden inceleyebilir ve ön inceleme aşamasında, süresinde açılmayan veya işaret ettiğimiz şartları taşımayan karşı davanın asıl davadan ayrılmasına ve gerekiyorsa dosyanın görevli mahkemeye gönderilmesine karar verebilir (m. 132/2; 133/2).

**4. Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması:** Usul ekonomisi ilkesinin bir gereği olarak, aralarında bağlantı bulunan davalar ister aynı yargı çevresi içerisinde açılmış olsunlar, isterse farklı yargı çevresi içerisinde açılmış olsunlar, her iki mahkemenin aynı sıfat ve düzeydeki mahkemeler olması koşulu ile ilk derece mahkemelerinde hüküm verilinceye kadar davalar birleştirilebilir (m. 166/1-2). İşaret ettiğimiz bu

hükümler dolayısı ile ön inceleme aşamasında da davaların birleştirilmesini talep etmek veya birleştirme kararı vermek mümkündür. Ayrıca, dilekçeler aşamasında tarafların bu yönde bir talebi olmuşsa, hâkim bu hususu en geç ön inceleme aşamasında karara bağlamalıdır.

Aralarında bağlantı bulunan davalar birlikte açılmış veya sonradan birleştirilmişse, mahkeme yargılamanın iyi bir şekilde yürütülmesi için talep üzerine veya kendiliğinden, davanın her aşamasında davaların ayrılmasına da karar verebilir (m. 167/1). Şu halde hâkim ön inceleme aşamasında da davaların ayrılmasına karar verebilir ve her iki davaya da birlikte bakmaya devam eder. Ancak, kanımızca, aralarında Kanun'un aradığı şekilde bağlantı olmayan davalar birlikte açılmış ve ayrılan davalardan birisi ayırma kararı veren mahkemenin görev alanına girmiyorsa, mahkeme o dava dosyanın görevli mahkemeye gönderilmesine karar verilmelidir. Bu noktada, Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 132/2 hükmü kıyasen burada da uygulanmalıdır.

**5. Davaya Son Veren Taraf İşlemleri:** Davaya son veren taraf işlemleri Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 307 – 315'inci maddeleri arasında, davadan feragat, davayı kabul ve sulh olarak düzenlenmiştir. Davaya son veren taraf işlemleri davada verilen hüküm kesinleşinceye kadar yapılabildiğine göre (m.310), ön inceleme aşamasında da bu işlemlerin yapılmasına bir engel yoktur.

**6. İsticvap:** Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 169/2 hükmüne göre, isticvap davanın temelini oluşturan vakıalar ve onunla ilişkisi bulunan hususlar hakkında olur. Aynı Kanun'un madde 171/2 hükmüne göre ise, isticvap için çağrılan taraf özürsüz olarak gelmediği veya gelip de soruları cevapsız bıraktığı takdirde, mahkemece sorulan vakıalar ikrar edilmiş sayılır. Bu düzenlemelerden hareket edildiğinde, isticvabın uyumsuzluğa konu vakıaları çekişmesiz hale getirmeye yönelik usulî bir müessese olduğu sonucuna varılabilir. İsticvap, bu hali ile, tahkikat aşamasında uygulanması gereken bir müessesedir. Ancak, ön inceleme

aşamasında delil incelenmesini gerektiren haller bağlamında işaret ettiğimiz hususlar da dikkate alınarak, dava konusu uyuşmazlığın tam olarak tespiti için ihtiyaç duyulması halinde, isticvap yoluna başvurulabilmelidir. Bu noktada, isticvap, uyuşmazlık konusu vakıyı çekişmesiz hale getirmeye değil, uyuşmazlığa konu vakıanın tespitine hizmet etmektedir.

**7. İstinabe ve Naip Tayini:** Mahkeme ön inceleme aşamasında karara bağlanması gereken bir konuda, ön inceleme aşamasından önce veya ön inceleme aşaması sırasında naip tayini veya istinabe yoluna başvurulabilir. Başvuru kararı ön inceleme duruşması sırasında verilmiş ise, gerekli olması halinde hâkim yeni bir duruşma günü de tayin edebilir (m. 140/4). Ayrıca, ön inceleme aşamasında mahkeme tahkikat aşamasını ilgilendiren konularda, sonuçlarının tahkikat aşamasında incelenmesi kaydı ile, yine istinabe ve naip tayinine karar verebilir.

#### **F) Ön İnceleme Aşamasının Tamamlanması**

Ön inceleme aşamasının tamamlanmasından ve gerekli kararların alınmasından sonra, hâkim tahkikat aşamasına geçer ve tahkikat için duruşma günü belirler (m. 137/2). Bu bağlamda, hâkim dava şartlarının eksik olduğu veya ilk itiraz nedenlerinden birinin eksik olduğu yönünde ileri sürülen iddiaları yerinde bulursa, usule ilişkin nedenlerden dolayı; hak düşürücü sürelerin veya zamanaşımı sürelerinin geçtiği yönünde bir tespitte bulunursa esasa yönelik nedenlerden dolayı davayı reddeder. Davaların birleştirilmesi veya ayrılması yönünde bir talep varsa, mahkeme ayrılma veya birleşmenin şartlarını inceleyip davaların ayrılmasına ya da birleşmesine karar verebilir. Bu aşamada mahkeme, davanın ayrı yargı çevresi içerisindeki bir mahkemede birleştirilmesine karar vermişse, dava açılmamış sayılır. Benzer şekilde, süresi geçtikten sonra (m. 133/2) veya şartları olmaksızın karşılık dava açılmışsa (m. 132/2), mahkeme bu aşamada karşılık davanın ayrılmasına karar verir. Şayet, ayrılma kararı verilen karşılık dava kendi görev alanına girmiyorsa, görevsizlik

dolayısıyla dosyanın görevli mahkemeye gönderilmesine karar vermelidir(m. 132/2).

Ön inceleme aşamasının tamamlanmasından sonra, iddia veya savunma genişletilemez yahut değiştirilemez (m. 141/1). Ön inceleme aşamasının tamamlanması anından itibaren, taraflar iddia veya savunmalarını genişletip değiştiremezler. Bu aşamadan itibaren, taraflardan birisi duruşmaya mazeretsiz olarak gelemese dahi, diğer taraf onun muvafakati olmaksızın iddiasını veya savunmasını genişletip değiştiremez. Bu aşamadan itibaren, iddiasını veya savunmasını değiştirmek yahut genişletmek isteyen taraf, bunu, ıslah ya da diğer tarafın açık muvafakati ile yapabilir.

Tahkikat aşamasına geçildiği andan itibaren, hâkim her iki tarafın iddiasını ve savunmasını birlikte inceleyip, işin esasına girerek çekişmeli vakıalar bakımından gösterilen delilleri incelemeye başlar.

## **Sonuç**

Yargının sorunları arasında en önemli yeri tutan hiç kuşku yoktur ki, bugün için hâkimlerimizin iş yükü ve bu nedenle karşı karşıya kaldığı zamansızlık problemidir. Bu sorunun çözümünde Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun katkısı, özellikle tarafların üzerinde tasarruf yetkisi olan davalarda, onları yargılama dışı legal çözüm yöntemlerini denemeye zorlamak (arabuluculuk, uzlaşma ve Av K m. 35/A bağlamında uzlaşma) veya taraflar dava yoluna başvurmışlarsa, tarafları sulhe teşvik ederek uyuşmazlığın sulh yolu ile sona ermesini sağlayıcı tedbirler almak olabilir. Bu ihtimallerin dışında, yapılan kanun değişiklikleri ile bizzat Kanun'un uygulamasından kaynaklanan sorunlara da çözüm getirilebilir. Fakat yukarı paragraflarda da işaret ettiğimiz üzere, hukuk yargılaması alanında yapılan kanun değişiklikleri ile yargının bütün sorunlarının çözülmesi beklenemez. Bu bağlamda, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile getirilen en önemli yeniliklerin başında gelen ön inceleme müessesesinin beklentileri karşılayabilmesi için, özellikle hâkim sayısının artırılması ve hâkimlerin



iş yükünün azaltılması kritik bir öneme sahiptir<sup>39</sup>. Ayrıca, bu noktada tarafların (ve varsa vekillerinin) en başından itibaren davanın usule uygun olarak bir an önce sona ermesi için üzerlerine düşen yükümlülükleri de zamanında yerine getirmiş olmaları son derece önemlidir. Bu konuda elbette kontrol hâkimdedir.

Ön inceleme aşamasında önemle üzerinde durulması gereken konuların başında sulhe teşvik gelmektedir. Sulhe teşvikin başarılı olması, az önce işaret ettiğimiz sorunların çözümlenmesinin yanı sıra, hâkimin ve diğer uygulayıcıların bu müesseseyi sahiplenip benimsemesine bağlıdır. Bu sorunların çözümlenmemesi ihtimalinde ise, özellikle sulhün gerçekleşebileceği kanaatine varılması halinde, tarafları uzlaştırıcı, arabulucu veya bunların dışında oluşturulabilecek bir sulh komisyonuna sevk edebilme imkânının getirilmesi yerinde bir düzenleme olur. Aksi takdirde sulhe teşvik, benzer düşüncelerle Ceza Muhakemesi Kanunu'nda öngörülmüş olan uzlaştırma kurumu ile aynı akıbeti paylaşabilir ve bu konuda mevcut uygulamanın çok ötesine geçilemez. Bu bağlamda, ön inceleme aşamasında hâkime çok fazla görev yüklendiği ve bu nedenle ön inceleme aşamasının başarılı olma ihtimalinin çok az olduğunu ileri süren doktrin görüşünden hareket edilirse; bu kurumun uygulayıcılar tarafından özümsemekle benimsenmemesi halinde, bu günkü tahkikat aşamasına benzeyebileceği endişesi haksız değildir<sup>40</sup>.

Diğer taraftan 1086 sayılı Kanun uygulamasında da bir takım sıkıntılara ve tartışmalara yol açan iddianın veya savunmanın değiştirilmesi yahut genişletilmesi yasağına ilişkin hükümlerin, yeni Kanun döneminde de söz konusu olmaması için bu hükümlerin, Kanun yürürlüğe girmeden gözden geçirilmesinde fayda vardır.

<sup>39</sup> Bu noktada doktrinde, hakimlere yardımcı olmak üzere "hakim yardımcılığı" kurumunun getirilmesi önerilmektedir. Bkz, KURU,Baki; Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı Hakkında Genel Değerlendirmeler" Medeni Usul ve İcra – İflas Hukukçuları Toplantısı V, Ankara 2006, s.72.

<sup>40</sup> Bkz. ALANGOYA / YILDIRIM / YILDIRIM, . s. 73.



## CENİNİN MALVARLIĞI HAKLARI

**Dr.Leyla Müjde KURT\***

### ÖZET

Cenin hak ehliyetini, sağ doğmak şartıyla, ana rahmine düştüğü andan itibaren kazanır. Hak ehliyeti bakımından ana rahmindeki embriyo ile tüpteki embriyo arasında fark yoktur. Cenine, sağ doğmak geciktirici şartına bağlı olarak, kişilik hakkı tanındığı gibi, bazı malvarlığı hakları da tanınmıştır. Cenin kanunî mirasçı olabilir; mirasçı atanabilir veya ona belirli mal vasiyet edilebilir. Cenin, üçüncü kişi lehine bir sözleşmede lehdar olabilir. Doğumundan önce haksız fiil sebebiyle zarar gördüyse, doğduktan sonra haksız fiili işleyenden maddî ve manevî tazminat talep edebilir. Cenin gelecekte kendisine destek olacak kişiyi kaybederse, destekten yoksun kalma tazminatı talep edebilir.

**Anahtar Kelimeler:** Cenin, Embriyo, Hak Ehliyeti, Malvarlığı Hakları, Ceninin Korunması.

### *PATRIMONIAL RIGHTS OF THE FETUS*

### ABSTRACT

Fetus acquires the capacity to rights at the moment of conception provided that it is born alive. Regarding to the capacity of rights, there is no difference between an embryo in its mother's womb and an embryo in vitro. As well as personality right, several patrimonial rights are provided to fetus under the suspensive condition of being born alive. Fetus may be

---

\* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

legal heir and may also be appointed as heir or bequeathed by a will. Contracts in favor of a third party may be concluded in favor of a fetus. If it is injured before birth as a result of a tort, once born alive, it may claim compensation for damages as well as for pain and suffering from the tortfeasor. If the fetus loses its future provider, it may claim compensation for the loss of its support.

**Keywords:** Fetus, Embriyo, Capacity to Rights, Patrimonial Rights, Protection of Fetus.

## GİRİŞ

Eski çağlardan beri cenin, basit bir eşya olarak nitelendirilmemekte, hukukî bir statüye kavuşturulmaya ve kişiye tanınan haklardan yararlandırılmaya çalışılmaktadır<sup>1</sup>. Bizim hukuk düzenimizde de sağ doğan çocuğa, daha ana rahmine düştüğü aşamadan itibaren hak ehliyeti tanınmış, böylece ceninin menfaatlerinin geriye etkili olarak onun ilk meydana geldiği andan itibaren korunması amaçlanmıştır. Günümüzde, gelişen teknoloji sayesinde artık insan embriyosu sadece ana rahminde meydana gelmemekte, tıbbî müdahalelerle yapay olarak rahim dışında da oluşturulabilmektedir. Bu durum, tüpte dölleme neticesinde sağ olarak doğan çocuğun hak ehliyetini hangi andan itibaren kazanacağı sorununu da beraberinde getirmektedir.

Cenin hak süjesi olmasının, medenî hukuk, ceza hukuku, vergi hukuku gibi hukukun pek çok alanında önemli sonuçları vardır<sup>2</sup>. Hukuk düzeninin cenine hak kazanma yetkisini tanımış olmasının medenî hukuk alanındaki sonuçları çok çeşitlidir. Hak ehliyetine sahip olan ceninin, kişilik hakları, baba ile soybağının kurulması hakkı gibi şahıs varlığı haklarının yanında, mirasçılık sıfatından ötürü kazandığı aynî haklar ve

---

<sup>1</sup> Kohler-Vaudaux, s. 109 vd.

<sup>2</sup> Hausheer/Aebi-Müller, s. 12-14; Mannsdorfer, Embryo and Fetus, s. 515; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 200-201.

alacak hakları, sözleşmeden veya haksız fiilden kaynaklanan alacak hakları gibi malvarlığına ilişkin hakları da vardır<sup>3</sup>.

Malvarlığı hakları, para ile ölçülebilen bir değeri olan haklardır<sup>4</sup>. Çalışmamızın konusunu ceninin malvarlığı hakları oluşturmaktadır. Bu itibarla ceninin şahıs varlığı hakları konumuz dışında kalmaktadır. Ancak şahıs varlığı haklarının kullanılmasının veya bir başka kişi tarafından ihlâl edilmesinin malvarlığını ilgilendiren sonuçları da olabilmektedir. Birinci duruma örnek olarak, baba ile soybağının kurulmasının mirasçılık durumuna etkisi; ikinci duruma örnek olarak kişilik hakkının ihlâli sebebiyle ceninin sahip olduğu maddî veya manevî tazminat talepleri gösterilebilir. Şahıs varlığı haklarına da sadece bu çerçevede değinmekle yetineceğiz.

Çalışmamızda öncelikle, cenin kavramı ve ceninin hak ehliyetini nasıl kazandığı üzerinde duracağız. Ardından, ceninin miras hukuku ve borçlar hukuku alanlarında sahip olduğu malvarlığı haklarını inceleyeceğiz. Son olarak da kanun koyucunun ceninin malvarlığı haklarının korunmasına ilişkin olarak getirdiği bazı özel tedbirlere değineceğiz.

## 1. BİR HAK SÜRESİ OLARAK CENİN

### a) Cenin Kavramı

Cenin (*fetus, nasciturus*) kavramı, hukukî metinlerde de kullanılan, ancak esasen tıp bilimine ait bir kavramdır<sup>5</sup>. Cenin genel olarak ana rahmine düşmüş, fakat henüz doğmamış olan çocuk olarak tanımlanmaktadır<sup>6</sup>. Embriyo, insan organizmasının yumurtanın spermle

<sup>3</sup> Kohler-Vaudaux, s. 217; Mannsdorfer, Embryo and Fetus, s. 523 vd.; Özsunay, Embryo and Foetus, s. 1302 vd.

<sup>4</sup> Oğuzman/Barlas, s. 125.

<sup>5</sup> Özsunay, Embryo and Foetus, s. 1276.

<sup>6</sup> Özsunay, Gerçek Kişiler, s. 17; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 17; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 199; Serozan, s. 91; Arpacı, s. 7-8.

döllenmesinden bir hücreler topluluğunun, yani ceninin oluşmasına kadar geçirdiği evredir<sup>7</sup>. Yumurtanın döllendiği andan itibaren 8. haftaya kadar olan dönemdeki insan organizmasına “embriyo”, 8. haftadan doğuma kadarki evredeki insan organizmasına ise “cenin” denilmektedir<sup>8</sup>. Yumurta ve sperm hücrelerinin bir araya gelmesinden itibaren yaklaşık 24 saat sonra yumurtanın döllendiği kabul edilmektedir<sup>9</sup>.

Embriyo, ana rahminde gerçekleşen doğal bir döllenmenin sonucunda meydana gelebileceği gibi, yumurtanın sperm ile ana rahmi dışında tıbbî bir müdahale ile döllendirilmesi sonucunda da oluşabilir. Bu sonuncu durum, “yapay döllenme” olarak adlandırılmaktadır<sup>10</sup>.

### **b) Ceninin Hak Ehliyeti**

Çocuğun kişiliği, onun tam<sup>11</sup> ve sağ<sup>12</sup> doğduğu anda başlar (MK m. 28 f. 1). Çocuk, sağ doğmak koşuluyla, hak ehliyetini ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eder (MK m. 28 f. 2). Buna göre, çocuk, hak ehliyetini tam ve sağ doğduğu anda, yani kişi haline geldiğinde

---

<sup>7</sup> Kohler-Vaudaux, s. 6. Bir başka tanıma göre, embriyo, insan spermi ve yumurtasının, yani gametlerin döllendikten sonraki durumuna verilen addır. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 15 dn. 22.

<sup>8</sup> Kohler-Vaudaux, s. 6; Özsunay, Hayatın Başlangıcı, s. 10; Özsunay, Embryo and Foetus, s. 1277.

<sup>9</sup> Deschenaux/Steinauer, N 469; Özsunay, Embryo and Foetus, s. 1277; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 15 dn. 21.

<sup>10</sup> Yapay döllenmenin tanımı için bkz. Kohler-Vaudaux, s. 13; Nomer, s. 545. Türk hukukunda, yapay döllenme hukuken düzenlenmiş bir kurumdur. “Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği”, belirli şartlar altında, anne adayının yumurtası ile kocanın sperminin çeşitli yöntemlerle vücut dışında döllendirilmesine ve elde edilen embriyonun ana rahmine transferine izin vermektedir (m. 4/h). Bu yönetmelik için bkz. 6.3.2010 tarihli ve 27513 s.lı RG.

<sup>11</sup> Tam doğum, çocuğun ananın bedeninden tümüyle ayrılmasıdır. Deschenaux/Steinauer, N 454; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 195; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 12; Hatemi, Kişiler Hukuku, s. 29.

<sup>12</sup> Sağ doğum, çocuğun çok kısa bir süre dahi olsa anneden bağımsız olarak yaşamış olmasıdır. Bunun için çocuğun nefes alma, kalp atışı gibi bir hayat belirtisi göstermiş olması gerekir. Deschenaux/Steinauer, N 457; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 196; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 12-13; Hatemi, Kişiler Hukuku, s. 29.

kazanır. Ancak hak ehliyeti hükümlerini geriye etkili olarak doğurur<sup>13</sup>. Hak ehliyeti kişinin haklara ve borçlara sahip olma ehliyetidir<sup>14</sup>. Bu itibarla cenin hak ehliyetini kazandığında, sadece haklara değil, borçlara da sahip olabilecektir<sup>15</sup>. Hak ehliyeti açısından ana rahminde döllenen embriyo ile yapay olarak tüpte (in vitro) döllenen embriyo arasında bir fark bulunmamaktadır<sup>16</sup>. Her iki durumda da cenin, sağ doğmak şartıyla hak ehliyetini geçmişe etkili olarak kazanır.

### 1. Ceninin Hak Ehliyetini Şarta Bağlı Olarak Kazanması

Kanun, ceninin hak ehliyetini kazanmasını, sağ doğum şartına bağlamıştır. Burada kanunî bir şart söz konusudur<sup>17</sup>. Ceninin hak ehliyetinin geciktirici şarta mı, yoksa bozucu şarta mı bağlı olduğu tartışmalıdır. Bir görüşe<sup>18</sup> göre, ceninin hak ehliyeti geciktirici şarta bağlı bir ehliyettir. Buna göre, geciktirici şart, yani sağ doğum gerçekleşinceye kadar ceninin hak ehliyetinin hüküm ve sonuçları askıdadır. Sağ doğum şartı gerçekleştiğinde cenin hak ehliyetini kazanacak, ancak hak ehliyeti hükümlerini geçmişe etkili olarak, yani ceninin ana rahmine düştüğü

<sup>13</sup> Özsunay, Gerçek Kişiler, s. 20; Özsunay, Hayatın Başlangıcı, s. 30 dn. 51; Hatemi Kişiler Hukuku,,s. 30.

<sup>14</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 39; Akipek/ Akıntürk, s. 267.

<sup>15</sup> Bazı yazarlar ana rahmindeki çocuğun ancak karşılığında bir avantaj elde edecekse, borca sahip olacağını ileri sürmektedirler. Deschenaux/Tercier, N 465; Mannsdorfer, Embryo and Fetus, s. 521. Buna karşılık bizim de katıldığımız görüşe göre, böyle bir sınırlandırma yapılamaz. Zira MK m. 28 f. 2 hükmünden böyle bir anlam çıkmamaktadır. Bucher, s. 53; Kohler-Vaudaux, s. 215.

<sup>16</sup> Özsunay, Embryo and Foetus, s. 1294.

<sup>17</sup> Kohler-Vaudaux, s. 183. Kanunî şart; kanunun, tarafların iradesinden bağımsız olarak, bir hukukî işlemin veya hukukî sonucun geçerliliğini gerçekleşmesine bağladığı, geleceğe ilişkin ve gerçekleşmesi şüpheli olgudur. Bu konuda ve kanunî şartın geciktirici veya bozucu nitelikte olabileceği konusunda bkz. Sirmen, s. 84-85.

<sup>18</sup> BSK-Bigler-Eggenberger, Art. 31, N 8; Riemer, s. 82; Akipek/Akıntürk, s. 245; Dural/Öğüz, s. 19; Zevkililer/Acabey/Gökyayla, s. 200; İmre/Erman, s. 286. Özsunay, önceleri bu görüşte idi. Bkz. Özsunay, Gerçek Kişiler, s. 20; Özsunay, Hayatın Başlangıcı, s. 30 dn. 51. Yargıtay da bu görüştedir. Yarg. 4. HD, 23.10.1984, E. 1983/6447, K. 1984/2849: "Hukukumuzda, ceninin medeni haklardan yararlanma ( hak ehliyeti ) ehliyetinin, gerektirici koşula bağlı bir ehliyet olduğu kabul edilmektedir. Kural olarak medenî haklardan yararlanma ehliyeti, ceninin kişilik kazandığı anda ( tam olarak sağ doğum ) gerçekleşir." (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

andan itibaren doğuracaktır (MK m. 28 f. 2)<sup>19</sup>. Bir başka görüşe<sup>20</sup> göre ise, ceninin hak ehliyeti, onun sağ doğmaması bozucu şartına bağlıdır. Bu görüş kabul edilirse, cenin hak ehliyetini ana rahmine düştüğü anda kazanacak ve haklarını ana rahmine düştüğü andan doğana kadarki süreçte kanunî temsilcisi vasıtasıyla kullanabilecektir. Cenin ölü doğduğu takdirde, hak ehliyeti geriye etkili olarak ortadan kalkacaktır. Diğer bir görüşe<sup>21</sup> göre ise, burada şartın geciktirici mi, yoksa bozucu mu olduğuna, kazanılması ve kullanılması söz konusu hakkın niteliğine ve cenin korunma ihtiyacına göre bir ayırım yapılarak karar verilmelidir. Buna göre, ceninin kişiliğinin korunması, miras hakkı ve menfaatlerinin kanunî temsilci tarafından korunması bakımından, hak ehliyetini bozucu şarta bağlı olarak kazandığı kabul edilmelidir. Buna karşılık, sözleşme ehliyeti bakımından, doğacak çocuğun hak ehliyetinin geciktirici şarta bağlı olduğu kabul edilmelidir<sup>22</sup>.

Kanaatimizce, özellikle sözleşme yapma ehliyeti bakımından değerlendirildiğinde, ceninin hak ehliyetini bozucu şarta bağlı olarak kazanması, yani henüz doğmamışken kanunî temsilci vasıtasıyla sözleşmeye taraf olma hakkının bulunması, hukukî işlem güvenliğini sarsacak nitelikte olduğundan, kabul edilemez. Zira çocuk ölü doğduğu takdirde, hukukî işlem başlangıçtan itibaren geçersiz hale gelecektir. Keza ceninin hak ehliyetini bozucu şarta bağlı olarak kazandığı kabul edilirse, cenin daha ana rahminde iken yasal temsilci aracılığıyla örneğin, tazminat davalarında taraf sıfatını kazanabilecektir. Ancak cenin ölü doğduğu takdirde, taraf ehliyeti başlangıçtan itibaren ortadan kalkacağından, mahkemeler boşuna meşgul edilmiş olacaktır. Öte yandan, hak

---

<sup>19</sup> *Akipek/Akıntürk*, s. 245; *Dural/Öğüz*, s. 19.

<sup>20</sup> *Tuor/Schnyder/Scmid/Rumo-Jungo*, s. 117; *Deschenaux/Steinauer*, N 464; *Piotet*, s. 494; *Kohler-Vaudaux*, s. 233. İsviçre Federal Mahkemesi, eski tarihli bir kararında, burada bozucu bir şartın bulunduğunu kabul etmişti. BGE 41 II 648 = JdT 1916 II 482.

<sup>21</sup> *Mannsdorfer*, Embryo and Fetus, s. 522; *Hausheer/Aebi-Müller*, s. 11-12; *Bucher*, s. 52; *Özsunay*, Embryo and Foetus, s. 1297-1298.

<sup>22</sup> *Hausheer/Aebi-Müller*'e göre, ceninin, malvarlığı haklarını geciktirici şarta bağlı olarak, malvarlığı hakları dışındaki haklarını ise bozucu şarta bağlı olarak kazandığı kabul edilmelidir. *Hausheer/Aebi-Müller*, s. 16 vd.



ehliyetinin, kazanılacak hakkın niteliğine göre, geciktirici veya bozucu şarta tâbi olabileceği görüşü de, kanunda bir dayanağı bulunmadığından ve ceninin henüz ana karnında olduğu dönemde hangi haklar için ehliyetinin bulunduğu, hangileri için bulunmadığı konusunda tereddüt yaratacağından ötürü kabul edilemez. Kanaatimizce, ceninin hak ehliyetinin geciktirici şarta bağlı olduğu kabul edilmeli, ceninin ana karnında bulunduğu süreçte ancak kanunun açıkça öngördüğü istisnaî durumlarda kanunî temsilci aracılığıyla korunması ile yetinilmelidir.

## 2. Ceninin Hak Ehliyetini Kazandığı An

Sağ doğan çocuk, hak ehliyetini, ana rahmine düştüğü andan itibaren elde etmektedir (MK m. 28 f. 2). Bu noktada, çocuğun ana rahmine hangi anda düştüğünün tespiti gerekir. Ana rahminde meydana gelen (*in utero*) döllenmelerde, çocuğun ana rahmine düştüğü an, ananın gebe kaldığı andır<sup>23</sup>. Çocuğun ana rahmine düştüğü anı belirlemek tıbbî bir meseledir<sup>24</sup>. Burada döllenmenin sperm ile yumurtanın ana rahminde birleşmesinden 24 saat sonra gerçekleştiği kabul edilmektedir<sup>25</sup>. Ceninin ana rahmine düştüğü anın ispatı, ispata ilişkin genel hüküm olan MK m. 6'ya tâbidir<sup>26</sup>. Bununla birlikte, doktrinde MK m. 287 f. 2 (İMK m. 256a f. 2) ve MK m. 302 f. 1 (İMK m. 262 f. 1) hükümlerinin burada kıyasen uygulanabileceği ileri sürülmektedir. Buna göre, çocuğun doğumundan önceki 300. gün ile 180. gün arasında ana rahmine düştüğü karine olarak kabul edilmelidir. Bu karine, ceninin lehine olarak, yani onu en uzun süre hak ehliyetinden yararlandıracak biçimde yorumlanmalı, böylece, tıbbî inceleme yoluyla aksi ispat edilmedikçe, çocuğun doğumundan geriye doğru 300. gün, onun ana rahmine düştüğü tarih olarak kabul edilmelidir<sup>27</sup>.

<sup>23</sup> Özsunay, Gerçek Kişiler, s. 17; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 15; Arpacı, s. 8; Helvacı, s. 7.

<sup>24</sup> Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 202; Aydın, s. 12.

<sup>25</sup> Deschenaux/Steinauer, N 461; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 15 dn. 21.

<sup>26</sup> Deschenaux/Steinauer, N 461; Kohler-Vaudaux, s. 207; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 15.

<sup>27</sup> Deschenaux/Steinauer, N 461-462; Akipek/Akıntürk, s. 244; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 15. Farklı görüşte: Bucher, N 214; Kohler-Vaudaux, s. 207. Bu yazarlara göre, aksi ispat edilmedikçe, çocuğun yaklaşık olarak doğumundan önceki 270. veya

Kanun metninde ceninin hak ehliyetinin başlangıcı bakımından “ana rahmine düşmüş” olmasından söz edilmektedir. Ancak tüp bebek (in vitro fertilizasyon) yönteminde, hak süjesi olma anının, sperm ile yumurtanın tüpte döllendirilmesi sonucunda elde edilen embriyonun ana rahmine yerleştirildiği an olarak kabul edilmesi, özellikle embriyo oluşumundan uzun süre sonra ana rahmine yerleştirilmişse, çocuğun aleyhine olur. Oysa kanun koyucunun amacı, cenini başlangıçtan itibaren korumaktır. Bu amaca uygun olarak, “ana rahmine düşme” ifadesi, “döllenme” olarak anlaşılmalı<sup>28</sup> ve tüpte döllenme yönteminde, hak ehliyetinin kazanılma anının, embriyonun ana rahmine yerleştirildiği an değil, onun oluştuğu an, yani yumurtanın döllendiği an<sup>29</sup> olduğu kabul edilmelidir<sup>30</sup>. Böylece embriyo, dondurulup saklandığı ihtimal de dâhil olmak üzere, sağ doğmak kaydıyla, henüz ana rahmine konulmadan önceki dönem için de hukuken korunabilecektir. Örneğin, çocuğun fiziksel bozukluğunun temelinde embriyonun ana rahmine yerleştirilmeden önce veya yerleştirilme sırasında maruz kaldığı hatalı bir işlem varsa, çocuk uğradığı zararın tazminini, sağ doğmak kaydıyla talep edebilecektir<sup>31</sup>.

---

280. günde ana rahmine düştüğü kabul edilmelidir. Kanaatimizce, kanun koyucunun menfaatlerini geçmişe etkili olarak korumak istediği ceninin daha lehine olması itibarıyla, doğumdan önceki 300. günün, aksi ispat edilmedikçe, çocuğun ana rahmine düştüğü gün olarak kabul edilmesi uygundur.

<sup>28</sup> *Kohler-Vaudaux*, s. 205; *Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir*, s. 16 dn. 28; *Aydın*, s. 14. *Arpacı*'ya göre, kanundaki “ana rahmine düşme” ifadesi geniş yorumlanarak, erkeğin spermi ile kadının yumurtasının birleştirildiği tüp ana rahmi gibi değerlendirilip, tüpteki embriyo da MK m. 28 f. 2'den yararlandırılabilir. *Arpacı*, s. 9.

<sup>29</sup> Ana rahmi dışında meydana gelen, yani tüpte (in vitro) döllenmelerde, döllenme anı, yumurta ile spermin tüpte bir araya getirilmesinden 24 saat sonrasındır. *Deschenaux/Steinauer*, N 469.

<sup>30</sup> *Deschenaux/Steinauer*, N 468; *Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir*, s. 15-16; *Arpacı*, s. 9-10; *Helvacı*, s. 7 dn. 24.

<sup>31</sup> *Mannsdorfer*, Schädigung, s. 66; *Deschenaux/Steinauer*, N 468; *Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir*, s. 17; *Helvacı*, s. 7 dn.24.

## II. CENİNİN MALVARLIĞINA İLİŞKİN SAHİP OLDUĞU HAKLAR

### a) *Ceninin Miras Hukuku Alanında Sahip Olduğu Malvarlığı Hakları*

MK m. 582 f. 1’de “ *Cenin, sağ doğmak koşuluyla mirasçı olur.*” hükmü yer almaktadır. Ceninin mirasçılığı sağ doğma geciktirici şartına bağlıdır<sup>32</sup>. Buna karşılık, cenin ölü doğduğu takdirde mirasçı olamayacaktır (MK m. 582 f. 2)<sup>33</sup>. MK m. 582 f. 1’de herhangi bir ayırım yapılmadığına göre, ceninin mirasçılığı kanunî mirasçılığı kapsadığı gibi, iradî mirasçılığı da kapsar<sup>34</sup>. Şu halde ceninin, mirasçılık sıfatı çerçevesinde aynî hak ve alacak hakkı, yani malvarlığı hakkı elde etmesi mümkün olmaktadır.

### 1. *Ceninin Kanunî Mirasçılıktan Kaynaklanan Malvarlığı Hakları*

Evliliğin sona ermesinden başlayarak 300 gün içinde doğan çocukla babası arasında da soybağı kurulur (MK m. 285 f. 1). Mirasbırakanın ölümünden itibaren 300 gün içinde doğanların mirasbırakanın ölümünde ana rahmine düşmüş olduğu karine olarak kabul edilir ve cenin bu durumda kanunî mirasçı olur (MK m. 285 f. 1’e kıyasen)<sup>35</sup>. Buna göre, ceninin babası ölmüşse, cenin babanın ölümünden, yani mirasın açılmasından sonra 300 gün içinde sağ doğmak koşulu ile babanın kanunî mirasçısı olur<sup>36</sup>.

<sup>32</sup> *İmre/Erman*, s. 286. Buna karşılık ceninin hak ehliyetinin bozucu şarta bağlı olduğunu kabul eden görüşe göre, ceninin mirasçılık ehliyeti onun ölü doğması bozucu şartına bağlıdır. *BSK-Schwander*, Art. 544, N 2; *Piotet*, s. 494; *Mannsdorfer*, Embryo and Fetus, s. 523; *Kohler-Vaudaux*, s. 233.

<sup>33</sup> *Özsunay*, Hayatın Başlangıcı, s. 30. Yarg. 2. HD. 27.2.1998, E. 624, K. 2342: “*Cenin sağ doğması halinde mirasçı olacağından, sağ olarak doğup doğmadığı araştırılmadan veraset ilanı verilemez.*” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>34</sup> *BSK-Schwander*, Art. 544, N 3; *Deschenaux/Steinauer*, N 466; *Kohler-Vaudaux*, s. 233; *Akipek/Akıntürk*, s. 244; *İmre/Erman*, s. 452.

<sup>35</sup> *İnan/Ertas/Albaş*, s. 464.

<sup>36</sup> *BSK-Schwander*, Art. 544, N 3; *Piotet*, s. 494; *Mannsdorfer*, Embryo and Fetus, s. 523; *Kohler-Vaudaux*, s. 234; *İnan/Ertas/Albaş*, s. 464.

Yumurthanın sperm ile tüpte döllenmesi ile oluşan embriyonun dondurulması ve dondurulan embriyonun babanın ölümünden sonra ana rahmine yerleştirilmesi sonucunda tam ve sağ doğan çocuğun, ölen babasının mirasçısı olup olamayacağı tartışmalıdır<sup>37</sup>. Bir görüşe<sup>38</sup> göre, mirasbırakanın ölümü anında ceninin ana rahmine girmiş olması şarttır. Bu sebeple, babanın ölümünden sonra ana rahmine yerleştirilen çocuk onun mirasçısı olmaz. Buna karşılık bizim de katıldığımız diğer görüşe<sup>39</sup> göre, dondurularak saklanan embriyonun erkeğin ölümünden sonra ananın rahmine yerleştirilmesi durumunda da sağ doğan çocuk ölen babasına mirasçı olabilmelidir. Kanun'da her ne kadar ceninin mirasbırakanın ölümünden önce “ana rahmine düşmesinden” söz ediliyorsa da, bu ifade, geniş yorumlanarak, ceninin mirasbırakanın ölümünden önce “*döllenmiş olması*” biçiminde anlaşılmalıdır<sup>40</sup>. Buna göre, babanın ölümünden önce tüpte döllenme sağlanmışsa, bu yolla elde edilip dondurulan embriyo ana rahmine babanın ölümünden sonra yerleştirilse de çocuk tam ve sağ doğmak şartıyla babasına mirasçı olabilecektir.

---

<sup>37</sup> 6.3.2010 tarihli Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği'ne göre, “*Adaylardan fazla embriyo elde edilmesi durumunda eşlerden her ikisinin rızası alınarak embriyolar dondurulmak suretiyle saklanır. Saklama süresinin bir yılı aşması halinde her yıl embriyonun saklanması için çiftler mutlaka başvuruda bulunarak taleplerinin devam ettiğini ifade eden imzalı dilekçelerini vermelidir. Eşlerin birlikte talebi, eşlerden birinin ölümü veya boşanmanın hükmen sabit olması halinde ya da belirlenen sürenin son bulduğunda saklanan embriyolar müdürlükte kurulacak komisyon tarafından tutanak altına alınarak imha edilir.*” (m. 18 f. 12). Buna göre, babanın ölümünden sonra ondan elde edilmiş olan embriyonun ana rahmine transferi yasaktır. Bununla birlikte, bu yasak ihlâl edildiği takdirde hukukî durumun ne olacağına da incelenmesi gerekir.

<sup>38</sup> *İmre/Erman*, s. 287; *Nomer*, s. 581.

<sup>39</sup> *Serozan/Engin*, *Miras Hukuku*, s. 87; *Aydın*, s. 36. *Aydın*'a göre, ceninin, sağ ve tam doğum şartıyla, tüpte döllendiği andan itibaren kişilik kazanacağını kabul edilmesinin en önemli sonucu, onun bu andan itibaren mirasçılık sıfatını kazanacak olmasıdır. Bu sebeple, tüpte döllenme halinde de ceninin mirasçı sıfatını kazanabilmesi için mirasbırakanın ölümü anında ana rahminde bulunması koşulu aranır, ceninin sağ doğmak şartıyla tüpte döllendiği tarihten başlayarak kişilik kazanacağını kabul etmenin anlamı kalmaz.

<sup>40</sup> *Serozan/Engin*, *Miras Hukuku*, s. 87.

Kanunî mirasçılarının mirası kazanmasında geçerli olan küllî halefiyet ilkesi (MK m. 599 f. 2) gereği, cenin mirasbırakanın aynî hakları ve alacakları yanında, borçlarını da iktisap eder<sup>41</sup>. Cenin, ana rahminde bulunduğu sürece mirasçı sıfatını henüz kazanmış olmadığından, bu süre içinde cenin adına yasal temsilcisinin mirası reddetmesi mümkün değildir. Mirasın reddi süresi çocuğun doğduğu andan itibaren işlemeye başlar<sup>42</sup>.

## 2. *Ceninin İradî Mirasçılıktan Kaynaklanan Malvarlığı Hakları*

Cenin, ölüme bağlı tasarruf yoluyla iradî mirasçı olarak tayin edilebilir<sup>43</sup>. Ceninin vasiyetname yoluyla mirasçı tayin edilebileceği konusunda tereddüt yoktur. Buna karşılık, ceninin kanunî temsilcisi aracılığıyla miras sözleşmesinin ölüme bağlı tasarrufta bulunmayan tarafını teşkil edip edemeyeceği tartışmalıdır. Ceninin hak ehliyetinin bozucu şarta bağlı olduğunu kabul eden görüşe göre, ceninin kanunî temsilcisi, ceninin menfaatlerine aykırı olmamak kaydıyla, cenin adına mirasbırakan ile (olumlu) miras sözleşmesi akdedebilir<sup>44</sup>. Buna karşılık, ceninin hak ehliyetinin tam ve sağ doğum geciktirici şartına bağlı olduğunu kabul eden bizim de katıldığımız görüşe<sup>45</sup> göre, cenin ana rahminde iken kanunî temsilci onun adına hukukî işlem yapamaz. Buna göre, kanunî temsilci ceninin adına olumlu miras sözleşmesi akdedemez.

Mirasbırakan, cenini, ölüme bağlı tasarrufla küllî veya cüzî halef haline getirebilir<sup>46</sup>. Cenin, terekenin tamamı veya belirli bir oranı için mirasçı olarak atanabileceği gibi, belirli mal vasiyeti yoluyla vasiyet alacaklısı da kılınabilir.

<sup>41</sup> BSK-Schwander, Art. 544, N 3; Kohler-Vaudaux, s. 234; Akipek/Akıntürk, s. 244.

<sup>42</sup> Hak ehliyetinin bozucu şarta bağlı olduğunu kabul etmekle birlikte, mirasın reddi süresinin çocuğun doğumundan itibaren işleyeceği yönünde, Piotet, s. 494; Kohler-Vaudaux, s. 237.

<sup>43</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 18.

<sup>44</sup> Kohler-Vaudaux, s. 242.

<sup>45</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 19; Zevkliler/Acabay/Gökyayla, s. 204; Özsunay, Gerçek Kişiler, s. 20.

<sup>46</sup> Kohler-Vaudaux, s. 233.

**a) Ceninin Mirasçı Atanması**

MK m. 516 f. 1'e göre, "*Mirasbırakan, mirasının tamamı veya belirli bir oranı için bir veya birden çok kişiyi mirasçı atayabilir.*" Mirasbırakanın ölümüne bağlı tasarrufla terekenin tamamı veya belirli bir oranı için mirasçı tayin ettiği kişi, mirasbırakanın küllî halefidir ve mirasbırakanın ölümü anında tereke malları üzerinde doğrudan mülkiyet hakkı kazanır (MK m. 599)<sup>47</sup>. MK m. 582 f. 1'e göre, cenin, sağ doğmak şartıyla mirasçı olacağından, mirasbırakanın mirasçı olarak atadığı kimse, onun öldüğü tarihte ana rahminde olduğu takdirde sağ doğmak şartıyla mirasçı olabilecektir.

**b) Cenine Belirli Mal Bırakılması**

Mirasbırakan, ölümüne bağlı tasarrufla bir kimseye terekeye dâhil belirli bir malı (örneğin, maliki bulunduğu bir evi, otomobili, dükkânı) bırakarak da kazandırmada bulunabilir (MK m. 517 f. 1). Mirasbırakan cenin lehine belirli bir mal vasiyet edebilir. MK m. 581 f. 1'e göre, "*Vasiyet alacaklısı olabilmek için mirasbırakanın ölümü anında mirasa ehil olarak sağ olmak şarttır.*" Bununla birlikte, MK m. 582 f. 1 gereği cenin sağ doğmak koşuluyla mirasçı olacağından, mirasbırakanın ölümü anında ana rahminde bulunan cenin de, sağ doğduğu takdirde belirli mal vasiyetinin alacaklısı olabilecektir<sup>48</sup>. Bu durumda cenin cüzî haleftir. Cenin, sağ doğduğu takdirde vasiyet alacağını kazanırsa da, kendisine vasiyet olunan malı kendiliğinden iktisap edemez. Bunun için, vasiyet borçlusunun<sup>49</sup> borcunu ifa etmesi (örneğin, vasiyet olunan mal bir taşınırsa taşınırın zilyetliğini vasiyet alacaklısına nakletmesi, taşınmazsa taşınmaz tapuda vasiyet alacaklısı adına tescil ettirmesi, alacaksa alacağı vasiyet alacaklısına temlik etmesi) gerekir<sup>50</sup>. Cenin ölü doğduğu takdirde,

---

<sup>47</sup> *İmre/Erman*, s. 115; *Kılıçoğlu*, *Miras*, s. 140.

<sup>48</sup> *Kohler-Vaudaux*, s. 243; *Mamnsdorfer*, *Embryo and Fetus*, s. 523.

<sup>49</sup> Vasiyet borçlusu, kanunî veya atanmış bir mirasçı olabileceği gibi, lehine mal vasiyet edilen bir başka kişi de olabilir. *Kohler-Vaudaux*, s. 243-244; *İmre/Erman*, s. 116.

<sup>50</sup> *İmre/Erman*, s. 117.

kişilik kazanamamış olacağından, onun lehine yapılan belirli mal vasiyeti de artık hükümsüz kabul edilmelidir<sup>51</sup>.

### c) *Ceninin Art Mirasçı Olması*

MK m. 583 f. 1'e göre, "*Mirasın açıldığı anda henüz var olmayan bir kimseye art mirasçı veya art vasiyet alacaklısı olarak, tereke veya tereke malı bırakılabilir.*" Vasiyetçinin mirasçı atadığı veya lehine mal vasiyet ettiği kişi, henüz doğmamış ve ana rahmine düşmemiş bir kişi (*nondum conceptus*) ise, ölüme bağlı tasarruf art mirasçı atama, yani kurucu (fevkalade) ikame yoluyla gerçekleşebilecektir<sup>52</sup>. Bu durumda ön mirasçı mirası art mirasçıya geçirme yükümlülüğü altında olarak iktisap edecektir (MK m. 524 f. 2). MK m. 525 f. 1'e göre, "*Art mirasçı, mirası belirlenmiş olan geçiş anında sağ ise kazanır.*" O halde, art mirasçı olarak atanan kişi, kurucu (fevkalade) ikamenin açıldığı anda<sup>53</sup> hayatta olmalı, en azından cenin durumunda olmalıdır. Bu durumda cenin, sağ doğmak şartı ile MK m. 583 çerçevesinde art mirasçı sıfatıyla mirası kazanabilecektir<sup>54</sup>. Buna karşılık, ikamenin açıldığı anda art mirasçı henüz ana rahmine düşmemişse, kurucu ikame ortadan kalkar. MK m. 522 f. 3'e göre, "*Mirasın art mirasçıya geçmesine herhangi bir sebeple olanak kalmadığı anda miras, ön mirasçıya; ön mirasçı ölmüşse onun mirasçılarına kesin olarak geçer.*" Bu sebeple, bu durumda miras ön mirasçıda kalır veya o ölmüşse onun mirasçılarına intikal eder<sup>55</sup>. Belirtmek gerekir ki, vasiyetçinin mirasçı atadığı veya lehine mal vasiyet ettiği kişi, vasiyetçinin öldüğü anda ana rahmine düşmüş bulunuyorsa, kurucu ikameye gerek yoktur. Zira bu durumda, cenin tam ve sağ doğmak şartı ile

<sup>51</sup> Kohler-Vaudaux, s. 244.

<sup>52</sup> İmre/Erman, s. 145; Hatemi, Miras Hukuku, s. 98, 122.

<sup>53</sup> Kurucu (fevkalade) ikamenin açıldığı an MK m. 522'de düzenlenmiştir. Bu hükme göre, mirasbırakan ölüme bağlı tasarrufta mirasın art mirasçıya geçiş anı bakımından başka türlü bir düzenleme getirmiş olmadıkça, miras ön mirasçının ölümüyle art mirasçıya geçecektir. Ancak mirasbırakan kurucu (fevkalade) ikamenin açılması, yani mirasın art mirasçıya geçişi için ön mirasçının ölümünden başka bir anı tayin etmiş de olabilir. Bu konuda bkz. İmre/Erman, s. 151.

<sup>54</sup> Kohler-Vaudaux, s. 243; İmre/Erman, s. 152.

<sup>55</sup> İmre/Erman, s. 152.

hak ehliyetine kavuşacağından, zaten MK m. 582 f. 1 hükmü gereği doğrudan mirasçı olacaktır<sup>56</sup>.

## **B. CENİNİN BORÇLAR HUKUKU ALANINDA SAHİP OLDUĞU MALVARLIĞI HAKLARI**

### **1. Sözleşmeden Doğan Alacak Hakları**

Cenin henüz dünyaya sağ olarak gelmeden kanunî temsil yoluyla bir sözleşmenin tarafı olup olamayacağı tartışmalıdır. Ceninin hak ehliyetinin bozucu şarta bağlı olduğunu kabul eden bazı yazarlara göre<sup>57</sup>, cenin ana rahmine düştüğü andan itibaren sözleşme yapma ehliyetine sahiptir ve kanunî temsilcisi onun adına sözleşme akdedebilir. Bu görüşe göre, cenin ölü doğduğu takdirde sözleşme başlangıçtan itibaren hükümsüz kalır. Ancak bu görüş hukukî işlem güvenliğini tehlikeye atacak niteliktedir. Sözleşmenin karşı tarafı sözleşmenin kurulduğu andan itibaren geçerli olduğu inancıyla bazı tasarruflarda bulunacak, ancak cenin ölü doğduğu takdirde bu tasarruflar geçersiz hale gelecektir. Kanaatimizce cenin hak ehliyetini sağ doğum geciktirici şartına bağlı olarak elde edeceğinden, doğumundan önce kanunî temsil yoluyla bir sözleşmeye taraf olamaz. Ancak bu durum ceninin hiçbir biçimde sözleşmeden kaynaklanan bir hak elde edemeyeceği anlamına gelmez. Cenin tarafı olmadığı bir sözleşmenin lehdarı olabileceği gibi, üçüncü kişiyi koruyucu etkili bir sözleşmede sözleşmenin koruma alanına giren kişi de olabilir. İşte bu durumlarda ceninin sağ doğmak şartıyla sözleşmeden doğan bir alacak hakkına sahip olması mümkündür.

#### **a) Ceninin Üçüncü Kişi Yararına Sözleşmenin Lehdarı Olması**

Cenin, üçüncü kişi yararına yapılan bir sözleşmede (BK m. 111) lehdar olabilir<sup>58</sup>. Ceninin tam ve sağ doğum şartı gerçekleşmeden önce

---

<sup>56</sup> İmre/Erman, s. 146.

<sup>57</sup> Kohler-Vaudaux, s. 246.

<sup>58</sup> Mannsdorfer, Embryo and Fetus, s. 552; Kohler-Vaudaux, s. 246; Özsunay, Embryo and Foetus, s. 1304; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 19; Aydın, s. 45. Yarg. 4. HD. 3.2.1959, E. 3273, K. 1565: "(...) Borçlar Kanunu'nun 111'nci maddesi uyarınca



sözleşme ehliyetinin bulunmaması buna engel değildir. Zira üçüncü kişi yararına sözleşmede lehdar, sözleşmeye taraf değildir<sup>59</sup>. Henüz doğmamış bir çocuk yararına akdedilen sözleşmelerin hüküm ve sonuç doğurması, çocuğun sağ doğması geciktirici şartına bağlıdır<sup>60</sup>. Çocuk ancak sağ doğduğu takdirde bu sözleşmeden doğan talep hakkını sözleşmenin borçlusuna karşı ileri sürebilir. Örneğin, cenin lehine hayat veya kaza sigortası sözleşmesi akdedilebilir<sup>61</sup>. Bu durumda borçlu (sigortacı), tehlike, yani kaza veya ölüm gerçekleştiğinde, sigorta tazminatını sağ doğumu halinde cenine ödemeyi üstlenmiş olur<sup>62</sup>. Çocuk sağ doğduğu takdirde, tehlike gerçekleştiğinde, tazminatın kendisine ödenmesini sigortacıdan talep edebilir<sup>63</sup>.

### ***b) Ceninin Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Çerçevesinde Sözleşmeden Doğan Bir Talep Hakkının Bulunup Bulunmadığı Meselesi***

Ceninin anne babasının hekimle kurduğu sözleşmenin<sup>64</sup> cenini koruyucu etkili bir sözleşme<sup>65</sup> olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüşe<sup>66</sup> göre, ana rahmindeki cenin annenin bir parçası sayıldığı için, ana babasının hekim ile kurduğu sözleşmenin koruma alanına dâhil kabul edilemez. Buna karşılık, bizim de katıldığımız görüşe göre, ceninin ana babası ile hekim arasında akdedilen hekimlik sözleşmesi üçüncü kişi konumundaki cenini koruyucu etkili bir sözleşmedir. Zira hekimin bu

*başkası lehine yapılan akitle, ana rahmindeki bir çocuğa (...) bir takım haklar ve menfaatler sağlanabilir.” (Zevkiler/Acabey/Gökyayla, s. 202 dn. 33’den naklen).*

<sup>59</sup> Oğuzman/Öz, s. 828; Eren, s. 1095.

<sup>60</sup> Mannsdorfer, Embryo and Fetus, s. 523.

<sup>61</sup> Mannsdorfer, Embryo and Fetus, s. 55; Aydın, s. 46.

<sup>62</sup> Eren, s. 1096.

<sup>63</sup> Aydın, s. 46.

<sup>64</sup> Hekimin akdettiği tedavi sözleşmesi bir vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir. Şenocak, Özürlü Çocuk, s. 44; Aydın, s. 101.

<sup>65</sup> Üçüncü kişiyi koruyucu sözleşme kavramı hakkında bkz. Oğuzman/Öz, s.824-825.

<sup>66</sup> Büyüksağış, N 868. Bu görüşe yöneltilen eleştiri için bkz. Aydın, s. 112 dn. 239. Kanaatimizce, burada dikkat edilmesi gereken nokta, ceninin ananın bir parçası sayılmasının doğum gerçekleşene kadarki durum olduğudur. Bir kere sağ doğum gerçekleştiğinde cenin geçmişe etkili olarak hak ehliyeti kazanacağından, onun doğumundan önce akdedilen bir sözleşmeden hak elde etmesi mümkündür.

sözleşme çerçevesinde borçlandığı edimin tehlikeleri sözleşmenin karşı tarafı olan gebe kadını etkilediği kadar, bu sözleşmeye taraf olmayan cenini de etkilemekte; bu itibarla, bu sözleşmenin koruma alanına ceninin sağlığı da girmektedir<sup>67</sup>.

Bu çerçevede, cenin ana karnındayken hekimin kusurlu tıbbî müdahalesi sonucunda zarar görmüşse, doğduktan sonra, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme temelinde hekimden sözleşmeye aykırılığa ilişkin hükümlere göre tazminat talep edebilir<sup>68</sup>. Keza hekim ceninde ana rahminde tedavi edilebilecek bir hastalığı özen yükümüne aykırı davranarak teşhis edememişse, bu durumda da doğan çocuk üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme temelinde hekimden sözleşme sorumluluğu esasına göre tazminat talep edebilir<sup>69</sup>.

## **2. Haksız Fiilden Doğan Alacak Hakları**

Cenin, doğumundan önce gerçekleşen bir haksız fiil sebebiyle maddî veya manevî bir zarara uğramışsa, bu zararın tazminini sağ doğmak

---

<sup>67</sup> Şenocak, Özürlü Çocuk, s. 157; Aydın, s. 112.

<sup>68</sup> Şenocak, Özürlü Çocuk, s. 157.

<sup>69</sup> Şenocak, Özürlü Çocuk, s. 157. Hastalığın tedavi edilebilir nitelikte olup, olmamasına göre bir ayırım yapmadan sonuç olarak bu görüşte, Aydın, s. 113. Yargıtay hekimin çocuktaki anomaliyi özen eksikliği sebebiyle tespit edememiş olması durumunda, çocuk lehine sözleşmenin ihlâli sebebiyle tazminata hükmetmektedir. Örneğin bkz. Yarg. HGK, 11.12.2002, E. 13-1011, K. 1047: “davacı E. ile davalılar arasında vekil-müvekkil ilişkisi mevcut olup, davadaki talepler vekillerin vekâlet görevini ifade özen borcuna aykırı davrandıkları iddiasına dayalı bulunmakla, uyuşmazlığa vekâlet hükümleri uygulanmalı (...) Davacı E. 'nin eşi ve çocuğu durumundaki diğer iki davacının iddia ve talepleri yine bu ilişkiye dayalı olduğundan, tümüne aynı hükümlerin uygulanması gerekeceği de açıktır. (...) davalı vekillerin özen borcuna aykırı davranışlarının doğurduğu zararın, davacı küçük A. 'nın doğumu anında bütün unsurları ile ortaya çıkmış bulunduğu kabulü gerekmektedir.” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Yargıtay, bu kararında, anomalili doğan çocuğu, hatalı olarak, ana ile hekim arasındaki vekâlet sözleşmenin tarafı gibi değerlendirmiştir. Sonuç itibarıyla çocuğa vekâlet sözleşmesinden doğan özen borcuna aykırılık sebebiyle tazminat ödenmesine hükmetmiştir. Oysa burada üçüncü kişiyi koruyucu etkili bir sözleşme bulunup bulunmadığı incelenmeliydi. Bu yöndeki eleştiri için bkz. Aydın, s. 113. Ayrıca bu kararda hastalığın zamanında teşhis edilseydi ana karnında tedavi edilebilir olup olmadığı da incelenmemiştir.

şartıyla haksız fiil failinden talep edebilir<sup>70</sup>. Bu tazminat davalarını sağ doğan çocuk adına kanunî temsilcisi açar<sup>71</sup>.

**a) Ceninin Uğradığı Bedensel (Cismanî) Zarar Sebebiyle Tazminat Talep Etmesi**

Cenin, MK m. 28 f. 2 hükmü gereği, sağ doğumla hak ehliyetini geçmişe etkili olarak kazandığı için, cenine karşı işlenen haksız fiiller, sağ doğum şartı gerçekleştiğinde bir kişiye karşı işlenmiş kabul edilmektedir<sup>72</sup>. Bu itibarla cenin ana rahminde iken dış müdahale sebebiyle bedensel zarara uğrarsa, sağ doğduğu takdirde tazminat talep etme hakkına sahiptir<sup>73</sup>. Örneğin, cenin, annenin gebeyken geçirdiği trafik kazası sebebiyle bedensel zarara uğramış olarak dünyaya gelirse, doğduktan sonra, kazaya kusuru ile sebep olan kişiden haksız fiil hükümlerine (BK m. 41 vd.) göre tazminat talep edebilir<sup>74</sup>. Öte yandan, cenin, ana rahmindeyken hekimin kusurlu tıbbî müdahalede bulunması sebebiyle bedensel zarara uğrarsa, doğduktan sonra, yukarıda değindiğimiz gibi üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme temelinde sözleşmenin ihlâlî hükümlerine dayanarak hekimden tazminat talep edebileceği gibi<sup>75</sup>, hekimden haksız fiile dayalı olarak tazminat talep etmeyi de yeğleyebilir<sup>76</sup>. Bedensel zarar sıklıkla fiziksel ve/veya zihinsel olarak özürlü (sakat) doğum biçiminde karşımıza çıkar. Ancak örneğin sezaryenle doğum sırasında neşterin çocuğun yüzüne değerek kalıcı iz bırakması biçiminde meydana gelen zarar da bedensel zarardır.

<sup>70</sup> *Mannsdorfer*, Embryo and Fetus, s. 523; *Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir*, s. 18; *Aydın*, s. 16.

<sup>71</sup> *Özsunay*, Embryo and Foetus, s. 1364; *Tekinay*, s. 208.

<sup>72</sup> *Tekinay*, s. 208.

<sup>73</sup> *Mannsdorfer*, Embryo and Fetus, s. 549-550; *Özsunay*, Embryo and Foetus, s. 1364; *Dural/Öğüz*, s. 20; *Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir*, s. 18; *Arpacı*, s. 8.

<sup>74</sup> *Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir*, s. 18; *Serozan*, s. 91.

<sup>75</sup> Bkz. yukarıda II.B.1.b.

<sup>76</sup> *Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir*, s. 18; *Şenocak*, Özürlü Çocuk, s. 157; *Aydın*, s. 60, 91; *Büyüksağış*, N 805.

Hekim, cenine ana karnında tıbbî bir müdahalede bulunmamış, ancak ceninin gelişimindeki anomaliyi tespit edip, ana babasına bu konuda bilgi vermediği için çocuk özürlü olarak dünyaya gelmişse, çocuğun doğduktan sonra hekime haksız fiil sorumluluğu temelinde başvurmasının mümkün olup olmadığı meselesi üzerinde de durulmalıdır. Burada şöyle bir ayırım yapılmaktadır. Şayet hekim ana rahmindeki ceninin gelişimindeki anomaliyi zamanında tespit etseydi cenine ana rahminde tıbbî müdahalede bulunularak ceninin özürlü doğması engellenebilecek idiyse, çocuk, yukarıda değindiğimiz üzere üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme temelinde sözleşmenin ihlâlî hükümlerine dayanarak hekimden tazminat talep edebileceği gibi<sup>77</sup>, bunun yerine haksız fiil hükümlerine (BK m. 41 vd.) dayanarak da hekimden tazminat talep edebilir. Zira burada hekimin hareketsiz kalmak biçiminde işlediği hukuka aykırı davranış çocuğun özürlü olmasına sebep olmuştur<sup>78</sup>. Buna karşılık, hekim gerekli özeni göstererek zamanında anomaliyi teşhis etseydi dahi çocuğun özürlü olarak doğmasının önüne geçilmesi mümkün değilse, özürlü doğan çocuk hekimi haksız fiil temelinde sorumlu tutamaz. Zira çocuğun özürlü olarak doğması çocuk bakımından bir zarar olarak nitelendirilemediğinden, bu durumda hekimin özen yükümüne aykırı davranışı bir zarara sebep olmuş değildir<sup>79</sup>.

Cenin sağ doğduktan sonra, doğumundan önce bedensel zarara uğramasına (örneğin, özürlü doğmasına) sebep olan haksız fiil failinden maddî zararının tazminini talep edebilir (BK m. 46 f. 1)<sup>80</sup>. Çocuğun erginliğine kadar bakımına, eğitimine ve korunmasına ilişkin giderleri karşılama yükümlülüğü ana ve babasına ait olduğu için (MK m. 327 f. 1),

---

<sup>77</sup> Bkz. yukarıda Bkz. yukarıda II. B.1.b.

<sup>78</sup> Aydın, s. 92.

<sup>79</sup> Aydın, s. 92. Burada hekim, cenin ana rahmindeyken yaptığı kontrollerde teşhis koyamayarak ananın gebeliğini sona erdirme imkânını kullanamamasına ve özürlü çocuğun doğumuna sebep olmuştur. Ancak çocuktaki anomaliye hekimin bir davranışı sebep olmamıştır. Özürlü çocuğun var olmama konusunda bir kişilik hakkı bulunmadığı için, özürlü çocuk, doğumu sebebiyle hekimden haksız fiile dayalı olarak tazminat talep edemez. Şenocak, Özürlü Çocuk, s. 158.

<sup>80</sup> Özsunay, Embryo and Foetus, s. 1364, 1373; Şenocak, Hekimin Sorumluluğu, s. 75; Aydın, s. 60.

erginliğe kadar çocuğun bakımı, eğitimi, korunması için sağlıklı bir çocuğa nazaran fazladan yapılan masrafları çocuk değil, ana ve baba haksız fiil failinden talep edebilir<sup>81</sup>. Buna karşılık, çocuk, erginliğinden sonra bakımı ve tedavisi için gerekli olan masrafların, uğradığı bedensel zarar sebebiyle çalışma gücü tamamen veya kısmen kaybolmuşsa, bundan kaynaklanan kazanç kaybının tazminini haksız fiil failinden talep edebilir (BK m. 46 f. 1)<sup>82</sup>. Cenin sağ doğduktan sonra, doğumundan önce bedensel zarara uğramasına sebep olan haksız fiil failinden, duyduğu acı ve üzüntü sebebiyle manevî tazminat da talep edebilir (BK m. 47)<sup>83</sup>.

### ***b) Ceninin Destekten Yoksun Kalma Tazminatı Talep Etmesi***

Cenine gelecekte bakacak, onun geçimini sağlayacak, yani ona destek<sup>84</sup> olacak kişi, ceninin doğumundan önce bir haksız fiil neticesinde ölmüş olabilir. Bu durumda çocuk, sağ doğduğu takdirde, gelecekteki desteğini yitirdiği için, haksız fiilden sorumlu olan kişiden destekten yoksun kalma tazminatı talep edebilecektir (BK m. 45 f. 2)<sup>85</sup>.

Cenin için destek, onun ana ve babasıdır<sup>86</sup>. Zira sağ doğacak çocuğun bakımı, eğitimi ve korunması için gerekli giderleri karşılamak ana ve babanın görevidir (MK m. 327 f. 1). Cenin ana rahmindeyken babası örneğin, bir cinayet veya bir trafik kazası sonucunda ölebilir. Bu durumda cenin, doğduktan sonra, koşulları gerçekleşmişse, haksız fiil

<sup>81</sup> Aydın, s. 60-61.

<sup>82</sup> Aydın, s. 61.

<sup>83</sup> Özsunay, Embryo and Foetus, s. 1364, 1373; Şenocak, Hekimin Sorumluluğu, s. 77; Aydın, s. 60.

<sup>84</sup> Destek kavramı hakkında bkz. Oğuzman/Öz, s. 565; Eren, s. 721 vd.

<sup>85</sup> Mannsdorfer, Embryo and Fetus, s. 523; Tekinay, s. 208-209; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 201; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 18. Yarg. 4. HD, 23.10.1984, E. 1983/6447, K. 1984/2849: “Olayımızda destek olan baba 7.9.1980 tarihinde ölmüş davacı Belgizar 25.12.1980 günü doğmuştur. Babanın ölüm gününde davacının kişiliği henüz gerçekleşmemiş, cenin halindedir. Sağ ve tam doğum koşulu ile medeni haklardan yaralanacağı, desteğin yitirilmesi nedeniyle maddi ve manevi tazminat isteyebileceği benimsendiğine göre bu hakkı kullanma zamanının başlangıcının sağ ve tam doğumun gerçekleştiği 25.12.1980 gününü kabul etmek gerekir.” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>86</sup> Aydın, s. 40.

failinden destekten yoksun kalma tazminatı talep edebilir. Bazı durumlarda, gebe olan kadının beyin ölümü gerçekleştiği halde, tıbbî destekle ceninin doğumu sağlanabilmektedir<sup>87</sup>. Böyle bir durumda da ana bir haksız fiil sonucunda ölmüşse, çocuk sağ doğmak şartıyla, haksız fiili işleyen kişiden destekten yoksun kalma tazminatı talep edebilmelidir.

Destekten yoksun kalma tazminatının tutarı, ölen kişinin çocuğa sağlayabileceği desteğin muhtemel miktarı kadar olacaktır<sup>88</sup>. Bu tutar hesaplanırken, çocuğun bakım ihtiyacının ne kadar süre devam edeceği, yaşasaydı çocuğa destek olacak olan ana veya babanın kazancının ne kadar olduğu ve çocuğa desteği ne kadar süre devam ettirebilecek olduğu gibi unsurlar göz önünde tutulacaktır<sup>89</sup>.

### **c) Ceninin Bir Yakının Haksız Fiil Sonucu Ölmüş Olması Sebebiyle Tazminat Talep Etmesi**

Ceninin ailesinden biri onun doğumundan önce haksız fiil sonucunda ölmüşse, cenin, doğduktan sonra haksız fiil failinden BK m. 47 uyarınca manevî tazminat talep edebilir<sup>90</sup>. Zira aile fertlerinden birinin

<sup>87</sup> *Mannsdorfer*, Embryo and Fetus, s. 520; *Mannsdorfer*, Schädigung, s. 63-65; *Serozan/Engin*, s. 87.

<sup>88</sup> *Mannsdorfer*, Embryo and Fetus, s. 523.

<sup>89</sup> *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop*, s. 635 vd.; *Oğuzman/Öz*, s. 568 vd.; *Eren*, s. 725 vd.; *Aydın*, s. 43.

<sup>90</sup> *Zevkliler/Acabey/Gökyayla*, s. 201; *Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir*, s. 18; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop*, s. 661. Yargıtay da bu görüştedir. Yarg. 11. HD, 5.4.2010, E. 12224, K. 3776: “Mahkemece (...) Ankara Asliye 6. Ticaret Mahkemesinin maddi ve manevi tazminata ilişkin kesinleşen ilamıyla davalının % 20 oranındaki kusurunun kesinleştiği ve kaza tarihi itibarıyla anne karında olan davacılarından kardeş Hakan B.'ın TMK'nun 28. maddesi uyarınca hak ehliyetinin mevcut bulunduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne (...) karar verilmiştir. (...)Kararı, taraf vekilleri temiz etmiştir. Davaya dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına (...) göre, taraf vekillerinin tüm temiz itirazları yerinde değildir.” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Yarg. 4. HD, 12.10.1983, E. 7784, K. 8331: “Dava trafik kazasından doğan manevi tazminat isteğidir. (...) Ancak kardeşlerden Muhsine, Ramazan, Tokman ve Saime'nin yaşlarının küçük olmaları nedeni ile bir acı duymayacakları benimsenip onların isteklerinin reddine karar verilmiştir. Oysa manevî tazminat yalnız çekilen acılara değil, çekilecek acılara karşılık da takdir olunur. Nitekim

(örneğin, ceninin babasının veya kardeşinin) ceninin doğumundan önce ölmesi, onun doğduktan sonra ailenin ölen bireyi olmadan büyümesine ve bu sebeple acı ve üzüntü duymasına, yani manevî zarara uğramasına sebep olacaktır<sup>91</sup>. Durumun özelliğinin manevî tazminatı gerektirip gerektirmediğine hâkim karar verir (BK m. 47).

### III. CENİNİN MALVARLIĞI MENFAATLERİNİN KORUNMASINA YÖNELİK TEDBİRLER

Kanun koyucu ceninin malvarlığı menfaatlerini korumaya yönelik bazı özel tedbirler öngörmüştür. Burada iki mesele üzerinde durmak gerekir. Bunlardan biri cenine kayyım atanması, diğeri ise mirasçılar arasında cenin varsa mirasın paylaşımının ceninin doğumuna kadar ertelenmesidir.

#### a) Cenine Kayyım Atanması

Ceninin hak ehliyetinin tam ve sağ doğum geciktirici şartına bağlı olduğunu ve ceninin bu şart gerçekleşene kadar kişiliğe sahip olmadığını kabul ettiğimizden, cenin henüz doğmadan onun için kanunî temsilci tâyin edilmesi kural olarak söz konusu olmaz<sup>92</sup>. Ancak bu durumun kanundan doğan bazı istisnaları vardır. Bu istisnalardan biri, evlilik dışında ana rahmine düşen ceninin baba ile arasında soybağının kurulmasına yönelik

---

*bu gibi olaylarda sağ doğması kaydıyla olay gününde ana rahmine düşmüş çocuk yararına dahi böyle bir tazminata hükmedilmesi gerekmektedir. Gerçekten küçük davacılar yaşları itibarıyla olay günü acı çekme durumunda olmasalar bile ileride büyüdükleri zaman kardeşleri Cevahir'in bu şekilde kaybindan ötürü bir ızdırap duyacakları muhakkaktır.”* (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>91</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop, s. 661. Ölenin ailesi, ölen aile bireyine karşı işlenen haksız fiilden yansıma yoluyla manevî zarara uğramaktadır. Oğuzman/Öz, s. 699.

<sup>92</sup> Özsunay, Gerçek Kişiler, s. 20; Dural/Öğüz, s. 19; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 204; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 19; Arpacı, s. 8; Aydın, s. 19. Yarg. 4. HD, 23.10.1984, E. 1983/6447, K. 1984/2849: “Kişilik sağlam ve tam doğumla başladığına göre, yasanın özel biçimde düzenlediği ayrık hal ( MK. nun 298, 377/3. maddesi uyarınca kayyım atanması ve babalık davasının açılması ) dışında, ceninine, bu evrede dava hakkı tanınması, kanunî ( veli ) veya kazaî ( vasi ) temsilci aracılığı ile bu hakkın kullandırılması mümkün değildir ( ... ) Cenin halinde velayet hakkı kullanılmayacağı, vasi atanamayacağına göre dava hakkının kullanılmasından da söz edilemez.” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

olarak babalık davası açmak üzere cenine bir kayyım atanmasıdır (MK m. 301 f. 3; MK m. 303 f. 2). Buna göre, evlilik dışında ana rahmine düşen cenin için babalık davası açmak üzere, onun doğumundan önce, ananın talebi ile hâkim cenine kayyım atayabilecektir<sup>93</sup>. Cenin adına kayyımın babalık davası açabilmesi imkânı, ceninin kişilik haklarının korunması yanında, malvarlığı haklarının korunmasına da hizmet eder<sup>94</sup>. Zira babaya soybağıyla bağlanmanın, mirasçılık gibi malvarlığına ilişkin sonuçları da vardır.

Cenine kayyım atanabilecek diğer bir durum ise MK m. 427 b. 3'te düzenlenmiştir. Buna göre, mirasçılar arasında cenin bulunup da ceninin menfaatleri gerekli kıldığı takdirde, vesayet makamı cenine yönetim kayyımı atayabilecektir<sup>95</sup>. Esas olan ceninin menfaatlerinin ana babası tarafından korunması olduğundan, ancak ana baba ceninin menfaatlerini koruyabilecek durumda değilse veya korumuyorsa kayyım tâyini yoluna gidilecektir<sup>96</sup>. Kayyım burada ceninin terekeye ilişkin menfaatlerinin korunması ile görevli olduğuna göre, yalnız terekenin yönetimi ve korunması için gereken işleri yapabilecektir (MK m. 460 f. 1). Bunun haricindeki işleri yapmak için vesayet makamının izni gerekir (MK m. 460 f. 2)<sup>97</sup>.

### **b) Mirasın Paylaşılmasının Ertelenmesi**

Mirasbırakanın birden çok mirasçısının bulunması durumunda, mirasın mirasçılara geçmesinden paylaşılmasına kadar, mirasçılar arasında terekedeki tüm hak ve borçları kapsayan bir elbirliği ortaklığı meydana gelmektedir (MK m. 640 f. 1 ve f. 2). MK m. 642 f. 1'e göre, "Mirasçılardan her biri, sözleşme veya kanun gereğince ortaklığı

---

<sup>93</sup> *Helvacı*, s. 7 dn. 26; *Gümüş*, s. 161; *Özsunay*, Gerçek Kişiler, s. 20; *Dural/Öğüz*, s. 19; *Zevkliler/Acabey/Gökyayla*, s. 204; *Aydın*, s. 19.

<sup>94</sup> *Aydın*, s. 20.

<sup>95</sup> *Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir*, s. 19; *Zevkliler/Acabey/Gökyayla*, s. 204.

<sup>96</sup> *Deschenaux/Steinauer*, N 1111; *Kohler-Vaudaux*, s. 236; *Mannsdorfer*, Embryo and Fetus, s. 540; *Dural/Öğüz/Gümüş*, s. 430; *İmre/Erman*, s. 452.

<sup>97</sup> *Kohler-Vaudaux*, s. 236; *Dural/Öğüz/Gümüş*, s. 433.



sürdürmekle yükümlü olmadıkça, her zaman mirasın paylaşılmasını isteyebilir.” O halde paylaşma sözleşme veya kanun gereği ertelenebilir.

Mirasın paylaşılmasının kanun hükmü gereği ertelendiği durumlardan biri de mirasçılar arasında cenin bulunmasıdır<sup>98</sup>. MK m. 643 f. 1’e göre “Mirasın açıldığı tarihte, mirasçı olabilecek bir cenin varsa paylaşma doğuma kadar ertelenir.” Bu hüküm emredici niteliktedir<sup>99</sup>. Mirasçılar arasında cenin bulunduğu halde, ceninin doğumu beklenmeden miras paylaşılmışsa, bu paylaşma hükümsüz olduğundan, cenin tam ve sağ doğduğu takdirde tekrar paylaşma talep edilebilir<sup>100</sup>.

Mirasın ertelenmesine sebep olan cenin, kanunî veya iradî mirasçı olabilir<sup>101</sup>. Mirasın paylaşılmasının ertelenmesine sebep olacak cenin kanunî mirasçı olduğu takdirde, onun mirasbırakanın çocuğu olması şart değildir<sup>102</sup>. Ertelemeye sebep olan cenin, mirasbırakanın kendisinden önce ölen kanunî mirasçılarında birinin alt soyu da olabilir. Örneğin, mirasbırakanın oğlu mirasbırakandan önce ve eşi hamileyken ölmüş olup,

<sup>98</sup> Guinand/Stettler/Leuba, s. 262; Kılıçoğlu, s. 312; İnan/Ertaş/Albaş, s. 559.

<sup>99</sup> Mannsdorfer, Embryo and Fetus, s. 530; Dural/Öz, s. 470 dn. 179. Aksi görüşte: Piotet, s. 63; BK-Tuor/Picenoni, Art. 605, N 2; ZK-Escher/Escher, Art. 605, N 2; Kohler-Vaudaux, s. 237. Aksi görüşteki bu yazarlara göre, mirasçılar arasında cenin bulunuyorsa mirasın paylaşılmasının ceninin doğumuna kadar erteleneceği hükmü, düzenleyici bir hükümdür. Bu itibarla, ceninin kanunî temsilcisi dâhil tüm ilgililerin onay vermesi halinde paylaşma ceninin doğumu beklenmeden de yapılabilir. Kanaatimizce, bu son görüş isabetli değildir. Zira MK m. 643 f. 1’de “*cenin varsa paylaşma doğuma kadar ertelenir.*” hükmünü getiren kanun koyucu, mirasın paylaşılmasından önce kimlerin mirasçı olacağını kesin olarak tespit edilmesini amaçlamıştır. Çocuk, sağ doğarsa mirasçı olacaktır; ölü doğarsa, olmayacaktır. Bu durum ancak doğum gerçekleştiğinde belli olacağına göre, kanaatimizce, kimlerin mirasçı olacağını kesin olarak belli olmadığı bir dönemde mirasın paylaşılması bu hükmün amacına aykırıdır. Bu itibarla, MK m. 643 f. 1 hükmü emredici niteliktedir. Bir kanun hükmünün emredici nitelikte olup olmadığının özellikle hükmün amacı araştırılarak tespit edilebileceği konusunda bkz. Oğuzman/Barlas, s. 78.

<sup>100</sup> İmre/Erman, s.452; Dural/Öz, s. 471; Aydın, s. 38. Ceninin kanunî temsilcisinin onayı alınmadan paylaşım yapılmışsa, cenin tam ve sağ doğduğu takdirde paylaşma itiraz edilebileceği görüşünde, BK-Tuor/Picenoni, Art. 605, N 2; Kohler-Vaudaux, s. 238.

<sup>101</sup> Aral, s. 66; İmre/Erman, s. 452.

<sup>102</sup> Aral, s. 66; İmre/Erman, s.452.

mirasbırakan öldüğünde bu hamilelik devam ediyorsa, paylaşma bu ceninin doğumuna kadar ertelenir<sup>103</sup>.

Mirasın paylaşılmasının ertelenmesi için, miras açıldığı anda ana rahminde bulunan bir ceninin varlığı şart mıdır, yoksa mirasçı olabilecek tüpte döllenmiş bir embriyonun varlığı da erteleme için yeterli midir? Bir görüşe<sup>104</sup> göre, paylaşmanın ertelenmesi için mirasbırakanın ölümü anında ceninin ana rahmine düşmüş olması şarttır. Buna karşılık diğer bir görüşe<sup>105</sup> göre, mirasbırakanın ölümü anında ana rahminde bulunmayan, yumurtanın spermle tüpte döllendirilmesi ile oluşmuş mirasçı olabilecek bir embriyo varsa, bu takdirde de mirasın paylaşılması ceninin doğumuna kadar ertelenir. Kanaatimizce, mirasın paylaşılması için her durumda dondurulmuş embriyonun doğumunun beklenmesi şart koşulamaz. Zira embriyo dondurulduğu takdirde, bunun ne zaman ana rahmine yerleştirileceği veya yerleştirilip yerleştirilmeyeceği belirsizdir. Tüpte döllendirilmiş ve dondurulmuş embriyo çok uzun bir zaman sonra ana rahmine yerleştirilebileceği gibi, hiç yerleştirilmeyebilir de. Bu sebeple, mirasın paylaşımına başlamaya ancak tüpte döllenmeyle oluşturulan embriyonun mirasın açıldığı anda ana rahminde bulunuyor olması engel olmalıdır. Bununla birlikte, mirasın paylaşımı tamamlanıncaya kadar dondurulmuş embriyo ana rahmine yerleştirildiği takdirde, paylaşımın tamamlanması ceninin doğumu gerçekleşinceye kadar ertelenmelidir (MK m. 643'e kıyasen). Acaba dondurulmuş embriyo ana rahmine mirasın paylaşımı tamamlandıktan sonra yerleştirilmişse durum ne olacaktır? Tüpte döllenmiş embriyonun ana rahmine yerleştirilip yerleştirilmeyeceğinin belirsiz olması mirasın paylaşılmasını engellememelidir. Ancak bu durum dondurulmuş embriyonun tam ve sağ doğmak kaydıyla döllenme anından itibaren mirasbırakana mirasçı olacağı sonucunu değiştirmez.

---

<sup>103</sup> *İmre/Erman*, s. 452; *Dural/Öz*, s. 470; *Aydın*, s. 38.

<sup>104</sup> *İmre/Erman*, s.452.

<sup>105</sup> *Serozan/Engin*, s. 443; *Aydın*, s. 38.

Tüpte döllenmiş embriyo ana rahmine hiç koyulmazsa mirasın paylaşılmış olması soruna yol açmaz. Buna karşılık, ister paylaşma tamamlanmadan embriyo ana rahmine yerleştirilmiş ancak buna rağmen doğum beklenmeyip paylaşma tamamlanmış olsun, ister paylaşma tamamlandıktan sonra embriyo ana rahmine yerleştirilip sağ doğum gerçekleşmiş olsun, dondurulmuş embriyo sağ doğduğunda mirasçılık sıfatını geçmişe etkili olarak kazanacağından, mirasın paylaşımı hükümsüz kalacaktır<sup>106</sup>. Tüpte döllen embriyonun tam ve sağ doğumundan önce miras paylaşımı tamamlanmışsa, cenin doğduğu anda geçmişe etkili olarak mirasçılık sıfatını kazanacağından, onun miras sebebiyle istihkak davası (MK m. 637) açma hakkının bulunduğu kabul edilmelidir<sup>107</sup>. Bu davada hâkim mirasçılık sıfatıyla ilgili uyuşmazlıkları da çözeceğinden (MK m. 637 f. 2) dondurulmuş embriyodan dünyaya gelen çocuğun, tam ve sağ doğum şartı gerçekleştiği için mirasçılık sıfatını kazandığı tespit edilir. Bu çerçevede davacı çocuk kanunî veya atanmış mirasçı olarak terekeyi veya bazı tereke mallarını elinde bulduran kişilere karşı mirasçılıktaki üstün hakkını ileri sürebilir. Miras sebebiyle istihkak davasının tâbi olduğu zamanaşımı süresi, davacının kendisinin mirasçı olduğunu ve iyiniyetli davalının terekeyi veya tereke malını elinde buldurduğunu öğrendiği tarihten itibaren bir yıl ve her durumda mirasbırakanın ölümünden veya vasiyetnamenin açılmasından itibaren on yıldır (MK m. 639 f. 1). İyiniyetli olmayan davalılara karşı zamanaşımı süresi ise yirmi yıldır (MK m. 639 f. 2). Kanaatimizce, henüz paylaşma tamamlanmadan dondurulmuş embriyo ana rahmine yerleştirilmiş, bu durum bilindiği halde doğum beklenmeden paylaşım tamamlanmışsa, diğer mirasçılar kötünietli kabul edilmeli ve davacı çocuk yirmi yıllık uzun zamanaşımından yararlandırılmalıdır. Buna karşılık, embriyo mirasın paylaşılması tamamlandıktan sonra ana rahmine yerleştirilmiş ve sağ doğmuşsa, bu durumda kendilerine karşı miras

<sup>106</sup> Tüpte döllendirilen embriyonun sağ doğmak kaydıyla, döllenme anından itibaren hak ehliyetini kazanacağını kabul ettiğimiz için, babanın ölümünden sonra embriyonun ana rahmine yerleştirilmiş olması onun mirasçı olmasına engel değildir. *Kohler-Vaudaux*, s. 242.

<sup>107</sup> *Kohler-Vaudaux*, s. 242.

sebebiyle istihkak davası açılacak kişiler kural olarak iyiniyetli kabul edilmelidir. Zira miras paylaşıldığı sırada henüz embriyonun ana rahmine yerleştirilip yerleştirilmeyeceği belirsizdir. Belki de hiçbir zaman gerçekleşmeyecek bir durum için miras paylaşımının ertelenmesi mirasçılardan beklenemez.

## SONUÇ

Çocuğun hak ehliyetini kazanması, onun tam ve sağ doğması kanunî geciktirici şartına bağlıdır. Çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğunda kazandığı hak ehliyeti, etkilerini onun ana rahmine düştüğü andan itibaren, yani geçmişe etkili olarak doğurur. Ancak MK m. 28 f. 2’de yer alan çocuğun “ana rahmine düştüğü an” ifadesi “döllenme anı”, yani “embriyonun oluştuğu an” olarak anlaşılmalıdır. Böylece döllenme yapay olarak tüpte gerçekleştirildiğinde, çocuk tam ve sağ doğduğu takdirde, hak ehliyetini tüpte döllenme anından itibaren kazanabilecektir.

Cenin hak ehliyetinin kapsamına kişilik hakkı gibi şahıs varlığı haklarının yanında, malvarlığı hakları da girer. Cenin, sağ doğmak kaydıyla, kanunî veya iradî mirasçı olabilir (MK m. 582 f. 1), Cenin, ölüme bağlı tasarruf yoluyla mirasçı olarak atanabileceği gibi, cenine belirli mal da vasiyet edilebilir. Ceninin, sonradan sağ doğmak şartıyla mirası art mirasçı sıfatıyla elde etmesi de mümkündür (MK m. 583).

Cenin, hak ehliyetini sağ doğum geciktirici şartına bağlı olarak elde edeceğinden, doğumundan önce kanunî temsil yoluyla bir sözleşmeye taraf olamaz. Ancak cenin üçüncü kişi yararına yapılan bir sözleşmede (BK m. 111) lehdar konumunda olabilir. Ceninin ana babası ile hekim arasında akdedilen hekimlik sözleşmesi üçüncü kişi konumundaki cenini koruyucu etkili bir sözleşmedir. Bu sebeple, sağ doğan cenin, ana karnındayken hekimin kusurlu tıbbî müdahalesi sonucunda zarar görmüşse veya hekim ceninde bulunan ve ana rahminde tedavi edilebilecek bir hastalığı özen yükümüne aykırı davranarak teşhis

edememişse, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme temelinde hekimden sözleşme sorumluluğu esasına göre tazminat talep edebilir.

Cenin, ana rahminde iken dış müdahale sebebiyle bedensel zarara uğrarsa, sağ doğduğu takdirde haksız fiil failinden maddî tazminat (BK m. 46 f. 1) ve manevî tazminat (BK m. 47) talep edebilir. Hekim ana rahmindeki ceninin gelişimindeki anomaliyi zamanında tespit etseydi cenine ana rahminde tıbbî müdahalede bulunularak onun özürlü doğması engellenebilecek idiyse, özürlü doğan çocuk, hekimden haksız fiil sorumluluğu esasına dayalı olarak tazminat talep edebilir. Cenine ileride destek olacak olan ana veya babası cenin doğmadan önce haksız fiil sonucunda ölmüşse, sağ doğan çocuk, haksız fiili işleyen kişiden destekten yoksun kalma tazminatı talep edebilir (BK m. 45 f. 2). Keza ceninin ailesinden biri ceninin doğumundan önce haksız fiil neticesinde ölmüşse, sağ doğan cenin haksız fiil failinden manevî tazminat talep edebilir (BK m. 47).

Evlilik dışında ana rahmine düşen cenin için babalık davası açmak üzere, onun doğumundan önce, ananın talebi ile hâkim cenine kayyım atayabilir. Öte yandan, mirasçılar arasında cenin bulunuyorsa, ceninin menfaatleri gerekli kıldığı takdirde, vesayet makamı cenine yönetim kayyımı atayabilir (MK m. 427 b. 3). Mirasçılar arasında cenin bulunuyorsa, mirasın paylaşımı ceninin doğumuna kadar ertelenir (MK m. 643 f. 1). Sağ doğduğu takdirde mirasçı olabilecek tüpte döllendirilmiş bir embriyonun varlığı, bu embriyo ana rahmine yerleştirilmedikçe, mirasın paylaşımına başlanmasına engel teşkil etmez. Ancak dondurulmuş embriyo mirasın paylaşımı tamamlanmadan önce ana rahmine yerleştirildiği takdirde, paylaşımın tamamlanması ceninin doğumu gerçekleşinceye kadar ertelenmelidir. Tüpte döllendirilen embriyo, mirasın paylaşımı tamamlandıktan sonra sağ doğmuşsa, mirasçılık sıfatını geçmişe etkili olarak kazanacağından, mirasın paylaşımı hükümsüz kalacaktır. Bu durumda, sağ doğan çocuk, kanunî veya atanmış mirasçı

olarak terekeyi veya bazı tereke mallarını elinde bulunduran kişilere karşı miras sebebiyle istihkak davası açabilir.

### **KAYNAKÇA**

**Aral, F.:** Türk Medenî Hukukunda Mirasın Taksimi Davası, Ankara 1979.

**Akipek, J./Akıntürk, T.:** Türk Medenî Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, 1. Cilt, 6. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2007.

**Arpacı, A.:** Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), Beta Yayınevi, İstanbul 2000.

**Aydın, T.:** Kişilik Haklarının Doğum Öncesi Korunması, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2007.

**Bigler-Eggenberger, M.:** Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I (Art. 1-456 ZGB), Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/ Thomas Geiser (Hrsg.) 2. Aufl. Basel 2003, Art. 11. (Kısaltma: BSK- Bigler-Eggenberger).

**Bucher, A.:** Personnes physiques et protection de la personnalité, 4ème éd., Bâle 1999.

**Büyüksağış, E.:** Yeni Sosyo-Ekonomik Boyutuyla Maddî Zarar Kavramı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007.

**Deschenaux, H./Steinauer, P. H.:** Personnes physiques et tutelle, 4. éd., Berne 2001.

**Dural, M./Öğüz, T.:** Kişiler Hukuku, 10. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2010.

**Dural, M./Öğüz, T./Gümüş, M. A.:** Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku, İstanbul 2008.

**Dural, M./Öz, T.:** Türk Özel Hukuku Cilt IV, Miras Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2009.

**Eren, F.:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınevi, 10. Bası, İstanbul 2009.

- Escher, A./Escher A.:** Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band III, Das Erbrecht, Der Erbgang (Art. 537-640), E. Beck (Hrsg.), Zürich 1960. (Kısaltma: ZK-Escher/Escher)
- Gümüş, M. A.:** Türk Medenî Hukukunda Kayyımlik, İstanbul 2006.
- Hatemi, H.:** Kişiler Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992. (Kısaltma: Hatemi, Kişiler Hukuku)
- Hatemi, H.:** Miras Hukuku, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004. (Kısaltma: Hatemi, Miras Hukuku)
- Hausheer, H/Aebi-Müller, R.:** Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 2005.
- Helvacı, S.:** Gerçek Kişiler, 2. Bası, İstanbul 2007.
- İmre, Z./Erman, H.:** Miras Hukuku, 8. Bası, Der Yayınları, İstanbul 2011.
- Guinand, J./Stettler, M./Leuba, A.:** Droit des successions (art. 457-640 CC), 6. éd., Fribourg 2005.
- İnan, A. N./Ertas, Ő./Albaş, H.:** Miras Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008.
- Kılıçoğlu, A.:** Miras Hukuku, Genişletilmiş 3. Bası, Ankara 2009.
- Kohler-Vaudaux, M.:** Le dębut de la personnalitę juridique et la situation juridique de l'enfant ę naître, Zürich 2006.
- Mannsdorfer, T. M.:** "Rights of Embryo and Fetus in Private Law", Rapports suisses pręsentęs au XVIğme Congręs international de droit comparę, Zurich 2002, s. 515-554. (Kısaltma: Mannsdorfer, Embryo and Fetus)
- Mannsdorfer, T. M.:** Pręnatal Schädigung, Freiburg 2000. (Kısaltma: Mannsdorfer, Schädigung)
- Nomer, H.:** Sunî Döllenme Dolayısıyla Ortaya Çıkabilecek Nesep Problemleri, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 545 vd.
- Oğuzman, K./Barlas, N.:** Medenî Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008.
- Oğuzman, K./Selici, Ö./Oktay-Özdemir, S.:** Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), Filiz Kitabevi, İstanbul 2010.

**Oğuzman, K./Öz, T.:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Vedat Kitapçılık, 8. Bası, İstanbul 2010.

**Özsunay, E.:** “Rights of embryo and foetus in private law”, Convergence of legal systems in the 21st century, General Reports delivered at the XVIth International Congress of Comparative Law, Brisbane, Australia, 14-20 July 2002), Extrait, Bruxelles 2006, s. 1275-1413. (Kısaltma: Özsunay, Embryo and Foetus)

**Özsunay, E.:** “Hayatın Başlangıcı ve Sonuna İlişkin En Önemli Hukuksal Sorunlar”, Bülent Davran’a Armağan, İstanbul 1998, s. 2-58. (Kısaltma: Özsunay, Hayatın Başlangıcı)

**Özsunay, E.:** Gerçek Kişilerin Hukukî Durumu, İstanbul 1979. (Kısaltma: Özsunay, Gerçek Kişiler)

**Piotet, Paul:** Droit successoral, Traité de droit privé suisse, Tome IV, Fribourg 1975.

**Riemer, H. M.:** Personenrecht des ZGB, 2. Aufl., Bern 2002.

**Schwander, I.:** Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II (Art. 457-977 ZGB), Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/ Thomas Geiser (Hrsg.) 2. Aufl. Basel 2003, Art. 544 (Kısaltma: BSK-Schwander)

**Sirmen, L.:** Türk Özel Hukukunda Şart, Ankara 1992.

**Serozan, R./Engin, B. İ.,** Miras Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008.

**Serozan, R.:** Çocuk Hukuku, Genişletilmiş 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005.

**Şenocak, Z.:** Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara 1998 (Kısaltma: Şenocak, Hekimin Sorumluluğu)

**Şenocak, Z.:** İstenmeden Dünyaya Gelen Özürlü Çocuk ve Tazminat (Kısaltma: Şenocak, Özürlü Çocuk)

**Tekinay, S.S.:** Medenî Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, İstanbul 1992.

**Tekinay, S.S./Akman, S./Burcuoğlu, H./Altop, A.:** Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, 7. Bası, İstanbul 1993.



**Tuor/Picenoni: Berner Kommentar:** Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Band III: Das Erbrecht. 2. Abteilung: Der Erbgang, Art. 537-640 ZGB, 2. Aufl., Bern 1964 (Kısaltma: BK- Tuor/Picenoni).

**Tuor P./Schnyder B./Schmid J./Rumo-Jungo A.:** Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Aufl., Zürich 2002.

**Zevkliler, A./Acabey, B./Gökyayla, E.:** Medenî Hukuk, 6. Bası, Seçkin Kitabevi, Ankara 2000.

### **KISALTMALAR**

Art.	: Artikel/article
Aufl.	: Auflage
Bd.	: Band
BGE	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BK	: Borçlar Kanunu
BK-	: Berner Kommentar
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CR-	: Commentaire romand
dn.	: dip notu
éd.	: édition/éditeur
E.	: Esas
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
İMK	: İsviçre Medenî Kanunu
JdT	: Journal des Tribunaux
K.	: Karar/Kanunu
m.	: madde
N	: numara
MK	: Medenî Kanun
:	: sayfa
:	: sayı
vd.	: ve devamı
Yarg.	: Yargıtay
ZGB	: Schweizerisches Zivilgesetzbuch



# TÜRKİYE'YE VERİLEN DERECELENDİRME NOTLARININ DOĞRUDAN YABANCI YATIRIM GİRİŞİNE ETKİSİNİN YILLAR İTİBARIYLA İNCELENMESİ

**Dr. Mustafa ERKAN\***  
**Mustafa Yaşar DEMİRCİOĞLU\*\***

## ÖZET

Doğrudan yabancı yatırımlar bir ülkenin ekonomisinin gelişmesinde önemli rol oynarlar. Bundan dolayı devletler yabancı yatırımcıyı ülkelerine çekebilmek istemektedir. Yabancı yatırımcı ülkeye yatırım yapmadan önce ülkenin hukuki, politik ve ekonomik yapısı hakkında bilgiye ihtiyaç duymaktadır. Yatırımcı tarafından ihtiyaç duyulan bu bilgiler uluslararası kredi derecelendirme kuruluşları tarafından verilen kredi derecelendirme notları ile sağlanmaktadır. Bu yüzden ülkelere verilen bu notların doğrudan yabancı yatırım akışı üzerinde ciddi etkisinin olduğuna inanılmaktadır. Uluslararası kredi derecelendirme kuruluşları tarafından Türkiye'ye verilen kredi derecelendirme notlarının doğrudan yabancı yatırım girişine etki edip etmediği bu makalede incelenecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Doğrudan Yabancı Yatırımlar, Uluslararası Kredi Derecelendirme Notları, Türkiye'nin Kredi Derecelendirmesi

---

\* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı.

\*\* Öğretim Görevlisi, Bilecik Üniversitesi; Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Öğrencisi.

## ***EXAMINING THE EFFECT OF THE CREDIT RATINGS REPORTED ON CREDITWORTHINESS OF TURKEY ON FLOW OF FOREIGN DIRECT INVESTMENT YEAR BY YEAR***

### **ABSTRAT**

Foreign direct investments play an important role on a country's economic development. Because of this fact, states want to have flow of foreign investors in their countries. Before investing any capital, foreign investor needs to have information on legal, political and economical structure of the country. The information needed by investors is provided by ratings of international credit rating agencies. Therefore, it has been believed that credit ratings given by credit rating agencies have serious effect on flow of foreign direct investments. The issue of whether credit ratings reported on the credit worthiness of Turkey by international credit rating agencies have any effect on flow of foreign direct investment will be examined in this article.

**Keywords:** Foreign Direct Investments, International Credit Ratings, Turkey's Credit Ratings

### **GİRİŞ**

Doğrudan yabancı yatırımlar ülkelerin ekonomilerinin gelişmesinde önemli araçlardan biri olmuşlardır<sup>1</sup>. Doğrudan yabancı yatırımların yeni istihdam alanları yaratılması, ülkeye sermaye girdisinin sağlanması, rekabet ortamının meydana getirilmesi, bilgi ve teknoloji transferinin sağlanması, uluslararası ekonomik entegrasyonun sağlanması ve yeni pazar alanlarının geliştirilmesi gibi ekonomi üzerinde pozitif etkileri olmaktadır. Doğrudan yabancı yatırımların avantajlarından dolayı birçok devlet gibi Türkiye de doğrudan yabancı yatırımı teşvik etmek istemiştir ve istemektedir. Ancak tarihsel süreç içerisinde ne doğrudan yabancı yatırımların ülkeye girişi konusunda ne de istenilen amaçların

---

<sup>1</sup> Doğrudan yatırımlar hakkında daha detaylı bilgi için bkz. *Tiryakioğlu, B.*, Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması, Ankara 2003, s. 1 vd.

gerçekleştirilmesinde çok başarılı olduğu söylenemez. İstenilen başarının yakalanamamasının nedenleri araştırıldığında iki husus ortaya çıkmaktadır<sup>2</sup>: Birincisi, hukuki problemlerdir<sup>3</sup>. Hukuki problemleri çözebilmek için tarihsel süreç içerisinde çeşitli düzenlemeler yapılmıştır<sup>4</sup>. Bu doğrultuda en son yapılan düzenleme Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu<sup>5</sup> (DYKK)'dur. İkincisi ise, uluslararası yatırımcıların Türkiye hakkında sağlam, doğru ve yeterli bir bilgiye sahip olmamalarıdır<sup>6</sup>. Türkiye Cumhuriyeti, yabancı yatırımcıları bilgilendirme faaliyetlerinde<sup>7</sup> bulunsa bile verilen bilgilerin objektif olmayabileceği düşüncesi yatırımcıda oluşabilmektedir. Bu noktada uluslararası derecelendirme kuruluşlarının önemi ortaya çıkmaktadır. Kredi derecelendirme kuruluşları uluslararası yatırımcıların Türkiye hakkında ihtiyaç duyduğu bilgileri kredi notu formatına dönüştürerek sunmaktadır.

Ülke derecelendirme raporlarının yabancı yatırımcıların yatırım yapacakları ülke tercihleri üzerinde doğrudan etkiye sahip önemli faktörlerden biri olduğu kabul edilir. Zira uluslararası yatırımcının yatırım için önem verdiği çeşitli unsurlar vardır; bunlar yatırımın güvenliği, kar edebilirliği ve nakite dönüştürülüp ülkeden çıkarılabilirliği gibidir. Bu hususların ölçülmesinde uluslararası kredi derecelendirme kuruluşları<sup>8</sup>

---

<sup>2</sup> Erten, R., Türk Hukukunda Doğrudan Yabancı Yatırımlar, *Vatandaşlık, Göç, Mülteci ve Yabancılar Hukukundaki Güncel Gelişmeler, Uluslararası Sempozyum Bildirileri*, 15-16 Mayıs 2009, Anadolu Üniversitesi, Ankara 2010, s. 397.

<sup>3</sup> Erten, s. 397.

<sup>4</sup> Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Ekşi, N., Türkiye'de Yapılan Yabancı Yatırımlara İlişkin Mevzuat Hakkında Genel Değerlendirme, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2005, C. 1, S. 2, s. 169-188.

<sup>5</sup> RG. 17.6.2003/25141.

<sup>6</sup> Erten, s. 397.

<sup>7</sup> Örneğin Başbakanlık Yatırım Ajansı Türkiye'ye yatırım yapmak isteyen yatırımcılara bilgi vermek amacıyla kurulmuştur. (<http://www.invest.gov.tr/en-US/Pages/Home.aspx>), erişim Mart 2011.

<sup>8</sup> Dünyada 130'dan fazla derecelendirme kuruluşu olmakla birlikte uluslararası piyasaya hâkim üç kredi derecelendirme kuruluşu vardır. Bunlar, Moody's, Standard&Poor's (S&P) ve Fitch'dir. Daha detaylı bilgi için bkz. Erkan, M./Demircioğlu, M. Y., Ülke Derecelendirmesinin Ekonomik Kamu Düzeni Üzerine Etkisi, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2010, C.1, S.1, s. (107-130) 108-109; Eren, E., Derecelendirme

tarafından yapılan ülke derecelendirmesinin öneminin büyük olduğu düşünülmektedir.

Bu makalenin amacı; uluslararası derecelendirme kuruluşları tarafından verilen kredi derecelendirme notlarının yabancı yatırımcı üzerindeki etkisini Türkiye örneği üzerinden incelemektir. Bu doğrultuda, öncelikle ülkemizde yürürlükten kalkmış ve yürürlükte olan doğrudan yabancı yatırım mevzuatı hakkında bir değerlendirme yapılacaktır. Daha sonra ise, uluslararası derecelendirme şirketlerinin Türkiye'ye vermiş oldukları kredi notları kronolojik olarak ele alınacak ve bu derecelendirme notlarının doğrudan yabancı yatırımcı girişine olan etkileri istatistikî olarak incelenecektir.

## **I. YABANCI SERMAYEYİ TEŞVİK KANUNUNA GİDEN SÜREÇ**

Doğrudan yabancı yatırımlar Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluş yıllarından itibaren ülkenin temel siyasi ve politik yaşamını birinci derecede etkileyen temel faktörlerden biri olmuştur.

1923-1930 dönemi ekonomi politikası, Şubat-Mart 1923'te yapılan İzmir İktisat Kongresi'nde belli olmuş ve toprak sahipleri ile tüccarların kongrede etkinliği sayesinde 1920'li yıllarda ekonomiye yön verecek ilke ortaya çıkmıştır. Bu ilke; dışa açık-yabancı sermayeye hoşgörülü liberalizm anlayışıdır. Bu dönemde milliyetçi kanadın itirazı; kapitülasyonlara sırtını dayamış yabancı sermayeye olmuştur. Zira o dönemde yabancı sermaye ülkeye hiçbir yatırım yapmaksızın, hükümet ve belediyelerin verdiği imtiyazların % 51'lik kısmına sahip olarak, bankacılık, Türkiye'den hammadde satın alma ve işlenmiş madde satma işlerine ağırlık vererek gücüne güç katmaktadır. 1930'lu yıllara doğru geldiğinde ise ülkedeki gayrimüslimleri ekonomi alanında tasfiye edip

---

Kuruluşları Tarafından Verilen Notlar Sebebiyle Üçüncü Kişilerin Uğrayabileceği Zararlardan Kaynaklanan Sorumluluğun Hukuki Niteliği, *BDDK Bankacılık ve Finansal Piyasalar Dergisi* 2010, C.4, S.2, s. (111-145) 114.

yerine Müslüman Türkleri geçirmek şeklinde bir politika ön plana çıkmaya başlamıştır<sup>9</sup>.

1930'lu yıllardan itibaren geçen süreçte özellikle tek parti döneminde Türkiye dışı kapalı bir ülke olmuş, yabancılarla ve yabancı ülkelerle temas asgari düzeyde gerçekleşmiştir. O kadar ki yabancıların Türkiye'de 15 günden fazla kalmaları hukuken mümkün değildi<sup>10</sup>.

1929 dünya ekonomik buhranının ardından 1930'lu yılların hemen başında devletin ekonomi üzerinde müdahale eğilimleri ağırlık kazanmaya başlamıştır. Liberalizm-devletçilik tartışması, Cumhuriyet'in Osmanlı'dan devraldığı bir mirastır. Amaç; milli bir kapitalizm ve milli bir burjuvazi sınıfı yaratmaktır. Atatürk, İnönü Hükümetlerinin Lozan'dan kalma bir endişe ve alışkanlıkla desteklediği yabancı sermayeye ve dış yatırıma karşı siyasal bakımdan tedbirli politikalarını bazı konuşmalarıyla desteklemişse de aslında daha başından itibaren devletçi iktisadi politikaların başarısından kuşku duymuştur<sup>11</sup>. Atatürk ve İnönü arasında ekonomi alanında var olan bu düşünce ayrılığı ileriki yıllarda daha da belirginleşmiştir. İnönü'nün Başbakanlıktan ayrılması ve yerine İş Bankası Genel Müdürü Celal Bayar'ın atanmasında da ekonomi politikası anlayışındaki görüş ayrılığı birinci derecede etkili olmuştur<sup>12</sup>. Ancak Atatürk'ün ölümü ve İsmet İnönü'nün Cumhurbaşkanı olmasının ardından

---

<sup>9</sup> Aslında bu gidiş, İttihat ve Terakki Fırkasının "Müslüman Burjuvazi" yaratma amaçlı iktisat politikasıydı ve sonuçta Cumhuriyeti kuranlar da ittihatçıydı. *Oran*, B., Türk Dış Politikası, C. 1, b. 13, İstanbul 2008, s. 244.

<sup>10</sup> Daha ayrıntılı bilgi için 29 Haziran 1938 tarihli Ecnabilerin Türkiye'de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun'a bakılabilir. Bu dönemde gerek Atatürk ve gerekse İsmet İnönü yurt dışına hiç çıkmamışlardır. 1934 yılında Pasaport Kanunu ile yurt dışına çıkış harcının 50 kuruştan 25 TL'ye yükseltilmesi uygulaması da yabancı ülkelere bakış açısı bakımından önemlidir. Tek parti döneminde yabancı ülkelere ve yabancılara bakış açısı hakkında daha ayrıntılı bilgi için bakınız; *Koçak*, C., Geçmişiniz İtinayla Temizlenir, b. 1, İstanbul 2009, s. 205-207. (Geçmişiniz).

<sup>11</sup> *Koçak*, Geçmişiniz, s. 228-231.

<sup>12</sup> Bu dönemdeki liberal-devletçi ekonomi anlayış farklılığı hakkında bkz. *Koçak*, C., Türkiye'de Milli Şef Dönemi, b. 3, İstanbul 2007, s. 29 vd. (Milli Şef).

tekrar devletçi politikalara dönüş yönünde politikalar izlenmeye başlanmıştır.

Osmanlı Devleti'nden Lozan Anlaşması ile önemli miktarda borç devralan genç Türkiye, Cumhuriyetin ilk yıllarında yabancı sermayeye karşı oldukça dikkatli davranmıştır. Bu dönemde yapılan millileştirmelerin yanında 1930 yılında çıkarılan 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun<sup>13</sup> ile yabancı sermaye üzerinde sıkı denetim sağlanması, ülkeye yabancı sermaye girişini önlemiştir. II. Dünya Savaşından sonra dünyada görülmeye başlanan serbestleşme akımlarına paralel olarak Türkiye'de yabancı sermayeye karşı daha ılımlı politikalar izlenmeye başlanmıştır<sup>14</sup>.

II. Dünya Savaşından sonra Türkiye'nin ekonomik, siyasal, toplumsal ve sosyo-psikolojik durumu tam bir iç içe girmişlik tablosu göstermiştir. Türkiye 1952 yılında NATO'ya girmiş, savaş sonrası ABD'nin yeni bir dünya düzeni kurma planı çerçevesinde 1946-1953 yılları, dışa hesapsız açılma yılları olarak ortaya çıkmış ve Marshall Planı ile Avrupa açısından bu bölgenin dünya ticaretine açılması, Türkiye açısından ise Avrupa'ya gıda ve hammadde sağlayıcı rolü üstlenilmesi temel politika olarak uygulamaya konulmuştur. 1950 yıllarında çok partili hayata geçişle birlikte ekonomik politikalarda değişiklikler meydana gelmiş ve yabancı sermayenin yeniden teşviki amaçlanmıştır<sup>15</sup>. Bu sebeple 1951 yılında 5821 sayılı Yabancı Sermaye Yatırımları Teşvik Kanunu<sup>16</sup> kabul edilerek belirli yatırım alanları<sup>17</sup> yabancı sermayeye açılmıştır. Ancak bu Kanun'un getirmiş olduğu bazı şartların yabancı yatırımcı açısından cazip görülmemesi nedeniyle yeni bir kanun yapılmasına karar

---

<sup>13</sup> RG. 25.02.1930/1433.

<sup>14</sup> Eren, A., Türkiye Ekonomisi, 2.b, Bursa 2008, s. 223; Türkiye'de yabancı sermaye politikasının gelişimi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Karluk, R., Cumhuriyetin İlanından Günümüze Türkiye Ekonomisinde Yapısal Dönüşüm, b.12, İstanbul 2009, s. 578-581.

<sup>15</sup> Çelikel, A./Gelgel, G., Yabancılar Hukuku, İstanbul 2010, s. 155.

<sup>16</sup> RG. 09.08.1951/7880.

<sup>17</sup> Maden, bayındırlık, ulaştırma ve turizm gibi.



verilmiştir. Bu doğrultuda 1954 yılında Amerikalılara hazırlatılan 6224 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu<sup>18</sup> yürürlüğe girmiştir. Yine aynı yıl yabancı sermayeyi teşvik için Petrol Kanunu<sup>19</sup> da yürürlüğe girmiştir. Bu kanunlar ile yabancı sermayeye pek çok haklar-muafiyetler ve ayrıcalıklar tanınmıştır<sup>20</sup>. Kanundaki bu liberal hükümlere rağmen istenilen miktarda yabancı yatırımcı ülkeye çekilememiştir. Bunun sebebi olarak ise var olan politik, ekonomik, mali istikrarsızlık ve uygulamadan kaynaklanan sıkıntılar olduğu ileri sürülmüştür<sup>21</sup>. Bu kanun 2003 yılında yürürlüğe giren 4875 sayılı DYYK ile yürürlükten kaldırılmıştır.

## II. DOĞRUDAN YABANCI YATIRIMLAR KANUNU VE ÜLKEYE GETİRİSİ

Ülkemizde yabancı yatırımların büyüme, sanayileşme, işsizliğin azaltılması, istihdamın artırılması, milli gelir, ihracatın artırılması gibi temel makroekonomik değerler üzerinde taşıdığı önem nedeniyle<sup>22</sup> ayrı bir kanunla düzenleme ihtiyacı doğmuş olup bu çerçevede 4875 sayılı DYYK çıkarılmıştır<sup>23</sup>. Bu kanun ile doğrudan yabancı yatırımların özendirilmesi, korunması ve uluslararası standartlara kavuşturulması amaçlanmıştır<sup>24</sup>.

---

<sup>18</sup> RG. 23.01.1954/8615.

<sup>19</sup> RG. 16.03.1954/8659.

<sup>20</sup> *Oran*, s. 494.

<sup>21</sup> *Çelikel/Gelgel*, s. 155-156; *Erten*, s.400.

<sup>22</sup> *Kayhan, Ş./Eski, M.*, Uluslararası Ekonomi Hukuku, Ankara 2010, s.84-86. Doğrudan yabancı yatırımlar; ülkeler arası ilişkilerde farklı sonuçlar doğurabilmektedir. Ekonomisi-sanayisi güçlü ülkeler açısından onların lehine sonuçlar doğurduğu kesindir. Ülkelerin de bu tür yatırımları teşvik konusunda ana hedefleri farklılık gösterebilmektedir. Örneğin Kuzey Amerika Serbest Ticaret Antlaşması ile (North American Free Trade Agreement-NAFTA) Amerika, Kanada, Meksika arasında kurulan pazar ile doğrudan yabancı yatırımların bu ülkeler arasında hareketliliği amaçlanmıştır. Ancak bu anlaşma Meksika'nın yoksullaşmasını hızlandırmıştır. Kanada ise ulusal yatırımcısını koruma içgüdüsü ile doğrudan yabancı yatırımları kısıtlayıcı bir politika izlemiştir. *Balkar, C.*, Uluslararası Ekonomik Bütünleşme: Kuram, Politika ve Uygulama AB ve Dünya Örnekleri, İstanbul 2010, s. 444.

<sup>23</sup> Bu Kanun 6224 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu'nu yürürlükten kaldırmıştır.

<sup>24</sup> *Ekşi*, s. 170.

DYYK amaçları doğrultusunda, korunması ve özendirilmesi gereken unsurun ne olduğunu ortaya koyabilmek için, DYYK yabancı yatırımcıyı ve yabancı yatırımı tanımlamıştır.

DYYK'un 2. maddesine göre; yabancı yatırımcı; Türkiye'de doğrudan yabancı yatırım yapan, yabancı ülkelerin vatandaşlığına sahip olan gerçek kişiler ile yurt dışında ikamet eden Türk vatandaşlarını ve yabancı ülkelerin kanunlarına göre kurulmuş tüzel kişileri ve uluslararası kuruluşları kapsamaktadır. Bu tanım ile yurt dışında ikamet eden Türk vatandaşlarının yapmış oldukları yatırımlarda yabancı yatırım kategorisine alınarak Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu'na göre yabancı yatırımcı kavramının kapsamı genişletilmiştir.

Aynı maddeye göre doğrudan yabancı yatırım ise; yabancı yatırımcı tarafından yurt dışından getirilen, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasınca alım satımı yapılan konvertibl para şeklinde nakit sermaye, şirket menkul kıymetleri (Devlet tahvilleri hariç), makine ve teçhizat, sınaî ve fikrî mülkiyet hakları; yurt içinden sağlanan, yeniden yatırımda kullanılan kâr, hâsılat, para alacağı veya malî değeri olan yatırımla ilgili diğer haklar, doğal kaynakların aranması ve çıkarılmasına ilişkin haklar gibi iktisadî kıymetler aracılığıyla; yeni şirket kurmayı veya şube açmayı, menkul kıymet borsaları dışında hisse edinimi veya menkul kıymet borsalarından en az % 10 hisse oranı ya da aynı oranda oy hakkı sağlayan edinimler yoluyla mevcut bir şirkete ortak olmayı ifade etmektedir.

Doğrudan yabancı yatırımlara ilişkin esaslar DYYK'un 3. maddesinde<sup>25</sup> belirlenmiştir. Buna göre; uluslararası anlaşmalar ve özel

---

<sup>25</sup> 4875 sayılı Kanunun 3. maddesinin d fıkrası (“Taşınmaz edinimi yabancı yatırımcıların Türkiye'de kurdukları veya iştirak ettikleri tüzel kişiliğe sahip şirketlerin, Türk vatandaşlarının edinimine açık olan bölgelerde taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı aynı hak edinimleri serbesttir”) Anayasa Mahkemesi'nin 11.03.2008 tarihli E:2003/71- K: 2008/79 sayılı kararı ile iptal edilmiştir. Yabancı yatırımcıların kurdukları ve iştirak ettikleri şirketlerin Türkiye'de taşınmaz edinimleri konusu; 2008 yılında 5782 sayılı Kanun ile Tapu Kanununun 36. maddesinde yapılan değişiklik ile yeniden düzenlenmiştir.

kanun hükümleri tarafından aksi öngörülmedikçe, yabancı yatırımcılar tarafından Türkiye'de doğrudan yabancı yatırım yapılması serbesttir (m. 3/a-1). Bu düzenleme ile Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunundaki izin ve onay sistemi terk edilmiş ve bilgilendirme sistemine geçilmiştir<sup>26</sup>. Bu düzenleme yeni kanun ile yapılan en esaslı değişikliktir<sup>27</sup>. Aynı fıkranın devamında yabancı yatırımcılar yerli yatırımcılarla eşit muameleye tabidi olduklarını ifade ederek yerli yatırımcılara yapılan muamelenin aynısının yabancı yatırımcı için de geçerli olduğunu ifade etmiştir (m. 3/a-2).

Doğrudan yabancı yatırımlar, yürürlükteki mevzuat gereğince; kamu yararı gerektirmedikçe ve karşılıkları ödenmedikçe kamulaştırılmaz veya devletleştirilemez (m. 3/b). Bu düzenleme Anayasamızın 46<sup>28</sup> ve 47<sup>29</sup> inci maddeleri ile teminat altına alınan kamu yararı gerekmedikçe ve karşılıkları ödenmedikçe kamulaştırma/devletleştirme yapılamayacağına ilişkin hükmün DYYK'na yansımadır. Bu yansımanın bir başka nedeni ise ikili ve çok taraflı yatırım anlaşmalarıdır<sup>30</sup>. İkili ve çok taraflı anlaşmalarda devletin egemen

---

<sup>26</sup> Çelikel/Gelgel, s. 159-160; Ekşi, s. 170.

<sup>27</sup> Çelikel/Gelgel, s. 160.

<sup>28</sup> '(Değişik: 3/10/2001-4709/18 md.)Devlet ve kamu tüzelkişileri; kamu yararının gerektirdiği hallerde, gerçek karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve usullere göre, kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idarî irtifaklar kurmaya yetkilidir.

Kamulaştırma bedeli ile kesin hükme bağlanan artırım bedeli nakden ve peşin olarak ödenir. Ancak, tarım reformunun uygulanması, büyük enerji ve sulama projeleri ile iskân projelerinin gerçekleştirilmesi, yeni ormanların yetiştirilmesi, kıyıların korunması ve turizm amacıyla kamulaştırılan toprakların bedellerinin ödenme şekli kanunla gösterilir. Kanunun taksitle ödemeyi öngörebileceği bu hallerde, taksitlendirme süresi beş yılı aşamaz; bu takdirde taksitler eşit olarak ödenir.

Kamulaştırılan topraktan, o toprağı doğrudan doğruya işleyen küçük çiftçiye ait olanlarının bedeli, her halde peşin ödenir.

İkinci fıkrada öngörülen taksitlendirmelerde ve herhangi bir sebeple ödenmemiş kamulaştırma bedellerinde kamu alacakları için öngörülen en yüksek faiz uygulanır.'

<sup>29</sup> 'Kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler, kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde devletleştirilebilir.

Devletleştirme gerçek karşılığı üzerinden yapılır. Gerçek karşılığın hesaplanma tarzı ve usulleri kanunla düzenlenir'.

<sup>30</sup> Ekşi, s. 174.

güç olarak özel mülkiyeti kamulaştırabileceği düzenlenmiştir<sup>31</sup>. Ancak, bu işlemin belirli şartlar dahilinde olması gerekmektedir. Kamu yararının gerektirdiği durumlarda, ayrımcılık yapılmadan, hukuk kaidelerine uyularak ve bedel ödenmek kaydıyla uluslararası hukukta devletler kamulaştırma yapabilirler<sup>32</sup>.

Ülkemizde, yabancı yatırımların ekonomik kamu düzeni<sup>33</sup> açısından taşıdığı önem nedeniyle konu 4875 sayılı DYYK ile düzenleme altına alınmıştır. Söz konusu Kanun Anayasanın 167. maddesinde, devlete, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirlerin alınması, piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmenin önlenmesi, milli tasarrufu ve üretimi artırıcı, fiyatlarda istikrar ve dış ödemelerde dengeyi sağlayıcı, yatırım ve istihdamı geliştirici tedbirlerin öngörüldüğü planlamanın yapılması, yatırımlarda toplum yararları ve gerekleri gözetilmesi ve kaynakların verimli şekilde kullanılması hedefi konusunda verilmiş olan görevin bir yansıması olarak karşımıza çıkmaktadır.

Doğrudan yabancı sermaye yatırımları Anayasanın 5, 48, 166 ve 167. maddelerinde vurgulanan ve ekonomik kamu düzenini tesis eden Türkiye'nin makroekonomik dengeleri üzerinde şu tür etkilere sahiptir<sup>34</sup>.

---

<sup>31</sup> Enerji Şartı Anlaşmasının (ECT) 13 üncü maddesinde; Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşmasının (NAFTA) 1110. maddesinde; 2004 tarihli Amerika'nın model ikili yatırım anlaşmasının 6.maddesinde; daha detaylı bilgi için bkz. *Erkan, M.*, International Energy Investment Law: Stability through Contractual Clauses, Kluwer International Law 2011, s. 65-76.

<sup>32</sup> The World Bank Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment, 31 ILM, 1992, s. 1363; *Reinisch, A.*, "Legality of Expropriations", in *Reinisch, A.*(Ed.) Standards of Investment Protection, Oxford 2008,s. 171-204; *Brownlie, I.*, Principles of Public International Law, 6<sup>th</sup> edn., Oxford 2003, s. 509; *Shaw, M.N.*, International Law, 5<sup>th</sup> edn., Cambridge 2003, s. 738; *Rubins, N/Kinsella, N.S.*, International Investment, Political Risk and Dispute Resolution: A Practitioner's Guide, New York, 2005, s. 177; *Erkan, s. 65-76.*

<sup>33</sup> "Ekonomik kamu düzeni" kavramı hakkında bkz. *Erkan/Demircioğlu*, s. 112-118.

<sup>34</sup> Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz. *Osmanov, K.*, Doğrudan Yabancı Sermaye Yatırımlarının Makroekonomik Etkileri- Türkiye Örneği, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2008, s. 68-74.

Yabancı sermaye yatırımları ülkedeki üretimi artırmakta ve ülke içerisinde bir katma değer oluşturmakta, ülkenin milli gelirine net katkı yaparak ekonomik büyümeye neden olmakta ve GSMH'yi da artırmaktadır. Bu yatırımlarla ülkeye getirilen dövizler uzun dönemde ihracatı artırıcı, ithalatı ikame edici etki yaparak ödemeler dengesinin düzelmesine katkıda bulunmaktadır<sup>35</sup>.

Doğrudan yabancı yatırımlar, ülke ekonomisinde taşıdığı önem nedeniyle Hazine Müsteşarlığı tarafından da izlenmekte ve bu konuya ilişkin bilgi ve istatistikler düzenli olarak yayımlanmaktadır<sup>36</sup>. Doğrudan yabancı yatırımlar ekonomik büyüme ve istihdam üzerinde önemli etkiler doğurduğundan; derecelendirme şirketlerinin inceleme ve notları, yabancı yatırımların yönlendirilmesi yanında ekonomik büyümenin sağlanması açısından da önem taşımaktadır<sup>37</sup>.

### III. DOĞRUDAN YABANCI YATIRIMLAR-ÜLKE DERECELENDİRME NOTLARI İLİŞKİSİ

Son yıllarda kredi derecelendirme kuruluşlarının değerlendirmeleri, gelişmekte olan ülkelerin aldıkları dış yardım ve kredilerin geri ödenmesinde en sağlıklı gösterge olarak kabul edilmektedir. Sadece devletler arasında gerçekleştirilen dış borçlanma piyasasına değil, gelişmiş

---

<sup>35</sup> Seyidoğlu, H., Uluslararası İktisat, s. 616-617; Dolaysız dış yatırımların nedenleriyle ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz. Seyidoğlu, H., Uluslararası Finans, İstanbul 2001, s. 398-399; Bu yatırımların Türkiye Ekonomisi Üzerinde oynadıkları önemli rol hakkında bkz. Gökhan, N., Türkiye'ye Gelen Doğrudan Yabancı Sermaye Yatırımlarının Özellikleri ve Türkiye Ekonomisi Üzerindeki Olası Etkileri, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2007, s. 40-49.

<sup>36</sup> (<http://www.hazine.gov.tr/irj/portal/anonymouse?NavigationTarget=navurl://ece24785e13b51af18464d81e80b65f0&LightDTNKNobID=1728274996>), son erişim Eylül 2010.

<sup>37</sup> Bir ülkede, belirli bir dönemde, üretim kapasitesinde meydana gelen, malların sayısı ve çeşidinin hızla artması ve teknolojik ilerlemenin gerçekleşmesi ile birlikte, kurumsal ve ideolojik yeniden yapılandırmaya dayanan uzun dönemli artışlar “ekonomik büyüme” olarak adlandırılır. Büyümeyle etkileyen birincil faktörler; çoğunlukla sermaye, işgücü ve doğal kaynaklar olarak kabul edilirken, ikincil faktörler ise; ülkedeki mevcut altyapı olanakları, eğitim düzeyi, teknolojik seviye, girişimcilerin sayısı ve niteliği, işgücünün kalitesi, çalışma koşulları ve halkın yenilikleri benimseme kapasitesi olarak sıralanabilir.

ülkelerdeki banka ve fon sahiplerinin gelişmekte olan ülke piyasalarına da fon arz etmelerini sağlayacak bir dayanak noktası olarak görülmeye başlanmıştır. Derecelendirme kuruluşlarının derecelendirme notları doğrudan yabancı sermayenin ülke hakkındaki değerlendirmelerini etkilemektedir<sup>38</sup>.

Ülke derecelendirmesinin yabancı yatırımcılar üzerinde etkileri vardır. Ülkelerin (özellikle gelişmekte olan ülkeler) finansman temini gibi nedenlerden dolayı yabancı yatırımcıya olan ihtiyacı açıktır. Yabancı yatırım ülkeye para girişi açısından önemli bir araçtır. Diğer taraftan ise yabancı yatırımcı, yatırım yapmak ve gelir elde edebilmek için uygun ülkeler arar ve bunun için de uluslararası derecelendirme kuruluşlarının derecelendirmelerine bakarak yatırımlarına yön verir. Başka bir ifadeyle yabancı yatırımcılar karşı karşıya kalacakları transfer riski ve konvertibilite riski açısından yatırım yapacakları ve/veya halihazırda yatırım yapmış oldukları ülkenin risk notuna büyük önem verirler<sup>39</sup>. İyi bir ülke derecelendirmesine sahip bir ülke rahatlıkla ülke dışından finansman temin edebileceği gibi aynı zamanda sahip olunan iyi not, dışarıdan yabancı yatırımcının ülkeye akışını da sağlayacaktır.

Derecelendirme faaliyetinin ülkenin ekonomik kamu düzeninde, makroekonomik dengelerinde, yabancı yatırım girişinde oynadığı önemli rol nedeniyle bu faaliyetlerin Bağımsız İdari Otoritelerin gözetim ve denetimi altında Türkiye'de faaliyette bulunmasına izin verilen ve

---

<sup>38</sup> Çalışkan, V., Kredi Derecelendirme Kuruluşları ve Risk Değerlendirme Kriterleri, *Gazi Üniversitesi İİBF Dergisi* 2002, C.1, s. (53-66) 64; Ayrıca benzer değerlendirmeler için bkz. Örtücü, İ., Kobilerin Halka Açılmalarında Derecelendirme ve Pratik Bir Derecelendirme Modeli Uygulaması, Yüksek Lisans Tezi, s. 18; Halıcı, N. S., Kredi Derecelendirme Şirketleri Kredi Derecelendirmenin Belirleyici ve Etkileri, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Kayseri 2005, s. 38 ve s. 180; Mukatel, L. A., Ülke Derecelendirme Notlarının Borsa Endekslerine Etkisi : İMKB 100 Endeksi Üzerinde Bir Model Denemesi, Yüksek Lisans Tezi İstanbul 2006, s. 87; Meydan, C., Şirket Derecelendirmesi ve Bir Endüstri İşletmesinde Uygulama Örneği, Doktora Tezi, İstanbul 2009, s. 17.

<sup>39</sup> (<http://www.icravasyaratim.com/a-Kategori-96.html>), son erişim Mart 2011.

yetkilendirilen kuruluşlarca yapılmasına izin verilmektedir<sup>40</sup>. Bu kuruluşlar mesleki sorumluluk sigortası yaptırma yükümlülüğü altında bulunmakla birlikte hukuka aykırı eylem ve işlemleri nedeniyle idari para cezası ve listeden çıkarılma müeyyidesi ile de karşı karşıya kalabilmektedir. Aynı zamanda gizlilik, sır saklama yükümlülüğü, şeffaflık, reklam yasağı, tarafsızlık ve bağımsızlık, çıkar çatışmalarından kaçınma gibi temel yükümlülükleri de bulunmaktadır<sup>41</sup>. Bu kuruluşların SPK ve BDDK gözetim ve denetimi altında faaliyette bulunmaları, idari, sosyal ve iktisadi regülasyon gereksiniminin bir sonucudur.

Milli gelirin ve tasarrufların düşük olduğu ülkelerin, iktisadi büyüme sürecinde finansman açığı vermeleri ve büyük boyutlara ulaşan bütçe açıkları uluslararası finansal piyasalara başvurma zorunluluğunu beraberinde getirmektedir. Hükümetlerden veya uluslararası kuruluşlardan sağlanan dış kredilerin politik ve iktisadi açılardan getirdiği kısıtlamalara karşın, uluslararası finansal piyasalardan doğrudan sağlanan kaynaklar bu ülkelere daha esnek bir finansman olanağı vermektedir.

“Gelişmekte olan ülkeler” konumunda olan bu ülkeler finansal piyasalarını hızla geliştirerek, dünya yatırım fonlarının daha büyük bir oranını ülkelere çekmeyi ve uluslararası piyasa hareketlerinden daha fazla pay almayı amaçlamaktadırlar.

Küreselleşme sürecinin hızlı yaşandığı günümüzde standartlar, uluslararası ticarete kullanılan ortak bir dil haline gelmiştir. Uluslararası finansal piyasalara olan sermaye akışı<sup>42</sup>, sermaye piyasalarının banka

---

<sup>40</sup> *Karlık*, s. 431.

<sup>41</sup> *Yaslıdağ*, B., *Kredi Derecelendirme Sistemi*, İstanbul 2007, s. 140-155.

<sup>42</sup> Uluslararası finansal piyasalar; çeşitli nedenlerle kendi ülkeleri dışındaki piyasalardan finansman sağlamayı amaçlayan devlet veya şirketlerle, tasarruflarını, yine çeşitli nedenlerle kendi ülkeleri dışındaki kuruluşlara kullandıran kişi ve kuruluşların bir araya gelerek oluşturdukları piyasalar olarak tanımlanabilir. Uluslararası finansal piyasalar esasen gelişmiş ülkelerin devlet, şirket, kurumsal ve bireysel yatırımcılar tarafından oluşturulmaktadır. *Halıcı*, s. 17.

sektörüyle yer değiştirmesine yol açmış, bu da kredi değerlendirmelerini denizaşırı ülkelerde faaliyete geçirmiştir. Kredi değerlendirmeleri gelişmiş ülkelerin finansal piyasalarına uygulandığı gibi, piyasaları yeni oluşan muhtelif ülkelerde de uygulama alanı bulmuştur. Bu ülkelerde talebin yükselmesiyle birlikte derecelendirme kuruluşlarının sayısı artmaya başlamıştır<sup>43</sup>.

Kredi değerliliğinin derecelendirilmesinde; kredi kuruluşları müşterinin kullanacağı krediyi geri ödeyebilme gücünü veya borçluluğunu temsil eden sermaye piyasası araçlarının anapara, faiz ve benzeri yükümlülüklerini vadelerinde karşılayamama riskini bağımsız, tarafsız ve adil olarak ortaya koyarlar<sup>44</sup>.

Finansal sektör, tasarruflar ve yatırımlar arasındaki “aracılık” hizmetini sunmakta, sağladığı birçok fonksiyon ve servisiyle ekonomik aktiviteye genel olarak pozitif katkı yaparak, yatırımlar için bulunması gerekli kaynak hacmini genişletmekte ve kaynakların tahsisini/dağılımını daha iyi hale getirmektedir<sup>45</sup>. Bu katkıları göz önüne alındığında, finansal kalkınmanın ekonomik büyüme için önemi daha iyi anlaşılmaktadır. Finans sektörünün ekonomik kalkınma bağlamındaki önemi dolayısıyla

---

<sup>43</sup> Alp, Ö., Kredi Derecelendirme Kuruluşlarının Tarihi Gelişimi, Milliyet, 10.10.2007.

<sup>44</sup> BDDK tarafından; 01.01.2006 tarih ve 26333 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanan “Derecelendirme Kuruluşlarının Yetkilendirilmesine ve Faaliyetlerine İlişkin Esaslar Hakkında Yönetmelik” m. 5; Benzer tanımlamalar için bkz. İMKB, Sermaye Piyasası ve Borsa Temel Bilgiler Kılavuzu, İMKB Yayınları, İstanbul 2002, s. 571; *Hacı*, s. 1

<sup>45</sup> İdare, finansal sektörün gereklerine uygun davranarak keyfi ve plansız harcamalardan kaçınacak, kamu yararını en üst düzeyde sağlayacak yatırımlara öncelik verecektir. Dış borçlanma, ülkeye dışarıda bir kaynak girişi sağladığı için ekonomide olumlu bir hava yaratır. Buna karşılık, söz konusu borcun anapara ve faizlerinin ödenmesi sırasında ise olumsuz bir etki meydana gelir. Bu yüzden dış borçlanmanın verimli alanlarda kullanılması çok önemlidir. Ülkenin uluslararası kuruluşlardan ve dış piyasalardan borçlanması büyük ölçüde ülkenin kredi değerliliği ile ilgilidir. Bu yüzden derecelendirme kuruluşları tarafından saptanan risk düzeyi sınırlayıcı bir faktör olabilmektedir. *Cansu*, İ., Türkiye Ekonomisinde İç Borçlanmanın Faiz Oranı Ve Döviz Kuru İle İlişkisi, Yüksek Lisans Tezi, s. 80. Ayrıca bkz. *Sinoplu*, E. B., Sermaye Piyasası Kurulu’nun Uyguladığı İdari Yapıtlar ve Yargısal Denetimi, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2009, s. 57.



finans piyasalarında kullanılan bir aracın yani derecelendirmenin de önemini ortaya koymaktadır<sup>46</sup>.

Kamu otoriteleri tarafından, risk derecelendirmesi yatırımcının korunmasının bir aracı olarak da kullanılmaktadır. Derecelendirme para ve finans otoritelerinin gözetim ve denetim yükünü hafifletme ve bu sayede sürekli kontrol altındaki piyasa mekanizmasının güvenli gelişimi sağlanmaktadır<sup>47</sup>. Derecelendirme faaliyeti; piyasalara şeffaflık getirecek oto kontrol sistemini devreye sokmakta, asimetrik enformasyon ve ahlaki tehlike gibi sorunların azaltılmasında önemli yer teşkil etmektedir<sup>48</sup>.

Derecelendirme ulusal ve uluslararası ölçekte; ekonomiye güvenilir ve istikrar içinde gelişen mali piyasalar kazandırmakta, ekonominin dış kaynak teminini, kolaylaştırmaktadır. Tasarrufların daha kolay mobilize edilmesi (düşük tasarrufların yatırıma dönüşmesi) açısından da derecelendirmenin önemi büyüktür. Yine derecelendirme; ekonomideki genel risk düzeyini sınırlandırırken mali işlemlerin etkinliğini artırmakta ve büyümenin daha etkin finansmanını sağlamaktadır. Menkul kıymetlerin fiyatlarının daha ekonomik ve istikrarlı oluşması da tutarlı, objektif bir derecelendirme faaliyeti ile gerçekleşecektir<sup>49</sup>.

Derecelendirme; menkul kıymet alım - satımında bir tavsiye niteliğinde olmamakla birlikte hızlı referans unsuru oluşturup<sup>50</sup> risk

---

<sup>46</sup> Halıcı, s. 36;

<sup>47</sup> Sermaye Piyasası Kurumu, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, Merkez Bankası vb. kuruluşlara bu bağlamda pek çok idari görevler yüklenmiştir. Aynı yönde görüş için bkz. *Mukatel*, s. 89; *Mumyakmaz*, K., Rating'in ( Derecelendirme ) Finans Sektörü Bakımından Yeri ve Önemi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İktisat Anabilim Dalı İktisat Politikası Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1998, s. 29; *Örücü*, s. 55.

<sup>48</sup> Halıcı, s. 38.

<sup>49</sup> *Mukatel*, s. 86. Ayrıca bkz. *Mumyakmaz*, s. 20-30.

<sup>50</sup> *Tahvil ve bono*, ödünç para sağlamak amacıyla, devlet, kamu kuruluşları ve anonim şirketler tarafından çıkartılan nominal değerleri eşit ve ibareleri aynı olan borçlanma senetleridir. *Devlet borçlanma senetleri* ( *government debt securities* ), devletin bütçe açıklarının veya yeni yatırımların finansmanı amacıyla çıkarmış olduğu borçlanma

tespitinde standardizasyon sağlamakta, menkul kıymet fiyatlarındaki spekülâtif dalgalanmaları sınırlandırıp bir denge unsuru oluşturmaktadır. Derecelendirme, kurumsal ve yabancı yatırımcıların piyasaya girmelerini teşvik ederek uluslararası piyasalarla entegrasyonu ve bütünleşmeyi kolaylaştırmakta ve uzun vadeli yatırım eğilimini güçlendirmektedir<sup>51</sup>. Özetle, derecelendirme sermaye piyasalarının güvenilirliği ve sağlıklı gelişimi için temel ve zorunlu bir unsurdur. Derecelendirme şirketleri, organize piyasalarda borçlanma araçlarının riskliliği hakkında üçüncü şahıs olarak görüş bildirerek, asimetrik bilgilendirmenin önlenmesi, piyasa etkinliğinin ve şeffaflığın artırılması gibi fonksiyonları yerine getirirler<sup>52</sup>.

---

senetlerinin genel adıdır. İMKB, Sermaye Piyasası ve Borsa Temel Bilgiler Kılavuzu, İMKB Yayınları, Temmuz 2002, s. 9-10 ve s. 154-156.

<sup>51</sup> *Derecelendirme kuruluşlarının bu işlevlerini sağlıklı olarak yerine getirebildiklerini iddia edebilmek zordur. "ABD'de yaşanan ekonomik bunalım ve mortgage krizi ve Amerikan ekonomik kamu düzeninde yaşanan sarsıntı kredi derecelendirme kuruluşlarını tekrar tartışma konusu haline getirmiştir. Mortgage sözleşmelerinde "kredi ödenemediği takdirde ancak söz konusu konuta el koyma" yoluna gidebilme yetkisi veriliyordu. Kredi müşterileri konut fiyatları düşünce konut kredilerini ödemek yerine konutları bankalara terketmeyi daha avantajlı buldu. Konuyu finansal krize getiren durum ise bankaların ellerinde bulunan kredi alacaklarını teminat gösterip tahviller çıkarması ve bu tahvillerin de tahvil borsasında işlem görmesiyle oluştu. Kredi piyasalarındaki bozulmayı görmeyen ya da görmek istemeyen kredi derecelendirme kurumlarının (Fitch, Standart&Poors, Goldman Sachs) tahvillere yüksek not vermeleriyle durum daha vahim bir hal almıştır. Kredilerin geri ödenmemesi tahvil borsasının çökmesine neden olmuştur. Elleri tahvil olan ve verdikleri kredileri tahsil edemeyen bankalar krizle birlikte tek tek ya iflas ya birleşme ya da devlet tarafından satın alınma yolunu seçmişlerdir. Elleri bu tahvilleri tutan Avrupa menşeli bankalar da zor duruma düşerek kendi devletleri tarafından batmamak için desteklenmişlerdir. İlk dalganın ardından ABD Senatosu 700 milyar dolarlık bir destek paketini onaylamış ancak krizin yaralarını saramamış, bilakis kriz daha da derinleşerek tüm dünya piyasalarını olumsuz etkisi altına almıştır". Aydın, Ekonomik Güvenlik, s. 43.*

<sup>52</sup> *Mumyakmaz, s. 24-25. ; Mukatel, s. 87; Halıcı, s. 38.*

#### IV. TÜRKİYE CUMHURİYETİ HÜKÜMETLERİNİN DERECELENDİRME GÖRÜNÜMLERİ<sup>53</sup> VE NOTLARI<sup>54</sup>

##### A- 49. Hükümet ( Dyp-Shp Koalisyon) Dönemi

Bu dönem; 21 Kasım 1991 – 25 Haziran 1993 tarihleri arasında kapsamakta olup<sup>55</sup> söz konusu dönemde Moody's, 1 Mayıs 1992'de Türkiye'nin notunu Baa3 olarak açıklamıştır<sup>56</sup>.

##### B- 50.Hükümet (Dyp-Shp Koalisyon) Dönemi

Bu dönem; 25 Haziran 1993 – 5 Ekim 1995 tarihleri arasında kapsamaktadır<sup>57</sup>. 1994 yılında yurtdışından spekülâtif sıcak para girişi,

<sup>53</sup> Genel görünüm derecelendirmesi; Pozitif, Negatif, Durağan ve Hareketli kavramları ile ifade edilmektedir. Pozitif görünüm; derecenin artırılabilceği, Negatif görünüm ise düşürülebileceği anlamındadır. Durağan görünüm; derecenin muhtemelen değişmeyeceği durumu ifade ederken Hareketli görünüm ise; derecenin artırılabilceği ya da düşürülebileceği durumu ifade eder. *Yashıdağ*, s. 188.

<sup>54</sup> AAA, AA, A ve BBB kategorileri; yatırım yapılabilir seviyeleri göstermektedir. AAA; en yüksek kredi kalitesidir ve finansal yükümlülüklerin yerine getirilmesi kabiliyeti son derece yüksektir. (AA +, AA, AA-); kredi kalitesi ve finansal yükümlülükleri yerine getirme kabiliyeti yüksektir. Ekonomideki ani değişiklikler; yatırım riskini önemli sayılamayacak miktarda artırabilir. (A+, A, A-); finansal yükümlülükleri yerine getirme kabiliyeti yüksek ancak olumsuz ekonomik koşul ve değişimlerden etkilenebilir seviyedir. (BBB+, BBB, BBB-); Finansal yükümlülükleri yerine getirme kabiliyeti yeterli ancak olumsuz ekonomik koşul ve değişimlerden etkilenebilir riski fazla seviyedir. (BB,B,CCC,CC, C); kategorisi spekülâtif derecelerdir. (BB+, BB, BB-); asgari seviyede spekülâtif özelliklere sahip, kısa vadede tehlikede olmamakla birlikte finansal ve ekonomik koşulların yarattığı belirsizlikle yüz yüze durumu gösteren seviyelerdir. (B+, B, B-); Şua anda finansal yükümlülükleri yerine getirme kapasitesine sahip ancak olumsuz ekonomik ve finansal koşullara karşı son derece hassas durumu gösteren seviyelerdir. CCC; Yatırım yapılabilir seviyenin oldukça altında ve tehlikeli finansal ve ekonomik duruma sahip seviyedir. CC; finansal yükümlülükleri ödeyememe seviyesi yüksek ve tehlikeli ekonomik ve finansal durumu gösterir. C; En spekülâtif derecedir. Risk çok yüksektir. D; temerrüt durumudur. Anapara ve faiz ödemelerinin yapılmadığını göstermektedir. *Yashıdağ*, s. 179-180.

<sup>55</sup> *Balcı, Ö.*, Türkiye Cumhuriyeti Hükümetleri'nin Ekonomik Kalkınma Yaklaşımları ve Performansları, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007, s. 168.

<sup>56</sup> Bakır, A., Bankaların Risk Derecelendirmesi ve Basel II Kriterlerinin Türk Bankacılık Sistemine Maliyeti, Yüksek Lisans Tezi, Malatya 2009, s. 139; *Meydan*, s. 9 Tablo 1.1.

yurt içi döviz talebinin artması ve hızlı devalüasyon sonucu ekonomik kriz meydana gelmiştir<sup>58</sup>. Ocak 1994'te Moody's, Türkiye'nin derecelendirme notunu Ba1-spekülatif dereceye indirmiş<sup>59</sup>, S&P ise Türkiye'nin ülke notunu 14 Ocak 1994'te BBB -'ye, 22 Mart 1994'te de BB'ye düşürmüştür<sup>60</sup>. Not indirimlerinin piyasalarda büyük olumsuz etki yarattığı muhakkaktır. Bu dönemde Moody's iki kez (Nisan ve Haziran aylarında) daha Türkiye'nin ülke notunu incelemeye alarak Ba3 'e düşürmüştür. 5 Nisan kararları<sup>61</sup> (istikrar programının açıklanması, mevduatların % 100 devlet garantisi altına alınması, yaşanan devalüasyon sonucunda ihracatın artmaya, ithalatın azalmaya başlaması) da S&P'nin 29 Nisan 1994'te Türkiye'nin notunu B +'ya düşürmesine engel olamamıştır<sup>62</sup>. Fitch, Türkiye derecelendirme notunu 10 Ağustos 1994'te B olarak vermiştir<sup>63</sup>.

### C- 51, 52 Ve 53. HÜKÜMETLER DÖNEMİ

5 Ekim 1995 – 30 Ekim 1995 arasındaki 51. Hükümet<sup>64</sup> (DYP), 30 Ekim 1995 – 6 Mart 1996 arasındaki 52. Hükümet<sup>65</sup> (DYP – CHP) ve 6 Mart 1996 – 28 Haziran 1996 arasındaki 53. Hükümet<sup>66</sup> (ANAP – DYP) dönemlerinde Türkiye'nin ülke derecelendirme notları değişmemiştir. Ancak 1995 yılı başından itibaren hükümet, hızlı büyüme amacından

---

<sup>57</sup> Süleyman Demirel'in Cumhurbaşkanı seçilmesi üzerine Hükümet Tansu Çiller tarafından kurulmuştur. *Balcı*, s. 173.

<sup>58</sup> Nisan 1994 krizi ve alınan istikrar önlemleri hakkında bkz. *Parasız*, İ., Türkiye Ekonomisi, s. 457-511.

<sup>59</sup> *Bakır*, s. 41.Tablo2.

<sup>60</sup> *Bakır*, s. 40.Tablo1.

<sup>61</sup> 1992 ve 1993 yılında giren kısa vadeli sermaye 1994 yılında çıkmış ve 1994 krizinin en önemli nedenlerinden biri olmuştur. Nisan 1994'de IMF standby (istikrar) anlaşması ile desteklenen büyük bir ekonomik istikrar programı yürürlüğe konulmuştur. *Balcı*, s. 180.

<sup>62</sup> *Mukatel*, s. 100; *Bakır*, s. 40.Tablo1.

<sup>63</sup> *Mukatel*, s. 100.

<sup>64</sup> Cumhurbaşkanı hükümeti kurma görevini Tansu Çiller'e vermiş ancak hükümet güvenoyu alamamıştır. *Balcı*, s.173.

<sup>65</sup> Tansu Çiller Başbakanlığında kurulan III. Çiller Hükümetidir. *Balcı*, s. 174.

<sup>66</sup> III. Çiller Hükümetinin mecliste çoğunluğu kaybetmesi üzerine yeni hükümet ortak bir koalisyon protokolünde anlaşan ANAP ve DYP arasında kurulmuş ve Mesut Yılmaz ikinci kez başbakan olmuştur. *Balcı*, s. 183.

vazgeçmiştir. 1995 yılı sonunda yapılan erken seçim, IMF Stand-by görüşmelerinin 1996 başında sona ermesi ve gümrük birliğine giriş Türk Ekonomisindeki belirsizlikleri iyice artırmıştır<sup>67</sup>.

#### **D- 54. Hükümet (Rp-Dyp Koalisyon) Dönemi**

28 Haziran 1996 – 30 Haziran 1997 arasındaki 54. Hükümet döneminde<sup>68</sup> (RP – DYP) Türkiye'nin S&P tarafından verilmiş ülke notu B + 'dan B'ye düşmüştür. Bu dönemde S&P'nin Türkiye'nin ülke notunu düşürmesi piyasalarda fazla bir olumsuz etki yaratmamış, herhangi bir ekonomik kriz yaşanmamıştır. 1997 yılı ortasında Asya ekonomik krizi, 1998 yılı Ağustos ayında da Rusya'da ekonomik kriz yaşanmıştır. Türkiye üzerinde Rusya krizinin etkisinin Asya krizinden daha fazla olduğu görülmektedir<sup>69</sup>. Susurluk olayı, Erbakan'ın Libya ziyareti, irticai faaliyetler ve 28 Şubat kararları ile Refah Partisi hakkında açılan kapatma davası bu dönemde Türkiye'de yaşanan siyasal krizler olarak ortaya çıkmıştır.

#### **E- 55. Hükümet (Anap-Dsp-Dtp-Bağımsızlar) Dönemi**

1994 Meksika, 1997 G. Doğu Asya ve 1998 Rusya Krizleri Dünya genelinde küresel çalkantılara yol açmıştır. Asya ve Rusya krizleri sırasında tüm gelişmekte olan piyasalarda yaşanan yavaşlama ve dış borçlanmanın pahalılaşması Türkiye ekonomisine yük getirse de, 30 Haziran 1997 – 11 Ocak 1999 arasındaki 55. Hükümet (ANAP – DSP – DTP – Bağımsızlar) döneminde<sup>70</sup> ülke derecelendirme notları açısından herhangi bir düşüş yaşanmamıştır. Bu dönemde, Türkiye'nin ülke görünümü S&P tarafından 10 Ağustos 1998'de "pozitif'e yükseltilmiştir<sup>71</sup>. Türkbank ihalesi ve Refah Partisi hakkında yaşanan

---

<sup>67</sup> *Parasız*, s. 525.

<sup>68</sup> *Balcı*, s. 184.

<sup>69</sup> *Mukatel*, s. 101.

<sup>70</sup> Mesut Yılmaz Başbakanlığında kurulan hükümettir. *Balcı*, s. 186.

<sup>71</sup> *Mukatel*, s. 102.

siyasi tartışmalar bu dönemde de Türk siyasi ve ekonomik yaşamına yön vermeye devam etmiştir.

#### **F- 56. Hükümet Dönemi**

56. hükümet döneminde Türkiye'nin ülke derecelendirme notu değişmemiştir<sup>72</sup>. Bu dönemde Bülent Ecevit başbakanlığında bir seçim hükümetine razı olunmuştur. Abdullah Öcalan'ın Kenya'dan Türkiye'ye getirilişi bundan sonraki siyasi gelişmelere zemin hazırlayacak bir olay olmuştur.

#### **G- 57. Hükümet Dönemi<sup>73</sup>**

57. hükümet döneminin ilk bölümünde Türkiye ekonomisi iyileşme trendine girmiş, 25 Nisan 2000'de S&P Türkiye'nin ülke notunu B'den B +'ya yükseltmiştir. Ancak, 2000 Kasım – 2001 Şubat aylarında Türkiye tarihinin en büyük ekonomik krizlerinden birini yaşamıştır<sup>74</sup>. 2000 Kasım krizinden sonra S&P Türkiye'nin ülke notunu düşürmemiş, ancak "Pozitif" görünümü "Durağan"a çevirmiştir. 21 Şubat 2001'de S&P, Türkiye'nin kredi notunu "olumsuz eğilim" ile izlemeye almıştır. Sebep olarak, dönemin Cumhurbaşkanı ile Başbakanı arasında Milli Güvenlik Kurulu'nda yaşananlara atıfta bulunulup, IMF tarafından da desteklenen ekonomik program ve hükümetin geleceği konularında risklerin artması gösterilmiştir. S&P tarafından, Türkiye'de izlenen ekonomik reform programı içinde kamu bankalarının yeniden yapılandırılması ve Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu (TMSF) kapsamındaki bankaların satılması konusunun "hayati" olduğunu belirtilmiştir<sup>75</sup>. 21 Şubat 2001'de Moody's de Türkiye'nin ülke notunu değiştirmemiş, B1 olarak teyit etmiş, ancak "görünüm"ü "pozitif'ten "durağan"a çevirmiştir<sup>76</sup>. Fitch, 22 Şubat

---

<sup>72</sup> Mukatel, s. 102.

<sup>73</sup> Türkiye Cumhuriyeti 57. Hükümeti, Cumhurbaşkanı Süleyman Demirel tarafından hükümet kurmak üzere görevlendirilen DSP Genel Başkanı Bülent Ecevit tarafından MHP ve ANAP ile koalisyon hükümeti kurulması suretiyle gerçekleştirilmiştir.

<sup>74</sup> Şubat 2001 krizi hakkında bkz. *Parasız*, s. 579 vd.

<sup>75</sup> Mukatel, s. 104.

<sup>76</sup> Mukatel, s. 104.

2001'de Türkiye'nin BB – olan uzun vadeli yabancı para cinsinden kredi notunu değiştirmemiş, uzun vadeli TL cinsinden Türkiye'nin kredi notunu BB'den B +'ya düşürmüştür. Fitch, 2 Nisan 2001'de Türkiye'nin ülke notunu B +'ya, 2 Ağustos 2001'de ise negatif görünümlü olarak B'ye düşürmüştür<sup>77</sup>. Moody's, söz konusu dönemde halihazırda düşük olan B1 ülke notunda bir değişiklik yapmamıştır. 2000 ve 2001 yıllarında yaşanan ekonomik krizlerle birlikte Türkiye'nin ülke notu S&P tarafından 23 Şubat 2001'de bir kademe düşürülerek B +'dan negatif görünümü ile B'ye, 16 Nisan 2001'de bir kademe daha düşürülerek negatif görünüm ile B –'ye indirilmiştir<sup>78</sup>.

#### **H- 58. Hükümet Dönemi<sup>79</sup>**

18 Kasım 2002 – 14 Mart 2003 arasındaki 58. Hükümet döneminde Türkiye'nin derecelendirme notunda bir değişiklik olmamıştır<sup>80</sup>.

#### **İ- 59. Hükümet Dönemi<sup>81</sup>**

59. Hükümet döneminde S&P, 28 Temmuz 2003'te Türkiye'nin ülke notunu B –'den B'ye, 16 Ekim 2003'te B +'ya, 17 Ağustos 2004'te BB –'ye yükseltmiş, Ocak 2006 itibarıyla “görünümü” de ilave bir not artırımını öngörüsüyle “pozitif”e almıştır<sup>82</sup>. Fitch 2 Ağustos 2001'de B olarak verdiği Türkiye ülke notunu önce 25 Mart 2003'te B – 'ye düşürmüş, daha sonra aynı notu 25 Eylül 2003'te B'ye, 9 Şubat 2004'te B

---

<sup>77</sup> *Bakır*, s.9 Tablo.4; *Meydan*, s. 9.Tablo.1.1.

<sup>78</sup> *Meydan*, s. 9. Tablo. 1.1; *Mukatel*, s. 104-105,

<sup>79</sup> 58. Hükümet, Abdullah Gül Başkanlığında kurulmuştur. 3 Kasım 2002 Genel Seçimlerinde Adalet ve Kalkınma Partisi'nin tek başına iktidara gelmesinden sonra, AKP Genel Başkanı Recep Tayyip Erdoğan'ın siyaset yasağı yüzünden hükümet Abdullah Gül tarafından kurulmuştur.

<sup>80</sup> Bkz. İlgili tablolar; *Bakır*, s. 40-42; *Mukatel*, s. 106; *Meydan*, s. 9.

<sup>81</sup> AKP Genel Başkanı Recep Tayyip Erdoğan'ın 9 Mart 2003 tarihinde Siirt ilinde yapılan Milletvekili Yenileme Seçimi'nde milletvekili seçilmesinden sonra Abdullah Gül Başbakanlığındaki 58. Hükümet'in istifası üzerine Tayyip Erdoğan Başbakanlığında 14 Mart 2003 tarihinde 59. Hükümet kurulmuştur.

<sup>82</sup> *Bakır*, s. 40 Tablo 1.

+’ya, 13 Ocak 2005’de ise BB – ’ye yükseltmiştir<sup>83</sup>. 1997’den itibaren Türkiye’nin yabancı para cinsinden uzun vadeli borçlanma notunu B1’de tutan Moody’s de uzun bir beklemeden sonra 14 Aralık 2005’de bu notu Ba3’e yükseltmiştir<sup>84</sup>. Mayıs 2006 tarihinde Moody’s Türkiye’nin ülke tavan notunu Ba3’ten Ba1’e yükseltmiştir<sup>85</sup>.

### **İ- 60.Hükümet Dönemi<sup>86</sup>**

2007-2008 yıllarında Türkiye’de Cumhurbaşkanlığı seçimi sürecinde yaşanan belirsizlik, seçimler nedeniyle artan siyasi bunalım ve kargaşa, Irak’a kara harekatı ihtimali, Adalet ve Kalkınma Partisinin kapatılması endişesi ve bütün bunların yanında küresel finansal piyasalarda yaşanan olumsuzluklar kredi derecelendirme kuruluşlarının Türkiye hakkındaki görüşlerini olumsuz etkileyen ve görünümünün pozitiften durağana ve negatife çevrilmesine neden olan temel faktörler olarak karşımıza çıkmıştır. Eylül 2008-2010 döneminde aralarında Yunanistan, İspanya, Portekiz, İrlanda ve Rusya’nın da bulunduğu yaklaşık 40 ülkenin kredi notunun toplamda 100 kez düşürülürken bu dönemde Türkiye bu dönemde notu artırılan 14 ülkeden biri olmuştur<sup>87</sup>.

S&P Türkiye’nin (BB-) olan derecelendirme notunu 19.02.2010 tarihinde (BB) olarak açıklamıştır. Ancak bu not halen, (BBB-) olan “yatırım yapılabilir” seviyenin 2 kademe altındadır<sup>88</sup>. Moody’s ise 2010 yılı itibarıyla Türkiye’nin notunu (Ba2) olarak açıklamış olup bu not da (Baa3) olan yatırım yapılabilir seviyenin 2 kademe altındadır<sup>89</sup>.

Fitch’in ise Türkiye hakkında açıkladığı son derecelendirme notu (BB+) olup bu not da “yatırım yapılabilir” seviye olan (BBB-)’nin bir

---

<sup>83</sup> *Karlık*, s. 432; *Bakır*, s. 42. Tablo 4.

<sup>84</sup> *Karlık*, s. 432; *Mukatel*, s. 106.

<sup>85</sup> *Bakır*, s. 41. Tablo. 2.

<sup>86</sup> 60. Hükümet 22 Temmuz 2007 Genel Seçimleri’nden sonra Recep Tayyip Erdoğan’ın Başbakanlığında kurulmuştur.

<sup>87</sup> *Zaman*, 16.01.2010.

<sup>88</sup> (<http://www.ntvmsnbc.com/id/25059792/>)

<sup>89</sup> *Star* 20.02.2010.



kademe altında bulunmaktadır. Euro Bölgesi'nin kredi notu en düşük üyesi, son yaşanan ekonomik krizle birlikte Yunanistan'dır. 2010 yılında Yunanistan'da yaşanan ağır ekonomik bunalım sonucu Haziran 2010 Moody's Yunanistan'ın kredi notunu 4 kademe indirerek A3'ten Ba1 seviyesine çekmiştir. Yunanistan, not indirimine rağmen hala Türkiye'nin Ba2 olarak açıklanan Türkiye'nin kredi notunun üzerinde yer almaktadır<sup>90</sup>. Türkiye'nin derecelendirme notu S&P ve Fitch'e göre Macaristan'dan 2 kademe, Moody's e göre ise 4 kademe düşük seviyededir. Türkiye'nin İzlanda, Yunanistan ve Mısır gibi ülkelerin gerisinde, Ürdün ile ise aynı kategoride yer almaktadır<sup>91</sup>.

Türkiye'nin derecelendirme notları uzun yıllardan bu yana tartışmalı bir seyir izlemiştir. Anayasa referandumu sonrası 15 Eylül 2010 tarihinde; Türkiye'ye kredi notunu yatırım yapılabilir seviyenin iki kademe altında "BB" seviyesinde tutan S&P, notun görünümü ise "pozitif" olarak belirleyen Standard & Poor's, küresel kriz sırasında Türkiye ekonomisinin dayanıklılık sergilediğini ve Türkiye'nin dış finansmana daha az dayanarak daha önceki büyüme seviyelerine ulaşması halinde kredi notunun gelecek 12-24 ay içinde artırılabilirliğini açıklamıştır<sup>92</sup>. Moody's ise bu dönemde Türkiye'de yetersiz olan vergi toplama kapasitesi nedeniyle mali gücünün zayıf olduğunu vurgulamış ve referandum sonuçlarının tek başına not artışı için yeterli olmayacağını belirtmiştir<sup>93</sup>. 15 Nisan 2011 tarihinde S&P tarafından [Türkiye](#)'nin uzun vadeli [döviz](#) cinsinden "BB" olan [kredi](#) notu teyit edilmiş, "pozitif" olan görünüm ise değiştirilmemiştir<sup>94</sup>.

---

<sup>90</sup> Zaman, 16.06.2010.

<sup>91</sup> Milliyet, 20.02.2010.

<sup>92</sup> Zaman 16.09.2010.

<sup>93</sup> (<http://www.sabah.com.tr/Ekonomi/2010/09/15/moodys>).

<sup>94</sup> Son 3 yılın derecelendirme notlarının medya değerlendirmeleri ve eleştirileri hakkında bkz.; Posta, 15.04.2011; Hürriyet 02.03.2011, 31.01.2011, 04.12.2010, 25.11.2010; Milliyet 04.06.2010, 11.05.2010, 17.06.2010, 19.04.2007; Zaman 12.05.2011, 10.05.2011, 28.04.2011, 25.04.2011, 19.04.2011, 19.04.2011, 16.04.2011, 16.03.2011, 08.03.2011, 03.03.2011, 02.03.2011, 22.02.2011, 22.02.2011, 03.02.2011, 31.01.2011, 20.01.2011, 16.01.2011, 18.12.2010, 21.10.2010, 06.10.2010, 02.10.2010, 16.09.2010,

## V. DEĞERLENDİRME

Türkiye'nin geçmiş yıllar itibariyle derece notlarına bakıldığında, politik ve ekonomik belirsizliklerin ve gelişmelerin, Türkiye'yi "Yüksek Gelir Sağlanan Fakat Riskli" ülkeler konumunda bıraktığı görülmektedir. Üç büyük derecelendirme şirketine göre de Türkiye Cumhuriyeti'nin çıkartmış olduğu borçlanma araçları spekülative bir görünüme sahiptir. Kuruluşların derecelendirme tanımları incelendiğinde ülkemiz spekülative grubun en üst basamağında bulunmaktadır. Bu da ülkemiz borçlanma araçlarının yatırım yapılabilir bir seviyeleri olsa da dış etkilere çok açık olduğu ve küresel piyasalarda yaşanabilecek olumsuzlukların risk oluşturduğu belirtilmektedir. Ülkemizi ve derecelendirme notlarını mevcut durumda en fazla tehdit eden iki unsur; siyasal belirsizlik ve küresel ekonomideki bozulmadır. Derecelendirme şirketleri analizlerini duyururken bu konulara özellikle dikkat çekmektedirler.

Türkiye'nin 1990'lı yıllardan başlayarak, siyasal istikrarsızlık, yüksek enflasyon ve dış borç yükü, dönem dönem yaşanan devalüasyonlar, bankaların batması, kişi başına düşen düşük gelir düzeyi yanında, özelleştirmelerin, yapısal ve finansal reformların gecikmesi gibi pek çok olumsuzluk yaşadığı bilinmektedir. Türkiye'nin son yıllarda AB ile müzakerelere başlaması ve makroekonomik verilerinde görülen iyileşme ile birlikte istikrarlı gelişmesini sürdürmesi durumunda, derecelendirme kuruluşları tarafından bir süredir devam eden, kısmen de haklı olabilecek tedbirli yaklaşımların Türkiye'nin tekrar yatırım notu almasıyla sonuçlanması sürpriz olmayacaktır<sup>95</sup>.

Aşağıdaki tabloda, yukarıda hükümetler esas alınarak yıllar itibariyle Türkiye'ye verilen derecelendirme notlarının<sup>96</sup> seyri ile bu

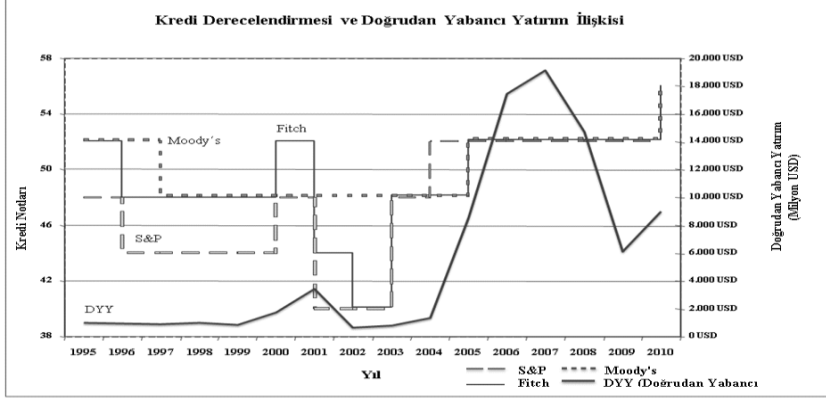
---

27.08.2010, 16.06.2010, 19.09.2009, 21.09.2009, 25.09.2009, 28.10.2009, 07.12.2009, 08.12.2009.

<sup>95</sup> *Mukatel*, s. 111.

<sup>96</sup> Grafiğin oluşturulmasında derecelendirme notlarının lineer transformasyon tablosuna göre oluşturulan rakamsal not değerleri esas alınmıştır. Uzun dönem derecelendirme notlarında lineer transformasyonu, kurulacak modelde en düşük olan

yıllarda ülkemize gelen doğrudan yabancı yatırımların miktarları karşılaştırmalı olarak verilmektedir.



notun SIFIR değeri taşıması ve değerlendirmeye alınabilmesi için en yüksek dereceye 100 puan verilmesi ve her derece arasında 4 puan bırakılması suretiyle hesaplanmaktadır. Daha ayrıntılı bilgi için bkz. *Mukatel*, s. 177.

<u>Fitch</u>	<u>Moody's</u>	<u>S&amp;P</u>	<u>LT Puanı</u>
AAA	Aaa	AAA	100
AA+	Aa1	AA+	96
AA	Aa2	AA	92
AA-	Aa3	AA-	88
A+	A1	A+	84
A	A2	A	80
A-	A3	A-	76
BBB+	Baa1	BBB+	72
BBB	Baa2	BBB	68
BBB-	Baa3	BBB-	64
BB+	Ba1	BB+	60
BB	Ba2	BB	56
BB-	Ba3	BB-	52
B+	B1	B+	48
B	B2	B	44
B-	B3	B-	40
CCC+	Caa1	CCC+	36
CCC	Caa2	CCC	32
CCC-	Caa3	CCC-	28
CC	Ca	CC	24
C	C	C	20

Tablo'da; 1995-2010 yılları arasında Türkiye'ye giren doğrudan yabancı yatırım miktarları ile Fitch'in, S&P'in ve Moody's'in Türkiye'ye vermiş olduğu derecelendirme notları verilmiştir. Asya krizinde olduğu gibi, Türkiye'nin yaşadığı krizlerde de notlardaki düşmeler kriz sonrası görülmüştür. Türkiye'nin özellikle 1994 kriz döneminde derecesinde büyük düşüş yaşaması, krizin artmasına ve maliyetlerin yükselmesine neden olmuştur. Aynı zamanda notlardaki büyük düşüş yabancı yatırımların azalmasında diğer faktörlerle birlikte etkili olmuştur. Kasım 2000 krizinden sonra, derecelendirme kuruluşlarının Türkiye'nin notunu düşürmesi 2001 krizini de olumsuz etkilemiştir. Şubat 2001 krizi ile Türkiye'nin notunun daha da düşmesi, yabancı yatırımcı çıkışını hızlandırmıştır. Dolayısıyla, derecelerdeki düşmeler Türkiye'de krizi etkileyici bir role sahip olmuştur<sup>97</sup>.

Tablo incelendiğinde, derecelendirme notları ile doğrudan bir sebep-sonuç ilişkisi olmaksızın yabancı yatırım girişlerinde özellikle 2003 yılından sonra büyük artışlar yaşandığı gözlemlenmektedir<sup>98</sup>. 1995-2009 yılları arasında ülkemiz politik ve ekonomik alanında yaşanan büyük değişimlere rağmen Türkiye'nin derecelendirme notları genellikle aynı grup içerisinde (B) kalmış ancak yabancı yatırım girişlerinde ise çok daha büyük gelişmeler yaşanmıştır. Bu da yabancı yatırımcıların, şirketlerin derecelendirme notlarını çok da dikkate almaksızın ve/veya yatırıma etki eden diğer faktörleri üstün tutarak yatırım kararı verebildiklerini

---

<sup>97</sup> Çelik, P., Bankalarda Risk Derecelendirmesi, Uzmanlık Yeterlilik Tezi, TCMB Bankacılık ve Finansal Kuruluşlar Genel Müdürlüğü, Ankara 2004, s. 67-68; Meydan, s. 10.

<sup>98</sup> Türkiye'ye 1995 yılında; 885 Milyon dolar, 1996 yılında; 722 milyon dolar, 1997 yılında; 805 milyon dolar, 1998 yılında; 940 milyon dolar, 1999 yılında; 783 milyon dolar, 2000 yılında; 982 milyon dolar, 2001 yılında; 3.352 milyon dolar, 2002 Yılında; 1.082 milyon dolar, 2003 Yılında; 1.702 milyon dolar, 2004 Yılında; 2.785 milyon dolar, 2005 Yılında; 10.031 milyon dolar, 2006 Yılında; 20.185 milyon dolar, 2007 Yılında; 22.047 milyon dolar, 2008 Yılında; 18.269 milyon dolar, 2009 Yılında; 8.403 milyon dolar Doğrudan Yabancı Yatırım Girişi gerçekleşmiştir. Kaynak; Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı Uluslararası Doğrudan Yatırımlar 2009 Raporu, Haziran 2010 yabancı sermaye genel müdürlüğü, s. 12. ve Hazine Müsteşarlığı 2006 Yılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Bülteni.

göstermektedir. Bu haliyle, yabancı yatırımcıya yol gösterme işlevi bakımından, derecelendirme kuruluşlarının Türkiye hakkında başarılı bir inceleme ve izleme yapamadıklarının göstergesidir.

Derecelendirme şirketlerinin tutarsız ve taraflı hareket ettikleri yolunda dünya genelinde yoğun bir kanaat olduğu gibi mevcut uygulamalar da bu iddiayı desteklemektedir<sup>99</sup>. Özellikle derecelendirme kuruluşlarının yüklenen misyonla birlikte bu kuruluşların Türkiye ile ilgili olarak açıkladıkları notlar ve buna karşılık Türkiye'de yaşanan ekonomik gelişmeler karşılaştırıldığında tutarsızlıklar açıkça görülmektedir<sup>100</sup>.

Derecelendirme kuruluşlarının tutarsız ve taraflı faaliyetleri konusunda çok da uzaklarda örnek aramaya gerek bulunmamakta olup bu kuruluşların Türkiye hakkında düzenledikleri raporlar ve verdikleri derecelendirme notları açıkça durumu ortaya koymaktadır. Ülkemize verilen derecelendirme notlarının yıllar itibariyle incelenmesi sonucunda 1995 yılında Türkiye'nin derecelendirme notu ile 2009 yılında verilen notun aynı olduğu anlaşılmaktadır. Derecelendirme kuruluşlarının vermiş oldukları notlar dikkate alındığında 1995 yılından 2009 yılına kadar geçen 14 yıllık sürede Türkiye'nin derecelendirme notunun artırılmasını gerektiren politik veya ekonomik hiçbir olumlu gelişmenin yaşanmadığı gibi yanlış bir sonuç da ortaya çıkmakta ve bu durum da söz konusu kuruluşların notlarının inandırıcılığı konusunda haklı şüphe ve eleştirileri beraberinde getirmektedir<sup>101</sup>.

---

<sup>99</sup> Nitekim G-30 grubu tarafından "Finansal İstikrar İçin Tavsiyeler" bildirisini yayımlanmış ve 14. nolu tavsiyede de; "Ulusal düzeyde kabul edilmiş menkul kıymet derecelendirme kuruluşlarına ilişkin düzenleyici politikaların ve derecelendirme notlarının kullanım şeklinin uluslararası koordinasyon yapılarak revize edilmesi" hususuna vurgu yapılmıştır. (G-30 Grubu; 1978 yılında özel kar amacı gütmeyen kamu-özel sektör ile akademisyen temsilcilerinden oluşan uluslararası bir kuruluştur). *The Group of Thirty, Financial Reform, A framework for Financial Stability*, (<http://www.group30.org>) son erişim Mart 2011.

<sup>100</sup> Erkan/Demircioğlu, s. 123.

<sup>101</sup> Derecelendirmeye etki eden faktörler 1995 yılından 2010 yılına kadar uzanan süreçte büyük değişikliklere uğramasına rağmen derecelendirme notlarının nasıl olup da aynı

Nitekim Türkiye Bankalar Birliği Eski Başkanı ve İş Bankası Eski Genel Müdürü Ersin Özince’de; “Uluslararası kredi derecelendirme kuruluşlarının Türkiye’ye verdiği düşük notlara değinirken, “Türkiye’nin bugün Mısır ve Kolombiya’nın altında, Venezuela ve Nijerya ile eş reytinginin olması akla ziyan bir konudur” sözleriyle duruma tepkisini dile getirmiştir<sup>102</sup>. Aynı şekilde Merkez Bankası eski başkanı Durmuş Yılmaz da; ülkeler arasında taraflı davranan derecelendirme kuruluşlarının “ahlaki zaafardan” kurtulması gerekliliğine vurgu yapmıştır<sup>103</sup>.

S&P, Moody’s ve Fitch’in mevcut derecelendirme notları (yatırım yapılabilir seviyenin altında) bu kuruluşların diğer ülkelere göre Türkiye’ye bakış açılarının ne kadar olumsuz olduğunu göstermekte olup para piyasaları çok da bu açıklamaları dikkate almamakta ve yatırım yapılabilir seviyeyi fiyatlandırmaktadır<sup>104</sup>.

---

kaldığı anlaşılammaktadır. Enflasyon, finansal liberalizasyon, kamu harcamaları, büyüme hızı, bütçe açığı, faiz hadlerindeki dalgalanmalar, kişi başına düşen milli gelir, istihdam ve ücretler, işsizlik oranı, transfer harcamaları, satın alma gücü paritesi, iç piyasaya borçlanma maliyeti, bankacılık sisteminin yapısı, borsadaki gelişmeler, kapasite kullanımı, terör, nüfus artış hızı, özelleştirme uygulamaları, tarımsal üretim, siyasi partiler ve hedefleri, çeşitli etnik gruplar, öğrenci eylemleri, kamu açıklarının azaltılması, IMF kredileri ve bunların geri ödenme kabiliyeti, diğer ülkeler ile yapılan ticari anlaşmalar, ithalat ve ihracata konan kotalar, uluslararası bütünleşme, yabancı sermaye girişine verilen izin, ülkenin askeri gücü, ülkedeki göçmenler, azınlık hakları, hükümet partisinin programı, sistemin işleyiş özellikleri, ülkedeki iç savaş ihtimali, yabancı yatırımcılara karşı olan tutum, ülkenin stratejik durumu, uluslararası bütünleşme gibi faktörler derecelendirmeye etki eden temel faktörler olup bu göstergelerde 15 yıllık süreç içerisinde büyük değişimler yaşanmasına rağmen Türkiye, bulunmuş olduğu risk grubundan bir üst gruba yükselememiş ve derecelendirme notları da genellikle aynı veya yakın aralıklar içerisinde kalmıştır. *Erkan/Demircioğlu*, s.122-125.

<sup>102</sup> SPK Başkanı Prof. Dr. Vedat Akgiray’ın benzer değerlendirmeleri hakkında bkz. Zaman, 30.04.2010.

<sup>103</sup> Merkez Bankası Eski Başkanı Durmuş Yılmaz’ın açıklamaları hakkında bkz. Zaman 30.07.2010.

<sup>104</sup> Derecelendirme kuruluşlarının açıklamaları özellikle İMKB üzerinde çok kısa süre içerisinde dalgalanmalara yol açmaktadır. 2009 yılı sonu ve 2010 yılı başında derecelendirme kuruluşlarından gelen açıklamalarla bu hareketlenme bariz olarak ortaya çıkmıştır. Kasım 2009’da Fitch’in Türkiye’nin kredi notunu iki basamak birden artıracığı bilgisinin alınmasından sonra 26 Kasım-4 Aralık tarihleri arasında borsa % 10 yükselmiştir. Fitch, Türkiye’nin notunu iki basamak artırdığını 3 Aralık’ta açıklamıştır. 7 Ocak 2010’da S&P’nin Türkiye’nin notunu artıracığı söylentisiyle yüzde 0.78

Yukarıdaki grafikten anlaşıldığı üzere derecelendirme kuruluşlarının notları reel ekonomide karşılık bulamamakta olup piyasa çok daha farklı bir seviyede yatırım yapılabirliği derecelendirmektedir.

Bu bağlamda ülke notunun artırılması da ekonomik iyileşmenin nedeni değil bir sonucu olarak karşımıza çıkacaktır. Bu nedenle derecelendirme kuruluşlarının yabancı sermaye girişi ve yatırım miktarına doğrudan etki yaptığı konusundaki ifadeleri ihtiyatla karşılamakta fayda vardır. Özellikle Tablo'da ifade edilen istatistiki veriler ışığında, derecelendirme notları ile yabancı yatırım girişi arasında doğrudan bir neden sonuç ilişkisi olmadığı ortaya çıkmaktadır.

## SONUÇ

Derecelendirme şirketlerinin, ülkenin kredibilitesine ait objektif bilgi sunduğu ve uluslararası yatırımcıya yol gösterdiği de ifade edilmekteyse de Türkiye hakkındaki değerlendirmeler bu tezi zayıflatmaktadır. Türkiye hakkında verilen derecelendirme notları ile Türkiye'ye giren yabancı yatırım miktarı ve ülkenin dış borçlanma yapısı karşılaştırıldığında her zaman derecelendirme notlarının bu işleve sahip olmadığı hatta çoğu zaman dikkate dahi alınmadığı anlaşılmaktadır.

---

yükselmiştir. Bu açıklamalar sadece borsada değil, alternatif piyasalarda da etkili olmuş, ve bankalar arası piyasada dolar 1.4690'a düşmüştür.





**HUKUKİ SORUMLULUK VE TAZMİNAT ESASLARI  
AÇISINDAN DENİZ ÇEVRESİNİN PETROL VE DİĞER  
ZARARLI MADDELERLE KİRLENMESİNDE ACİL  
DURUMLARDA MÜDAHALE VE ZARARLARIN  
TAZMİNİ ESASLARINA DAİR KANUNUN  
DEĞERLENDİRİLMESİ**

**Dr. İsmail DEMİR\***

**ÖZET**

Adından da anlaşılacağı üzere “Deniz Çevresinin Petrol ve Diğer Zararlı Maddelerle Kirlenmesinde Acil Durumlarda Müdahale ve Zararların Tazmini Esaslarına Dair Kanun”, hem kirlenmeye karşı acil durumlarda müdahale, hem de oluşan zararlar dolayısıyla hukuki sorumluluk ve tazminat esaslarını düzenlemeyi amaçlamaktadır. Çalışmamızda, öncelikle denizlerin gemiler tarafından kirletilmesi sebebiyle hukuki sorumluluğa dair mevzuat ortaya konulmaya çalışılmıştır. Bilahare, Kanun’un hukuki sorumluluk ve tazminat hükümleri, ayrıntılı olarak incelenmiştir. Kanun’un, 1992 HSS ve 1992 FS’lerinin bir uygulama kanunu olmadığı saptanmıştır. Keza, Kanun, müstakil ve kendine özgü bir hukuki sorumluluk sistemi oluşturmamıştır. Kanun’un asıl hareket noktası ve odağındaki konu, acil müdahale ve hazırlıklı değildir. Hukuki sorumluluk ve tazminat meselelerinin acil müdahale ile birlikte düzenlenmesi isabetsiz bulunmuştur. İncelememizde Kanun’un uluslararası hukukla uyumlu olmadığı tespit edilmiştir. Ayrıca, Kanun çok sayıda belirsiz hüküm içermektedir ve sistematiği bozuktur. Dolayısıyla, Kanun’un uygulanmasında bir hayli sorun yaşanacağı kuvvetle muhtemeldir. Sonuç olarak Kanun’un kapsamı, acil müdahale ile sınırlı tutulmalı ve denizlerin gemiler tarafından kirletilmesi sebebiyle hukuki sorumluluk ve tazminata dair hükümler Kanun’dan çıkartılmalıdır.

---

\* Başbakanlık Denizcilik Müsteşarlığı Hukuk Müşaviri.

**Anahtar Kelimeler:** 5312 sayılı Kanun, Petrol, zararlı maddeler, acil durumlarda müdahale, hazırlıklı olma, hukuki sorumluluk, zararların tazmini, mecburi sigorta, uygulama kanunu, 1992 Hukuki Sorumluluk Sözleşmesi, 1992 Fon Sözleşmesi, uluslararası sözleşmeler, denizlerin kirletilmesi.

***THE ASSESMENT OF "THE ACT ON PRINCIPLES OF INTERVENTION IN URGENT CASES OF POLLUTION OF THE SEA ENVIRONMENT BY OIL AND OTHER NOXIOUS ITEMS AND COMPENSATION FOR DAMAGE" IN TERMS OF CIVIL LIABILITY AND COMPENSATION PRINCIPLES FOR DAMAGE***

**ABSTRACT**

As is understood from its name, The Act on Principles of Intervention in Urgent Cases of Pollution of the Sea Environment by Oil and Other Noxious Items and Compensation for Damage aims at both regulating principles of intervention in urgent cases against pollution and civil liability and compensation for damage took place. In my study, it was first tried to introduce legislation concerning civil liability for pollution of seas by vessels. Later, the Act's civil liability and compensation terms were analysed in detail. It has been established that the Act isn't any application act of 1992 CLC and 1992 FC. Likewise, it hasn't constructed any substantive and original civil liability regime. The Act's original starting point and focus topic are urgent intervention and preparedness. It is identified that civil liability and compensation matters have been regulated together with urgent intervention is inappropriate. In my study, it is established that the Act isn't consistent with international law. Moreover, the Act includes a lot of ambiguous terms and its system is disordered. Accordingly, it is highly probable that many problems would be experienced in application of the Act. In conclusion, the scope of Act should be limited with urgent intervention, and its terms concerning civil liability and compensation for pollution of seas by vessels should be removed from it.

**Keywords:** No. 5312 Act, oil, noxious items, intervention in urgent cases, preparedness, civil liability, compensation, compulsory insurance, application act, 1992 Civil Liability Convention, 1992 Fund Convention, international conventions, pollution of seas.

## GİRİŞ

Sanayi ve teknolojide yaşanan baş döndürücü gelişmelere paralel olarak 20. yüzyılın başlarından itibaren petrol ve diğer tehlikeli ve zararlı maddelerin enerji kaynağı olarak yoğun bir şekilde kullanılmaya başlanmasıyla birlikte Dünya, denizlerin kirlenmesi sorunuyla tanışmıştır. Tüm Dünya’da artmakta olan enerji ihtiyacının karşılanması gereği, diğer taşıma araçlarına nazaran bir hayli ucuz ve kolay olan deniz yoluyla taşımının daha çok tercih edilmesi, dolayısıyla bu taşımının gittikçe büyümesine sebep olmaktadır. Deniz kirliliği, kara, hava ve denizlerde gerçekleştirilen muhtelif faaliyetlerden kaynaklanabilir. Fakat, deniz kirliliğinin en önemli kaynağı, çok hızlı gelişme gösteren ve giderek artan deniz yoluyla taşımının zorunlu unsuru olan gemilerin sebep olduğu kirliliktir. Gemilerin gerek işletilmesi, gerekse karıştığı kazalar sonucunda taşınan petrol ve diğer tehlikeli ve zararlı maddelerin denize bırakılması, ciddi ve geri dönülemez deniz kirliliği zararlarına yol açmaktadır.

Deniz çevresinin kirlenmesinden neyin anlaşılması gerektiği hususu tartışmalı olmakla beraber deniz kirliliği, genel olarak deniz suyuna muhtelif girdilerin karışması sonucunda doğal dengenin bozulması olarak tanımlanabilir.<sup>1</sup> 1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi (UNCLOS) m.1 b.4’de ise deniz çevresinin kirlenmesi, “*Canlı kaynaklara ve deniz yaşamına zarar verme, insan sağlığı için tehlike oluşturma, balıkçılık ve denizlerin diğer yasal amaçlarla kullanımı da dâhil olmak*

---

<sup>1</sup> Sav, Ö.: Akdeniz Deniz Çevresinin Korunması ve Bölgesel Bir Düzenleme Örneği, Ankara 2001, s. 8. Başka bir tanım için bkz. Tütüncü, A.: Gemi Kaynaklı Deniz Kirlenmesinin Önlenmesi, Azaltılması ve Kontrol Altına Alınmasında Devletin Yetkisi, Yenilenmiş 3. B., İstanbul 2004, s. 8.

*üzere, denizcilik faaliyetlerini engelleme, deniz suyunun niteliğini değiştirme ve güzellikleri bozma gibi zararlı etkileri olan veya olabilecek maddelerin veya enerjinin, insan tarafından doğrudan doğruya veya dolaylı olarak, haliçler de dâhil olmak üzere, deniz çevresine dâhil edilmesi”* olarak tanımlanmaktadır.<sup>2</sup> Bu tanımın deniz çevresinin korunması amacına uygun, daha müttekâmil, kapsayıcı ve yeterli olduğu değerlendirilmektedir.

Kuşkusuz deniz çevresinin korunmasında bütün insanlığın menfaati vardır. Gerek sayı, gerekse hacim olarak çok yüksek miktarlarda taşınmakta olan petrol ve türevleri ile diğer tehlikeli ve zararlı maddelerin denize bırakılmasının doğurduğu olağanüstü boyutlardaki kirliliğin önlenmesi, başta kıyı devletleri olmak üzere uluslararası deniz topluluğu için ciddi bir sorun teşkil etmektedir. Tek başına ulusal hukuk düzenlemeleriyle sorunun çözümü imkânsızdır. Dolayısıyla, deniz çevresinin kirletilmesi sorunu, sadece ulusal hukukların değil, aynı zamanda uluslararası hukukun da önemli gündem maddesini oluşturmaktadır ve sorunun çözümü uluslararası seviyede en üst düzeyde işbirliğini zorunlu kılmaktadır. Deniz çevresinin korunması ve kirliliğe bağlı hukuki sorumluluk ve tazminata dair uluslararası enstrümanlar sürekli değişmekte ve geliştirilmektedir.

Deniz çevresinin korunmasına yönelik ilk düzenlemeler, özellikle gemilerden kaynaklanan petrol kirliliğinin önlenmesine yönelik çalışmalar, ulusal hukuklarda kendisini göstermektedir ve bu çalışmalar bir hayli gerilere gitmektedir. 1920’li yıllardan itibaren başta ABD ve İngiltere olmak üzere Kanada, İtalya, İspanya, Portekiz ve Hollanda gibi çok sayıda kıyı devleti, gemilerden kaynaklanan petrol kirliliğine karşı kendi liman ve kıyılarını korumak için özel kanunlarını meydana

---

<sup>2</sup> Bu Sözleşme’nin Türkçe tercümesi için bkz. Özman, A.: Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi, İstanbul 1984.

getirmişlerdir.<sup>3</sup> Bu konuda ABD tarafından kabul edilen ve kendi karasuları dâhil seyre elverişli suları kapsamında petrol kirliliğinden kaynaklanan kendine özgü, kapsamlı ve ileri düzenlemeler ihtiva eden 1990 tarihli Petrol Kirliliği Kanunu (OPA 90) dikkati çekmektedir. Bu Kanun, petrol kirliliğinden kaynaklanan sorumluluğa ilişkin muhtelif eyalet kanunlarını tek bir kanun altında birleştirmesi bakımından önem arz etmektedir.<sup>4</sup>

Yukarıda zikredilen devletlerin deniz çevresinin korunması, kirliliğe müdahale ve deniz çevresine verilen zararlar sebebiyle tazminat gibi temel meselelerde ulusal hukuklarında sağlamış oldukları ileri düzenleme ve gelişmelere karşılık maalesef Türk Hukuku'nda MARPOL 73/78'e (*International Convention for the Prevention of Pollution from Ships, 1973*)<sup>5</sup> taraf olunması hariç yakın zamana kadar ciddi çalışmaların

<sup>3</sup> *Abdullayev, C.*: Uluslararası Hukuk Açısından Gemilerden Kaynaklanan Petrol Kirliliği (Yetki – Sorumluluk – Zararın Tazmini), Ankara 2005, s. 276-277; *Abdullahzade, C.*: Gemilerden Kaynaklanan Petrol Kirliliği: Türk Hukukundaki Son Gelişmelerin Değerlendirilmesi, AÜHFD 2009, C. 58, S. 4, s. 697; *Kara, H.*: Uluslararası Sözleşmeler ve Türk Hukuku'na Göre Gemilerin Sebep Olduğu Deniz Kirliliği Zararlarından Hukuki Sorumluluk, İstanbul 2005, s. 13-42.

<sup>4</sup> ABD, daha 1924 yılında Petrol Kirliliği Kanunu'nu kabul etmişti. OPA 90 hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Stephen, J.*: The Oil Pollution Act's Criminal Penalties: On a Collision Course with the Law of the Sea, B. C. Env. Aff. L. Rev., Fall 93, Vol. 21, Issue 1, s. 89-145; *Duncan, M.*: The Oil Pollution Act of 1990's Effect on the Shipowners Limitation of Liability Act, U. S. F. Mar. L. J. 1992-1993, Vol. 5, No.: 2, , s. 303-322; *Kim, I.*: Ten Years After the Enactment of the Oil Pollution Act of 1990: A Success or a Failure, Marine Policy, May 2002, Vol. 26, Issue 3, s. 197-207; *Homan, A. – Steiner, T.*: OPA 90's Impact at Reducing Oil Spills, Marine Policy, July 2008, Vol. 32, Issue 4, s. 711-718; *Swanson, S.*: OPA 90 + 10: The Oil Pollution Act of 1990 After Ten Years, J. Mar. L. & Com. January 2001, Vol. 32, No.: 1, s. 135 vd.

<sup>5</sup> Bu Sözleşme hiçbir zaman yürürlüğe girmemiştir. Ancak, 1978 yılında yapılan bir Protokol'le Sözleşme'de tadilat yapılarak oluşturulan ve kısa adıyla MARPOL 73/78 olarak adlandırılan "1978 Protokolü ile Değişik 1973 tarihli Denizlerin Gemiler Tarafından Kirletilmesinin Önlenmesine Ait Uluslararası Sözleşme'nin 2/10/1983 tarihinde yürürlüğe girmesi sağlanabilmiştir. Türkiye'nin Sözleşme'ye katılımına dair 3/5/1990 tarihli ve 1990/442 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ekinde Sözleşme'nin Türkçe ve İngilizce metinleri 24/6/1990 tarihli ve 20558 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Bilahare, katılıma dair belge, 10/10/1990 tarihinde IMO Genel Sekreterliği'ne tevdi edilmekle III ve IV sayılı ekleri hariç olmak üzere Sözleşme, 10/1/1991 tarihinde

yapılmadığı görülmektedir. Ancak, son yıllarda Türkiye'nin, deniz çevresinin kirlenmesine bağlı hukuki sorumluluk, tazmin ve kirliliğe müdahale konularında temel uluslararası enstrümanlardan 1969 tarihli Petrol Kirliliğinden Doğan Zararın Hukuki Sorumluluğu İle İlgili Uluslararası Sözleşme (1969 HSS),<sup>6</sup> 1971 tarihli Petrol Kirliliği Zararının Tazmini İçin Bir Uluslararası Fonun Kurulması İle İlgili Uluslararası Sözleşme (1971 FS)<sup>7</sup> ve 1990 tarihli Petrol Kirliliğine Karşı Hazırlıklı Olma, Müdahale ve İşbirliği İle İlgili Uluslararası Sözleşme'ye (OPRC

---

Türkiye hakkında yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Sözleşme'nin I, II ve V sayılı eklerine taraf olmuştur. Bkz.

<<http://www.imo.org/About/Conventions/StatusOfConventions/Documents/Status%20-%202010.pdf>>

<sup>6</sup> Türkiye, bu Sözleşme'nin 1992 Protokolü ile değiştirilmiş hâline taraftır. Türkiye'nin 1992 tarihli Petrol Kirliliğinden Doğan Zararın Hukukî Sorumluluğu İle İlgili Uluslararası Sözleşme'ye Katılmasının Uygun Bulunduğuna Dair 27/1/2000 tarihli ve 4507 sayılı Kanun, 29/1/2000 tarih ve 23948 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Ancak, daha sonra 26/4/2001 tarihli ve 4658 sayılı Kanun m.2 ile Uygun Bulma Kanunu'nda değişiklik yapılarak "ekli çekince ve beyanla" ifadesi Kanun metninden çıkartılmıştır. Bu Kanun, 9/5/2001 tarihli ve 24397 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bilahare, 244 sayılı Kanun m.3'e göre hazırlanan katılma işlemine dair 15/6/2001 tarihli ve 2001/2668 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile Sözleşme'nin İngilizce ve Türkçe metinleri, 24/7/2001 tarihli ve 24472 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Türkiye'nin Sözleşme'ye katılımına dair belge ise 15/8/2001 tarihinde IMO Genel Sekreterliği'ne tevdi edilmekle, Sözleşme, 17/8/2002 tarihinden itibaren Türkiye hakkında yürürlüğe girmiştir.

<sup>7</sup> Türkiye, bu Sözleşme'nin 1992 Protokolü ile değiştirilmiş hâline taraftır. Türkiye'nin 1992 tarihli Petrol Kirliliği Zararının Tazmini İçin Bir Uluslararası Fonun Kurulması İle İlgili Uluslararası Sözleşme'ye Katılmasının Uygun Bulunduğuna Dair 27/1/2000 tarihli ve 4508 sayılı Kanun, 29/1/2000 tarih ve 23948 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Ancak, daha sonra 26/4/2001 tarihli ve 4658 sayılı Kanun m.2 ile Uygun Bulma Kanunu'nda değişiklik yapılarak "ekli çekince ile" ifadesi Kanun metninden çıkartılmıştır. Bu Kanun, 9/5/2001 tarihli ve 24397 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bilahare, 244 sayılı Kanun m.3'e göre hazırlanan katılma işlemine dair 15/6/2001 tarihli ve 2001/2669 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile, Sözleşme'nin İngilizce ve Türkçe metinleri, 18/7/2001 tarihli ve 24466 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Türkiye'nin Sözleşme'ye katılımına dair belge ise 15/8/2001 tarihinde IMO Genel Sekreterliği'ne tevdi edilmekle, Sözleşme, 17/8/2002 tarihinden itibaren Türkiye hakkında yürürlüğe girmiştir.

1990)<sup>8</sup> taraf olmasıyla birlikte iç hukukta da önemli gelişmeler yaşanmaya başlanmıştır.

Bu gelişmeler, 2872 sayılı ÇK<sup>9</sup> ile 5312 sayılı Deniz Çevresinin Petrol ve Diğer Zararlı Maddelerle Kirlenmesinde Acil Durumlarda Müdahale ve Zararların Tazmini Esaslarına Dair Kanun (bundan sonra Kanun olarak anılacaktır)<sup>10</sup> ve bu Kanun'a dayanılarak çıkartılan Uygulama Yönetmeliği'dir.<sup>11</sup> Çalışmamızda Kanun'un, gemiler tarafından deniz çevresinin petrol ve diğer zararlı maddelerle kirlenmesi durumunda doğacak hukuki sorumluluk ve tazminat esaslarına ilişkin hükümleri incelenmiş olup deniz çevresinin kirlenmesinin önlenmesi ve müdahale esaslarına ilişkin hükümleri üzerinde durulmamıştır.

---

<sup>8</sup> Türkiye'nin 1990 tarihli Petrol Kirliliğine Karşı Hazırlıklı Olma, Müdahale ve İşbirliği İle İlgili Uluslararası Sözleşme'ye Katılmasının Uygun Bulunduğuna Dair 11/6/2003 tarihli ve 4882 sayılı Kanun, 17/6/2003 tarihli ve 25141 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bilahare, 244 sayılı Kanun m.3'e göre hazırlanan katılma işlemine dair 25/8/2003 tarihli ve 2003/6084 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile, Sözleşme'nin İngilizce ve Türkçe metinleri, 18/9/2003 tarihli ve 25233 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Türkiye'nin Sözleşme'ye katılımına dair belge ise 1/7/2004 tarihinde IMO Genel Sekreterliği'ne tevdi edilmekle, Sözleşme, 1/10/2004 tarihinden itibaren Türkiye hakkında yürürlüğe girmiştir. Bkz. <<http://www.imo.org/About/Conventions/StatusOfConventions/Documents/Status%20-%202010.pdf>>

<sup>9</sup> 9/8/1983 tarihli ve 2872 sayılı ÇK, 11/8/1983 tarihli ve 18132 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu Kanun'da 26/4/2006 tarihli ve 5491 sayılı Kanun ile oldukça kapsamlı değişiklikler yapılmıştır.

<sup>10</sup> 3/3/2005 tarihli ve 5312 sayılı Deniz Çevresinin Petrol ve Diğer Zararlı Maddelerle Kirlenmesinde Acil Durumlarda Müdahale ve Zararların Tazmini Esaslarına Dair Kanun, 11/3/2005 tarihli ve 25752 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

<sup>11</sup> Deniz Çevresinin Petrol ve Diğer Zararlı Maddelerle Kirlenmesinde Acil Durumlarda Müdahale ve Zararların Tazmini Esaslarına Dair Kanunun Uygulama Yönetmeliği, (bundan sonra Yönetmelik olarak anılacaktır) 21/10/2006 tarihli ve 26326 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

## I. DENİZLERİN GEMİLER TARAFINDAN KİRLLETİLMESİ SEBEBİYLE HUKUKİ SORUMLULUK VE TAZMİNATA DAİR DÜZENLEMELER

### 1. Ulusal Mevzuat

#### A. ÇK Hükümleri

Denizlerin kirletilmesi, çevre kirliliğinden bağımsız düşünülemez. Deniz kirliliği, çevre kirliliğinin önemli bir kısmını oluşturmaktadır. Türk Hukuku'nda çevrenin korunması ve çevre meselelerinin çözümünde temel kanun, 2872 sayılı ÇK'dur. Nitekim, ÇK m.1'de bu Kanun'un amacının, bütün canlıların ortak varlığı olan çevrenin, sürdürülebilir çevre ve sürdürülebilir kalkınma ilkeleri doğrultusunda korunmasını sağlamak olduğu belirtilmektedir.

ÇK'nda deniz çevresinin kirlenmesi, açıkça tanımlanmamakla beraber "tanımlar" başlıklı m.2'de yer alan çevre kirliliği tanımının deniz kirliliğini de kapsadığı kabul edilmelidir.<sup>12</sup> Keza, ÇK'nda deniz çevresinin gemiler tarafından kirletilmesi ve buna bağlı hukuki sorumluluk ve tazminat esasları, müstakil ve sistematik bir şekilde düzenlenmiş değildir.<sup>13</sup> Bununla beraber deniz çevresinin kirlenmesiyle alakalı iki hüküm dikkati çekmektedir. Bunlar; ÇK m.20'de yer alan idari para cezaları<sup>14</sup> ile m. 11 f.21'de yer alan atık alım tesislerine<sup>15</sup> ilişkin

---

<sup>12</sup> Bu maddede çevre kirliliği, "Çevrede meydana gelen ve canlıların sağlığını, çevresel değerleri ve ekolojik dengeyi bozabilecek her türlü olumsuz etki" olarak tanımlanmıştır.

<sup>13</sup> Yalnızca, "İdari nitelikteki cezalar" başlıklı m.20 b.(ı)'da, bu Kanun'da öngörülen yasaklara ve sınırlamalara aykırı olarak ülkenin egemenlik alanlarındaki denizlerde ve yargılama yetkisine tabi olan deniz yetki alanlarında ve bunlarla bağlantılı sularda petrol ve türevleri tahliyesi ve deşarjı yapan tankerler, kirli balast tahliyesi yapan tankerler, petrol türevleri veya kirli balast tahliyesi yapan gemi ve diğer deniz vasıtaları ile katı atık bırakan veya evsel atıksu deşarjı yapan tanker, gemi ve diğer deniz araçlarına uygulanacak idari para cezalarına ilişkin hükümlere yer verilmiştir.

<sup>14</sup> ÇK m.20, atık alım tesislerinin kurulmaması ile bu Kanun'da öngörülen yasaklara ve sınırlamalara aykırı olarak ülkenin egemenlik alanlarındaki denizlerde ve yargılama yetkisine tabi olan deniz yetki alanlarında ve bunlarla bağlantılı sularda, tabii veya suni göller ve baraj gölleriyle akarsularda petrol ve petrol türevleri tahliyesi ve deşarjı yapan



hükümlerdir. Bu durum karşısında Kanun'un yürürlüğünden önceki dönem ile yürürlükten sonra fakat Kanun'un kapsamı dışındaki olaylar bakımından deniz çevresinin kirlenmesi, müdahale, hukuki sorumluluk ve tazminat meselelerinde ÇK'nun hukuki sorumluluğa dair aşağıda belirtilen hükümlerinin uygulama alanı bulacağı söylenebilir.<sup>16</sup>

“Kirlenme yasağı” başlıklı ÇK m.8, genel kirlenme yasağı prensibini ortaya koymaktadır. Kirlenme yasağı, kirliliğin önlenmesi, durdurulması, etkilerinin giderilmesi veya azaltılması için gerekli tedbirlerin alınmasını öngörmektedir. Düzenleme, bir objektif özen yükümlülüğü olarak ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla, kirlenmenin hukuka aykırı bir davranışını aramak her zaman zorunlu değildir. Kirlilik sonucunun hukuka aykırı olması

---

tankerler, kirli balast tahliyesi yapan tankerler, petrol türevleri veya kirli balast tahliyesi yapan gemi ve diğer deniz vasıtaları ile katı atık bırakan veya evsel atıksu deşarjı yapan tanker, gemi ve diğer deniz araçları için geminin tonajına bağlı olarak değişen miktarlarda hesaplanan idari para cezaları kabul etmiştir. İdari para cezasının derhal ve defaten ödenmemesi veya bu hususta yeterli teminat gösterilmemesi hâlinde gemi veya diğer deniz vasıtaları en yakın liman yetkilisine teslim edilerek seyrüseferden men edilir. [m.20 b.(1) ab.4]

<sup>15</sup> 26/4/2006 tarihli ve 5491 sayılı Kanun m.8 ile değişik ÇK m.11 f.21'de liman, tersane, gemi bakım-onarım, gemi söküm, marina gibi kıyı tesislerinin; kendi tesislerinde ve gemi ve diğer deniz araçlarında oluşan petrolü, yağlı katı atıklar ve sintine, kirli balast, slaç, slop gibi sıvı atıklar ile evsel atıksu ve katı atıkların alınması, depolanması, taşınması ve bertarafı ile ilgili işlemleri ve tesisleri yapmak ve yaptırmakla yükümlü olduklarına dair düzenleme, deniz kirliliği, kirliliğin önlenmesi ve denizlerin gemiler tarafından kirlenmesinin önlenmesine ilişkin özel hükümler ihtiva etmesi bakımından özel ehemmiyet arz etmekte ve Türkiye'nin bu konudaki hassasiyetini ortaya koymaktadır. Böylece, MARPOL 73/78'de de özel olarak zikredilen ve önem verilen alım tesislerinin zorunluluğu, Türk Hukuku'nda ulusal mevzuatta özel olarak vurgulanmış olmaktadır. Düzenlemeyle petrol kirliliğinin önlenmesine ilişkin sistemin uygulanması açısından başarılı bir düzenleme olduğu söylenebilir. *Abdullahzade*, *Son Gelişmeler*, s. 700.

<sup>16</sup> Kanun'un yürürlüğe girmesinden önceki dönem bakımından ÇK'nun ilgili hükümlerinin deniz kirliliğine ilişkin düzenlemeler bakımından uygun olmayacağı, bir çok yönden aşırıya kaçtığı, gemilerden kaynaklanan kirlilik için özel düzenlemelerin gerektiği ve bu hükümlerin işletme maliyetlerini artırarak rekabet gücünü olumsuz etkileyeceği, dolayısıyla yeterli bulunmadığı doktrinde haklı olarak ileri sürülmekteydi. Bkz. *Kender*, R. – *Ünan*, S. – *Aybay*, G. – *Ilgın*, S. – *Teoman*, O. – *Ersoy*, E.: *Çevre Mevzuatı Açısından Gemilerin Durumu*, Deniz Ticaret Odası, Ekim 1990, s. 16-17.

yeterlidir.<sup>17</sup> Bu maddenin, 5491 sayılı Kanun m.3 ile değişik ÇK m.3 b.(g) hükmüyle birlikte ele alınması gereklidir. Buna göre kirlenme ve bozulmanın önlenmesi, sınırlandırılması, giderilmesi ve çevrenin iyileştirilmesi için yapılan harcamalar, kirleten veya bozulmayan neden olan tarafından karşılanır. Kirletenin, kirlenmeyi veya bozulmayı durdurmak, gidermek veya azaltmak için gerekli önlemlerin alınması veya bu önlemlerin yetkili makamlarca doğrudan alınması nedeniyle kamu kurum ve kuruluşlarınca yapılan gerekli harcamalar 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre kirletenden tahsil edilir.

Kirlenme sebebiyle hukuki sorumluluk ve tazminata dair hükümler ise “Çeşitli Hükümler” başlıklı Altıncı Bölüm, “Kirletenin sorumluluğu” başlıklı m.28’de yer almaktadır. ÇK m.28 f.1’e göre çevreyi kirletenler ve çevreye zarar verenler sebep oldukları kirlenme ve bozulmadan doğan zararlardan dolayı kusur şartı aranmaksızın sorumludurlar. Ayrıca, kirletenin meydana gelen zararlardan ötürü genel hükümlere göre de tazminat sorumluluğu saklıdır. (m.28 f.2) Zamanaşımını düzenleyen ÇK m.28 f.3’e göre ise çevreye verilen zararların tazminine ilişkin talepler, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten itibaren beş yıl sonra zamanaşımına uğrar.

Görüldüğü üzere, ÇK’na göre sorumluluk; kirlenmeyi önleme tedbirlerinden sorumluluk ve kirlenme zararlarından sorumluluk olarak ikiye ayrılmaktadır. Önleme, kirlenmeyi önlemek, durdurmak, sınırlamak, gidermek (temizlemek) ve azaltmak anlamına gelmektedir. Önleme tedbirlerinden dolayı sorumluluk, bir olağan sebep sorumluluğudur.<sup>18</sup> Çevrenin kirlenmesi zararlarından dolayı sorumluluğun

---

<sup>17</sup> Tandoğan, H.: 2872 Sayılı Çevre Kanununa Göre Çevrenin Kirlenmesinden Doğan Sorumluluk, YD Ocak-Nisan 1986, C. 12, S. 1-2, s. 44.

<sup>18</sup> Ertaş, Ş.: Çevre Hukuku, İzmir 1997, s. 87; Yavuz, C.: Türk Hukukunda Çevre Kirletenlerin Hukuki Sorumluluğu, Hukuk Araştırmaları, C.V, S. 1-3, s. 38; Ünan, S.: Gemilerden Sızan veya Bırakılan Hidrokarbonların Yol Açtığı Zararlardan Hukuki Sorumluluk, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 1986, s. 242.

ise ağırlaştırılmış kusur sorumluluğu olduğu genellikle kabul edilmektedir.<sup>19</sup>

Bir deniz kirliliği hadisesinde ÇK'na dayanan sorumluluğun şartları ile başka sebep sorumluluklarının şartları aynı zamanda gerçekleşebilir. Bu durumda hakların telahuku meselesi doğar.<sup>20</sup> Bu durumda, baskın görüş ÇK m.28 f.2 hükmünden açıkça anlaşılacağı üzere ÇK ile kirlitenin sorumluluğu hakkında getirilen hükümlerin diğer sorumlulukları bertaraf etmediği yönündedir. Dolayısıyla, zarar gören, olayda hangi şartları lehinde görüyorsa ona göre seçim hakkını kullanarak davasını ÇK m.28 f.1, TTK m.947, BK m.55 veya donatanın kişisel kusurundan dolayı BK m.41'e dayandırabilir.<sup>21</sup>

Gemilerin neden olduğu kirlenme zararlarından sorumluluğun kime ait olacağı hususuyla ilgili olarak ÇK, belli bir sorumlu şahıs tayin etmemiştir. Dolayısıyla, fiiliyle zarara yol açan gemiadamı da sorumlu tutulabilir. Keza, donatana da sorumluluk yüklenebilir. Ancak, gemiadamına objektif sorumluluk yüklenmesi, deniz hukuku

<sup>19</sup> Tandoğan, s. 39-42; Çağa, T. – Kender, R.: Deniz Ticareti Hukuku C.I, B.12, İstanbul 2002, s. 135; Çörtoğlu, S.: Çevrenin Kirlenmesinden Doğan Sorumlulukla Taşınmaz Mülkiyetinin Aşkın Kullanılmasından Doğan Sorumluluğun Karşılaştırılması, YD Ocak-Nisan 1986, C.12, S. 1-2, s. 81; Helvacı, İ.: Çevre Kirlenmesinden Doğan Zararlardan Hukuki Sorumluluk, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1989, s. 11-12; Karahasan, M. R.: Sorumluluk Hukuku, Kusura Dayanan Sözleşme Dışı Sorumluluk, I. Kitap, İstanbul 1995, s. 689; Ünan, S.: s. 242. Sorumluluğun çevre korunmasının önemine dayanan bir sebep olmaktan sorumluluğa dayandığı hakkında bkz. Oğuzman, K. – Öz, Turgut.: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 2000, s. 635; Sorumluluğun fedakarlığın denkleştirilmesine dayandığı hakkında bkz. Uluşan, İ.: Çevre Kirlenmesinden Doğan Sorumlulukta Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi, YD Ocak-Nisan 1986, C. 12, , S. 1-2, s. 73 vd.

<sup>20</sup> Hakların telahuku için aynı isteğin kanundaki birden fazla hükme göre de haklı görülmesi ve uygulanması mümkün görülen hükümlerden birinin diğerine göre özel hüküm mahiyetinde olmaması gerekir. Gürsoy, K. T.: Dava Hakkının Telahuku, AÜHFD 1974, C. XXXI, S. 1-4, s. 149; Kuru, B.: Hukuk Muhakemeleri Usulü, B.6, C.II, İstanbul 2001, s. 1502.

<sup>21</sup> 3.HD,6.2.1997,E.1997/458,K.1997/1307 ([www.Kazanci.com.tr/khoz/belediye/files/3hd-1997-458.htm](http://www.Kazanci.com.tr/khoz/belediye/files/3hd-1997-458.htm)); Tekil, F.: Deniz Hukuku, B.5, İstanbul 1998, s. 172-173; Çörtoğlu, s. 77-99; Tandoğan, s. 51; Ünan, S.: s. 229; Oğuzman, K. – Öz, T.: s. 639.

prensipleriyle bağdaşmaz.<sup>22</sup> ÇK m.2’de yer alan “kirleten”<sup>23</sup> tanımına nazaran kirleten sıfatıyla sorumluluğun doğması için dolaylı sebep olmanın yeterli olduğu belirtilmelidir. Kirletmenin hukuka aykırı olması şartı aranmaz. Ancak, kirlenme standartlarını ve kirlenmeyi önleme yöntemlerini belirleyen yönetmeliklere uyulmaması, bir çeşit hukuka aykırılık olarak yorumlanabilir.<sup>24</sup>

## **B. 5312 Sayılı Kanun**

### **a) Geçmişi**

Kanun’un geçmişi, oldukça gerilere gitmektedir. İlk olarak Çevre Bakanlığı’nca 1993 yılında “Ulusal Deniz Acil Müdahale Kanun Tasarısı” hazırlanmıştır. Bu Kanun Taslağı, münhasır ekonomik bölge dâhil deniz alanlarındaki muhtelif faaliyetler sonucunda çevreye ve ekolojik dengeye verilecek zararların, bu alanlarda yaşan insanların ekonomik ve sosyal refahı üzerindeki etkilerin azaltılması amacıyla zamanında ve gerekli tedbirlerin alınmasını, yetki ve sorumlulukların belirlenmesini ve Deniz Acil Müdahale Planlarının uygulanmasını amaçlamakta idi. Bu amaçla, Ulusal, Bölgesel ve Mahalli Acil Deniz Müdahale Planlarının hazırlanmasını ve Ulusal Deniz Acil Müdahale İcra Kurulu oluşturulmasını öngörmekteydi. Taslak m.31 ise kanun kapsamına giren olaylarda kirliliğe neden olan kişi veya kuruluşun meydana gelen zararları tazmin etmek ve kirliliğin giderilmesi veya kurtarma operasyonları için yapılan harcamaları ödemekle yükümlü olduğunu, üçüncü şahısların olayla ilgili uğradığı zararlardan ötürü zarara neden olanın genel hükümlere göre de tazminat sorumluluğunun saklı olduğunu belirtmekte idi. Ancak, ilgili kurum ve kuruluşlardan gelen görüşler karşısında yeterli ilerleme sağlanamaması sebebiyle bu Tasarı, Başbakanlığa sevkedilemedi.

---

<sup>22</sup> Ünan, s. 246-247.

<sup>23</sup> Bu maddede kirleten, “faaliyetleri sırasında veya sonrasında doğrudan veya dolaylı olarak çevre kirliliğine, ekolojik dengenin ve çevrenin bozulmasına neden olan gerçek ve tüzel kişiler” olarak tanımlanmıştır.

<sup>24</sup> Tandoğan, s. 43.

Bu arada aynı amaçla çalışmalara devam eden Denizcilik Müsteşarlığınca bu sefer 1997 yılında “Deniz Kirliliğinin Önlenmesine ve Acil Durumlarda Müdahale Esaslarına Dair Kanun Tasarısı” isimli bir Taslak hazırlanmıştır. Bu Taslak da önleme ve acil durumlara dair teknik düzenlemelerin dışında önceki Taslağa paralel hükümler ihtiva etmekte idi. Ancak, Taslak Kanun’un amacı bakımından; deniz araçları, kıyı tesisleri, boru hatları ve açık deniz tesislerine vurgu yapılması; donatan, işleyen, kaptan ve acentanın deniz kirliliğinin önlenmesi ve acil durumlarda müdahale bakımından yükümlü şahıslar olarak belirtilmesi dikkati çekmekte idi. Ayrıca, deniz kirliliğine müdahale ve oluşan zararlardan sorumluluk, müdahale masraf ve zararların kapsamı, üçüncü şahısların sorumluluğu, sorumluluk limitleri, faiz, mecburi sigorta ve cezai hükümlere ilişkin ayrıntılı düzenlemelere yer verilmişti. Kanun Taslağı, mevcut hâliyle OPA 90’a benzemekteydi. Denizcilik Müsteşarlığı koordinasyonunda ilgili kurum ve kuruluşların da iştirakiyle bir dizi yürütülen çalışmalara rağmen bu Taslak üzerinde de tam mutabakat sağlanamadı.

Bilahare, aynı Taslak temelinde Çevre Bakanlığı, Denizcilik Müsteşarlığı ve Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü’nce müştereken hazırlanan aynı isimli yeni bir Taslak, Mayıs 2000’de Çevre Bakanlığı koordinasyonunda ilgili kurum ve kuruluşların görüşlerine açıldı. Bu Taslak, amaç, kapsam ve tanımlar bakımından bir hayli geniştir. “Amaç” başlıklı m.1’de Türkiye’nin deniz ülkesinde ve uluslararası hukuka göre egemen hak ve yetkilerini kullandığı deniz alanları ile nükleer maddelerden kaynaklanacak kirlenmeye referans yapılması, önem arz etmekteydi. Ayrıca, askerî kurum ve kuruluşları da kapsamına almaktaydı. Bu Taslak’ta da mali sorumluluk belgeleri, zarardan sorumluluk, zararların ilgili kurum ve kuruluşlarca müştereken hazırlanacak bir komisyon marifetiyle tespiti, tazminatın paylaşılması ve zamanaşımına dair hükümler yer almaktaydı. Taslak, önceki çalışmalara paralel bir şekilde ulusal, yerel ve bölgesel seviyede deniz acil müdahale planlarının hazırlanmasını ve belirtilen seviyelerde plan koordinatörlerinin

belirlenmesini öngörmekteydi. Uzun çalışmalar sonucunda Başbakanlığa sunulan Taslak, hükümet değişikliği sebebiyle TBMM'ne sevkedilememiş, ancak Çevre Bakanlığı'nca aynı Taslak temelinde yeniden çalışmalara başlanmıştır. Bu arada Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği, konuyla ilgili olarak Kanun Taslağı'na "Türk Karasuları ve Münhasır Ekonomik Bölgesi"ne girecek gemilere standartlar getiren düzenlemelerin eklenmesi yönündeki talebini 24/10/2002 tarih ve 0500-116-02 (05) yazısıyla Çevre Bakanlığı ve Denizcilik Müsteşarlığı'na bildirmiştir.

Bu önerinin de dikkate alınması suretiyle önceki Taslak temelinde hazırlanan ve üzerinde mutabık kalınan Tasarı metni, nihayet 21/7/2004 tarihinde Başbakanlık tarafından TBMM'ne sevkedilmiştir. TBMM Çevre Komisyonu'nda 3/11/2004 tarihinde yapılan görüşmelerde 1/876 Esas Numaralı Kanun Tasarısı'nın bir alt komisyonda ele alınması kararlaştırılmıştır. Bilahare, 9/11/2004 tarihinde alt komisyon görüşmelerinin tamamlanmasını<sup>25</sup> müteakip yeniden Çevre Komisyonu'na havale edilen Tasarı, 3/5/2005 tarihinde TBMM Genel Kurulu'nda kabul edilerek kanunlaşmıştır. Kuşkusuz, ULLA isimli geminin 6/9/2004 tarihinde atık yüküyle birlikte İskenderun Körfezi'nde demirli hâlde iken batması, Kanun'un yürürlük sürecini hızlandırmıştır.

#### **b) Yasama Amacı**

Kanun'un temel iki amacı bulunmaktadır: Bunlar; deniz çevresinin petrol ve diğer zararlı maddelerle kirlenmesi olaylarında yapılacak acil müdahaleye ilişkin usul ve esaslar ile kirlenme olayları sonucu doğan zararların tazmini esaslarının düzenlenmesidir. [m.1 b.(a) ve (b)] Kanun, bu amacın gerçekleştirilmesinde deniz emniyetinin sağlanması ve deniz kirliliğinin önlenmesi konusundaki uluslararası hukuk ve iç hukuktan doğan hak ve yükümlülükleri, hareket noktası olarak esas almaktadır.

---

<sup>25</sup> Alt Komisyon Raporu için bkz. Deniz Çevresinin Petrol ve Diğer Zararlı Maddelerle Kirlenmesinde Acil Durumlarda Müdahale ve Zararların Tazmini Esaslarına Dair Kanun Tasarısı ve Çevre Komisyon Raporu (1/876), Dönem: 22, Yasama Yılı: 718, TBMM Sıra Sayısı: 718, s. 7 (<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss718m.htm>).

(m.1) Deniz emniyetinin sağlanması ve deniz kirliliğinin önlenmesi konuları, birbirleriyle yakından bağlantılıdır. Genel anlamda deniz kirliliğinin önlenmesinin deniz emniyetinin bir parçasını oluşturduğu söylenebilir. Bu sebeple düzenlemenin felsefesi bakımından belirtilen referans noktaları isabetlidir. Kanun m.1 b.(c) ve (d) ise sırasıyla uluslararası yükümlülüklerin yerine getirilmesi esaslarını ve Kanun kapsamındaki kişilerle, kurum, kuruluş, gemi ve tesislerin ilgililerinin yetki, görev ve sorumluluklarının belirlenmesinden bahsetmektedir. Esasında, son iki bent hükmünün, Kanun'un belirtilen iki temel amacının gerçekleştirilmesi çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir.

Genel gerekçede de belirtilen amaçlara yönelik ifadeler<sup>26</sup> yer almaktadır. Taraf olunan uluslararası düzenlemelerin iç hukuk düzenlemelerine yansıtılması gereğinden bahsedilmesine rağmen maalesef ne genel gerekçede, ne de madde gerekçelerinde taraf olunan hiçbir uluslararası sözleşmeden bahsedilmemiştir. Oysa, Kanun'un amacı dikkate alındığında akla gelecek uluslararası sözleşmeler; müdahale bakımından OPRC 1990,<sup>27</sup> hukuki sorumluluk bakımından ise 1992 HSS ve 1992 FS'leridir. Zira, OPRC 1990'da düzenlenen hak ve yükümlülükler, bire bir Kanun'un amaçlarıyla örtüşmektedir. Diğer yandan, nükleer maddelerin deniz yoluyla taşınması hariç deniz kirliliği

---

<sup>26</sup> Kirlenmeye bağlı hukuki sorumlulukla ilgili olarak; kirlenme sonucu zararların tazmininin, kirlenmeye sebep olanların önceden bazı sigorta sistemleri ile tazminat garantileri sağlaması ile mümkün olduğu, müdahale ve zararların tazmini konusunda taraf olduğumuz uluslararası düzenlemelerle üstlenilen yükümlülükler ile hak ve yetkilerin iç hukuk düzenlemelerine yansıtılmasının vazgeçilmez bir ihtiyaç olduğu, üç tarafı denizlerle çevrili, petrol ve diğer zararlı maddeleri taşıyan gemi trafiğine yoğun olarak maruz kalan ülkemiz için ayrı bir önem taşıdığı, Tasarı'nın bugüne kadar Türk Boğazları'nda ve Türkiye'nin yetki alanlarında meydana gelen olaylarda müdahale ve tazmin konularında yaşanan olumsuzlukların giderilmesi amacıyla hazırlandığı belirtilmektedir. Bkz. Deniz Çevresinin Petrol ve Diğer Zararlı Maddelerle Kirlenmesinde Acil Durumlarda Müdahale ve Zararların Tazmini Esaslarına Dair Kanun Tasarısı ve Çevre Komisyon Raporu (1/876), Dönem: 22, Yasama Yılı: 718, TBMM Sıra Sayısı: 718, s. 1 (<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss718m.htm>).

<sup>27</sup> Bkz. dp. 8.

zararlarından hukuki sorumluluk ve tazminata ilişkin 1992 HSS ve 1992 FS dışında Türkiye'nin taraf olduğu bir Uluslararası Sözleşme bulunmamaktadır.

**c) Kanun'un 1992 HSS ve 1992 FS'lerinin Uygulama Kanunu Niteliğinde Olmaması**

Kanun, 1992 HSS ve 1992 FS'lerinin uygulama kanunu niteliğinde değildir. Kanun, yukarıda da zikredildiği üzere acil durumlarda müdahale ve zararların tazmini esaslarını düzenlemeyi amaçlamaktadır. Bir uluslararası sözleşmenin uygulama kanunu ise tabiatı gereği münhasıran ve somut olarak o uluslararası sözleşmenin iç hukukta nasıl uygulanacağını, ihtilafların hangi yetkili ve görevli mahkemelerde görüleceğini, sözleşmede öngörülen yükümlülüklerin ülkelerin ulusal hukukları sistemi içinde ne şekilde ve hangi makamlarca yerine getirileceğini, sözleşmenin taraf devletlere verdiği yetkilerin kullanılması esasları ile ulusal mevzuatta yapılabilecek sair değişiklikleri, o sözleşmelere uyulması konusundaki yaptırımlar dâhil sair esasları düzenlemeyi amaçlamaktadır. 1992 HSS ve 1992 FS'ne taraf çoğu devletlerde bu Sözleşmeler'in uygulanmasına dair bir uygulama kanunu mevcut olduğu hâlde henüz Ülkemizin bir uygulama kanunu bulunmamaktadır. Bu durum, uluslararası platformlarda özellikle IOPC Fon Toplantılarında gerek fon yönetimi, gerekse bazı ülkelerce zaman zaman gündeme getirilmektedir.

Denizcilik Müsteşarlığınca henüz 1992 HSS ve 1992 FS'lerinin yürürlüğe girmediği bir zamanda, 1999 yılının sonlarında uygulama kanunu çalışmalarına başlanmıştır. Bu Sözleşmeler'in yürürlüğe girmesiyle birlikte çalışmalar hızlandırılmıştır. 2005 yılında hazırlanan ve üzerinde Çevre ve Orman Bakanlığı hariç olmak üzere hemen hemen ilgili bütün kurum ve kuruluşlarca mutabakat sağlanan Kanun Taslağı,<sup>28</sup>

---

<sup>28</sup> Uygulama Kanunu Taslağı, ana hatları bakımından; 1992 HSS ve 1992 FS'lerinin uygulama alanı, Sözleşmeler'in kıyasen ve münhasıran uygulanması, kılavuzlar için sorumluluk sınırı, kişisel sorumlulukta fon tesisi ve sorumluluğun sınırlandırılmayacağı



TBMM'ne gönderilmek üzere Başbakanlığa sunulmuştur. Gerekli mutabakatın sağlanması amacıyla Başbakanlık nezdinde yapılan toplantıda Çevre ve Orman Bakanlığı'nın aykırı görüşleri giderilemediğinden Uygulama Kanun Taslağı askıya alınmıştır.<sup>29</sup> Çevre ve Orman Bakanlığı'nın Uygulama Kanun Taslağı'na yönelik en önemli itirazı, Kanun'un aynı zamanda 1992 HSS ve 1992 FS'lerinin uygulama kanunu niteliğinde olduğu, dolayısıyla Taslağa gerek olmadığı noktasında toplanmıştır. Ne yazık ki, Denizcilik Müsteşarlığı'nca Kanun'un bir Uygulama Kanunu niteliğinde olmadığına dair yapılan açıklama ve ileri sürülen görüşler, Başbakanlık nezdinde kabul görmemiştir.

Kanun, Türkiye'nin taraf olduğu hukukî sorumluluk ve zorunlu sigortaya ilişkin uluslararası sözleşmelere sadece atıf yapmakta, ancak bu sözleşmeleri somut olarak belirtmediği gibi uygulanmalarına dair ayrıntılı esasları ortaya koymamaktadır.<sup>30</sup> Nitekim, Kanun'un “Zararların

---

hâller, hukuki sorumluluğa ilişkin teminat, faiz vs. konular ile sigorta ve mali güvence sertifikaları, 1992 Fonu'na yapılacak katkı paylarına ilişkin yükümlülük ve idari düzenlemeler ile görevli ve yetkili mahkeme gibi konularda yeni hükümler getirmekteydi. Söz konusu Kanun Taslağı, TTK Deniz Ticaret Alt Komisyon üyeleri Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Deniz Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi Doç. Dr. Kerim ATAMER ile Denizcilik Müsteşarlığı I. Hukuk Müşaviri İsmail DEMİR tarafından koordine edilmiş ve müştereken hazırlanmıştı. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Atamer, K.: Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Deniz Hukukunda Cebrî İcra*, İstanbul 2006, s. 51-55; *Atamer, K.: “1976 Sınırlı Sorumluluk ve 1992 Petrol Kirliliği Sözleşmelerinin Tatbikatı”na Dair Yasal Düzenleme Taslağı ve Gereçesi*, Ünal Tekinalp'e Armağan, Bilgi Toplumunda Hukuk, C. I, İstanbul 2003, s. 849-905.

<sup>29</sup> Uygulama Kanunu Taslağı'nın askıya alınması üzerine TTK Deniz Ticareti Alt Komisyonu, 1976 Sözleşmesi'yle birlikte 1992 HSS ve 1992 FS'lerine ilişkin hükümlerin TTK Tasarısı'na alınmasına karar vermiş, bu çerçevede oluşturulan metin, TTK Ana Komisyonu'nca kabul edilerek TTK Tasarısı'nın “Deniz Ticareti” başlıklı Beşinci Kitabına “Sorumluluğun Sınırlanması ve Petrol Kirliliği Zararının Tazmini” başlıklı Yedinci Kısımına dâhil edilmiştir. Bu hükümler, Uygulama Kanunu Taslağı'nda yer alan hükümlere paralel hükümler ihtiva etmektedir. Bilâhare, TTK Tasarısının ilgili hükümleri, bazı değişikliklerle 13/1/2011 tarihli ve 6102 sayılı yeni TTK'nun 1336 ilâ 1349. maddeleri olarak yerini almıştır. Böylece, Kanun'un uygulama kapsamı bakımından ortaya çıkabilecek sorunlar, belirli ölçüde engellenmiştir. Yeni TTK için bkz. 14/2/2011 tarihli ve 27846 sayılı Resmî Gazete.

<sup>30</sup> Kanun'un genel ve madde gerekçelerinde dahi 1992 HSS ve 1992 FS zikredilmemiştir.

Tazmini” başlıklı 3. Bölümü, genel olarak hukuki sorumluluk ve tazminata ilişkin esasları düzenlemekle birlikte bu bölüme ait hiçbir maddede 1992 HSS ve 1992 FS’lerinin uygulanmasına, bu Sözleşmeler’in verdiği yetkilerin kullanılmasına yönelik somut hükümler yer almamakta, sadece Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde öngörülen malî garantilerden bahsedilmektedir.

Diğer taraftan, aşağıda incelendiği üzere Kanun; zararların tespiti, zarar görenlerin Müsteşarlığa başvurması, tazminatın paylaşılması, zamanaşımı süresi ve mali sorumluluk garantilerinin bildirim gibi konularda 1992 HSS ve 1992 FS hükümlerine aykırı çok sayıda hüküm ihtiva etmektedir. Oysa bir uluslararası sözleşmeye ait uygulama kanunu, dayanağını oluşturan o sözleşmeye aykırı hükümler ihtiva edemez.

## **2. Uluslararası Mevzuat**

### **A. 1992 HSS ve 1992 FS’leri**

#### **a. Genel Olarak**

Özellikle 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren petrol yüklü tankerlerin karıştığı deniz kazaları sonucu çok sayıda petrolün deniz çevresine bırakılması veya sızması sonucu çok ciddi boyutlara ulaşan deniz kirliliği hadiseleri, meselenin uluslararası nitelik kazanmasına sebep olmuştur. Artık deniz kirliliğinin kıyı devletleriyle sınırlı kalmadığı anlaşılmıştır. Meydana gelen deniz kirliliği sonucu uğranılan zararların tazmini, zarardan sorumlu olacak tarafların belirlenmesi, sorumluluğun sınırlandırılması, sigorta veya mali güvence gibi konularda uluslararası seviyede kabul edilmiş bir metin mevcut değildi. Petrol kirliliği sonucu maruz kalınan zararların ulusal hukuklar temelinde kusur sorumluluğuna dayalı genel hukuk prensipleriyle tazmini yetersizdi. Keza, karasularının ötesindeki deniz alanlarında meydana gelen kazalar sebebiyle sorumluluk, yabancılık unsuru taşıyan olaylarda uygulanacak yetkili hukukun belirlenmesi ve kararın icrası gibi konularda büyük ihtilaflar doğmaktaydı.

1967’de vuku bulan Torrey Canyon deniz kazası, gerek petrol kirliliği sebebiyle doğan zararların karşılanmasından hukuki sorumluluk, gerekse karasularının ötesindeki deniz alanlarında kıyı devletlerinin kirliliğe müdahale konusundaki yetkilerinin düzenlenmesi açısından bir dönüm noktası oluşturmuştur. Bu kazayı müteakip derhal IMO önderliğinde gerçekleştirilen diplomatik konferanslar sonucunda petrol yüklü tankerlerin sebep olduğu deniz kirliliğinin yol açtığı zararlar dolayısıyla hukuki sorumluluk ve tazmin esaslarının benimsendiği 1969 HSS ve bu Sözleşme’yle tam olarak karşılanamayan zararların kurulacak bir uluslararası fon ile tazmin edilmesine dair 1971 FS’leri<sup>31</sup> kabul edilmiştir. Bilahare, bu Sözleşmeler’de değişiklik öngören 1984 Protokolleri’nin yürürlüğe girmemesi üzerine 1969 HSS ve 1971 FS’leri, 1992 yılında başta sorumluluk limitlerinin yükseltilmesi olmak üzere kapsamlı bir revizyona uğramıştır. Türkiye’nin de tarafı olduğu 1992 HSS ve 1992 FS, Dünya çapında çok geniş bir kabul görmüştür.<sup>32</sup> 1992 HSS ve 1992 FS ile kurulan rejimin temeli ve çerçevesi, orijinal olarak 1969 HSS ve 1971 FS’ne dayanmaktadır.

#### **b. 1992 HSS**

1992 HSS, petrol kirliliği zararları<sup>33</sup> dolayısıyla gemi maliklerinin sorumluluklarını düzenlemektedir.<sup>34</sup> 1992 HSS m.III f.1 hükmüne göre bu

<sup>31</sup> 1969 HSS ve 1971 FS’lerinin tadiline dair 1984 yılında iki adet protokol kabul edilmiştir: 1984 Tarihli Petrol Kirliliğinden Doğan Zararın Hukukî Sorumluluğu İle İlgili Uluslararası Sözleşme’nin Tadiline Dair Protokol (*Protocol of 1984 to Amend the International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage, 1969*) ve 1984 Tarihli Petrol Kirliliği Zararının Tazmini İçin Bir Uluslararası Fon Kurulması İle İlgili Uluslararası Sözleşme’nin Tadiline Dair Protokol (*Protocol of 1984 to Amend the International Convention on the Establishment of an International Fund for Compensation for Oil Pollution Damage, 1971*). Protokol metinleri için sırasıyla bkz. LEG/CONF. 6/66, May 25, 1984 ve LEG/CONF. 6/67, May 25, 1984. Protokoller, 1969 HSS ve 1971 FS’lerinin çok sayıda eksikliklerini gidererek geliştirilmesine ve kirlenme zararlarının tazminine önemli katkı sağlamalarına hiçbir zaman yürürlüğe girememiştir.

<sup>32</sup> 1992 HSS’ne 123 devlet, 1992 FS’ne ise 105 devlet taraf olmuştur. Bkz. <<http://www.imo.org/About/Conventions/StatusOfConventions/Pages/Default.aspx>>

<sup>33</sup> 1992 HSS m.1 b.6’da kirlenme zararı:

“a) Çevrenin bozulmasından kaynaklanan kâr kaybının dışında çevre bozulması dolayısıyla tazminatın, fiilen yapılan veya yapılacak olan makul eski hâle getirme tedbirlerinin maliyetiyle sınırlı olması kaydıyla; gemiden nerede olursa olsun sızan veya

madde f.2-3'de belirtilen hâller hariç olmak üzere geminin hadise<sup>35</sup> zamanındaki maliki, bu hadise sonucunda geminin sebep olduğu bütün kirlenme zararlarından sorumludur. Hadisenin bir olaylar zincirinden oluşması hâlinde ise ilk olay tarihindeki gemi maliki sorumludur. Bu Sözleşme kapsamında oluşan kirlenme zararından, sadece geminin maliki sorumlu olup kural olarak sorumluluğun diğer şahıslara<sup>36</sup> kanalize edilmesi mümkün değildir. Ayrıca, bu Sözleşme kapsamı dışında kirlenme zararı için gemi malikinden hiçbir tazminat talebinde bulunulamaz.(m.III f.4) Malikin üçüncü şahıslara karşı rücu hakkı saklıdır. (m.III f.5) İki veya daha fazla geminin karıştığı bir hadise dolayısıyla kirlenme zararı meydana geldiğinde, ilgili bütün gemilerin malikleri, makul bir şekilde

---

bırakılan hidrokarbonların sebep olduğu kirlenmeden, hidrokarbonu taşıyan gemi dışında meydana gelen bütün zıya veya zararları,

b) Önleyici tedbirlerin maliyetlerini ve ayrıca önleyici tedbirlerin sebep olduğu zıya veya zararı” şeklinde tanımlanmıştır.

Böylece, 1969 HSS'den farklı olarak kâr kaybı da zarar kapsamına alınmış ve çevrenin bozulmasından kaynaklanan tazminatın makul olmaları şartıyla alınan tedbirlerin maliyetleriyle sınırlı olması benimsenmiştir. Temizleme masrafları dâhil önleme tedbirlerine ilişkin masraflar, mala verilen zararlar, ekonomik kayıplar ve çevrenin yeniden eski hâle getirilmesi ve inşası için yapılan masrafların tazmini gerekmektedir. Bu arada, 1969 HSS ve 1971 FS'nden farklı olarak 1992 HSS m.I b.8 hükmü ile petrol sızmamış veya dökülmemiş olsa dahi ciddi ve ağır bir tehdit varsa alınan önlemlerin, önleme tedbiri olarak kabul edilmek suretiyle tazmin edilmesi gerektiği belirtilmelidir. *Gauci, G.: Oil Pollution At Sea: Civil Liability and Compensation for Damage, England, 1997, s. 36.*

<sup>34</sup> 1992 HSS m.I b.3'e göre gemi maliki; gemi sicilinde geminin adlarına tescil edilmiş olduğu kişi veya kişileri; geminin sicilinde müseccel olmaması hâlinde ise geminin mülkiyetine sahip kişi veya kişileri ifade etmektedir. Şu kadar ki, geminin bir devletin mülkiyetinde olup da bu devlette geminin işleteni (*operator*) olarak müseccel bir şirket tarafından işletilmesi hâlinde bu şirket, malik sayılır.

<sup>35</sup> 1992 HSS m.I b.8, hadiseyi “kirlenme zararına neden olan veya bu tür zarara sebep olacak ciddi ve yakın bir tehdit oluşturan aynı menşeli her türlü olay veya olaylar dizisi” olarak tanımlamaktadır.

<sup>36</sup> Bu şahıslar, malikin hizmetlileri veya acentaları veya mürettebatı, mürettebat dışında gemiye hizmet veren kılavuz kaptan veya diğer şahıslar, charterer, gemi müdürü veya işletmecisi, kurtarma faaliyetlerini yürüten herhangi bir şahıs, önleyici tedbirleri alan herhangi bir şahıs ile charterer, gemi müdürü veya işletmecisi, kurtaran ve önleyici tedbirleri alan şahısların hizmetlileri veya acentalarıdır. Ancak, sayılan kişilerin zarar verme kastıyla ve dikkatsizce ve muhtemelen zarara sebep olabileceği bilinerek yaptıkları bir hareket veya ihmali sonucu zararın oluşması halinde bu kişilere de sorumluluk yöneltilebilir. (m.III f.4 c.2)

ayrılmayan bütün zararlardan m.III hükümleri saklı kalmak üzere müştereken ve müteselsilen sorumludur. (m.IV)

1992 HSS m.I b.1’de yer alan yeni gemi tanımı ile,<sup>37</sup> 1969 HSS’den farklı olarak geminin yük olarak fiilen dökme hâlde petrol<sup>38</sup> taşınması zorunluluğu kaldırılmıştır. Petrolün gemide yük veya yakıt olarak bulunması arasında bir fark bulunmamaktadır.<sup>39</sup> Dolayısıyla Sözleşme’de petrol tanımı dışında kalan her türlü kuru yük gemisi, konteyner taşıyıcıları ve dökme yük taşıyan gemiler ise kapsam dışında kalmaktadır. Ancak, petrol dışında maddeler de taşıyan bir geminin taşıdığı dökme hâlde petrol yükünü boşalttıktan sonraki seyri, teorik olarak balast seyri olacaktır. Aynı limanda gemiye bir kuru yük yüklenmişse geminin bu seferini kuru yükün taşınması teşkil edecektir. Eğer önceki seferde taşınan petrolün tüm kalıntıları gemiden temizlenmişse geminin sonraki bu seyri esnasında dökülen yakıt, Sözleşme kapsamında olmayacaktır. Bununla beraber slop tankta hâlen petrolün kalıntıları mevcutsa 1992 HSS uygulanacaktır.<sup>40</sup>

Sözleşme’nin coğrafi uygulama alanı, 1969 HSS’den farklı olarak münhasır ekonomik bölgeyi de içine alacak şekilde genişletilmiştir. 1992 HSS m.II’ye göre Sözleşme, Taraf Devletler’den birisinin karasuları dâhil ülkesinde ve uluslararası hukuka göre belirlenen, Taraf Devlet’in münhasır ekonomik bölgesinde veya Taraf Devlet böyle bir bölge belirlememişse bu Devlet tarafından uluslararası hukuka göre belirlenmiş

---

<sup>37</sup> Deniz gemileri, 1992 HSS kapsamında olup yaygın bir şekilde nehir veya diğer içsularda taşımacılık yapan ülkeler bakımından bu taşımalarda kullanılan gemilerin kapsam dışı olması önem arz etmektedir. Özçayır, Z. O.: Limitation of Liability Problems of Oil Pollution, <[http://www.turkishpilots.org/DOCUMENTS/oya\\_ozcayirliability.htm](http://www.turkishpilots.org/DOCUMENTS/oya_ozcayirliability.htm)>, s.7.

<sup>38</sup> “Petrol”, gemide yük olarak veya geminin yakıt tanklarında bulunan ham petrol, fuel-oil, ağır dizel yağı ve gres yağı gibi dayanıklı (buharlaştırma derecesi yüksek) petrol minarelerini ifade eder. (m.I b.5) 1969 HSS’den farklı olarak balina yağının petrol ürünü olarak 1992 HSS’nin kapsamı dışında olduğu dikkati çekmektedir.

<sup>39</sup> *De La Rue, C. – Anderson, C. B.: Shipping and The Environment, Law and Practice*, London 1998, s. 84.

<sup>40</sup> *De La Rue – Anderson*, s. 80.

ve karasularının ölçüldüğü hattan itibaren 200 deniz miline kadar uzanan karasularının ötesinde ve bitişiğindeki bölgede sebep olunan kirlenme zararına uygulanır. Ayrıca, kirlenme zararlarının önlenmesi veya en aza indirilmesi için nerede olursa olsun alınan önleyici tedbirler de kapsam dâhilindedir. Dolayısıyla, bir Taraf Devlet'in karasuları ve münhasır ekonomik bölgesi dışında, yani açık denizlerde dahi aldığı önleyici tedbirlere Sözleşme uygulanır.

Gemi malikinin sorumluluğu, kusursuz sorumluluktur (strict liability).<sup>41</sup> Kusursuz sorumluluk, gemi malikinin geçen yıllar boyunca çok sayıda kirlenme hadisesinin kısa sürede ve fazla masraf yapılmaksızın sonuçlandırılmasına katkıda bulunmuştur.<sup>42</sup> Bu sorumluluğun ağırlaştırılmış objektif sorumluluk olduğu ileri sürülmektedir. Dolayısıyla, gemi malikinin, kirlenme zararının meydana gelmesinde kendisinin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kusurlu bulunmadıklarını yahut zararın meydana gelmemesi için her türlü tedbiri aldığını ispat ederek sorumluluktan kurtulması mümkün değildir.<sup>43</sup> Zarar görenlerin somut olayda kirlenme olayını, yani zararın söz konusu kazadan kaynaklandığını ispatlamaları yeterlidir. Gemi maliki, sadece zararın m.III f.2-3'de belirtilen hâllerin biri veya birkaçından kaynaklandığını ispatlarsa sorumluluktan kurtulabilir.<sup>44</sup>

---

<sup>41</sup> *Kara*, s. 174; *Günay*, B.: The US and International Compensation Regimes for Vessel Source Oil Pollution: A Comparative Study, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara 2003, s. 402.

<sup>42</sup> *De La Rue – Anderson*, s. 17.

<sup>43</sup> *Ünan*, s. 24. Gemi malikinin sorumluluğu açıkça kusursuz sorumluluk olmakla birlikte farazi sorumluluk ve sorumluluk karinesi gibi farklı görüşlerin ileri sürüldüğü görülmektedir. Bkz. *Chao*, W.: Pollution from the Carriage of Oil by Sea: Liability and Compensation, London 1996, s. 59.

<sup>44</sup> 1992 HSS m.III f.2 ve 3 hükümlerine göre gemi sahibi, kirlenme zararının;

- a) Bir savaş, düşmanlık, iç savaş veya ayaklanma hareketi yahut önlenmesi ve kaçınılması kabil olmayan anormal bir tabiat olayı sonucu olduğunu veya,
- b) Münhasıran üçüncü bir şahsın zarar vermek kastıyla vukubulan bir hareket veya ihmalinin sonucu olduğunu veya,
- c) Münhasıran bir hükümetin veya fener veya sair seyir yardımcılarının bakımından sorumlu bir merciin bu görevin yerine getirilmesindeki bir ihmali veya başkaca nizamlara aykırı bir fiili sonucu olduğunu ya da,

Gemi maliki, 1992 HSS m.V f.1 hükmüne göre sorumluluğunu geminin tonajına bağlı olarak azami 59,7 milyon hesap birimi<sup>45</sup> ile sınırlandırabilir.<sup>46</sup> Sorumluluğun sınırlandırılması hakkında gemi maliki, onun sigortacısı veya başkaca güvence veren kişiler yararlanabilir.<sup>47</sup> Ancak, bunun için kirlenme zararına uğrayan veya kirlenme zararlarını önlemek veya en aza indirmek için önleme tedbirlerini almış olan Taraf Devletler'den herhangi birisinin mahkemesinde veya yetkili diğer bir merciinde, sorumluluk limitlerine denk bir meblağ ile bir fon tesis edilmesi zorunludur. Fon, hesaplanan meblağın depo edilmesi veya banka garantisi verilmesi yahut fonun kurulduğu Taraf Devlet'in mevzuatına

d)Kirlenme zararının, kısmen veya tamamen zarar gören şahsın zarar verme kastıyla vukubulan bir hareket veya ihmalinden yahut başkaca bir kusurundan ileri geldiğini ispat ederse bu şahsa karşı mesuliyetten kısmen veya tamamen kurtulabilir.

<sup>45</sup> Hesap birimi, Uluslararası Para Fonu tarafından tanımlanan SDR'dir. (Özel Çekme Hakkı) [m.V f.9 b.(a)] SDR'nin TL karşılığı TCMB'nca günlük olarak açıklanmaktadır.

<sup>46</sup> Bu maddeye göre gemi maliki, bu Sözleşme uyarınca herhangi bir olayla ilgili sorumluluğunu aşağıdaki şekilde hesaplanan bir toplam meblağ ile sınırlandırabilir:

a)5.000 tonaj biriminin üzerinde olmayan bir gemi için 3 milyon hesap birimi;

b)5.000 tonaj biriminin üzerindeki bir gemi için (a) alt paragrafında belirtilen meblağa ilaveten her bir tonaj birimi için 420 hesap birimi.

Bununla birlikte, bu toplam meblağ her durumda 59,7 milyon hesap birimini geçemez. Ancak, 1997'de Japonya kıyılarında gerçekleşen "Nakhodka" ve 1999'da Fransa kıyılarında gerçekleşen "Erica" kazalarının da etkisiyle IMO Hukuk Komitesinin 82. Dönem Toplantısı'nda 18/10/2000 tarihinde 1992 HSS ve 1992 FS'nde belirtilen sorumluluk limitlerinin % 50 oranında artırılması kararlaştırılmıştır. Alınan kararlar gereğince bu değişiklikler, Sözleşme'ye Taraf Devlet sayısının ¼'ü tarafından itiraz olunmaması üzerine 1/11/2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu değişiklikle; (a) ve (b) alt paragraflarda belirtilen miktarlar sırasıyla 4,51 milyon ve 631 SDR olarak değiştirilmiştir. Azami miktar ise aynı oranda artırımla 89,77 milyon SDR olarak belirlenmiştir. Bkz. LEG 82/12, November 6, 2000, Annex 2 Resolution Leg.1 (82); 1992 HSS m.15 ve 1992 FS m.33'de düzenlenen zımnî kabul (*tacit acceptance*) usulünün Türk Hukuku açısından eleştirisi hakkında bkz. *Karan, H.: The Process of Revising Liability Limits Under International Maritime Conventions*, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara 2003, s. 429-444.

<sup>47</sup> Ancak, kirlilik zararının, gemi malikinin zarar vermek kastıyla veya dikkatsizce ve muhtemelen zarara sebep olabileceğini bilerek yaptığı kişisel bir hareketi veya ihmalinden kaynaklandığı ispatlanırsa malik sorumluluğunu sınırlandırma hakkından yararlanamaz. (m.V f.2) Böylece, ispat külfeti 1969 HSS'ye göre tersine çevrilmiş, malikten alınarak karşı tarafa geçmiştir. *Gauci*, s. 166.

göre şayanı kabul olan ve mahkeme veya diğer yetkili mercice yeterli sayılacak başka bir garantinin ibrazı suretiyle tesis olunabilir. (m.V f.3 ve f.5) Fon, dava açılmasından önce veya daha sonra tesis olunabilir. Birden fazla mahkemede dava açılması hâlinde sadece bir mahkemede fon tesisi yeterli olup fonun tesis edildiği mahkeme fonun paylaşılmasına ilişkin tüm konularda tek yetkilidir.<sup>48</sup> Fon tesis edilmesi hâlinde tazminat hakkı, gemi malikinin başka malları üzerinde kullanılamaz. [m.VII f.1 b.(a)] Fonun tesisi ile gemi malikinin sorumluluğu, sınırlı şahsi sorumluluktan sınırlı aynı sorumluluğa dönüşmektedir.<sup>49</sup> Keza, fon tesisiyle, kirlenme sonucu zarar görenin tazminat alacağına karşılık haczedilen gemisi ile geminin hacizden kurtulması amacıyla verilen diğer teminatlar serbest bırakılır. [m.VI f.1 b.(b)]

Fon, zarar görenler arasında sabit olan alacakları nispetinde paylaşılır. (m.V f.4) 1992 HSS m.VII f.1 hükmü gereğince bir sigorta veya başkaca teminat gösterilmesi suretiyle fon tesis olunmuşsa bu fonun münhasıran bu Sözleşme'den kaynaklanan alacakların ödenmesine tahsis olunması gerekir. (m.VII, f.9) Dolayısıyla, kabul edilebilecek toplam alacak miktarı sabit oluncaya kadar söz konusu fonun dağıtılamaması gerekir.<sup>50</sup> Fonun paylaşılmasından önce tazminat ödeyen gemi sahibi veya onun adam ve temsilcileri ile sigorta veya diğer güvence veren şahsın ödemede bulunması hâlinde bu şahıslar, tazminat ödemesi yapılan şahıslara halef olurlar. (m.V f.5) Belirtilen şahısların dışındaki şahısların halefiyet hakları ise ilgili Taraf Devlet'in hukukunun cevaz vermesi şartına bağlıdır. (m.V f.6)

1992 HSS m.VII, mecburi sigortaya dair hükümleri ihtiva etmektedir. Buna göre bir Taraf Devlet'te müseccel olup da dökme olarak 2.000 tondan fazla hidrokarbon yükü taşıyan bir geminin maliki, bu Sözleşme'ye müsteniden kirlenme zararlarından sorumluluğunu

---

<sup>48</sup> *Gauci*, s. 174.

<sup>49</sup> *Ünan*, s. 129; *Tekil*, F.: Deniz Hukuku, Uluslararası Konvansiyonlar, İstanbul 1987, s. 105.

<sup>50</sup> *Chao*, Pollution, s. 64.



karşılama üzere bir sigorta yaptırmak yahut bir banka garantisi veya enternasyonel bir tazminat fonunca m.VI f.1'e göre belirlenen sorumluluk limitlerine uygun olarak tanzim edilmiş bir sertifika gibi başkaca bir mali güvence vermek zorundadır. (m.VII f.1) Gemilerin neden olduğu deniz kirliliği sonucu ortaya çıkan zararların oldukça büyük boyutlarda olması ve yaşanan acı tecrübeler, kirlenme zararlarının tazmininde sigorta müessesesinin önemini ortaya koymuştur. Dolayısıyla mecburi sigorta, 1969 HSS ve 1992 HSS'nin geniş kabul görmesi ve ulaştığı başarıya önemli ölçüde katkıda bulunmuştur.<sup>51</sup> Düzenlemede öngörülen sigorta, sigortalının üçüncü şahıslara karşı doğabilecek potansiyel sorumluluğunun güvence altına alınması hakkına yöneliktir.<sup>52</sup>

Mecburi sigorta gereklerinin karşılanmasından sonra her gemi için geçerli bir sigorta veya başkaca bir mali güvencenin mevcut ve geçerli olduğuna dair bir sertifikanın düzenlenmesi gereklidir. Sertifikayı düzenleyen devletin yetkili makamı, bu sertifikayı düzenlemekle sadece 1992 HSS'ye uygun bir sigortanın mevcudiyetini tespit ve tasdik etmekte olup bunun dışında sigortalılarla ilgili sorumluluklara dair herhangi bir garanti taahhüdü altında girmemektedir.<sup>53</sup> Geminin siciline kayıtlı olduğu devlet, bu sertifikayı düzenler veya tasdik eder. Bir Taraf Devlet'te tescilli olmayan gemiyle ilgili olarak ise herhangi bir Taraf Devlet'in ilgili mercii tarafından sertifika verilebilir veya tasdik edilebilir.(m.VII, f.2) Sicil Devleti, sertifikanın düzenlenmesi ve geçerliliği şartlarını tespit eder.

---

<sup>51</sup> Kara, s. 194

<sup>52</sup> Uygulamada deniz kirliliği zararlarının tazmininde P&I Kulüpleri özel bir öneme sahiptir. Kulüp sigortalıları, 1969 HSS ve 1992 HSS'de düzenlenen mecburi sigorta gereklerini de karşılayacak genişlikte bir koruma sağlamaktadırlar. Bugün petrol kirliliği zararlarının karşılanması bakımından Dünya deniz ticaret filusunun hemen hemen tamamına yakın bir kısmının, P&I kulüpleri tarafından sağlanan sigorta teminatı altında olduğu söylenebilir. *Gauci*, s. 205; İngiliz Sigorta Hukuku'nda kulüp sigortası sözleşmesi bir deniz sigortası sözleşmesi olarak kabul edilmektedir. *Algantürk*, S. D.: Deniz Sigorta Hukukunda Kulüp Sigortası (Protection and Indemnity Insurance, P&I), İstanbul 2002, s.3.

<sup>53</sup> *Chao*, Pollution, s. 68; *Kender*, R.: Uluslararası Deniz Hukukunda Kirlenme Zararlarından Doğan Sorumluluk İçin Mecburi Sigorta, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, S. 2, Y. 2, 1982, s. 19.

(m.VII, f.6) Bir Taraf Devlet adına tanzim veya tasdik olunan sertifikalar, bu Sözleşme'nin uygulanması bakımından diğer Taraf Devletler'ce tanınır ve kendilerince tanzim veya tasdik edilmiş sertifikalarla eşit değerde kabul edilir.(m.VII f.7)

1992 HSS, mecburi sigorta gereklerinin karşılanıp karşılanmadığının denetlenmesi bakımından iki önemli hüküm ihtiva etmektedir: Birincisi, Taraf Devletler'in kendi bayraklarını taşıyan ve mecburi sigorta hükümlerine tabi olan gemiler için düzenlenmiş geçerli bir sigorta sertifikasının bulunmaması hâlinde bu gemilerin ticari faaliyette bulunmalarına izin vermeyeceklerine dair m.VII f.10 hükmüdür. İkincisi ise 1992 HSS'ye taraf olmayan devletlere ait gemiler de dâhil bütün gemilerin Taraf Devletler'in limanlarına girebilmek için bu Sözleşme'de belirtilen mecburi sigorta yapmalarının zorunlu olduğuna ilişkin m.VII f.11 hükmüdür.<sup>54</sup> Bu hükme göre açıkça Sözleşme'ye taraf olmasa dahi bir devletin gemileri, bir Taraf Devlet'in limanlarına girebilmek için mecburi sigorta yaptırmak zorundadırlar.<sup>55</sup> Bir Taraf Devlet'in mülkiyetinde bulunan gemiler bakımından ise mecburi sigortaya ilişkin hükümler uygulanmaz. Fakat, bu durumda gemi, Sicil Devlet'inin yetkili makamlarınca düzenlenmiş ve geminin söz konusu devlete ait olduğunu ve sorumluluğunun da Sözleşme'deki sınırlar dâhilinde karşılanmış olduğunu gösteren bir sertifikaya sahip olmak zorundadır. (m.VII b.12) Böylece bu gemiler bakımından Taraf Devlet'in güvence vermesi yeterli sayılmaktadır.

1992 HSS, 1969 HSS'de olduğu gibi petrol kirliliğinden zarar görenler için doğrudan sigortacıya dava hakkı tanımak suretiyle mecburi

---

<sup>54</sup> Sözleşme m.VII f.11 aynen şu şekildedir: "...her Âkit Devlet, ulusal mevzuatına göre, dökme hâlinde 2000 tondan fazla hidrokarbon yükü taşıyan ve ülkesi dâhilinde bir limana gelen veya onu terk eden veya açıkta karasuları dâhilinde bir yükleme boşaltma yerine gelen veya onu terk eden gemilerin, hangi memleket sicilinde kayıtlı bulunursa bulunsunlar, 1 inci paragraf hükümlerine uygun bir sigorta yapmalarını veya sair mali güvence göstermelerini sağlar."

<sup>55</sup> *Chao*, Pollution, s. 69; *Kender*, Mecburi Sigorta, s. 21.

sigorta güvencesini güçlendirmektedir. 1992 HSS m.VII f.8 hükmüne göre kirlenme zararının tazmini ile ilgili her talep, doğrudan sigortacıya veya gemi malikinin kirlenme zararı sorumluluğu için mali güvence veren diğer şahıslara yönlenebilir. Bu kural, diğer sözleşmelerde olduğu gibi sigortalı ile sigortacı arasında mevcut sigorta sözleşmesinden kaynaklanan hak ve borçların üçüncü şahıslara yönlenelememesi prensibinin bir istisnasını oluşturmaktadır. Sorumluluk sigortalarında doğrudan dava hakkının, zarar görenin sorumlu şahsın ödeme gücünün bulunmaması hâlinde korunması veya sigorta tazminatının zarar görenin eline geçmesini sağlamaya yönelik bir tedbir olduğu ileri sürülmektedir. Böylece, zarar görenin zararı basit, süratli ve masrafsız bir şekilde tazmin edilmektedir.<sup>56</sup> Burada sigortacıya karşı doğrudan müracaat hakkının, geminin taşıdığı yükün miktarına bağlı olmadığını belirtmekte fayda vardır. Bu sebeple mecburi olmamasına rağmen 2.000 tondan daha az dökme hâlde petrol yükünü taşıyan bir gemi için sigorta yaptırılmışsa meydana gelen kirlenme zararları dolayısıyla zarar görenler, sigortacıya doğrudan müracaat edebilirler.<sup>57</sup>

Dava açma süresi, zararın meydana geldiği tarihten itibaren üç yıldır. Bu süre içinde dava açılmazsa dava açma hakkı sona erer. Ancak, Zarara sebep olan hadise tarihinden itibaren altı sene geçtikten sonra artık hiçbir dava açılmaz. (m.VIII) Bazı hadiselerde kirlenme zararı, hadisenin vuku bulduğu tarihten uzunca bir süre sonra ortaya çıkabilir. Bu durumda, altı senelik süre ilk hadisenin meydana geldiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Dava açma süresi, zamanaşımı değil, fakat hak düşürücü süredir. Zira, belirtilen süre içinde dava açılmadığı takdirde bir daha dava açılması mümkün olmamaktadır. 1992 HSS'de özel bir düzenleme

---

<sup>56</sup> Kender, Mecburi Sigorta, s. 20; Omağ, M.: Otomobil Mesuliyet Sigortalarında Zarar Gören Üçüncü Şahsın Sigortacıya Karşı Doğrudan Doğruya Dava Hakkı, İstanbul İktisadi ve Ticari İlimler Dergisi 1973, S. 1, s. 205.

<sup>57</sup> Chao, Pollution, s. 71.

bulunmadığından sürenin durması veya kesilmesinin şart ve hükümleri, davanın açıldığı yer hukukuna (lex fori) tabidir.<sup>58</sup>

Davanın görüleceği mahkeme ise 1992 HSS m.IX f.1’de gösterilmiştir. Buna göre bir hadise, bir veya birden fazla Taraf Devlet’in karasularında ve Sözleşme m.II’de belirtilen coğrafi uygulama alanı dâhil ülkesinde kirlenme zararına sebep olur veya kirlenme zararını önlemek veya en aza indirmek için karasuları veya belirtilen alanlar dâhil böyle bir ülkede önleyici tedbirler alınmış bulunursa tazminat davaları, ancak söz konusu Taraf Devlet veya Taraf Devletler’in mahkemelerinde açılabilir. Bu durumda söz konusu davalardan davalının haberdar edilmesi gerekir. Tazminat davalarının görülebilmesi için Taraf Devletler’in iç hukuklarında gerekli düzenlemeleri yapmaları gereklidir. (m.IX f.2) Diğer yandan, m.V hükümlerine uygun olarak bir fon tesis edilmişse fonun tesis olduğu devletin mahkemeleri, fonun paylaşılması ve dağıtımına dair bütün meselelerde münhasır yetkiye sahiptirler. (m.IX f.3) Sözleşme’de açık bir hüküm bulunmaması sebebiyle davanın görülmesi, ispat, yetkili ve görevli mahkeme gibi usul hukukuna giren konularda lex fori prensibi uyarınca davanın görüldüğü yer hukukunun uygulanması gerekir.<sup>59</sup>

### c. 1992 FS

1992 FS, 1992 HSS’nin sağladığı korumanın yetersiz kaldığı, özellikle gemi sahibinin oluşan zarardan sorumlu olmadığı, dolayısıyla bu Sözleşme’nin uygulanmadığı durumlarda petrol kirliliğinden zarar görenlere kurulan bir Uluslararası Fon sayesinde ek tazminat güvencesi vermektedir. Petrol kirliliğinden zarar görenlerin, her zaman 1992 HSS hükümlerine göre zararlarının tazmini kısmen veya mümkün olmayabilir. Örneğin; tanker malikleri, 1992 HSS’ne göre sorumlu tutulmayabilir veya sorumluluklarını karşılayacak yeterli finansal kapasiteye sahip

---

<sup>58</sup> *Gauci*, s. 247.

<sup>59</sup> Belirtilen konularda Milletlerarası Özel Hukuk kurallarının uygulanacağı hakkında bkz. *Gauci*, s. 252.

olmayabilirler.<sup>60</sup> Keza, 1992 HSS’de belirtilen sorumluluk limitleri, zarar görenin zararının tamamını karşılamayabilir.

1992 FS’nin uygulama kapsamı 1992 HSS’ne paraleldir. Gemi, kişi, malik, petrol, kirlenme zararı, önleyici tedbirler, hadise ve örgüt tanımları, 1992 HSS’de yapılan tanımlarla aynıdır. (m.1 b.2) Keza Sözleşme’nin coğrafi uygulama alanı da 1992 HSS hükümleriyle aynıdır. (m.3) Petrol kirliliğinden zarar görenlere tazminat ödenebilmesi için herhangi bir geminin, bir Taraf Devlet’in belirtilen coğrafi uygulama alanında kirlenme zararına sebep olması yeterlidir. Bir başka deyişle, kirlenme zararına sebep olan geminin hangi ülkenin sicile kayıtlı olduğu önemsizdir. Gemi, taraf olmayan bir devlet sicilinde kayıtlı olsa dahi zararların tazmini bakımından Sözleşme uygulanır.<sup>61</sup> Ancak, gemi malikinin mali külfetlerinin üstlenilmesi bakımından Sözleşme’nin uygulanabilmesi için ise aşağıdaki iki şart gereklidir.

- Petrol kirlenmesine sebep olan geminin Taraf Devletler’den birisinde tescil edilmiş olması veya bu Devletler’den birisinin bayrağını taşıması.
- Bu gemilerin 1992 HSS’ne taraf olan bir devletin coğrafi uygulama kapsamı içinde zarara yol açması. Bu zararların önlenmesi veya en aza indirilmesi için önleyici tedbirler alınmış ise bu tedbirlerin masrafları da talep edilebilir.<sup>62</sup>

Bununla beraber, 1992 Fonu, oluşan zararlardan her zaman sorumlu değildir. Zararın savaş, düşmanlıklar, iç savaş veya işgal gibi sebeplerden kaynaklandığı, zarara hadise zamanında bir devlet gemisi veya savaş

---

<sup>60</sup> *Jacobsen, D. – Yellen, J.:* Oil Pollution: The 1984 London Protocols and the AMOCO CADIZ, *J. Mar. L. & Com.* October 1984, Vol. 15, No.4, s. 474.

<sup>61</sup> *Jacobsen – Yellen*, s. 474.

<sup>62</sup> Bu şartların karşılanması hâlinde zarara sebep olan geminin 1992 Fonu’na katkı sağlamasının gerekip gerekmediğine bakılmaksızın gemi malikinin 1992 HSS gereği yaptığı masrafların Fon tarafından tazmini gerekir. *Chao*, *Pollution*, s. 80.

gemisi tarafından boşaltılan veya bırakılan petrol ile sebep olduğu [m.4. f.2 b.(a)], kirlenmenin kaynağının belirlenemediği [m.4. f.2 b.(b)]<sup>63</sup> ve zarar görenin kusurlu olduğu hâllerde (m.4. f.3) Fon, kısmen veya tamamen sorumluluktan kurtulabilir. Ancak, Fon, önleyici tedbirlerin masraflarını tazmin etmekten hiçbir zaman kurtulamaz. (m.4. f.3 c.3)

1992 Fonu'nca ödenecek tazminatın azami miktarı, 1992 HSS m.3'de tanımlanan kirlilik zararı için bu Sözleşme gereğince fiilen ödenen miktarın toplamı dâhil her bir olayla ilgili olarak 135 milyon SDR'yi geçmeyecek şekilde sınırlandırılmıştır. Keza, kirlenme zararının istisnai, kaçınılmaz ve karşı konulamaz nitelikteki bir doğal olaydan kaynaklanması durumunda da aynı limit söz konusudur. Ancak, üç Taraf Devlet'in ülkesinde bir önceki takvim yılı esnasında ilgili şahıslar tarafından 600 bin tona eşit veya üzerinde katkı sağlayıcı petrolün alındığının görülmesi durumunda ise tazminatın maksimum tutarı, herhangi bir zamanda herhangi bir olayla ilgili olarak 200 milyon SDR olacaktır. [m.4 f.4 b.(a),(b),(c)]<sup>64</sup> Birden fazla geminin karıştığı olaylarda her bir gemi için ayrı bir hadise, söz konusudur. Belirtilen doğal olaylardan kaynaklanan kirlenme zararlarında ise olaya karışan gemi sayısı birden fazla olsa dahi tek bir olay varmış gibi toplam meblağı ödenir. Ancak, bu hâllerin tamamı bakımından gemi malikinin sorumluluğunun her halükarda 59,7 milyon hesap birimini geçmeyeceği belirtilmelidir.<sup>65</sup>

---

<sup>63</sup> 1992 Fonu'nun sorumluluğu için zarar görenin, petrol kirlenmesine yol açan gemiyi tespit etmesi gerekmez. Petrol kirlenmesine yol açan olayı ispatlaması yeterlidir. *Tekil*, Uluslararası Konvansiyonlar, s. 493.

<sup>64</sup> Belirtilen limitler, IMO Hukuk Komitesinin 82. Dönem Toplantısı'nda 18/10/2000 tarihinde alınan kararlarla yaklaşık % 50 oranında artırılmıştır. Buna göre 135 milyon SDR limiti 203 milyon SDR'ye, 200 milyon SDR limiti 300,74 milyon SDR'ye çıkartılmıştır. Değişiklikler, 1/11/2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bkz. LEG 82/12, November 6, 2000, Annex 3 Resolution Leg.2 (82).

<sup>65</sup> *Özçayır, Z. O.: Liability for Oil Pollution and Collisions, London – Hong Kong 1998, s. 236.*

1992 Fonu, Taraf Devletler'ce Fon'a yapılan yıllık katkı paylarıyla finanse edilmektedir. Katkı payları, takvim yılı esasına göre belirlenir. (m.12 f.1) Ödenecek katkı payları, deniz yoluyla taşınan ve katkı sağlayıcı petrolün deniz yoluyla taşınmasından sonra bir Taraf Devlet'in ülkesindeki liman veya terminal tesislerinde veya deniz yoluyla taşınıp taraf olmayan bir devletin ülkesindeki liman veya terminal tesislerine boşaltılmasını müteakip ilk olarak bir Taraf Devlet tarafından bu Devlet'in ülkesinde bulunan herhangi bir tesiste teslim alınması<sup>66</sup> şartıyla bir takvim yılı içinde 150.000 tonu geçen petrolü alan kişiler tarafından ödenir. (m.10 f.1) Bir Taraf Devlet'in ülkesinde, bir takvim yılında bir şahıs tarafından alınan katkı sağlayıcı petrol miktarının aynı Devlet'te aynı yıl içinde herhangi bir bağlı şahıs veya şahıslar tarafından alınan katkı sağlayıcı petrol miktarı ile toplandığında, 150.000 tonu aşması hâlinde bu şahıs, bu miktarın 150.000 tonu geçip geçmediğine bakılmaksızın aldığı gerçek miktara göre katkı ödemek zorundadır. [m.10 f.2 b.(a)] Bağlı şahıs, herhangi bir yardımcı şirket veya müştereken kontrol edilen herhangi bir kurumu ifade etmektedir. Bir şahsın bu tanımın kapsamı içinde kalıp kalmadığı ilgili Devlet'in ulusal hukukuna göre belirlenir. [m.10 f.2.(b)]

1992 FS hükümlerine göre tazminat taleplerinin 1992 Fonu'na karşı ileri sürülmesi gerekmektedir. Olayların büyük bir çoğunluğunda uyuşmazlıklar sulh yoluyla çözümlenmekle birlikte zarar görenlerin ulusal mahkemelerde dava açmalarına engel bir durum bulunmamaktadır. Petrol kirliliği zararına ilişkin talebin haklı olması ve 1992 FS'de belirtilen kriterlerin karşılanması hâlinde 1992 Fonu, tazminat taleplerini karşılar.

---

<sup>66</sup> Petrolün teslim alınması, deniz yoluyla taşınmasından sonra bir tanka alınması veya depolanmasını ifade etmektedir. Katkı sağlayıcı petrolün nerede yüklendiği önemsiz olup yabancı bir ülkeden ithali mümkün olduğu gibi aynı ülkedeki bir limandan bir diğer limana taşınması veya sahil ötesi bir tesisten gemiyle nakledilmesi de mümkündür. *De La Rue – Anderson*, s. 131. Başka bir limana nakledilmek üzere teslim alınan veya teslim alınmasını müteakip boru hattı ile nakledilen petrol de katkı sağlayıcı petrol olarak kabul edilmektedir. Bkz. *The 1992 Fund Secretariat: The International Oil Pollution Compensation Fund 1992, Explanatory Note, August 2002*, s. 4.

Uygulamada zararların tespit ve tazmininde, 1992 Fonu ile çoğu hadiselere P&I Kulüpleri olan gemi sahibinin sigortacıları birlikte çalışmaktadırlar. Fon, zaman içinde kazanmış olduğu tecrübe ışığında belirlediği kriterler ve oluşan uygulama çerçevesinde uyumsuzlukların büyük bir çoğunluğunu sulhen ve süratle çözebilmektedir.<sup>67</sup> 1971 Fonu'ndan farklı olarak 1992 Fonu, gemi maliki 1992 HSS hükümlerine uygun olarak m.V f.3'e göre bir fon tesis etmemiş olsa bile tazminatın ödenebileceğine karar verebilir. (m.4 f.6)

1992 Fonu'na karşı ileri sürülecek talepler, hak düşürücü sürelerle tabidir. Zararın meydana geldiği tarihten itibaren üç yıl içinde Fon'a karşı bir dava açılmadığı veya 1992 HSS gereğince gemi malikine veya sigortacısına ya da garantörüne karşı açılan dava, bu süre içinde Fon'a ihbar edilmediği takdirde zarar gören Fon'a karşı talepte bulunma hakkını kaybeder. Zararın sonradan ortaya çıktığı hâllerle ilgili olarak ise azami altı yıllık hak düşürücü süre mevcuttur. Buna göre olayın vuku bulmasından itibaren altı yıllık sürenin geçmesinden sonra dava açılmaz. (m.6)

## **B. 2003 Tamamlayıcı Fon Protokolü**

1992 Fon Yönetim Kurulu'nun Şubat 2000'de gerçekleştirilen toplantısında uluslararası sorumluluk rejimi ve tazminat limitlerinin artırılması hususunda duyulan ihtiyaç müzakere edilmiş,<sup>68</sup> bilahare 19/10/2001 tarihinde, tanker kazaları sonucunda oluşan petrol kirliliğinden zarar görenler için mevcut sorumluluk limitlerini artırmak üzere oluşturulan çalışma grubunca hazırlanan bir taslak metin, Fon Genel Kurulu'nda görüşülmüştür.<sup>69</sup> Müteakiben bu taslak metin, 12 ilâ 16 Mayıs

---

<sup>67</sup> *Jacobsson, M.:* The International Conventions on Liability and Compensation for Oil Pollution Damage and The Activities of The International Oil Pollution Compensation Fund, Liability for Damage to The Marine Environment, London 1993, s. 48.

<sup>68</sup> Fon Yönetim Kurulu, 92FUND/EXC.6/5, February 15, 2000.

<sup>69</sup> *Draft Protocol Establishing A Supplementary Compensation Fund, Note by Director,* 92FUND/A. 6/4/1, September 14, 2001.



2003 tarihlerinde IMO'nun Londra'daki Merkezinde düzenlenen bir diplomatik konferansta kabul edilmiştir.<sup>70</sup>

2003 Tamamlayıcı Fon Protokolü'nün amacı, 1992 HSS ve 1992 FS'ne ilaveten üçüncü bir tazminat imkânı sağlamaktır. 2003 Fonu, tamamen ihtiyaridir. 1992 FS'ne Taraf Devletler, bu Protokol'e de taraf olabilirler. Protokol ile her bir kaza için toplam 750 milyon SDR (yaklaşık 1 milyar USD) ödenmesi kabul edilmektedir. Bu tutara 1992 HSS ve 1992 FS gereğince ödenen tazminat miktarları da dâhildir. Sözleşme'nin coğrafi kapsamı, 1992 FS ile aynıdır.

### C. 1996 HNS Sözleşmesi

Petrol kirliliğinden kaynaklanan zararlardan hukuki sorumluluk ve tazminatı düzenleyen HSS ve FS'lerinin mevcudiyeti ve uzun zamandan beri yürürlükte olmalarına rağmen deniz yoluyla tehlikeli ve zararlı maddelerin (HNS) taşınmasına bağlı hukuki sorumluluk ve tazminat sorunlarını başlıca ele alan bir uluslararası düzenleme mevcut değildi. Konuyu düzenlemek amacıyla IMO Hukuk Komitesi bünyesinde yürütülen çalışmalar sonucu hazırlanan bir Sözleşme Taslağı, 15/4/1996 ilâ 3/5/1996 tarihleri arasında Londra'da gerçekleştirilen Diplomatik Konferans'ta görüşülmüş ve 3/5/1996 tarihinde "1996 Tehlikeli ve Zararlı Maddelerin Deniz Yoluyla Taşınmasına İlişkin Zararlardan Sorumluluk ve Tazminata Dair Milletlerarası Sözleşme"<sup>71</sup> (1996 HNS Sözleşmesi)

---

<sup>70</sup> 1992 Petrol Kirliliği Zararının Tazmini İçin Bir Uluslararası Fonun Kurulması İle İlgili Uluslararası Sözleşme'nin 2003 Protokolü (*Protocol of 2003 to the International Convention on the Establishment of an International Fund for Compensation for Oil Pollution Damage, 1992*). Protokol, 3/5/2005 tarihinde yürürlüğe girmiş olup Türkiye, Protokol'e taraf olmamıştır. Bkz. <<http://www.imo.org/About/Conventions/StatusOfConventions/Documents/Status%20-%202010.pdf>>

<sup>71</sup> "International Convention on Liability and Compensation for Damage in Connection with The Carriage of Hazardous and Noxious Substances by Sea, 1996". Metin için bkz. LEG/CONF.10/DC.2, May 2, 1996. Sözleşme'nin hazırlık çalışmalarına dair ayrıntılı bilgi için bkz. Güner-Özbek, M.: *The Carriage of Dangerous Goods by Sea, Hamburg Studies on Maritime Affairs*, Springer – Verlag Berlin Heidelberg 2008, s. 245-260.

kabul edilmiştir.<sup>72</sup> Sözleşme'nin temel amacı, HNS'nin deniz yoluyla taşınmasının sebep olduğu kişilere ve eşyaya verilen zararların, ekonomik kayıpların, eski hâle getirme ve temizleme maliyetlerinin yeterli, hızlı ve etkili bir şekilde karşılanmasını sağlamaktır.

Sözleşme, 1992 HSS ve 1992 FS'ni müteakip kirlenme ve diğer zararlara bağlı hukuki sorumluluk ve tazminata dair oluşturulan uluslararası rejimin tamamlayıcısı ve önemli bir ayağını oluşturmaktadır. Sözleşme, 1992 HSS ve 1992 FS ile kurulan petrol kirliliği rejimine benzer şekilde iki kademeli bir tazminat rejimi kurmaktadır. İlk kademe olarak malikin sorumluluğu temeline dayalı mecburi sigorta, malikten temin edilmektedir. İkinci kademe olarak Sözleşme, malikin sorumluluğu ile tamamen veya kısmen karşılanamayan zararlar için bir tazminat fonu ihdas etmektedir. Ancak, Sözleşme, sadece kirlenme zararlarını değil, fakat aynı zamanda eşyaya verilen zarar ya da eşyanın ziyanının yanı sıra yaşam kaybı veya cismani zararlar dâhil olmak üzere yangın ve patlama risklerini de kapsayarak daha ileri gitmektedir. Ne yazık ki, kabulünü müteakip geçen on dört yıla rağmen Sözleşme yürürlüğe girememiştir.<sup>73</sup>

#### **D. 2001 Bunker Sözleşmesi**

Gemilerde yakıt olarak kullanılmak üzere bulunan petrolün (oil) dökülmesinden veya bırakılmasından kaynaklanan kirlenme zararlarından hukuki sorumluluk ve tazminat meselelerini düzenlemek amacıyla IMO

---

<sup>72</sup> Konferans'a 73 devlet katılmış ve nihai senet ekinde yer alan dört adet karar kabul edilmiştir. Bkz. LEG/CONF.10/DC.3, May 2, 1996; Konvansiyon, 1 Ekim 1996 tarihinden 30 Eylül 1997 tarihine kadar imzaya açık tutulmuş ve bu oniki aylık süre içinde sekiz devlet tarafından (Kanada, Danimarka, Finlandiya, Almanya, Hollanda, Norveç, İsveç ve İngiltere) onaya tabi olarak imzalanmıştır.

<sup>73</sup> 1996 HNS Sözleşmesi'nin yürürlüğe girmesini kolaylaştırmak amacıyla IMO'nun Londra'daki Merkezinde 26-30/4/2010 tarihleri arasında gerçekleştirilen Diplomatik Konferans sonucunda "1996 Tehlikeli ve Zararlı Maddelerin Deniz Yoluyla Taşınmasına İlişkin Zararlardan Sorumluluk ve Tazminata Dair Milletlerarası Sözleşmenin 2010 Protokolü" (*Protocol of 2010 The International Convention on Liability and Compensation for Damage in Connection with The Carriage of Hazardous and Noxious Substances by Sea, 1996*) kabul edilmiştir. Bkz. LEG/CONF. 17/10, May 4, 2010. Protokol, henüz yürürlüğe girmemiştir.

önderliğinde Londra'da gerçekleştirilen bir Diplomatik Konferans sonucunda “2001 Bunker Kirliliği Zararlarından Hukuki Sorumluluğa Dair Milletlerarası Sözleşme” (2001 Bunker Sözleşmesi) kabul edilmiştir.<sup>74</sup> Sözleşme, 1992 HSS’nden model alınan bir esasta gemi bunkerlerinden<sup>75</sup> kaynaklanan kirlenme zararlarının tazminini amaçlamaktadır.

2001 Bunker Sözleşmesi’nde kirlenme zararı, önleyici tedbirler ve coğrafi uygulama kapsamına dair hükümlerin 1992 HSS’ne paralel olduğu görülmektedir. Keza, donatanın (shipowner) sorumluluğu, kusursuz sorumluluk niteliğindedir. (m.3) Donatan, müseccel malik, çıplak gemi kiracısı (bareboat charterer), gemi müdürü ve işleteni dâhil malik anlamına gelmektedir. (m.1 b.3) Donatanın sorumluluğunun sınırlandırılmasında 1992 HSS’nin aksine müstakil sorumluluk limitleri öngörülmemiş, bunun yerine tadil edildiği şekliyle 1976 Sözleşmesi hükümleri gibi uygulanabilir bir uluslararası rejim ya da ulusal hukuk hükümlerine referans yapılmıştır. (m.6) Mecburi sigorta veya mali güvence bakımından 1992 HSS hükümlerine paralel düzenlemelerin yapıldığı görülmektedir. (m.7) Ancak, mecburi sigorta yükümlülüğü 1.000 grostondan daha büyük tonaja sahip gemiler için öngörülmüştür ve güvence tutarı 1976 Sözleşmesi’ndeki rakamları aşmayacaktır. (m.7 f.1)

---

<sup>74</sup> *International Convention on Civil Liability for Bunker Oil Pollution Damage, 2001*. Metin için bkz. LEG/CONF. 12/19, March 27, 2001. Bu Sözleşme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Ilgin, C.*: Bunker Konvansiyonu ve Konvansiyon’un Türkiye Açısından Değerlendirilmesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2003; *Ling, Z.*: *Compulsory Insurance and Compensation for Bunker Oil Pollution Damage*, Springer 2007; *Chau, W.*: *Liability and Compensation for Bunker Pollution*, *J. Mar. L. & Com.* October 2002, Vol. 33, No.:5, s. 553 vd.

<sup>75</sup> “Bunker petrolü/yağı” (*bunker oil*), geminin harekete geçirilmesi veya işletilmesi için kullanılmak amacıyla düşünülen ya da kullanılan yağlama yağı dâhil herhangi bir hidrokarbon mineral yağı ve bu yağların herhangi bir artığı anlamına gelmektedir. (m.1 b.5)

### **E. Nükleer Zararlardan Doğan Hukuki Sorumluluğa Dair Uluslararası Sözleşmeler**

Bu konuda iki uluslararası sözleşme dikkati çekmektedir. Bunlar; 1962 Nükleer Gemi İşletenlerin Sorumluluğu Hakkında Paris Sözleşmesi ile 1971 Nükleer Maddelerin Denizde Taşınması Alanındaki Hukuki Sorumluluğa İlişkin Brüksel Sözleşmesi'dir.<sup>76</sup> İlk Sözleşme, bir nükleer kazadan kaynaklandığı ispatlanan her nükleer zarardan sadece nükleer geminin işletenini sorumlu tutmakta ve işletene mecburi sigorta yükümlülüğü getirmektedir. Sorumluluk, her gemi ve olay için 1,5 milyar Frank ile sınırlandırılmaktadır. 1971 Brüksel Sözleşmesi ise Nükleer Hasara İlişkin Hukuki Sorumluluk Hakkındaki 1963 tarihli Viyana ve Nükleer Enerji Sahasında Hukuki Mesuliyete Dair 1960 Paris Sözleşmesi veya zarar gören lehine bir ulusal kanun hükümlerine göre nükleer maddelerin deniz yoluyla taşınması sırasında meydana gelen bir nükleer kazadan doğan zarar için bir nükleer tesis işleteni sorumlu tutuluyorsa deniz yoluyla eşya taşıma alanında uygulanan bir milletlerarası sözleşme veya bir ulusal kanun gereğince sorumlu tutulacak kişinin hukuki sorumluluğunu kaldırarak çifte sorumluluğu engellemektedir.

## **II. KANUN'DA HUKUKİ SORUMLULUK VE TAZMİNAT ESASLARI**

### **1. Hukuki Sorumluluk**

#### **A. Kanun'un Kapsamı**

Kanun'un kapsamı m.2'de belirtilmiştir. Buna göre Kanun, uygulama alanlarında bulunan veya herhangi bir nedenle uygulama alanlarına girmek isteyen 500 groston ve daha büyük petrol ve diğer zararlı maddeleri taşıyan gemiler ile petrol ve diğer zararlı maddelerle kirlenmeye neden olabilecek faaliyetleri icra eden kıyı tesislerinin sorumlu taraflarının, bakanlıkların ve kamu kurum ve kuruluşlarının yetki, görev ve sorumluluklarını kapsamaktadır. (m.2 f.1) Kanun'un kapsamı bir hayli geniştir. Burada iki unsur mevcuttur. İlki, uygulama alanında bulunan veya bu alana girmek isteyen 500 groston ve üzeri petrol ve diğer

---

<sup>76</sup> Türkiye, her iki Sözleşme'ye de taraf değildir.

zararlı maddeleri taşıyan gemiler; ikincisi ise petrol ve diğer zararlı maddelerle kirlenmeye neden olabilecek faaliyetleri icra eden kıyı tesisleri. İncelememiz, gemi kaynaklı deniz kirliliğine bağlı hukuki sorumluluğa hasredilmiş olup kara kaynaklı kirlenme hariç bırakılmıştır. Söz konusu maddenin düzenleme biçiminden hareketle uygulama kapsamı aşağıdaki başlıklar altında inceleme konusu yapılmıştır.

### **a- Gemi**

Kanun'da gemi tanımı yapılmamıştır.<sup>77</sup> Denizde taşımanın asli unsuru ve deniz kirliliğine sebep olan en önemli araç olarak gemi tanımına yer verilmemesi, uygulamada neyin gemi sayılıp sayılmayacağı noktasında farklı yorumlara yol açabileceğinden önemli bir eksikliklerdir. Zira, hukuki sorumluluk ve tazminat esasları bakımından hangi tür deniz araçlarının gemi sayılacağı, doğrudan Kanun'un uygulama alanıyla bağlantılıdır. Bununla beraber Kanun'un kamu hukuku karakteri nazara alındığında 10/6/1946 tarihli ve 4922 sayılı Denizde Can ve Mal Koruma Hakkında Kanun<sup>78</sup> m.1'de yer alan gemi tanımı esas alınabilir. Bu Kanun m.1 b.(B)'de gemi, "adı, tonilatosu ve kullanma amacı ne olursa olsun, denizde kürekten başka aletle yola çıkabilen her araç" olarak tanımlanmıştır. Tanım, oldukça eski olmasına karşılık seyrüsefer veya daha geniş manada deniz emniyetinin sağlanması saikiyle hazırlandığından bir hayli kapsayıcı ve ihtiyaçlara uygundur.

Kanun m.2'de yer alan "beşyüz groston ve daha büyük petrol ve diğer zararlı maddeleri taşıyan gemiler" ibaresi, doğru bir şekilde kaleme alınmamıştır. Burada kastedilen, taşınan yükün büyüklüğü değil, fakat petrol ve diğer zararlı maddeleri taşıyan 500 groston ve üzerindeki

---

<sup>77</sup> Kanun m.4 f.2'de "deniz araçları" ifadesi kullanılmakla beraber bu ifadenin dahi herhangi bir tanımı yapılmış değildir. Ancak, Kanun'un kapsamı nazara alındığında "deniz araçları"ndan kastedilen şeyin gemi olduğu anlaşılmaktadır. m.1 b.(a)'da da "acil durumlarda gemilerden" ifadesi bu kanaati güçlendirmektedir. Gemi ve deniz aracı tanımlarının yapılmaması, Kanun'un hazırlık çalışmalarında gerekli özenin gösterilmemesinden kaynaklanmaktadır.

<sup>78</sup> Bkz. 14/6/1946 tarih ve 6333 sayılı Resmî Gazete.

gemilerdir. Bu ifadenin “petrol ve diğer zararlı maddeleri taşıyan beşyüz groston ve daha büyük gemiler” olarak anlaşılması gerekir. Beşyüz groston eşliğinin belirlenmesinde hangi kriterlerin esas alındığı bilinmemektedir. Kanun’un ÇK’na nazaran deniz kirliliği hadiselerinde özel bir kanun olması ve ilgili uluslararası sözleşmelerin kapsamadığı alanlarda da uygulanacak olması ile geniş bir yelpazede uygulama kabiliyeti bulması amacıyla hazırlanması sebepleriyle bu eşğin yüksek olduğu değerlendirilmektedir.<sup>79</sup>

Bütün gemiler, kapsama dâhil değildir. Savaş gemileri ve yardımcı savaş gemileri ile herhangi bir devlete ait veya devlet tarafından işletilen ve ticari faaliyetler dışında kullanılan gemiler, kapsam dışındadır. (m.2 f.2) İstisna hükmü, hukuki sorumluluğa dair uluslararası hukuktaki düzenlemelerle uyumludur.<sup>80</sup>

Kapsama dair düzenlemeler, isabetli olmadığı gibi son derece kötü bir dille kaleme alınmıştır. Öncelikle, düzenlemede ciddi bir sistem problemi vardır. Hangi gemilerin Kanun’un uygulama alanına gireceği m.2’de belirtmesine karşılık “Gemi yakıtlarından ve yüklerden kaynaklanan kirlilik” başlıklı m.23, bir olayda bu Kanun’a tabi olan veya olmayan bir geminin yakıt olarak taşıdığı petrol veya türevlerinden veya bu Kanun’a tabi olmayan geminin taşıdığı diğer zararlı maddelerden/yüklerden meydana gelen kirliliğe veya kirlilik tehlikesine müdahale ve zararların tespit ve tazmininde, bu Kanun’un 5. maddesinin üçüncü fıkrası ile 8. ve 9. maddeleri dışındaki hükümlerinin uygulanacağını, Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası sözleşme

---

<sup>79</sup> Kanun’un genel ve madde gerekçelerinde, bu konuda bir açıklık bulunmamaktadır. Ancak, Çevre Komisyonu’nda yapılan görüşmelerde Denizcilik Müsteşarlığı yetkililerince 500 grostonun 150 grostona indirilmesinin uygun olacağı ileri sürülmüş, buna gerekçe olarak MARPOL 73/78’de 150 groston eşliğinin esas alındığı 150 – 500 groston arasında özellikle büyük gemilere yakıt transfer eden çok sayıda küçük gemilerin mevcut olduğu ve bunların da kazalara sebep olduğu olayların yaşandığı, hatta 150 grostonun altına dahi inilmesinin düşünülebileceği belirtilmiştir. TBMM Tutanak Müdürlüğü, Çevre Komisyonu, Birinci Oturum, Giriş: 10.30, T. 3.11.2004, s.3.

<sup>80</sup> Nitekim, 1992 HSS m.XI hükmü de aynı yöndedir.

hükümlerinin saklı olduğunu belirtmektedir. Bu hükmün, doğrudan Kanun'un uygulama kapsamıyla alakalı olması sebebiyle kanun yapma tekniği ve sistematik açıdan kapsama dair m.2 bünyesinde düzenlenmesi uygun olurdu. Burada iki unsur üzerinde durulmalıdır:

(1) Kanun'a tabi olan veya olmayan bir geminin yakıt olarak taşıdığı petrol veya türevlerinden meydana gelen kirlilik veya kirlenme tehlikesine m.5 f.3, m.8 ve m.9 haricindeki hükümler uygulanacaktır. Öncelikle Kanun'un ifadesinin son derece tutarsız, sakıncalı ve uygulamada karmaşa doğuracak nitelikte olduğu belirtilmelidir. Bu Kanun'a tabi olan gemilerin yakıt olarak taşıdığı petrol ve türevlerinden kaynaklanan kirlenme veya kirlenme tehlikesi, zaten Kanun'un kapsamında olduğu için Kanun'un ilgili bütün hükümleri, olaya uygulanmak zorundadır. Zira, m.2 f.1, petrol ve diğer zararlı maddeleri taşıyan beşyüz groston ve üzerindeki gemilerin Kanun kapsamında olduğunu belirtmektedir. Kanun'un uygulanmasında önemli olan petrol ve diğer zararlı maddelerin taşınmasıdır. Taşımanın yük veya yakıt olarak gerçekleştirilmesi önemsizdir. Kanun'un lafzına göre petrol ve diğer zararlı madde taşıyan beşyüz groston ve üzerindeki gemilerin yakıt olarak taşımakta oldukları petrol ve türevlerinden kaynaklanan kirlenme veya kirlenme tehlikesine müdahale, zararların tespit ve tazmininde seyir, can, çevre ve mal emniyetine ilişkin standartların mevcudiyeti ve bildirimlere dair m.5 f.3, mali sorumluluk garantilerine ilişkin m.8 ve mali sorumluluk garantilerinin bildirimine ilişkin m.9 hükümlerinin haricindeki hükümleri uygulanacaktır. Dolayısıyla, bu gemiler Türk karasularına girişten önceki bildirim yükümlülükleri ile mali garanti sağlama yükümlülüklerine tabi değildir. Oysa, Kanun'a tabi olan bu gemilerin belirtilen hükümlerin kapsamı dışında tutulmasının hiçbir haklı gerekçesi yoktur. 23. m. hükmü, kapsama dair m.2 ile tezat oluşturmaktadır. Bir başka deyişle Kanun, bir yandan m.2 ile kapsama dâhil gemileri belirlemekte, diğer yandan m.23 ile kapsamı içinde bulunmayan gemileri kapsama almaya çalışmaktadır.

Düzenlemeye göre Kanun'a tabi olmayan bir geminin yakıt olarak taşıdığı petrol veya türevlerinden meydana gelen kirlilik ve kirlenme tehlikesi bakımından da m.5 f.3, m.8 ve m.9 dışındaki hükümleri uygulanmak durumundadır. Oysa bir gemi Kanun'a tabi değilse, zaten bu Kanun'un hiçbir hükmünün hakkında uygulanmaması gerekir. Bir kısım hükümleri yönünden Kanun'un kapsamı içinde veya dışında olması amaçlanıyor ise bunun açıkça m.2'de belirtilmesi gerekirdi. Kanun'a tabi olmayan gemiler, petrol ve diğer zararlı maddeleri taşıyan, ancak 500 groston altındaki gemiler ile m.2 f.2'de gösterilen savaş gemileri ile devlet gemileridir. 23. m. hükmü karşısında aslında istisna kapsamındaki bu gemilerin de yakıt olarak taşıdığı petrol veya türevlerinden meydana gelen kirlilik ve kirlenme tehlikesi bakımından Kanun'un m.5 f.3, m.8 ve m.9 dışındaki hükümleri açısından kapsama girmesi gerekir. Oysa Kanun koyucunun böyle bir uygulamayı amaçladığını söylemek güçtür. Ancak, Kanun'un açık lafzı karşısında yakıt olarak taşınan petrol ve diğer zararlı maddelerle ilgili olarak 500 groston altındaki gemiler ile savaş ve devlet gemilerine m.23'de belirtilen kapsamda uygulanması gerekir.<sup>81</sup> Kanun'un petrol ve diğer zararlı maddeler tanımının genişliği sebebiyle gemide yakıt olarak kullanılan petrol ve türevleri yönünden özel bir düzenleme yapılması ihtiyacı bulunmamaktadır. Üstelik, m.23'deki düzenleme, Kanun'un uygulama kapsamını daraltmaktadır. Mevcut hâliyle, kuşkusuz, Kanun'un uygulanmasında özellikle savaş ve devlet gemileri bakımından ciddi sorunlarla karşılaşılacaktır.

(2) Kanun kapsamında olmayan geminin taşıdığı diğer zararlı maddeler veya yüklerden meydana gelen kirlilik veya kirlenme tehlikesine müdahale, zararların tespiti ve tazmininde de aynı uygulamanın yapılması gerekir. Yukarıdaki paragrafta yapılan eleştiriler, bu gemiler bakımından da geçerlidir. Bu düzenlemenin arkasında yatan mantığın anlaşılması zordur. Uygulanmayacak hükümler, belirtildiği üzere m.5 f.3, m.8 ve m.9'dur. Bu maddelerde dikkati çeken husus, maddelerin uygulanmasında Türkiye'nin tarafı olduğu uluslararası sözleşme hükümlerine referans

---

<sup>81</sup> Oysa, 1992 HSS m.XI'e göre Sözleşme, savaş ve devlet gemilerine uygulanmaz.



yapılması ve bu sözleşme hükümlerine göre uygulamanın gerçekleştirilmesidir. Kanun kapsamında olmayan, örneğin; 500 groston altındaki bir geminin, petrol ve diğer zararlı maddeleri taşımaya bağlı olarak bir zarara sebep olduğunu, ancak bu geminin müdahale, hukuki sorumluluk ve tazminat esasları yönünden bir uluslararası sözleşmeye tabi olduğunu düşünelim. Bu durumda Kanun m.5 f.3, m.8 ve m.9 hükümlerinin dışındaki hükümleri, tabiatıyla uygulanacaktır. Fakat, ilgili uluslararası sözleşmede bu maddelerin temas ettiği konular da düzenlenmiş ise bu maddeler uygulanmayacak mıdır? Burada da kapsam açısından önemli sorunlarla karşılaşılması kuvvetle muhtemeldir.

23.m., Türkiye'nin tarafı olduğu uluslararası sözleşme hükümlerinin saklı olduğunu belirtmektedir. Maddede böyle bir hükmün yer alması, hem gereksizdir, hem de Kanun'un genelinde söz konusu olan yorum ve uygulama problemlerine yol açacak niteliktedir. Uluslararası sözleşme hükümleri, zaten saklıdır ve kapsamına giren bir olayda öncelikle uygulama imkânı bulmaktadır. Sadece belirtilen maddede uluslararası sözleşme hükmü saklı ise Kanun'un çoğu maddelerinde de benzer bir hükmün yer alması gerekirdi.<sup>82</sup>

---

<sup>82</sup> Uluslararası sözleşme hükümlerinin saklı olduğuna dair hüküm, Kanun'un Çevre Komisyonu'ndaki görüşmelerinde ilave edilmiştir. Bunun gerekçesi ise henüz Türkiye'nin tarafı olmadığı ve gemi yakıtlarını düzenleyen "Bunker Sözleşmesi"nde zorunlu mali sigorta hükümlerine nazaran m.23 ile getirilen istisnaların, Ülkemizin Sözleşme'ye taraf olması hâlinde Sözleşme kapsamındaki zorunlu mali sigorta belgelerinin istenmemesi sonucunu doğurabileceği olarak gösterilmiştir. Bkz. Deniz Çevresinin Petrol ve Diğer Zararlı Maddelerle Kirlenmesinde Acil Durumlarda Müdahale ve Zararların Tazmini Esaslarına Dair Kanun Tasarısı ve Çevre Komisyon Raporu (1/876), Dönem: 22, Yasama Yılı: 718, TBMM Sıra Sayısı: 718, s. 5 (<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss718m.htm>). Oysa belirtilen Sözleşme'ye taraf olunması durumunda öncelikle uygulanacak olan bu Sözleşme kapsamında zorunlu mali sigorta yaptırılması gereklidir. Kanun'daki istisna hükmü, zaten uygulama imkânı bulunmayacağından belirtilen gerekçeye katılmaya imkân bulunmamaktadır.

### **b. Petrol ve Diğer Zararlı Maddeler**

Petrol, m.3 b.(m)'de “Denizlerin Gemiler Tarafından Kirlenmesinin Önlenmesine Ait Uluslararası Sözleşme'nin (MARPOL 73/78) I inci ekinin I inci eklentisinde listelenen maddeler ile bu liste ile sınırlı olmaksızın ham petrol, akaryakıt, slaç, rafine ürünler ve toprak altında doğal olarak meydana gelen her türlü sıvı hidrokarbon karışımı” olarak tanımlanmıştır. Tanım, oldukça geniştir ve 1992 HSS'deki petrol tanımından daha ileri gitmektedir.<sup>83</sup>

Diğer zararlı maddeler ise m.3 b.(d)'de “Denizlerin Gemiler Tarafından Kirlenmesinin Önlenmesine Ait Uluslararası Sözleşmenin (MARPOL 73/78) II inci Ekinin II nci ve III üncü eklentilerinde listelenmiş maddeler ile bu liste ile sınırlı olmaksızın deniz ortamına karıştırdığında kirlenme yaratan radyoaktif maddeler hariç her türlü madde” olarak tanımlanmıştır. Diğer zararlı maddelerin tanımı da bir hayli kapsayıcıdır.<sup>84</sup> Ancak, radyoaktif maddeler, kapsam dışında bırakılmıştır. Radyoaktif maddelerin özel nitelikleri ve nükleer maddelerle kirlenmenin daha spesifik nitelikteki uluslararası sözleşmelerle<sup>85</sup> düzenlenmesi sebebiyle bu maddelerin hariç bırakılması isabetlidir. Keza, MARPOL 73/78 eklentilerinde listelenen maddelere referans yapılması da yerindedir. Zira, Uluslararası Deniz Hukuku'nda zararlı maddelerden neyin anlaşılacağı hususunda bu Sözleşme'ye başvurulması yönünde genel bir anlayış vardır. Sözleşme'nin denizlerin gemiler tarafından kirlenmesinin önlenmesine yönelik en temel ve teknik bir uluslararası enstrüman olması, bu anlayışı desteklemektedir. Pratikte de MARPOL 73/78'de listelenen maddelerin büyük çoğunlukla kirlenmeye neden olduğu bilinmektedir.

---

<sup>83</sup> Bkz. dp. 38

<sup>84</sup> Diğer zararlı maddeler tanımı, 1996 HNS Sözleşmesi m.1 f.5'de yer alan “tehlikeli ve zararlı madde” tanımını çağrıştırmaktaysa da bu tanımdan daha geniştir. Zira, 1996 HNS Sözleşmesi, MARPOL 73/78'in I ve II numaralı eklerinin ilgili eklentileriyle, m.1 f.5'de belirtilen kodlarda listelenen maddelere referans yapmaktadır.

<sup>85</sup> Bkz. yukarıda II 2 E.

Petrol haricinde kirlenmeye sebep olacak her şey zararlı maddedir. Kanun, zararlı madde tanımını bir hayli geniş tutmak suretiyle mümkün olduğunca uygulama alanını genişletmeyi hedeflemektedir. Ancak, Türkiye'nin tarafı olduğu uluslararası sözleşmelerin öncelikle uygulanması gerekeğinden bu amaca ne ölçüde ulaşabileceği şüphelidir. Ayrıca, ÇK'ndaki kirlenme kavramının oldukça geniş ve katı kusursuz sorumluluk prensibinin benimsenmiş olması karşısında Kanun'un hukuki sorumluluk ve tazminat esaslarına dair getirdiği düzenlemelerin Türk Hukuku açısından önemli bir yenilik olduğu ve ihtiyaçlara cevap verdiğini söylemek güçtür.

### **c. Coğrafi Uygulama Kapsamı (Deniz Yetki Alanları)**

Birinci unsorda belirtilen “uygulama alanı”, m.3 b.(p)'de şu şekilde tanımlanmıştır: *“Bu Kanunun uygulanması bakımından, Türkiye'nin iç suları, karasuları, kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölgesinden oluşan deniz yetki alanlarını ve bu Kanunda öngörülen acil durumlarda, bu durumlara müdahale ve zararların tazmini amacıyla sınırlı kalmak kaydıyla, Müsteşarlığın, Bakanlık, Dışişleri Bakanlığı ve ilgili diğer kamu kurum ve kuruluşlarının görüşlerini alarak vereceği karara bağlı olarak karasularının ötesindeki açık deniz alanlarını”*.

Uygulama alanı tanımı, esasında 1992 HSS m.II ve 1992 FS m.3'de yer alan coğrafi uygulama alanı tarifine<sup>86</sup> uygun düşmektedir. Tanımda yer alan iç sular, karasuları, kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölgenin Kanun'da tanımları yapılmamıştır. Bununla beraber belirtilen kavramların Deniz Hukuku'nda genel olarak anlaşıldığı biçimde değerlendirilmesi uygun olur. Tanımda dikkati çeken bir husus, 1992 HSS ve 1992 FS'nde yer almayan kıta sahanlığı kavramına yer verilmiş olmasıdır. Bu kavrama yer verilmesinin sebebi, uygulama alanı kavramının güçlendirilmesi veya münhasır ekonomik bölgeye kadar uzanan deniz altındaki faaliyetlerin

---

<sup>86</sup> Bkz. yukarıda II 2 A b.

Kanun kapsamında olup olmadığı yönündeki tartışmaların önüne geçilmesi olabilir.

Diğer yandan, uygulama alanı tanımında, karasularının ötesindeki açık deniz alanları da zikredilmiştir. Bu deniz alanları, Türkiye tarafından münhasır ekonomik bölgenin ilan edilmediği karasularının ötesindeki açık deniz alanlarıdır. Düzenleme, bu alanlardaki acil durumlara müdahale ve zararların tazmini bakımından Kanun'un öngördüğü amaçların tam olarak gerçekleştirilmesine yöneliktir. Esasında, belirtilen alanların 1992 HSS m.II.b.(a)(ii)'de yer alan bir Taraf Devlet'in münhasır ekonomik bölge ilan etmediği hâllerde bu Devlet tarafından Uluslararası hukuka göre belirlenmiş ve karasularının ölçüldüğü hattan itibaren 200 deniz miline kadar uzanan, karasularının ötesinde ve bitişiğindeki bölgeye tekabül etmektedir. Bu bölge, Kanun'da belirtilen acil durumlarda müdahale ve zararların tazmini amaçlarıyla sınırlı kalmak üzere Denizcilik Müsteşarlığının; Çevre ve Orman Bakanlığı, Dışişleri Bakanlığı ve ilgili diğer kamu kurum ve kuruluşlarının görüşlerini alarak vereceği kararla belirlenmektedir. Denizcilik Müsteşarlığı'na bu yetkinin verilmesi isabetlidir. Zira, m.4 f.2 gereğince deniz araçlarından kaynaklanan kirliliğin önlenmesine yönelik acil müdahale planlarının uygulanması, hazırlıklı olma, kirliliğe müdahale, zararların tazmini ve mali sorumluluk garantilerinin bildirimini konularında icraya<sup>87</sup> ilişkin yetki, görev ve sorumluluklar Müsteşarlığa aittir.

Uygulama alanı tanımı, genel olarak isabetli ise de “uygulama alanına girmek isteyen gemiler”e Kanun'un hangi hükümlerinin nasıl uygulanacağı sorun yaratabilir. Örneğin; Türkiye'nin ilan ettiği bir münhasır ekonomik bölgeye veya münhasır ekonomik bölgenin ilan edilemediği, fakat Denizcilik Müsteşarlığınca m.3 b.(p)'ye uygun olarak belirlenen karasularının ötesinde yer alan açık denizlerdeki bir bölgeye girmek isteyen bir gemi, Kanun'un hangi hükümlerine tabi olacaktır?

---

<sup>87</sup> “İcra”dan neyin kastedildiği belirsiz ve tereddüt uyandırabilecek ise de bu kavramın, belirtilen konulardaki doğrudan uygulama yetkisi olarak anlaşılması uygun olur.

Kanaatimizce, “uygulama alanına girmek isteyen gemiler” ifadesi, amacı aşar niteliktedir ve uygulama kabiliyeti bulunmamaktadır. Bu ifade, Kanun’un hazırlık çalışmalarındaki gereksiz hassasiyeti ve özensizliği göstermektedir. Bu sebeple söz konusu ifade, uygulama alanına girmek isteyen gemilerin uygulama alanına girdiklerinde, karıştıkları olaylar bakımından bu Kanun hükümlerinin uygulama imkânı bulabileceğinden daha fazla bir anlam taşımamaktadır.

#### **d. Kirlenme ve Zarar**

Kanun, kirlenme ve zarar kavramlarını ayrı ayrı tanımlamıştır.<sup>88</sup> Kirlenme, m.3 b.(h)’de “*Olay sonucunda, petrol ve diğer zararlı maddelerin; canlı kaynaklara ve deniz yaşamına zarar verecek, insan sağlığı için tehlike oluşturacak, balıkçılık ve denizlerin diğer yasal amaçlarla kullanımı da dâhil olmak üzere, denizcilik faaliyetlerini engelleme, deniz suyunun niteliğini değiştirme ve ekolojik dengeyi bozma gibi zararlı etkiler yaratacak şekilde deniz çevresine karışması*” şeklinde tanımlanmıştır.

Kirlenme tanımı, ÇK m.2’de yer alan çevre kirliliği tanımının daha somutlaştırılmış biçiminde ortaya çıkmaktadır. ÇK’nda, çevrede meydana gelen canlıların sağlığını, çevresel değerleri ve ekolojik dengeyi bozabilecek her türlü olumsuz etki olarak tanımlanmıştır.<sup>89</sup> Bu unsurlar, Kanun’daki kirlenme tanımında da mevcut olmakla beraber kirlenme, petrol ve diğer zararlı maddelerin deniz çevresine karışması sonucuna bağlanmıştır. Kanun’da, belirtilen unsurlarla beraber insan sağlığı, balıkçılık ve denizin yasal kullanımına bağlı denizcilik faaliyetlerinin engellenmesi ve deniz suyunun bozulması kavramlarına açık vurgu yapılmıştır. Balıkçılık ve denizcilik faaliyetlerinin engellenmesi sonucu kazanç ve kâr kaybı da zarara dâhildir.<sup>90</sup>

---

<sup>88</sup> 1992 HSS’de ise “kirlenme zararı” tanımlanmıştır. Bkz. yukarıda II 2 A b.

<sup>89</sup> Bkz. dp. 12.

<sup>90</sup> 1992 HSS m.I b.(a)’daki kirlenme zararı, daha genel bir ifadeyle tanımlanmıştır ve geminin dışındaki bütün zarar ve ziyanları kapsamaktadır. Açıklık getirilmesi amacıyla

Zarar ise m.3 b.(r)'de “*Bu Kanunun 6 ıncı maddesinde belirtilenler ile zararın tespit, tazmin ve uyuşmazlıkların giderilmesine ilişkin masrafları*” şeklinde tanımlanmıştır.<sup>91</sup> Kanun yapma tekniği açısından m.6'ya referans yapılması uygun olmamıştır. “Zararlardan dolayı sorumluluk” başlıklı m.6, “Zararların Tazmini” başlıklı Üçüncü Bölümde yer almaktadır ve esasında oluşan zararlardan dolayı kimlerin sorumlu olduğunu düzenlemektedir. Yani, m.6, hukuki sorumluluğa ilişkin olup bizatihi zarara ilişkin değildir. Dolayısıyla, zarar ve kirlenme tanımlarının “Tanımlar” başlıklı m.3'de müstakil bir bent hâlinde düzenlenmesi daha uygun olurdu.

Burada belirtilen zararlar; kirlenmenin veya kirlenme tehlikesinin neden olduğu; temizleme masrafları, koruyucu önlemlere ilişkin masraflar, canlı kaynaklar ve deniz yaşamına verilen zararlar, bozulan çevrenin yeniden oluşturulması, toplanan atıkların taşınması ve bertarafı için yapılacak masraflar, geçim için kullanılan doğal ve canlı kaynaklarda meydana gelen zararlar, özel mallardaki zararlar, şahısların yaralanması ve ölümden kaynaklanan zararlar, gelir kayıpları, gelir ve kazanç kapasitelerine verilen zararlar ve diğer kamu zararları olarak tanımlanmıştır. (m.6 f.1)

Bu düzenlemenin kirlenme tanımıyla birlikte değerlendirilmesi gerekir. Kirlenme ve kirlenme sonucu oluşan zararı birbirinden ayrı düşünmek mümkün değildir. Kirlenme ve zarar tanımının ayrı yapılmasının sebebi, kirlenmeye müdahale bakımından Kanun'un özel ve esaslı düzenlemeler getirmesidir. Ancak, kirlenme ve zarar kavramları, karmaşık ve bir sistematikten yoksun şekilde tanımlanmışlardır. Bu kavramlar, daha sade ve basit bir şekilde tanımlanabilirdi. Gerçekten

---

kâr kaybı ve bozulmaya bağlı makul eski hâle getirme masrafları zarara dâhildir. Özü itibarıyla Kanun'daki kirlenme tanımı, diğer zararlı maddeler hariç olmak üzere 1992 HSS'de yer alan kirlenme tanımıyla örtüşmektedir.

<sup>91</sup> ÇK'nda zarar tanımı yapılmamıştır. Bunun sebebi, kirlenme kavramından hareketle zararın tanımlanmasının mümkün olabileceğidir.

kirlenme tanımı ile zarar ve zararın bir kısmının tanımı bakımından m.6 f.1'e yapılan atıf sebebiyle bu kavramların karıştığı ve anlaşılmasının zorlaştığı, esasında kirlenme ve zarar tanımlarının muhteviyatında ortak unsurlara yer verildiği görülmektedir. Örneğin; kirlenme tanımında geçen canlı kaynaklara ve deniz yaşamına zarar verecek, insan sağlığına zarar oluşturacak, denizcilik ve balıkçılık faaliyetlerini engelleme gibi unsurlar yukarıdaki tanımda da zikredilmiştir.

Olay tanımıyla birlikte değerlendirildiğinde zarar tanımının 1992 HSS'ne paralel olduğu söylenebilir. 1992 HSS m.I b.(7)'deki hadise tanımında kirlilik zararına neden olan veya bu tür hasar ile ilgili ciddi ve ağır tehdit oluşturan aynı menşeli olaydan bahsedilmektedir. Kanun m.1 b.(j)'de ise olay, *“acil müdahale planlarının uygulanmasını veya acil müdahaleyi gerektiren çarpışma, kırılma, yangın, patlama veya diğer nedenlerle gemilerden veya kıyı tesislerinden kaynaklanan kirlenme veya zarar ortaya çıkaran veya ortaya çıkma tehlikesi yaratan bir durum”* şeklinde tanımlanmıştır.

Zarar tanımı, 1992 HSS ile örtüşmekle beraber zarara neden olay bakımından 1992 HSS, ciddi ve ağır tehditten bahsetmesine karşılık Kanun, kirlenme veya zarar ortaya çıkaran veya ortaya çıkma tehlikesinden bahsetmektedir. Bu yönden, Kanun'un daha esnek ve kapsayıcı olduğu söylenebilir. Bununla beraber olay tanımıyla ilgili olarak kirlenme veya zarar ortaya çıkaracak ibareleri dikkat çekicidir. Zarar tanımındaki toplanan atıkların taşınması ve bertarafı masrafları, zaten temizleme ve eski hâle getirme masraflarına dâhil olduğundan gereksizdir. Keza, canlı kaynaklar ve deniz yaşamına verilen zararlar zikredildikten sonra geçim için kullanılan doğal ve canlı kaynaklarda meydana gelen zararlar ibaresi de gereksiz tekrardan ibarettir.

Zarar kapsamındaki temizleme masrafları ile koruyucu önlemlere ilişkin masrafların yorumunda önemli bir sorunla karşılaşılması beklenmemektedir. Koruyucu önlemlere ilişkin masraflar, m.3 b.(ı)'da

“Bir olayın meydana gelmesinden sonra ortaya çıkabilecek muhtemel kirlenmeyi önlemek veya sınırlı tutmak amacıyla alınan tedbirleri” olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla, bu çerçevede alınan her tedbirle ilgili masraflar, zarara dâhildir.<sup>92</sup> Zararın tespiti ve uyuşmazlıkların giderilmesi masraflarının yorumu da sorun yaratmaz. İnceleme, keşif, bilirkişi vs. masrafları, zararın tespiti kavramına girer. Uyuşmazlıkların giderilmesi ise dava ve takip masrafları, bir başka deyişle yargılama masraflarıdır. Zararın tespiti masraflarının tamamı, dava ve takip masrafları içinde kalmayabilir. Kanun m.10 hükümlerine uygun olarak belirlenen zararların tespiti masrafları,<sup>93</sup> zarara dâhil ise de dava ve takip masrafları içinde yer almaz. Diğer yandan, tanımda geçen zararın tazminine yönelik masraflar ifadesi de gereksizdir. Bunun yerine “Zararın tespiti ile dava ve takip masrafları” denmesi daha uygun olurdu.

Özel mallardaki zararlar ile diğer kamu zararları, zararın tespiti, tazmin ve uyuşmazlıkların giderilmesi masrafları da zarar tanımına dâhildir. Özel mallar ile diğer kamu zararlarından ne anlaşılacağı hakkında Kanun’da bir açıklama bulunmamaktadır. Esasında zararın özel ve kamu diye ayrılması doğru değildir.

Zarar tanımı, içerik olarak 1992 HSS ile paralellik arz etmekle beraber bu Sözleşme’de olduğu gibi, bazı unsurların sayılması veya örneğe yapılması suretiyle daha sade ve anlaşılır şekilde tanımlanabilirdi. Tanımda m.6’ya referans yapılması ve bu maddede sayma yönteminin tercih edilmesi uygun olmamıştır. Ayrıca, m.6’daki zararlar ile kirlenme tanımı, iç içe girmiştir.

---

<sup>92</sup> Tanım, 1992 HSS m.1 b.(6)(ii)’ye paraleldir. Burada 1992 HSS’den farklı olarak kirlenme zararı değil, fakat kirlenmenin önlenmesinden bahsedilmiştir. Ancak, Kanun aynı zamanda kirliliğe müdahaleyi de düzenlendiğinde bu pratikte sonuca etkili değildir. Kirlenmenin önlenmesi, daha ileri bir safha olan kirlenme sonucu zararı da mantıksal olarak kapsamalıdır.

<sup>93</sup> Bkz. aşağıda III 2 B.



## **B. Kanun'un Uygulama Kapsamı ve İlgili Mevzuat İlişkisi**

Kanun'un uygulanmasında karşılaşılabilecek sorunların başında uygulama kapsamı ve ilgili mevzuat arasındaki ilişki gelmektedir. Denizlerin gemiler tarafından kirlenmesine ilişkin hukuki sorumluluk ve tazminat sorunlarını düzenleyen ve yukarıda inceleme konusu yapılan ulusal ve uluslararası mevzuat hükümleri karşısında Kanun'un yeri önem taşımaktadır. Anayasa m.90 f.5'e göre usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir ve usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkacak uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır. Dolayısıyla, normlar hiyerarşisi bakımından o konuyu düzenleyen bir milletlerarası andlaşma varsa öncelikle bu andlaşma uygulanacaktır. Sonrasında ise ilgili kanunlar ve alt düzenleyici işlemler uygulama imkânı bulabilecektir. Ancak, Kanun, başta ÇK olmak üzere ilgili diğer mevzuatla arasındaki ilişkileri düzenleyen açık hükümler ihtiva etmediğinden bir uyuşmazlıkta davaya bakan hâkimin uyuşmazlığa öncelikle uygulanacak normun belirlenmesinde 1992 HSS, 1992 FS, ÇK ve Kanun hükümleri arasında sıralama yaparken bir hayli zorlanacağı kuvvetle muhtemeldir.

Kanun, 1992 HSS ve 1992 FS'lerinin Uygulama Kanunu niteliğinde olmamakla beraber petrol ve diğer zararlı maddelerden kaynaklanan kirlenmeye bağlı hukuki sorumluluk ve tazminat esaslarına dair hükümler ihtiva etmektedir. Kuşkusuz petrol kirliliğine sebep olan çoğu olaylar, 1992 HSS ve 1992 FS'lerinin kapsamında olacağından bu sözleşmeler öncelikle uygulanmalıdır. Ancak, sorun, Kanun kapsamındaki bir hadisede ÇK hükümlerinin uygulama imkânı bulup bulmayacağı veya uygulanacaksa hangi kapsamda uygulanacağıdır. Kanun ile ÇK arasında özel kanun - genel kanun ilişkisi var mıdır? Kanun'un genel düzenlemesi, ÇK'na nazaran özel kanun niteliğinde olduğu yönündedir. Ancak, Kanun kapsamındaki bir olayda Kanun hükümleri uygulandığında ÇK hükümleri hiç uygulanmayacak mıdır? Yoksa Kanun'un uygulanmasına rağmen

düzenlenmeyen diğer konularda genel kanun niteliğinde olduğu kabul edilerek ÇK'nun ilgili hükümleri uygulanacak mıdır? Örneğin; Kanun'un uygulandığı bir hadisede ÇK m.28'de yer alan hukuki sorumluluk ve buna bağlı diğer hükümler ile idari para cezalarına ilişkin hükümleri uygulanacak mıdır? Bu sorulara net cevaplar vermek mümkün gözükmemektedir ve uygulamacıyı gereksiz şekilde bir hayli meşgul edecek gibi gözükmektedir.

Bir başka sorun, aşağıda inceleme konusu yapıldığı üzere 1992 HSS ve 1992 FS'lerine aykırı nitelikteki Kanun hükümlerinin uygulanmasına devam olunup olunmayacağıdır. Öncelikli olarak uluslararası sözleşme hükümleri uygulanacak olmakla beraber belirtilen Sözleşmeler'de yer almayan, fakat bu Sözleşmeler'in uygulanmasıyla ilgili konulardaki Kanun'un muhtelif hükümlerinin uygulanmasında uygulayıcı makamında bulunanlar, özellikle mahkemeler, ciddi tereddüt yaşayacaklardır. Kanun, diğer mevzuatla arasındaki ilişkileri açıkça düzenlemediğinden genel hukuk ilkeleriyle sorunun çözümüne gidilmesi gerekecektir ki, bu her zaman yeterli olmayabilir ve sağlıklı kararlarla sonuçlanmayabilir. Çok sayıda belirsiz noktaların mevcudiyeti, Kanun'un aynı hükümlerinin farklı mahkemelerde birbirinden çok farklı şekillerde uygulanmasına sebep olacaktır.

Belirtilen açıklamalar karşısında hukuki sorumluluk ve tazminat esasları bakımından Kanun'un ne ölçüde ihtiyaçlara uygun ve gerekli olduğu tartışılabilir. Kanun, denizlerin gemiler tarafından kirletilmesi dolayısıyla hukuki sorumluluk ve tazminat sorunlarını başlıca ele alan müstakil, kendine özgü ve orijinal bir düzenleme sayılamaz. Zira Kanun, deniz kirliliğine bağlı yeni bir hukuki sorumluluk yaratmamaktadır. Türkiye, tarafı olduğu 1992 HSS ve 1992 FS hükümlerini doğrudan uygulanmak durumundadır. Kanun ise bu Sözleşmelerden somut olarak bahsetmemekte, sadece taraf olunan uluslararası sözleşmelere referansta bulunmaktadır. Ayrıca, ÇK, ilgili uluslararası sözleşmelerin ve Kanun'un uygulama bulmadığı durumlarda uygulanmak durumundadır. Dolayısıyla,

açıkta kalan ve düzenlenmeyen bir hukuki sorumluluk alanı mevcut gözükmemektedir. Yukarıda da belirtildiği üzere petrol ve diğer zararlı maddeler tanımı son derece geniştir. Ayrıca, 1992 HSS ve 1992 FS dışında 2001 Bunker, 1996 HNS gibi sözleşmelere taraf olduğunda bu Sözleşmeler de zaten doğrudan uygulanacaktır.

Özetle Kanun, ne bir Uygulama Kanunu'dur, ne de müstakil bir sorumluluk türü yaratmaktadır. Oysa Kanun, hükümleri itibarıyla bir Uygulama Kanunu veya deniz kirliliği dolayısıyla hukuki sorumluluğu düzenleyen müstakil bir kanun olduğu izlenimini uyandırmaktadır. Kanun, mevcut hâliyle sorumluluk hukuku sistemini bozmaktadır.

### C. Zarardan Sorumluluk

Kanun m.2 kapsamında petrol ve diğer zararlı maddeleri taşıyan 500 groston ve üzerindeki bir geminin sebep olduğu kirlenme zararlarından kimin sorumlu olacağı “Zarardan dolayı sorumluluk” başlıklı m.6 f.1’de düzenlenmiştir. Buna göre bu Kanun kapsamındaki bir geminin sorumlu tarafları, uygulama alanlarında bu gemiden kaynaklanan olay sonucu ortaya çıkan kirlenmenin veya kirlenme tehlikesinin neden olduğu zararları tazmin etmekle müteselsilen sorumludur. Sorumluluk için gemiden kaynaklanan bir olay sonucunda kirlenme veya kirlenme tehlikesinin sebep olduğu bir zarar ortaya çıkmalıdır. Kanun’un lafzına göre geminin sorumlu tarafı ve/veya tarafları<sup>94</sup> oluşan zarardan müteselsilen sorumlu tutulmaktadır.

Sorumlu taraf ise m.3 b.(n)’de “Zararın tazmini ve koruyucu önlemlerin karşılanması konusunda yükümlülük atfedilebilecek, beşyüz groston ve daha büyük petrol ve diğer zararlı maddeleri taşıyan gemiler ile kıyı tesislerinin sahipleri, işletenleri, kaptanları, idare edenleri, kiracıları, zilyetleri ve garantörleri” olarak tanımlanmıştır. Bu tanım, çok

---

<sup>94</sup> “Taraf” kelimesi görülmekte olan bir davanın taraflarını veya bir hukuki işlemin taraflarını çağrıştırdığından “Sorumlu taraf” yerine “sorumlu kişi” ibaresinin kullanılması daha uygun olurdu.

kötü bir dille kaleme alınmıştır. Düzenlemenin lafzına göre gemilerin ve kıyı tesislerinin sahipleri, işletenleri, kaptanları, idare edenleri, kiracıları, zilyetleri ve garantörleri zarardan sorumludur. Geminin sahibi, işleteni, kaptanı, idare edenleri, kiracı, zilyet ve garantörlerinin teşhisi büyük sorun yaratmaz. Ancak, kıyı tesislerinin kaptanı, işleteni ve zilyedinden neyin anlaşılması gerektiği ciddi sorunlar doğurabilir. Öncelikle, kıyı tesisleri gemi vasfında olmadığından bunların kaptanı olamaz. Ayrıca, bir kıyı tesisinin zilyedi ve işleteni denildiğinde muhatap alınacak şahıs hangi kriterlere göre belirlenecektir? İşletme ve zilyet kavramları, tasrih edilmediğinden nasıl yorumlanacaktır?

Zarardan geminin sahibi, kaptanı, işleteni, idare edeni, zilyedi, kiracıları ve garantörleri sorumlu tutulmaktadır. Üstelik sorumluluk, müteselsildir ve geniş bir yelpazeye yayılmak suretiyle ağırlaştırılmıştır. Bu düzenleme tarzının isabetli olduğu söylenemez. Her şeyden önce, düzenleme, gemilerin sebep olduğu kirlenme zararlarına ilişkin hukuki sorumluluğu düzenleyen uluslararası enstrümanlarla uyumlu değildir. Hukuki sorumluluğa ilişkin uluslararası sözleşmelerde dikkati çeken özellik, esas itibarıyla ilgili sözleşmeler gereğince sorumluluğun tek bir kişiye, çoğunlukla gemi maliki ve onun sigortacısına yöneltilmiş olmasıdır. Nitekim 1992 HSS m.III gereği sorumluluk geminin malikine aittir.<sup>95</sup> Bunun sebebi ise zararın süratle ve kısa süre içinde tazmini amacıyla gemi malikinin kusursuz sorumluluğa tabi olmasının yanısıra mecburi sigorta temin etmesi yükümlülüğüdür. Diğer yandan, Kanun gereği sorumluluk da kusursuz sorumluluktur ve Kanun kapsamındaki gemiler için Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelere tabi olmak üzere mali sorumluluk belgeleri getirilmesi zorunluluğu mevcuttur. Bu güvencelere ilaveten gemi maliki ve garantör hariç olmak üzere geminin kaptanı, işleteni, idare edeni, zilyedi ve kiracısına zarar sebebiyle sorumluluğun yüklenmesinin sebebi anlaşılmadığı gibi hakkaniyete de aykırıdır.

---

<sup>95</sup> 1996 HNS m. 7 f.1 hükmü de 1992 HSS'ye paraleldir.

Sorumluluğun tayin ve tespiti bakımından uygulamada önemli sorunlarla karşılaşılabilir. Bir zarar ortaya çıktığında gemi malikinin teşhisi sorun yaratmayabilir. Malikin tespitinde ilgili uluslararası sözleşmelere paralel şekilde gemi siciline kayıtlı gemiler bakımından sicilde malik olarak adlarına kayıt bulunan kişiler, sicile kayıtlı olmayan gemiler bakımından ise geminin Medeni Kanun hükümlerine göre sahibi olduğu kişilerin malik kabul edilmesi uygun olur. Kanun'un lafzına göre kaptanın gemi malikiyle birlikte her halükarda sorumlu tutulacağı anlaşılmaktadır. Kaptanın sorumluluğu da kusursuzdur. Kaptanın şahsi kusurunun mevcut olması hâlinde sorumlu tutulabileceğine dair Kanun'da hiçbir işaret yoktur. Bu düzenleme tarzı, kaptan açısından son derece katı bir sorumluluk hükmü getirdiğinden hem hakkaniyete uygun değildir, hem de ÇK'nun da daha ilerisine gitmektedir. Oysa Deniz Hukuku'nun ihtiyaç ve özellikleri, bu şekilde katı bir sorumluluk anlayışıyla bağdaşmaz. Nitekim 1992 HSS'de<sup>96</sup> gemi maliki haricinde kaptan ve diğer gemi adamlarıyla malikin yardımcısı sayılabilecek çok sayıda kişinin sorumlu tutulamayacağı tasrih edilmiştir.

Kanun'da geminin işleteni, idare edeni, zilyedi ve kiracısından bahsedilmektedir. Kaptan için yukarıda söylenenler, belirtilen şahıslar için de söylenebilir. Ancak, burada en büyük sorun, bu şahısların teşhisinde yaşanabilir. Kanun'da işleten ve idare eden ayrı ayrı zikredilmesine rağmen tanımlanmamıştır. Geminin işleten ve idare edeni ne demektir? İşletenden kastedilen gemi işletme müteahhidi midir? Yoksa daha geniş manada bir ekonomik menfaat sağlama gayesiyle işletme mi kastedilmektedir? Keza, geminin idare edeninden anlaşılması gereken de belirsizdir. Gemiye idare eden, kaptandır. Kaptan haricinde geminin idare edeni olarak gemi işletme müteahhidi mi anlaşılacaktır? Yoksa her bir charter sözleşmelerinin içeriğine göre mi hareket edilecektir? İşleten ve idare edenin ayrı ayrı zikredilmelerine rağmen tanımlarının yapılmaması önemli bir eksiklikler ve ciddi uygulama sorunları doğurabilir.

---

<sup>96</sup> Bkz. yukarıda II 2 A b.

Geminin kiracıları ve zilyetlerinin teşhisinde de sorun çıkabilir. Kiracı, gemiyi deniz ticaretinde kullanabileceği gibi, kendisi kullanmadan başkalarının da kullanımını sağlamak üzere alt kira sözleşmeleri yapabilir. Bu durumda bütün kiracılar, oluşan zarardan müteselsilen sorumlu olacaklardır. Hangi zilyetlik kastedilmektedir? Sorumluluk, asli zilyede mi aittir? Yoksa fer'i zilyet de mi sorumludur? Geminin sahibi, işleteni ve idare edeninden bahsedilmesinden sonra zilyede sorumluluk yüklenmesinin hiçbir haklı sebebi yoktur ve düzenlemenin hakkaniyete uygun olduğundan söz edilemez.

Sorumlu taraflardan biri olarak garantör ise m.3 b.(e)'de şu şekilde tanımlanmıştır: *“Bu Kanunda belirtilen hükümlere göre sorumlu taraf adına, sorumlu taraf dışında zararların tazminine ilişkin mali sorumluluk üstlenen ve mali sorumluluk belgesini sağlayan kişi, kuruluş veya devlet”*. Tanımda, “sorumlu taraf adına, sorumlu taraf dışında” ibareleri geçmektedir. Garantör, tabiatıyla sorumlu taraf adına zararların tazminine ilişkin mali sorumluluk sağlayan, buna dair belgeyi düzenleyen kişidir. Ancak, tanımda geçen “sorumlu taraf dışında” ibaresi, gereksiz olmasının ötesinde kanun yapma tekniğine de uygun düşmemektedir. Garantör, 500 groston ve üzerinde olup petrol ve diğer zararlı maddeleri taşıyan geminin sahibi, işletenleri, kaptanları, idare edenleri, kiracıları ve zilyetlerinin garantörleri olacaktır. Ancak, uygulamada alışıldık bir durum olmaması sebebiyle gemi malikinin dışında diğer sorumlu kişilerin mali sorumluluklarının garantilerinin nasıl sağlanacağı ve takip edileceği sorun yaratabilir.

Kanun m.6 f.1'de, garantörün sorumluluğunun diğer sorumlu tarafların sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı, garantörün tazmin etmediği zararların diğer sorumlu taraflarca tazmin edileceği belirtilmektedir. Bu hüküm, malumun ilanından ibaret olduğundan gereksizdir. Zaten, sigorta veya diğer bir garanti yaptırılması ile hukuki sorumluluk ortadan kalkmaz. Bu hüküm de kanun koyucunun zararın

tazmini ve hukuki sorumluluk bakımından aşırı tedirgin ve korumacı bir anlayışla hareket ettiğine işaret etmektedir.

Kanun m.6 f.3, müteselsil sorumluluğu düzenlemektedir. Ancak, buradaki müteselsil sorumluluk, bir geminin karıştığı herhangi bir olaydaki sorumlu kişilerin kendi aralarındaki müteselsil sorumluluk değil, fakat birden fazla geminin karıştığı bir olay sonucunda ortaya çıkan zararlara ilişkin olarak bütün gemilerin müştereken ve müteselsilen sorumluluğunu düzenlemektedir. Bu fıkra,1992 HSS m.IV'e paralel gözükmektedir.<sup>97</sup> Ancak, düzenlemede iki veya daha fazla geminin karıştığı bir olaydan bahsedilmiş, bu gemilerin eylemleri veya konumları veya faaliyetlerinin zarara etkileri, zarardaki payları üzerinde durulmamıştır. Bir başka deyişle, hangi geminin hangi zarara, zararın ne kadarlık kısmının doğmasına sebep olduğu ve bu hususun olaya karışan gemiler açısından ayrılıp ayrılamayacağına dair bir açıklık yoktur. Bu sebeple, sadece olaya karışması sebebiyle ortaya çıkan bütün zararlardan bütün gemilerin müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulmaları, hakkaniyet ve müteselsil sorumluluğa ilişkin prensiplere aykırı düşmektedir. Üstelik müteselsil sorumlulukla beraber müşterek sorumluluk da mevcuttur. “Müşterek ve müteselsilen” ifadeleri, Kanun'un katı sorumluluk anlayışına işaret etmektedir. Bir gemi, olaya karışmıştır. Ancak, gemiyi idare eden kaptan ve donatanın, mürettebatın olayda hiçbir kusuru olmadığı gibi olaydaki fiilleri zarara etkili olmamışsa ya da zarara etkisi kısmi olmakla beraber bu durum ayrılabiliriyorsa oluşan zararın tamamından sadece olaya karıştığından bahisle sorumlu tutulması isabetli olmaz. Dolayısıyla, düzenleme, 1992 HSS m.IV'e aykırı düşmektedir.<sup>98</sup>

Sorumlu tarafa dair düzenleme, sorumlu şahısların belirlenmesinde ciddi uygulama ve yorum sorunlarına neden olacaktır. Ayrıca, düzenleme, Deniz Hukuku'nun ihtiyaç ve özellikleriyle bağdaşmayan bir tarzda

---

<sup>97</sup> Bkz. yukarıda II 2 A b.

<sup>98</sup> 1992 HSS m.IV, zararın yeterli bir emniyetle ayrılmasından bahsetmektedir.

sorumluluğun genişletilmesine, dolayısıyla deniz ticaret rekabet gücünün olumsuz etkilenmesine sebep olacaktır. Sorumlu şahısların her biri müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulduğundan açılacak davalarda çok sayıda kişinin hasım mevkiine alınması, usul ekonomisi açısından da isabetli değildir. Hukuki sorumluluğa dair uluslararası sözleşmelerde olduğu gibi sorumluluğun malik (veya donatan) ile bunların sigortacılarına verilmesi suretiyle sorumlu taraf tanımının sadeleştirilmesi, daha isabetli olabilirdi.

Kanun, genel hükümlere tabi olarak zarar görenlere yapılan ödemeler sebebiyle ödemede bulunanın rücu hakkının saklı olduğunu hüküm altına almaktadır. (m.6 f.4)

#### **D. Sorumluluğun Sınırlandırılması**

Kanun'da sorumlu kişilerin oluşan zarardan hangi miktara kadar sorumlu olduğu, bir başka deyişle sorumluluğun sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağına dair ayrıntılı hükümler mevcut değildir. Kanun m.7, sadece “gemi başına sorumlu taraf yükümlülüğünün toplamı ve sorumlu tarafa yüklenecek azami tazminat miktarı konusunda Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşme hükümleri saklıdır.” hükmünü ihtiva etmektedir. Metinde hem gemi başına sorumlu kişilerin yükümlülüğünün toplamı, hem de sorumlu tarafa yüklenecek azami tazminat miktarından söz edilmektedir. Kanun, esasında azami sorumluluk limitini belirtmeye çalışmasına karşılık, ayrıca “sorumlu taraf yükümlülüğünün toplamı” gibi oldukça tuhaf bir ifade kullanmıştır. Bu ifade hem gereksizdir, hem de hukuk literatürüne uygun değildir. Yükümlülüklerin toplamından değil, belki bütününden bahsedilebilir. Sorumluluğun sınırlandırılması ise ödenecek tazminat tutarının belirli bir meblağı ile ilgili ilgilidir. Yoksa yükümlülüklerin sınırlandırılmasından bahsedilemez.

Düzenlemenin ifade tarzına nazaran Kanun kapsamında müstakil bir şekilde sınırlı sorumluluğun düzenlenmediği anlaşılmaktadır. Zira, sorumlu şahıslarca ödenecek azami tazminat miktarı hususunda Türkiye'nin tarafı olduğu uluslararası sözleşme hükümlerinin saklı olduğu



belirtilmektedir. Dolayısıyla, Kanun kapsamında hukuki sorumluluk ve tazminata dair uygulanabilecek bir uluslararası sözleşme mevcutsa ve bu sözleşmede sorumluluğun sınırlandırılmasına dair bir hüküm varsa, ancak bu takdirde sorumlu kişiler, bu sözleşme kapsamında sorumluluklarını sınırlandırma hakkından yararlanabilecekler, aksi takdirde yararlanamayacaklardır. Bu durumda zaten hukuki sorumluluğa ilişkin ilgili uluslararası sözleşme uygulanacağından Kanun, uygulanmayacaktır. Kanun m.7, sorumluluğun sınırlandırılması hakkına dair müstakil bir hüküm getirmemekte, belirtildiği şekilde sadece ilgili uluslararası sözleşmelere referans yapmaktadır. Sorumluluğun sınırlandırılması konusunda uluslararası sözleşme hükümlerinin saklı olduğuna dair getirilen bu hükmün ne pratik, ne de teorik faydası vardır. Böyle bir hüküm olmasa dahi sonuçta hukuki durumda bir değişiklik söz konusu olmamaktadır. Zira, saklı olduğu belirtilmese dahi uluslararası sözleşme hükümlerinin normlar hiyerarşisi bakımından kanunlardan önce uygulanacağı ve hükümlerinin saklı olduğu malumdur. Dolayısıyla m.7 hükmü, gereksizdir.

### **E. Zorunlu Sigorta veya Mali Güvence**

#### **a. Zorunlu Sigorta veya Mali Güvence Sağlama Yükümlülüğü**

“Mali sorumluluk garantileri” başlıklı m.8 f.1’e göre “*Uygulama alanlarına girmek isteyen petrol ve/veya diğer zararlı maddeleri taşıyan gemiler, Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler uyarınca kendilerinden istenen mali sorumluluk belgelerine sahip olmak, bunları ilgili makamlara bildirmek ve talep edildiğinde göstermek zorundadırlar.*” Burada da m.7 benzeri bir durum söz konusudur.

Bu hükme rağmen Kanun kapsamında oluşan zararların tazmini bakımından zarara sebep olan gemilerle ilgili genel bir sigorta yaptırma veya diğer bir mali güvence verme yükümlülüğünden bahsedilemez. Düzenlemeye göre Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler uyarınca istenilen mali sorumluluk belgelerine sahip olunması gerekmektedir. Bir başka deyişle Kanun’un uygulanmasında, Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde yer alan mecburi sigorta veya mali

güvenceye ilişkin hükümlerin dışında, oluşan zararların tazminini garanti edecek sigorta zorunluluğu yoktur. Türkiye, gemilerin sebep olduğu kirlenme zararlarına ilişkin hukuki sorumluluğu düzenleyen bir uluslararası sözleşmeye tarafsa ve bu sözleşme mecburi sigorta veya diğer bir mali güvenceye ilişkin hükümler ihtiva ediyorsa zaten bu sözleşme hükümleri gereği sigorta veya diğer mali güvencelerin temin edilmesi ve buna ilişkin mali sorumluluk belgelerine sahip olunması gereklidir. Türkiye, sadece petrol kirliliği zararlarına ilişkin 1992 HSS'ne taraftır ve bu Sözleşme m.VII'ye uygun olarak mecburi sigorta veya diğer mali güvenceye ilişkin hükümlere tabidir. Bu madde gereğince mali sorumluluk belgelerinin ilgili makamlara bildirilmesi ve gösterilmesi usul ve esasları ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir.<sup>99</sup> Dolayısıyla, m.8 f.1 hükmü de gereksizdir ve hiçbir fonksiyonu yoktur. Düzenlemenin amaç ve gerekçesini anlamak mümkün değildir.<sup>100</sup> Bu şekilde uluslararası sözleşme hükümlerinin tekrarı mahiyetindeki veya saklı tutulduğuna ilişkin hükümler, gereksiz olmasının ötesinde uygulama problemlerine yol açabilir.

Burada bir diğer sorun da mali sorumluluk belgelerine sahip olma, bunları ilgili makamlara bildirme ve talep edildiğinde gösterme zorunluluğunun, uygulama alanına girmek isteyen gemiler için söz konusu olmasıdır. Henüz uygulama alanına girmeyen, fakat girmek isteyen bu gemilerin belirtilen yükümlülükleri nasıl yerine getireceği ve uygulamanın nasıl olacağı, bu yükümlülüklerin uluslararası hukukla ne ölçüde bağdaştığı tartışılabilir. Örneğin; Türkiye'deki bir limana uğramaksızın Türkiye'nin münhasır ekonomik bölgesine giren yabancı bayraklı bir geminin mali sorumluluk belgelerinin mevcudiyeti denetlenebilir mi? Böyle bir belgesi yoksa bu gemiler için nasıl ve hangi müeyyideler uygulanabilir? Kanun m.8 f.2, sadece Türk iç sularına veya iç sular

---

<sup>99</sup> Bkz. yukarıda II 2 A b.

<sup>100</sup> Taraf olunan uluslararası sözleşmeler haricinde mecburi sigorta yaptırma yükümlülüğü, sadece kıyı tesisleri için söz konusudur. Kanun m.8 f.3'e göre kıyı tesisleri bu Kanun kapsamındaki zararlara karşı mali sigorta yaptırmak zorundadırlar. Bu zorunluluğa uymayan kıyı tesislerinin faaliyetlerine izin verilmez.

dışındaki bir demir yeri veya liman tesislerine uğramak amacıyla Türk karasularına ve iç sulara girmek isteyen gemiler için müeyyideler öngördüğünden bu gemiler için yapılabilecek bir şey yoktur. Esasen, münhasır ekonomik bölgede seyretmekte olan gemiler için bu yükümlülüklerin aranması seyrü sefer serbestliği ile de bağdaşmaz. Hükmün bu gemilere tatbiki mümkün gözükmemektedir.

Düzenleme, 1992 HSS m.VII f.11'e aykırıdır. Zira bu maddeye göre her bir Taraf Devlet, kendi mevzuatına göre dökme halinde 2.000 tondan fazla hidrokarbon yükü taşıyan ve ülkesi dâhilinde bir limana gelen veya bu limanı terk eden veya açıkta karasuları dâhilinde bir yükleme boşaltma yerine gelen veya onu terk eden gemilerin hangi ülke siciline kayıtlı olursa olsun sigorta veya mali güvence göstermelerini sağlamak durumundadır. Bu yükümlülük, bir Taraf Devlet'in limanları veya açıkta karasuları dâhilindeki yükleme-boşaltma yerleri için söz konusudur. Yoksa münhasır ekonomik bölgeyi kapsamamaktadır. Ayrıca, zararsız geçiş<sup>101</sup> hakkını kullanan gemiler yönünden de sorunlar doğabilir. Yukarıda münhasır ekonomik bölgeye ilişkin verilen örneğe paralel şekilde yabancı bir geminin karasularına girmesine rağmen limana veya karasularındaki bir yükleme boşaltma terminaline uğramadığını düşünelim. Kanun'un lafzına göre bu gemilerden de ilgili uluslararası sözleşmelerde belirtilen mali sorumluluk garantilerinin istenmesi gerekir.

---

<sup>101</sup> Kanun m.3 b.(s)'de zararsız geçiş şu şekilde tanımlanmıştır: "Türk iç sularına girmeksizin veya iç sular dışında bulunan bir demirleme yerine veya liman tesisine uğramaksızın karasularını katetme amacıyla veya Türk iç sularına ulaşmak veya ayrılmak, iç sular dışında bulunan bir demirleme yerinde veya liman tesisinde durmak veya bunlardan ayrılmak amacıyla Türk karasularında seyretmek". Tanım, 1982 UNCLOS m.18'e paraleldir. Türk iç sularına ulaşmak veya ayrılmak, iç sular dışında bulunan bulunan bir demirleme yerinde veya liman tesisinde durmak veya bunlardan ayrılmak amacıyla Türk karasularında seyreden gemilere yapılacak işlemler ve bildirim esasları, m.8 f.2 ve m.9 f.1'de gösterilmiştir. Kanun m.9 f.3 hükmünün ise daha ziyade Türk iç sularına girmeksizin veya iç sular dışında bulunan bir demirleme yerine veya liman tesisine uğramaksızın karasularını katetme amacıyla Türk karasularında seyir yapan gemilere ilişkin mali sorumluluk garantilerinin bildirilmesi yükümlülüğüne işaret etmek amacıyla kaleme alındığı değerlendirilmektedir.

Ancak, zararsız geçiş prensibi, uluslararası hukukun yerleşmiş bir ilkesi<sup>102</sup> olduğundan bu uygulama, uluslararası hukukla bağdaşmaz. Zira UNCLOS m. 211 f.4 ve m.21, kıyı devletlerine yalnızca kirlenmenin önlenmesi, azaltılması, kontrolü ve çevrenin korunması bakımından gerekli düzenlemeleri yapabilmelerine olanak sağlamaktadır. Yoksa mali garanti sağlanması gibi tazmine yönelik düzenleme yapma imkânı vermemektedir. Aynı esaslar, münhasır ekonomik bölge için de geçerlidir.<sup>103</sup> Dolayısıyla, münhasır ekonomik bölge ve karasuları bakımından mali güvence hükümleri, uluslararası hukuk ve 1992 HSS ile uyumsuz olduğu gibi pratikte de uygulanması çok güçtür. Bu garantilerin denetimi, 1992 HSS'ne paralel şekilde liman devleti denetimi kapsamında yapılabilir.

#### **b. Mali Sorumluluk Garantilerinin Denetimi**

Kanun m.8 f.2, mali sorumluluk belgelerinin denetimine dair hükümler ihtiva etmektedir. Esasında bu fıkra, f.1'in uygulanmasını düzenlemektedir. Bu fıkraya göre Türkiye'nin tarafı olduğu uluslararası sözleşmelerde öngörülen mali sorumluluk garantilerine sahip olmadıkları belirlenen Kanun kapsamındaki yabancı bayraklı gemilerin Türk iç sularına veya iç sular dışındaki bir demir yeri veya liman tesislerine uğramak amacıyla Türk karasularına ve iç sularına girmesine izin verilmez; girmiş olan gemiler buralardan derhal çıkarılır veya şartları sağlaması için en fazla otuz gün süre verilir. Bu süre sonunda şartları sağlamadığı tespit edilen gemiler derhal karasuları dışına çıkartılır.

Görüldüğü üzere bu fıkra, belirtilen mali sorumluluk belgelerine sahip olmayan gemilerin iç sular ve karasularına sokulmayacağını, şartlara uymadığının tespiti hâlinde ise buralardan çıkartılacağını belirtmektedir. Oysa f.1, uygulama alanına girmek isteyen gemilerden bahsetmektedir. Uygulama alanı ise iç sular, karasuları, münhasır ekonomik bölge ve

---

<sup>102</sup> Özman, A.: Deniz Hukuku I (Kaynaklar-Kişiler-Nesneler-Ulusal Deniz Alanları), Ankara 2006, s. 318.

<sup>103</sup> UNCLOS m.211 f.5 ve m.56, kirliliğin önlenmesi, azaltılması ve denetim yetkisi hükümlerine paralel hükümlerdir.

münhasır ekonomik bölgenin ilan edilmediği alanlarda Denizcilik Müsteşarlığı'nın ilgili kurum ve kuruluşların görüşlerini alarak belirleyeceği karasularının ötesindeki açık deniz alanlarıdır. Dolayısıyla, düzenleme, münhasır ekonomik bölgeye girişler bakımından herhangi bir hüküm ifade etmemektedir. Yukarıda da belirtildiği üzere münhasır ekonomik bölge bakımından mali sorumluluk garantileri sağlama yükümlülüğünün nasıl uygulanacağı ve denetleneceği açık bırakıldığından hükmün uygulanması oldukça güçtür.

Türkiye'nin tarafı olduğu uluslararası sözleşmelerde belirtilen mali sorumluluk garantilerine sahip olmadıkları belirlenen yabancı bayraklı gemilerden ancak can kurtarma hizmetlerinden kaynaklanan mücbir sebepler içinde olan gemilerin Türk iç sularına ve karasularına girmesine izin verilebilecektir. Kanun m. 8 f.1'deki "uygulama alanı" ibaresi sebebiyle ve m.8 f.2'de yalnızca iç sular ve karasuları düzenlenmiş olduğundan f.1 ve f.2 hükmü birbiriyle çelişkilidir. Burada mecburi sorumluluk belgelerinin bulunmamasına rağmen iç sular ve karasularına giren gemilerin derhal karasularından çıkartılacağı veya şartları sağlaması için en fazla otuz gün süre verileceği belirtilmektedir. Şartların sağlanmasından kasıt, mali sorumluluk belgelerinin sağlanmasıdır. Burada duruma göre idareye geminin ya derhal karasuları dışına çıkarılması veya otuz günlük süre verilmesi hususunda bir yetki verilmektedir. Ancak, bu takdir yetkisinin nasıl ve ne şekilde kullanılacağı bilinmemektedir ve bu süre neye göre belirlenmektedir? Otuz günlük süre verilmesinin gerekçesi bilinmemektedir. Esasında bu şekilde karasularına veya iç sulara giren gemiler için verilen ve mali sorumluluk belgelerinin teminine yönelik otuz günlük süre uzundur. Kuşkusuz bu durumdaki bir gemi, tehlike altında olabilir veya deniz kirliliği için ciddi bir risk oluşturabilir. Türk bayraklı gemilerin de mali sorumluluk belgelerinin bulunmadığı hâllerde bu belgelerin getirilmesine kadar geminin seferinin yasaklanacağı hüküm

altına alınmıştır. Seferin yasaklanmasının dışında bu gemiler için ne gibi bir işlem yapılacağına dair bir hüküm yoktur.<sup>104</sup>

Mali sorumluluk belgesi bulunmayan ve en fazla otuz günlük süre içinde gerekli şartları sağlayamayan gemilerindeki yükün, gemi veya yük sahibince şartlara uygun başka bir gemiye nakledilmesi ve mevzuat uyarınca bertaraf edilmesi gereken yüklerin ise uygun bir şekilde bertarafının sağlanması gerekmektedir. (m.8 f.2 c.3) Bu düzenlemenin amaç ve gerekçesini anlamak mümkün değildir. Yabancı bayraklı bir gemi, zaten verilen otuz günlük süre içinde teminat sağlayamazsa karasuları dışına çıkartılacaktır. Bir geminin mali sorumluluk sigortasının bulunmaması onun her halükarda bizzat tehlike içinde olduğunu göstermez ve karine olarak bu anlama gelmez. Mali sorumluluk sigortası bulunmama ile beraber gerek geminin mevcut hâli, gerekse yükü Kanun kapsamında acil müdahaleyi gerektirir tehlike içinde olmayabilir. Düzenlemenin lafzı, bu durumdaki gemilerin tehlike içinde olsun veya olmasın yüklerin başka gemilere aktarılması veya bertarafını öngördüğünden isabetli olmadığı gibi hakkaniyete uygun sonuçlara yol açabilir. Keza, ülkemizin deniz ticaret rekabet gücünü olumsuz etkileyebilir.<sup>105</sup>

---

<sup>104</sup> Düzenlemenin içeriğine göre mecburi sorumluluk belgesine sahip olmamasına rağmen iç sular ve karasularına giren gemilerin ticari faaliyette bulunmaları, bir başka deyişle yükleme-boşaltma yapımları mümkün olmamakla beraber açıklık sağlanması amacıyla Kanun'a 1992 HSS m.VII f.10'a benzer bir hüküm konulabilir.

<sup>105</sup> Mali güvence belgesi bulunmayan gemiler, 1992 HSS m.VII f.11 hükmünün uygulanmasında limana veya karasularındaki bir yükleme boşaltma yerine geldiklerinde, yüklerini boşaltamayacaklar veya yük alamayacaklardır. Sözleşme'de bu gemilerin yüklerinin bir başka gemiye nakledileceği veya bertaraf edileceği yönünde bir hüküm yoktur. Müdahaleyi gerektiren tehlikeli bir durum yoksa geminin yükünün nakli ya da bertarafını haklı kılan bir durum da yoktur. Geminin ticari faaliyetinin engellenmesi, gerektiğinde idari para cezaları gibi idari tedbirlerin uygulanarak geminin karasuları dışına çıkartılması yeterlidir. Bunun ötesinde yüke el konulması ve tehlike arz etmemesine rağmen yükün bertarafı özel hukuk ilişkileri bakımından da sakıncalıdır ve uluslararası ticaretin mantığı ile uyumsuz. Yüke yapılacak işlem ve bu işlemlere uygulanacak hukuk kuralları belirsizdir. İlgililerin tazminat talepleri, yükün muhafazası, yediimine teslimi ve bertarafında önemli sorunlar doğabilir.

Acil müdahaleyi gerektirir tehlike içindeki gemiler için yapılacak işlemler, m.5 f.2’de gösterilmiştir. Bu düzenlemeye göre Türkiye’nin tarafı olduğu sözleşmelerde seyir, can, mal ve çevre emniyeti ile ilgili belirlenen standartlara uymayan veya bu konuda açık emareler bulunan petrol ve/veya diğer zararlı maddeleri taşıyan bu Kanun kapsamındaki yabancı bayraklı gemilerin, can kurtarma hizmetlerinden kaynakacak mücbir sebepler dışında Türk iç sularına veya içsular dışındaki bir demir yeri veya liman tesislerine uğramak amacıyla Türk karasularına ve iç sularına girmesine izin verilmez; girmiş olan bu gemiler derhal buralardan çıkarılır veya standartları sağlaması için en fazla otuz gün süre verilir. Bu süre sonunda standartları sağlamadığı tespit edilen gemiler, derhal karasuları dışına çıkartılır. Standartlara uymayan bu Kanun kapsamındaki Türk bayraklı gemiler ise standartları sağlayıncaya kadar bağlanarak seferden yasaklanır. Bu durumdaki gemilerin yükü, gemi veya yük sahibince standartlara uygun başka bir gemiye nakledilir ve mevzuat uyarınca bertaraf edilmesi gereken yüklerin uygun bir şekilde bertarafı sağlanır. Görüldüğü üzere bu düzenleme, m.8 f.2’ye tamamen paraleldir. Amaç; seyir, can, mal ve çevre emniyetinin sağlanmasına yönelik olarak gerekli standartlara uygun olmayan gemilerin karasularına ve iç sulara girmesinin engellenmesi, gerektiğinde çıkarılmasıdır. Düzenleme, bu yönüyle bir tedbir mahiyetindedir. Ancak, seyir, can, mal ve çevre emniyetinin sağlanmasına yönelik bu hükmün mali sorumluluk belgesi bulunmayan gemiler için de tamamen paralel şekilde benimsenmesini savunmak güçtür. Seyir, can, mal ve çevre emniyetinin sağlanması ile mali sorumluluk belgesine sahip olunması olguları, nitelik olarak tamamen birbirinden farklı kavramlardır. Bir gemi, mali sorumluluk belgesine sahip olmamakla beraber seyir, can, mal ve çevre emniyeti yönünden gerekli standartlara sahip olabilir.

1992 HSS, mali güvence teminine yönelik Taraf Devletler’in düzenleme yapabileceğini öngörmektedir. Belirtildiği şekilde, daha ileri ve radikal yaptırımlar bu Sözleşme’nin hükümleri ve amacıyla bağdaşmaz. Kanun m.8 f.2, “can kurtarma hizmetlerinden kaynaklanan

mücbir sebepler”den bahsetmektedir. Bu ifade, yalnızca can kurtarmadan kaynaklanan sebeplerle karasularına ve iç sulara girilmesine izin verileceği yönünde kaleme alınsa idi daha uygun olurdu. Mevcut hükme göre mücbir sebebin can kurtarmadan kaynaklanması gereklidir. Can kurtarmadan kaynaklanan mücbir sebep nedir ve nasıl takdir edilecektir? Her somut olayın şart ve özelliklerine göre bu sebep takdir edilecek olmakla beraber mücbir sebebin can kurtarmadan kaynaklanan sebeplerle sınırlandırılması isabetli olmamıştır. Bu sınırlandırma, hükmün yorumlanmasında güçlükler yaratacağı gibi, insan kurtarma amaçlarıyla bağdaşmaz. Ayrıca, diğer mücbir sebeplerle bir geminin karasularına veya iç sulara girdiği hâllerde nasıl bir uygulama yapılacağı da açık değildir. Kanun’un sadece lafzına bakıldığında can kurtarma hâllerinin dışındaki bir mücbir sebeple karasuları ve iç sulara giren gemilerin mali sorumluluk garantilerinin olmaması sebebiyle m.8 f.2 hükmüne tabi olmaları gerekmektedir. Böyle olduğunda, bu gemiler de derhal karasularından çıkartılacaklar veya kendilerine en fazla otuz günlük süre verilecektir. Ayrıca, şartların sağlanamaması durumunda gemi yükünün bir başka gemiye nakli ve yükünün gerektiğinde bertarafı söz konusu olacaktır. Belirtilen gemilerin m.5 f.2 gereği denizde can, mal, seyir ve çevre emniyeti bakımından tehlike altında bulunmadığı varsayıldığında bu uygulama tamamen hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurur. Keza, uygulamanın belirtilen gemilerin zararsız geçiş hakkına bir müdahale teşkil edeceği de belirtilmelidir.

### c. Mali Sorumluluk Garantilerinin Bildirimi

Kanun m.9, mali sorumluluk garantilerinin bildirimini düzenlemektedir. Buna göre herhangi bir Türk limanına gitmek üzere Türkiye’nin karasularına girmek isteyen ve bu Kanun’a göre mali sorumluluk garantileri<sup>106</sup> bulundurmamakla yükümlü gemilerin m.8’de belirtilen mali sorumluluk belgelerinin suretinin gidecekleri liman

---

<sup>106</sup> Kanun’da kıyı tesisleri hariç gemiler için ilgili uluslararası sözleşmelerde benimsenen mali sorumluluk garantilerinin usul ve esasları ile kabule şayan olup olmadıklarının belirlenmesine yönelik kriterler mevcut değildir. Konuya ilişkin olarak Yönetmelik’te de bir hüküm yoktur.



başkanlıklarına, Türk karasularına girişten önce Türkiye'deki mukim bir acentesi vasıtasıyla ulaştırılması gerekmektedir. (m.9 f.1)

Bu yükümlülüğün denetimi ve takibinde bazı sorunlarla karşılaşılabilir. Düzenlemeye göre karasularına girmeden önce liman başkanlığına mali sorumluluk garantilerine dair belgelerin sunulmaması halinde geminin karasularından çıkarılması ve şartların sağlanması için otuz günlük ek süre verilmesine ilişkin m.8 f.2 hükmünün uygulanması gerekir. Karasularına girilmesinden önce mali sorumluluk garantilerinin kontrolü, çok sıkı bir şekilde karasularındaki bütün gemilerin takibini zorunlu kılmaktadır. Kanun metninde bir Türk limanına gitmek isteyen, bu amaçla Türk karasularına girmek isteyen gemilerden bahsedilmektedir. Oysa m.8 f.2, Türk iç sularına veya iç sular dışındaki bir demir yeri veya liman tesislerinden bahsetmektedir. Bu iki hüküm, birbirine paralel değildir. Aslında Kanun Koyucunun kastettiği şey, Türk iç sularına giren veya iç sular dışında karasuları dâhilinde açığındaki bir demir yeri veya liman tesisine uğrayan, uğramak isteyen gemilerdir. Mademki mali sorumluluk belgesine sahip olmayan bir geminin karasularına dahi girmesine izin verilmiyor. O hâlde, bu uygulamanın gerçekleşmesini sağlamak için hükmün iç suları ve karasularındaki bir demir yeri veya liman tesisine hasredilmesi gerekirdi. Sadece Türk limanına uğrayacak gemilere yönelik mali sorumluluk bildirimini yükümlülüğünün bir anlamı yoktur. Kanun, bu çerçevede kendi içinde uyumsuzdur.<sup>107</sup>

Gemi, Türk iç sularına veya limana ya da karasularındaki bir demirleme yerine veya liman tesisine uğramak amacıyla karasularından zararsız geçiş hakkını kullanmaktadır ve mali sorumluluk garantisine dair belgeleri temin etmemiştir. Ancak, liman tesisine uğradığında bu belgeyi

---

<sup>107</sup> Kullanılan ifadelerde de tutarsızlık vardır. Kanun m.8 f.1, mali sorumluluk belgelerinden bahsetmektedir. Bu madde f.2'de mali sorumluluk garantileri denilmektedir. Kanun m.9 ise mali sorumluluk garantilerinin bulundurulmasından bahsetmektedir. Mali sorumluluk garantileri bulundurulmaz, sağlanır. Aslında kastedilen, sigorta veya diğer bir mali güvence sağlanması ve bunlara dair belgelerdir.

ibraz ederse hiçbir sorun olmayacaktır. O halde, hükmün ne teorik, ne de pratik çok fazla bir anlamı yoktur. Aslolan, teamüllere uygun olarak liman denetimi kapsamında bu uygulamanın yapılmasıdır.

Kanun m.9 f.2, Türk Boğazları'ndan uğraksız geçiş amacıyla Türk karasularına girmek isteyen gemiler için bildirim yükümlülüklerinin Türk Boğazları Deniz Trafik Düzeni Tüzüğü<sup>108</sup> ile belirleneceğini amirdir. Bildirim yükümlülüğüne dair m.9, mali sorumluluk garantilerinin bildirimine ilişkindir. Oysa Türk Boğazları Deniz Trafik Tüzüğü'nde belirtildiği şekilde bu zamana kadar yapılmış herhangi bir değişiklik bulunmadığı gibi,<sup>109</sup> genel olarak gemilerce yapılacak bildirimlerde mali sorumluluk garantilerine dair bir hüküm bulunmamaktadır. Tüzüğün hiçbir yerinde Türk Boğazları'ndan uğraksız geçiş yapan gemilerin sigorta veya mali güvence sağlayacaklarına dair bir hüküm bulunmamaktadır. Tüzük'te m.9 f.2'ye uygun olarak nasıl bir değişiklik yapılacağı bilinmemektedir. Bu yöndeki bir değişiklik, Tüzüğün amaçlarıyla bağdaşmayacağı gibi Möntrö Boğazlar Sözleşmesi hükümleri açısından da uygun değildir. Möntrö Boğazlar Sözleşmesi m.2, barış zamanında ticaret gemilerinin gündüz ve gece, bayrak ve yük ne olursa olsun m.3 hükümleri saklı kalmak üzere hiçbir formalite olmaksızın Boğazlardan geçiş ve ulaşım tam özgürlüğünden yararlanacaklarını amirdir.<sup>110</sup>

---

<sup>108</sup> 8/10/1998 tarihli ve 98/11860 sayılı Tüzük, 6/11/1998 tarih ve 23515 sayılı Mükerrer Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Tüzük m.1'de Türk Boğazları'nda seyir, can, mal ve çevre güvenliğini sağlamak amacıyla deniz trafik düzenlemesinin gerçekleştirileceği ve Tüzüğün Türk Boğazları'nda seyir yapacak tüm gemileri kapsayacağı belirtilmektedir. Tüzük, gemilerin teknik yönden emniyetli geçiş esaslarını düzenlemektedir.

<sup>109</sup> Denizcilik Müsteşarlığı'nda Tüzük değişikliği konusunda bir çalışma mevcut değildir. Kanun'un geçici maddelerinde Tüzük değişikliğinin belirli bir süre içinde yapılacağına dair bir hüküm yoktur. Oysa Geçici m.1, Bu Kanun'da öngörülen yönetmeliklerin Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten itibaren en geç bir yıl içinde hazırlanacağını belirtmektedir.

<sup>110</sup> Bu gemiler, Boğazlar'ın bir limanına uğramaksızın transit geçerlerken Türk makamlarınca alınması işbu Sözleşme'nin I sayılı Ek'inde öngörülen vergilerden ve harçlardan başka, bu gemilerden hiçbir vergi veya harç alınmayacaktır. Sözleşme m.3 ise gemilerin alacakları sağlık belgesine ilişkindir.

Kanun, zararsız geçişle ilgili özel bir bildirim yükümlülüğü öngörmüştür. Buna göre “Zararsız geçiş amacıyla Türkiye’nin karasularını kullanacak gemiler, her türlü muhabere aracı ve mali sorumluluk belgelerindeki bilgiler ile geminin adı, çağrı adı, bayrağı, tescil limanı, geminin sahibinin adı ve idare merkezinin yeri, geminin Uluslararası Denizcilik Örgütü numarası (IMO No), teminat türü, teminat geçerlilik süresi, sigortacının adı ve merkezinin bulunduğu yer, tazmin limitleri ve geminin yükü ve miktarı, geminin tipi, kalkış ve varış limanına ilişkin bilgi ve belgeleri en yakın liman yetkilisine bildirmek zorundadır.” (m.9 f.3) Bu bilgiler, geminin mali sorumluluk garantileriyle yakından ilgilidir ve sorumluluğun teşhis ve tayini bakımından ehemmiyet arz etmektedir. Bildirim yükümlülüğü, zararsız geçiş yapan bütün gemiler için geçerlidir.

Bu hükmün de zararsız geçiş hakkını engelleyici nitelikte olduğu değerlendirilmektedir. Esasen, yukarıda Türk iç sularına veya karasularındaki bir demir yerine veya liman tesisine uğramak amacıyla karasuları ve iç sularına giren gemiler bakımından söylenen hususlar, evleviyetle bir Türk limanına veya iç sularına uğramadan sadece karasularını kat edecek gemiler bakımından da geçerlidir. Bu düzenleme, en azından mali sorumluluk garantileri açısından zararsız geçiş kavramıyla bağdaşmamaktadır.

Zararsız geçiş hakkını kullanan gemi, bir Türk limanına uğrayacak ise uğrayacağı liman başkanlığına bu bilgileri temin edecektir. Bir Türk limanına uğramadan karasularını kat edecek ise en yakın liman yetkilisine bildirecektir. Bu gemiler, m.9 f.3’de belirtilen bildirim yükümlülüğüne uymazlarsa bunlara ne gibi bir işlem yapılacağı belirsizdir. Ayrıca, m.8 f.2 hükmü hariç olmak üzere Kanun, bu gemilere uygulanacak herhangi bir müeyyideden bahsetmemektedir. Bu gemilerin, zararsız geçiş halindeyken ve bu bilgileri vermeksizin durum Türk yetkililerince tespit edildiğinde haklarında yapılacak herhangi bir işlem söz konusu değildir. Zira, gemi, zaten karasularını terk etmektedir. Dolayısıyla, düzenlemenin içi boştur.

## 2. Tazminat Esasları

### A. Zararın Tespiti

Ödenecek tazminat miktarının belirlenmesinde kuşkusuz öncelikle zararın tespiti bir ön koşuldur. “Zararların belirlenmesi” başlıklı Kanun m.10, konuyu düzenlemektedir. Buna göre “Bakanlık temsilcisinin başkanlığında; Müsteşarlık, Sahil Güvenlik Komutanlığı, Kıyı Emniyeti ve Gemi Kurtarma İşletmeleri Genel Müdürlüğü ile ilgili valilik ve belediyelerin temsilcilerinden zarar tespit komisyonu oluşturulur. Komisyon gerek görürse ilgili diğer kurum ve kuruluşların temsilcilerini ve uzmanlarını da komisyona çağırabilir...” Görüldüğü üzere m.3 b.(r)’de tanımlanan zararın tespiti, Çevre ve Orman Bakanlığı temsilcisinin başkanlığında oluşturulan bir Komisyon marifetiyle yapılacaktır. Komisyon, zararı bizzat tespit etmek zorunda olmayıp zararların tamamı veya bir kısmının tespitini bu konuda uzman Türk veya yabancı kişi ve kuruluşlara yaptırabilir. (m.10 f.2) Bu şekilde tespit edilen zarar miktarı, Komisyon’un onaylaması üzerine geçerlik kazanır.

Bu düzenleme, isabetsizdir. Öncelikle, zararın ne şekilde ve hangi kriterlere göre belirleneceği, hangi metodların uygulanacağı bilinmemektedir. Zararın genel olarak mı belirleneceği, yoksa her bir zarar gören açısından mı tespit edileceği açık değildir. Ayrıca, Komisyon’a zararın tespiti yetkisi verilmesinin haklı ve makul bir gerekçesi bulunmamaktadır. Kanun’un gerekçesinde bu yönde bir açıklamaya rastlanılamamıştır. TBMM Komisyon ve genel kurul görüşmelerinde de konu hakkında herhangi bir tartışma yaşanmamıştır.<sup>111</sup> Tazminatın paylaşılmasına dair m.11 ile birlikte mütalaa edilmesi gerekmektedir, düzenlemeyle muhtemelen zararın bir an evvel tespiti ve tazminatın bir an evvel ilgililerine ödenmesi amaçlanmış olabilir. Zarar tespitinin bu Komisyon’a verilmesi, uygulamada ciddi sorunlar yaratabilir. Komisyon’ca zararın tespitine yönelik işlemin, bir idari işlem niteliğinde olduğu ve mahkemeleri bağlamayacağı belirtilmelidir.

---

<sup>111</sup> TBMM Tutanak Dergisi, Dönem: 22, C. 76, Yasama Yılı: 3, 66. Birleşim, 3/3/2005 Perşembe, s. 1-49 (<http://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem22/yil3/bas/b066m.htm>).

Dolayısıyla, zarar görenlerin ilgili mahkemede bu kararın iptali amacıyla dava açmaları mümkündür. Komisyon, kararını vermeden önce ya da daha sonra zarar görenlerden birisi, bir hukuk mahkemesinde tespit veya alacak davası açarsa bunun sonucu ne olacaktır? Verilen karar, komisyon kararını ne ölçüde etkileyecektir? Hangi mahkemeler, bu tür davaları görmeye görevli ve yetkilidir? Tüm bu hususlar, belirsizdir ve bir hayli tereddüt uyandırmaktadır.

Kanaatimizce, Komisyon'un zarar tespitine dair kararı, genel hükümlere göre tayin olunacak görevli ve yetkili mahkemelerin davayı takip ve sonuçlandırmalarına engel olamaz. Kanun, mahkemelerin yetki ve görevine dair açık bir hüküm sevketmemiştir. Ancak, görevli ve yetkili mahkemelerin genel hükümlere göre belirlenmesi, her zaman kolay değildir. Zarar gören, zararın tespiti ve tazminatın ödenmesi amacıyla hukuk mahkemelerinde dava açabilir. Zira, zarar, kural olarak idarenin bir eyleminden kaynaklanmamaktadır. Hukuk mahkemesi, hem tespite, hem de zararın tazminine hükmedebilir. Bu aşamada Komisyon kararı, sadece hukuk mahkemelerinin zararın tespiti ve tazminat ödemeleri bakımından bir referans kaynağı olabilir. Ancak, zarar tespitinin Komisyon'a bırakılmasına ilişkin bu hüküm, belirli bir ölçü ve anlamda yargının yetkilerine, idarenin müdahalesi anlamını taşımaktadır. Dolayısıyla, anayasal sistem içinde kuvvetler ayrılığı prensibiyle bağdaşmaz. Komisyonun zararı tespit etmesinden sonra aşağıda incelendiği üzere Denizcilik Müsteşarlığı, zararı paylaşmaktadır. Bir taraftan zararın tespit ve tazmini, diğer yönden hukuk mahkemelerinin kararları, tam bir hukuk karmaşası yaratacaktır.

Düzenlemenin 1992 HSS ve 1992 FS hükümleriyle de uyumlu olmadığı belirtilmelidir. 1992 HSS ve 1992 FS'nin hiçbir maddesinde zararın özel bir komisyonca ve idare tarafından tespitine imkân veren bir hüküm mevcut değildir. Bilakis, bu Sözleşmeler ile oluşturulan rejime göre zararların tespit ve tazmininde özellikle IOPC Fon uygulamaları, uzlaşma veya adli makamlarca verilen kararlara dayalı yürütülmektedir.

Fon dışında özel bir komisyonca zararların tespiti, oluşturulan sorumluluk ve tazminat rejiminin felsefesine aykırıdır.

## **B. Tazminatın Ödenmesi**

“Tazminat ve ücret talepleri ve ödenmesi” başlıklı Kanun m.11, tazminat taleplerinin ileri sürülmesi ve tazminatın ödenmesi hususlarını düzenlemektedir. Buna göre *“Olaydan zarar görenlerin tazminat talepleri ile kirliliğe müdahale ve kirliliği bertaraf edenlerin ücret talepleri Müsteşarlığa bildirilir. Müsteşarlık, zararların tespitine ve uyumsuzlukların giderilmesine bağlı olarak zararların sorumlu taraflarca tazminini ve ücretlerin ödenmesini sağlar. Komisyon tarafından belirlenen zarar miktarı üzerinde taraflarca uzlaşma sağlanması durumunda Müsteşarlık, zararların sorumlu taraf veya garantöründen talep ve tahsiline ve zarar görenlere dağıtılmasına yetkilidir.”* (m.11 f.1) Burada iki husus düzenlenmektedir. Bunlar; tazminat ve ücret taleplerinin Müsteşarlığa bildirilmesi ile bu taleplerin Müsteşarlıkça değerlendirilerek sorumlu kişilerce tazmininin sağlanmasıdır.

Öncelikle, tazminat ve diğer taleplerin Müsteşarlığa yöneltilmesi gerekmektedir. Kanun, olaydan zarar görenlerin taleplerini tazminat, kirliliğe müdahale ve kirliliği bertaraf edenlerin taleplerini ise ücret olarak nitelendirmektedir. Zarar tanımına ilişkin m.3 b.(r) hükmüne göre m.6’da belirtilen zarar ve giderler, zarar tanımına dâhildir. Bir olayın doğrudan sonucu olarak uğranılan zararların dışında kirlenme veya kirlenme tehlikesinin kaldırılması amacıyla yapılan masraflar, temizleme masrafları, koruyucu önlemlere ilişkin masraflar, atıkların taşınması ve bertarafı gibi masraflar da zarara dâhildir. Kanun m.3 b.(h), (ı), (j) ve (k) bentlerinde sırasıyla tanımlanan kirlenme, koruyucu önlem, olay ve müdahale tanımları nazara alındığında, kirliliğe müdahale ve kirliliğin bertarafına yönelik masrafların da zarar kavramı içinde olduğu değerlendirildiğinden bu talepler için de tazminat ifadesi kullanılabilir. Bu giderler için ücret ifadesinin kullanılması uygun görülmemektedir. Zira, ücret, daha ziyade işçinin emeğinin karşılığını ifade eden bir

kavramdır. Dolayısıyla, “olay nedeniyle zarara uğrayanlar” ifadesine yer verilmesi yeterli olurdu.

Taleplerin kendisine sunulmasından sonra Müsteşarlık, zararın sorumlu kişilerce tazmin edilmesini sağlar. Kanun’un ifadesine göre Müsteşarlık, zararların tespitine ve uyuşmazlıkların giderilmesine bağlı olarak zararın tazminini sağlamak durumundadır. Zararların tespiti, m.10’da gösterilmiştir. Ancak, “uyuşmazlıkların giderilmesine bağlı olarak” ifadesinden anlaşılması gereken şey, belirsizdir. Uyuşmazlıkların giderilmesinden kasıt, zarar görenlerle sorumlu kişi veya Müsteşarlık arasındaki uyuşmazlıklar mıdır? Ayrıca, uyuşmazlığın niteliği nedir? Bu uyuşmazlıklar, oluşan genel zarar tutarının tespiti dışında her bir zarar görenin zarar tutarının tespitine veya sorumlu şahıslardan tazminine yönelik mahkemelerce verilen kararlara mı işaret etmektedir? Kanun, hakem tayinine dair m.20 hükmü hariç olmak üzere uyuşmazlıkların çözümüne dair özel hükümler öngörmediğinden belirtilen konularda ciddi uygulama sorunları doğacaktır.

Eğer, taraflar Komisyon’ca belirlenen zarar miktarı hususunda bir uzlaşmaya varmışsa Müsteşarlık, zararların sorumlu taraf veya garantöründen talep ve tahsiline ve zarar görenlere dağıtılmasına yetkilidir. (m.11 f.1 c.3) Bu cümle, tamamen gereksizdir ve karmaşaya yol açacak mahiyettedir. Zaten c.2, uyuşmazlıkların çözümüne bağlı olarak bu yetkiyi Müsteşarlığa vermiştir. Taraflar arasında uzlaşma sağlanması da uyuşmazlığın çözümü anlamına gelmektedir. Dolayısıyla söz konusu iki cümle arasında uyumsuzluk vardır.

Kanun, hakem tayinine dair m.20 hükmü hariç uyuşmazlıkların çözümüne, dava açılmasına, yetkili ve görevli mahkemeye, yargılama usulüne vs. değinmediğinden açılacak herhangi bir dava sonucunda verilecek kararların; zararın tespiti, tazminat ve ücret ödemelerinin paylaşılmasına yönelik etkileri önemli sorunlar yaratacaktır. Bu Kanun’un uygulanmasından doğacak davalarda görevli ve yetkili

mahkeme belirtilmemiştir. Bu önemli bir sorundur. Zararın tespitine dair Komisyon kararlarıyla beraber tazminatın her bir zarar gören açısından tespit ve tayinine dair işlemlere karşı idareye, yani Denizcilik Müsteşarlığına karşı açılacak davalar, büyük olasılıkla idari yargıda görülecektir. Bu ise kirlenme zararı konusunda yeterli bilgi birikimi ve tecrübeye sahip olmayan idare mahkemelerinin denizciliğin şart ve gereklerine uygun olmayan kararlar vermesi sonucunu doğuracaktır. Oysa, bir çok yabancı hukuk sistemlerinde denizlerin kirletilmesinden kaynaklanan zararlar dolayısıyla tazminat davalarına bu konuda uzmanlaşmış hukuk mahkemeleri bakmaktadır.

*Kanun'da usul hükümleri bakımından sadece "Uyuşmazlıkların çözümü için hakem tayini" başlıklı m.20 mevcuttur. Bu maddede "Müsteşarlık ile sorumlu taraf veya garantörünün uzlaşması halinde bu Kanunun uygulanmasından doğacak uyuşmazlıkların çözümü için hakem veya hakem heyeti tayin edilebilir. Tayin edilen hakemler Türk hukukunu uygular. Tahkim, ilgisine göre 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu veya 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu hükümlerine tabidir."* hükmü yer almaktadır.

Bu hüküm de Kanun'un birçok maddesinde olduğu gibi gereksizdir. Maddede belirtilen ilgililer, bu hüküm olmasa dahi her zaman uyuşmazlığı hakeme intikal ettirebilirler. Ancak, Kanun koyucu düzenlemede hakemlerin Türk Hukuku'nu uygulamalarını emretmektedir. Bu sınırlandırmanın sebebi anlaşılammamaktadır. Tahkim, ihtiyari olduğuna göre uygulanacak hukukun taraflarca özgür biçimde belirlenmesi gerekir. Hakemlerin Türk Hukukunu uygulama zorunluluğu, tahkim müessesesinin mahiyetiyle bağdaşmaz. Diğer yandan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu veya Milletlerarası Tahkim Kanunu'na yapılan atıf da gereksizdir. Hakem tayinine dair bu maddenin Kanun'un amaçları bakımından hangi faydayı sağlayacağı ve nasıl bir fonksiyon ifa edeceği belirsizdir. İçeriğinden de anlaşılacağı üzere m.20'nin uyuşmazlıkların çözümüne dair bütün hususları kapsamadığı belirtilmelidir.



Diğer yandan, zararın tespiti, tazminatın ödenmesi ve paylaşılmasına dair özellikle hukuk mahkemelerince karar verildiği ve bu kararların icrası söz konusu olduğunda Denizcilik Müsteşarlığı'na zararın sorumlu taraflarca tazmini ve ücretlerin ödenmesi nasıl sağlanacak, bunun için hangi enstrümanlar kullanılacaktır? Müsteşarlık, zarar görenlerin kanuni temsilcisi konumunda mıdır? Böyle bir sıfatla onlar adına tazminatın elde edilmesi için yasal yollara müracaat edebilecek midir? Bu meselelerde tam bir belirsizlik hâkimdir. Kanun'un lafzı emredici karakterdedir. Tazminatın ve diğer ödemelerin yapılmasını Müsteşarlığın sağlayacağını amirdir. Ancak, çok sayıda belirsiz konular ve yorum sorunları sebebiyle Müsteşarlığın bu görevi yapabilmesi çok zordur. Zarar görenler, 1992 HSS ve 1992 FS'nin sağladığı imkânları kullanabilecek, gerektiğinde Fon'a karşı uzman mahkemelerde dava açabilecek ya da çoğu olaylarda gerçekleştiği şekilde Fon ile uzlaşmaya varabilecek iken Müsteşarlığa müracaat etmeyi tercih etmeyeceklerdir. Diğer yandan, bir kısım mağdurlar, 1992 Fonu'na müracaat etmekten vazgeçerek doğrudan Müsteşarlığa müracaat ederlerse bu durum özellikle zarar gören Türk vatandaşlarının aleyhinde bazı sonuçlara neden olabilir. Kanun'da tazminatın süratle ve kolaylıkla mağdurlarına ödenmesini sağlayacak etkin hukuki araçlar açıkça gösterilmemiştir. Olayların çoğunda hukuk mahkemelerinde dava açılacağı ve tazminat hükümlerinin takip konusu yapılacağı nazara alındığında Kanun m. 4 ve m. 11 ile Denizcilik Müsteşarlığı'na verilen yetkilerin pratikte bir anlamı kalmayabilir.

Müsteşarlık, genel idare içinde yer alan bir kurumdur ve görevleri 491 sayılı KHK'de gösterilmiştir. Mezkûr KHK çerçevesinde Müsteşarlık, politika üreten, denetleme yapan, yönlendiren ve kural koyan bir kurumdur. Zarar tespiti, tazminatın belirlenmesi ve ücretlerin ödenmesiyle bunların paylaşılması yetkileri ise niteliği itibarıyla, belli ölçüde adli yetkileri ihtiva etmektedir. 491 sayılı KHK görevlerine nazaran bu tür yetkilerin Müsteşarlığa verilmesi anayasal problemlere de yol açabilir. Ortaya çıkan zararların büyük bir kısmı özel hukuk

anlamında doğan zararlardır. Fertlerin uğradığı zararların tespit ve giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklar, ancak adli süreçte çözülür. Müsteşarlığın bu tür uyuşmazlıklarda bir anlamda taraf olması doğru değildir. Düzenlemeyle, Müsteşarlığın zarar görenlerin yerine geçmesi, onların kanuni temsilcisi gibi hareket etmesi öngörülmektedir. Oysa Müsteşarlığın adeta mahkeme, hakem, arabulucu veya icra dairesi gibi bir hukuki statüye sokulması, gerek kuvvetler ayrılığı prensibiyle, gerekse idari teşkilat düzenlemeleriyle çelişmektedir.

Düzenleme, 1992 HSS ve 1992 FS hükümlerine de aykırıdır. 1992 HSS, zararın tespiti, tazminatın paylaşılması, tahsili ve tazmini konularında Taraf Devlet idarelerine böyle bir yetki vermemiştir. Esasen, m.11 f.1, hukuki sorumluluk ve tazminata dair oluşturulan uluslararası rejimin genel esas ve felsefesine uygun düşmemektedir. Bilakis, 1992 HSS m.IX, her Taraf Devlet'in tazminat davalarını hükme bağlayabilmek için mahkemelerine gerekli yetkiyi sağlamalarını öngörmektedir. Oysa Kanun'da bu konuda hiçbir hüküm yoktur. Ayrıca, sorumluluk ve tazminat rejimi içinde 1992 FS m.4 gereği taleplerin 1992 Fonu'na yöneltilmesi gerekmektedir. Fon'a karşı dava açılması sonucu verilen hükümlerle alacağı sabit olanlara ya da alacaklılarla sağlanan uzlaşmaya göre belirlenen alacakların zarar görenlere ödenmesi, Fon tarafından yapılmaktadır. Bir başka deyişle, 1992 HSS sorumluluk limitlerinin üzerindeki alacaklar bakımından tazminatın muhatabı 1992 Fonu'dur. Hâl böyle iken ve Kanun kapsamındaki olayların büyük bir çoğunluğunda 1992 HSS ve 1992 FS uygulama imkânı bulacağından Fon'un yerine hatta Fon'un devreye girmesini gerektirmeyen durumlarda dahi devreye tazminat ödemelerinin muhatabı olarak Denizcilik Müsteşarlığı'nın sokulması isabetli değildir. Belirtilen Sözleşmeler'in kapsamına giren bir olayda Kanun m.10 ve 11'in uygulanmasında Müsteşarlık ile Fon İdaresinin karşı karşıya gelecek olması ihtimal dışı değildir.<sup>112</sup>

---

<sup>112</sup> Nitekim, IOPC Fon Sekreteriyasından Kaptan Patrick Joseph ve Uluslararası P&I Kulüpleri Birliği temsilcisi tarafından Kanun'daki zamanasımı süreleri ile 1992 HSS'deki zamanasımı sürelerinin farklılığı ve zarar görenlerin Fon veya P&I Kulübüne

Belirtilen sebeplerle tazminatın paylaşılmasına dair m.11 f.1 hükmü, tamamen gereksiz ve sorun yaratacak bir düzenlemedir. Denizcilik Müsteşarlığı'na bu şekilde zararın sorumlu tarafça tazmini, ücretlerin ödenmesini sağlama, sorumlu taraf veya garantörden talep ve tahsile ve zarar görenlere dağıtılmasına yönelik verilen olağanüstü yetkilerin haklı ve makul bir gerekçesi mevcut değildir.<sup>113</sup> Mezûr madde, pratikte ciddi yorum ve uygulama sorunlarına yol açacaktır.

### C. Zamanaşımı

Zamanaşımı başlıklı m.12, *“Bu Kanun kapsamındaki olaylar nedeniyle tazminat taleplerinde zamanaşımı süresi, diğer kanunlarda daha uzun bir süre öngörülmedikçe, zararın öğrenildiği ve sorumlu tarafın tespit edildiği tarihten itibaren beş yıl, her halde olayın meydana geldiği tarihten veya olay, olaylar zincirinden meydana geliyorsa son olayın meydana geldiği tarihten itibaren on yıldır. Zamanaşımı süresine ilişkin olarak Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşme hükümleri saklıdır.”* hükmü yer almaktadır. Görüldüğü üzere Kanun, beş ve on yıllık zamanaşımı sürelerini esas almıştır.

Oysa, 1992 HSS m.VIII ve 1992 FS m.6 hükmüne göre zararın meydana gelmesinden itibaren üç yıl ve her halde zarara sebep olan hadise tarihinden itibaren altı yıl içinde dava açılmadığı takdirde tazminat hakları düşmektedir. Bu süreler, aslında zamanaşımı süreleri değil, hak düşürücü sürelerdir. Kanun m.12'de yer alan zamanaşımı süreleri ile 1992 HSS ve

---

başvurmadan doğrudan Denizcilik Müsteşarlığına başvurabileceklerine dair hükümlere yönelik endişeler Londra Büyükelçiliği kanalıyla Türk Hükümeti'ne intikal ettirilmiştir.

<sup>113</sup> Kanun'un gerekçesinin yanı sıra TBMM Komisyon ve Genel Kurul Tutanaklarında bu konuda bir açıklığa rastlanılamamıştır. Bkz. TBMM Tutanak Müdürlüğü, Çevre Komisyonu, Birinci Oturum, Giriş: 10.30, 3/11/2004 ve 8/12/2004 tarihli tutanaklar; TBMM Tutanak Dergisi, Dönem: 22, C. 76, Yasama Yılı: 3, 66. Birleşim, 3/3/2005 Perşembe, s. 1-49 (<http://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem22/yil3/bas/b066m.htm>); Deniz Çevresinin Petrol ve Diğer Zararlı Maddelerle Kirlenmesinde Acil Durumlarda Müdahale ve Zararların Tazmini Esaslarına Dair Kanun Tasarısı ve Çevre Komisyon Raporu (1/876), Dönem: 22, Yasama Yılı: 718, TBMM Sıra Sayısı: 718 (<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss718m.htm>).

1992 FS'ndeki süreler birbirinden farklıdır. Kuşkusuz zarar görenler için Kanun'daki beş ve on yıllık süreler daha lehtedir. Kanun, zamanaşımı konusunda Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşme hükümlerini saklı tutmuş ise de bu hüküm, uygulamada bazı sorunların çıkmasına engel değildir. Normlar hiyerarşisi bakımından bir olaya öncelikle ilgili uluslararası sözleşme hükümlerinin uygulanması gerekir. 1982 Anayasası m.90'a göre usulüne uygun onaylanan antlaşmalar kanun hükmündedir ve temel haklara ilişkin uyuşmazlıklarda uluslararası andlaşma hükümleri öncelikli olarak uygulanır. Saklı tutma hükmüyle birlikte değerlendirildiğinde petrol kirliliği hadiselerinde üç ve altı yıllık sürelerin geçerli olması gerekir. Ancak, aynı hadisede zarar görenler için daha lehte olan beş ve on yıllık zamanaşımı sürelerinin geçerli olduğu ve uygulanacağı yönünde tereddüt yaşanabilir. Zira, temel haklara ilişkin uyuşmazlıklarda kanunların uluslararası düzenlemelerden daha lehte olması hâlinde kanun hükümlerinin esas alınması gerekir. Zamanaşımı süresi, temel haklardan olan dava açma hakkıyla doğrudan bağlantılı olduğundan beş ve on yıllık sürelerin uygulanması gerektiği savunulabilir.<sup>114</sup> Ancak, Kanun hükümlerine paralel şekilde beş ve on yıllık zamanaşımı süreleri uygulandığında, bu uygulama 1992 HSS ve 1992 FS'leriyle oluşturulan uluslararası tazminat ve sorumluluk sistemine açıkça aykırı olacağından Türkiye'nin uluslararası camiadaki konumunu olumsuz etkileyecektir. Böyle bir uygulama, uluslararası sözleşmeler hukuku meselesini doğuracaktır.

## SONUÇ

Kanun'un asıl hareket noktası, deniz çevresinin petrol ve diğer zararlı maddelerle kirlenmesi hadiselerinde acil durumlarda kirlenmenin önlenmesi, kirlenme tehlikesinin ortadan kaldırılması ve kirliliğin en aza indirilmesi amacıyla yapılacak müdahale ve hazırlıklı olmaya dair usul ve esasların düzenlenmesidir. Ancak Kanun, isabetsiz biçimde acil müdahale ve hazırlıklı olmanın yanı sıra kirlenmeye bağlı hukuki sorumluluk ve tazminat esaslarını da düzenlemeyi amaçlamıştır. Petrol ve diğer zararlı

---

<sup>114</sup> *Abdullahzade*, Son Gelişmeler, s. 709.

maddelerle deniz çevresinin kirlenmesinde acil müdahale ve hazırlıklı olunmaya dair usul ve esasların belirlenmesi, OPRC 1990 Sözleşmesi hükümleri çerçevesinde bir ihtiyaç ve gerekliliktir. Ne var ki, acil müdahale kavramıyla kirlenmeye bağlı hukuki sorumluluk ve tazminat esasları, birbirlerinden çok farklı kavramlardır. Dolayısıyla, her iki konunun bir arada düzenlenmesi gerekliliği yoktur. Nitekim, Kanun'da bu iki konu arasındaki ilişki ve uyumun mevcut olmadığı görülmektedir. Muhtemelen 1992 HSS ve 1992 FS'lerine Türkiye'nin taraf olmasından önceki dönem bakımından bir dereceye kadar acil müdahale ve hukuki sorumluluk meselelerinin bir kanunda düzenlenmesi makul görülebilirdi.

Diğer yandan, Kanun'un hukuki sorumluluk ve tazminata ilişkin çoğu hükümleri, uluslararası hukukla uyumlu değildir. Özellikle 1992 HSS ve 1992 FS hükümlerine aykırı çok sayıda hüküm mevcuttur. Kanun, bu Sözleşmeler'le oluşturulan uluslararası hukuki sorumluluk ve tazmin rejimine aykırı uygulamalarla Türkiye'nin Uluslararası Deniz Hukuku düzenlemelerine entegre olmasının önünde bir engel teşkil etmektedir.

Kanun, çok sayıda belirsiz hükümleri ihtiva etmekte olup uygulama alanıyla birlikte değerlendirildiğinde uygulayıcı konumundaki makamlar, özellikle mahkemeler için ciddi yorum sorunlarını beraberinde getirecek ve adeta bir kaos yaratacaktır. Keza, Kanun, bir uygulama kanunu olmadığı gibi müstakil ve kendine özgü bir hukuki sorumluluk sistemi oluşturmadığından bir hadiseye hangi normun uygulanacağı hususunda tereddütler yaşanması kaçınılmazdır.

Üzerinde konunun uzmanlarınca yeterince çalışılmadan ve olgunlaştırılmadan hazırlanan, sistematığı bozuk ve çok sayıda belirsiz hükümlere sahip Kanun'un bir an evvel revize edilmesi için gerekli çalışmalara başlanmalıdır. Bu çalışmada, Kanun'un kapsamının "acil durumlarda müdahale" ile sınırlı tutulmasına özen gösterilmeli, denizlerin gemiler tarafından kirletilmesi dolayısıyla hukuki sorumluluk ve tazminata dair hükümler Kanun'dan çıkarılmalıdır. Böylece, Kanun,

hazırlık çalışmalarının başlangıcında olduğu gibi tamamen kirlenmeye bağlı acil müdahale üzerine odaklanmalıdır.

## **KISALTMALAR**

ab. :Alt bent

ABD :Amerika Birleşik Devletleri

AÜHFD: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

b. :Bent

B. :Bası

B. C. Env. Aff. L. Rev :Boston College Environmental Affairs Law Review

BK :Borçlar Kanunu

Bkz. :Bakınız.

c. :Cümle

C. :Cilt

ÇK :Çevre Kanunu

dp. :Dipnot

E. :Esas

f. :Fıkra

HD: Hukuk Dairesi

HNS: Hazardous and Noxious Substances (Tehlikeli ve Zararlı Maddeler)

HNS Fonu: 1996 Tehlikeli ve Zararlı Maddelerin Deniz Yoluyla Taşınmasına İlişkin Zararlardan Sorumluluk ve Tazminata Dair Milletlerarası Sözleşme gereğince kurulan Fon.

IMO: International Maritime Organization (Uluslararası Denizcilik Örgütü)

IOPC: International Oil Pollution Compensation (Uluslararası Petrol Kirliliği Tazmin Fonu)

J. Mar. L. & Com.:Journal of Maritime Law and Commerce

K.:Karar

KHK: Kanun Hükmünde Kararname

m.:Madde

MARPOL 73/78: 1978 Protokolü ile Değişik 1973 tarihli Denizlerin Gemiler Tarafından Kirlenmesinin Önlenmesine Ait Uluslararası Sözleşme

No.: Numara

OPA 90: Oil Pollution Act, 1990

OPRC 1990: Petrol Kirliliğine Karşı Hazırlıklı Olma, Müdahale ve İşbirliği İle İlgili Uluslararası Sözleşme, 1990

P & I: Protection and Indemnity

s.: Sayfa

S.: Sayı

SDR: Special Drawing Right (Özel Çekme Hakkı)

T.: Tarih

TBMM : Türkiye Büyük Millet Meclisi

TCMB : Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası

TTK: Türk Ticaret Kanunu

U.S.F. Mar. L. J. : University of San Francisco Maritime Law Journal

UNCLOS: The United Nations Convention on the Law of Sea

USD: United States dollar

vd.: ve devamı

Vol.: Volume

Y.: Yıl

YD: Yargıtay Dergisi

1969 HSS: Petrol Kirliliğinden Doğan Zararın Hukuki Sorumluluğu İle İlgili Uluslararası Sözleşme, 1969

1971 FS: Petrol Kirliliği Zararının Tazmini İçin Bir Uluslararası Fonun Kurulması İle İlgili Uluslararası Sözleşme, 1971

1976 Sözleşmesi: Deniz Alacaklarına Karşı Mesuliyetin Sınırlandırılması Hakkında Milletlerarası Sözleşme, 1976

1992 Fonu: 1992 Petrol Kirliliği Zararının Tazmini İçin Bir Uluslararası Fonun Kurulması İle İlgili Uluslararası Sözleşme gereğince kurulan Fon.

1992 FS: Petrol Kirliliği Zararının Tazmini İçin Bir Uluslararası Fonun Kurulması İle İlgili Uluslararası Sözleşme, 1992.

1992 HSS: Petrol Kirliliğinden Doğan Zararın Hukuki Sorumluluğu İle İlgili Uluslararası Sözleşme, 1992.



1996 HNS Sözleşmesi : Tehlikeli ve Zararlı Maddelerin Deniz Yoluyla Taşınmasına İlişkin Zararlardan Sorumluluk ve Tazminata Dair Milletlerarası Sözleşme, 1996

2001 Bunker Sözleşmesi: Bunker Kirliliği Zararlarından Hukuki Sorumluluğa Dair Milletlerarası Sözleşme, 2001

## KAYNAKÇA

A – Kitap ve Makaleler

**Abdullayev, C.:** Uluslararası Hukuk Açısından Gemilerden Kaynaklanan Petrol Kirliliği (Yetki – Sorumluluk – Zararın Tazmini), Ankara 2005, s. 276.

**Abdullahzade, C.:** Gemilerden Kaynaklanan Petrol Kirliliği: Türk Hukukundaki Son Gelişmelerin Değerlendirilmesi, AÜHFD 2009, C. 58, S. 4, s. 693 vd. (Anılış: Son Gelişmeler).

**Algantürk, S. D.:** Deniz Sigorta Hukukunda Kulüp Sigortası (Protection and Indemnity Insurance, P&I), İstanbul 2002.

**Atamer, K.:** Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Deniz Hukukunda Cebrî İcra, İstanbul 2006.

**Atamer, K.:** “1976 Sınırlı Sorumluluk ve 1992 Petrol Kirliliği Sözleşmelerinin Tatbikatı”na Dair Yasal Düzenleme Taslağı ve Gerekçesi, Ünal Tekinalp’e Armağan, Bilgi Toplumunda Hukuk, C. I, İstanbul 2003, s. 849 vd.

**Chao, W.:** Pollution from the Carriage of Oil by Sea: Liability and Compensation, London 1996. (Anılış: Pollution).

**Chau, W.:** Liability and Compensation for Bunker Pollution, J. Mar. L. & Com. October 2002, Vol. 33, No.:5, s. 553 vd.

**Çağa, T. – Kender, R.:** Deniz Ticareti Hukuku C.I, B.12, İstanbul 2002.

**Çörtoğlu, S.:** Çevrenin Kirletilmesinden Doğan Sorumlulukla Taşınmaz Mülkiyetinin Aşkın Kullanılmasından Doğan Sorumluluğun Karşılaştırılması, YD Ocak-Nisan 1986, C.12, S. 1-2, s. 77 vd.

**De La Rue, C. – Anderson, C. B.:** Shipping and The Environment, Law and Practice, London 1998.

**Duncan, M.:** The Oil Pollution Act of 1990's Effect on the Shipowners Limitation of Liability Act, U. S. F. Mar. L. J. 1992-1993, Vol. 5, No.: 2, s. 303 vd.

**Ertaş, Ş.:** Çevre Hukuku, İzmir 1997.

**Gauci, G.:** Oil Pollution At Sea: Civil Liability and Compensation for Damage, England, 1997.

**Günay, B.:** The US and International Compensation Regimes for Vessel Source Oil Pollution: A Comparative Study, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara 2003, s. 391 vd.

**Güner-Özbek, M.:** The Carriage of Dangerous Goods by Sea, Hamburg Studies on Maritime Affairs, Springer – Verlag Berlin Heidelberg 2008.

**Gürsoy, K. T.:** Dava Hakkının Telahuku, AÜHFD 1974, C. XXXI, S. 1-4, s. 149 vd.

**Helvacı, İ.:** Çevre Kirletilmesinden Doğan Zararlardan Hukuki Sorumluluk, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1989.

**Homan, A. – Steiner, T.:** OPA 90's Impact at Reducing Oil Spills, Marine Policy, July 2008, Vol. 32, Issue 4, s. 711 vd.

**İlgin, C.:** Bunker Konvansiyonu ve Konvansiyon'un Türkiye Açısından Değerlendirilmesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2003.

**Jacobsen, D. – Yellen, J.:** Oil Pollution: The 1984 London Protocols and the AMOCO CADIZ, J. Mar. L. & Com. October 1984, Vol. 15, No.4, s. 467 vd.

**Jacobsson, M.:** The International Conventions on Liability and Compensation for Oil Pollution Damage and The Activities of The International Oil Pollution Compensation Fund, Liability for Damage to The Marine Environment, London 1993.

Kara, H.: Uluslararası Sözleşmeler ve Türk Hukuku'na Göre Gemilerin Sebep Olduğu Deniz Kirliliği Zararlarından Hukuki Sorumluluk, İstanbul 2005.

**Karahasan, M. R.:** Sorumluluk Hukuku, Kusura Dayanan Sözleşme Dışı Sorumluluk, I. Kitap, İstanbul 1995.

**Karan, H.:** The Process of Revising Liability Limits Under International Maritime Conventions, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara 2003, s. 429 vd.

**Kender, R.:** Uluslararası Deniz Hukukunda Kirlenme Zararlarından Doğan Sorumluluk İçin Mecburi Sigorta, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, S. 2, Y. 2, 1982, s. 14 vd. (Anılış: Mecburi Sigorta).

**Kender, R. – Ünan, S. – Aybay, G. – İlgin, S. – Teoman, O. – Ersoy, E.:** Çevre Mevzuatı Açısından Gemilerin Durumu, Deniz Ticaret Odası, Ekim 1990, s. 1 vd.

**Kim, I.:** Ten Years After the Enactment of the Oil Pollution Act of 1990: A Success or a Failure, Marine Policy, May 2002, Vol. 26, Issue 3, s. 197 vd.

**Kuru, B.:** Hukuk Muhakemeleri Usulü, B.6, C.II, İstanbul 2001.

**Ling, Z.:** Compulsory Insurance and Compensation for Bunker Oil Pollution Damage, Springer 2007.

**Oğuzman, K. – Öz, T.:** Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 2000.

**Omağ, M.:** Otomobil Mesuliyet Sigortalarında Zarar Gören Üçüncü Şahsın Sigortacıya Karşı Doğrudan Doğruya Dava Hakkı, İstanbul İktisadi ve Ticari İlimler Dergisi 1973, S. 1, s. 200 vd.

**Özçayır, Z. O.:** Liability for Oil Pollution and Collisions, London – Hong Kong 1998.

**Özçayır, Z. O.:** Limitation of Liability Problems of Oil Pollution, <[http://www.turkishpilots.org/DOCUMENTS/oya\\_ozcayirliability.htm](http://www.turkishpilots.org/DOCUMENTS/oya_ozcayirliability.htm)>.

**Özman, A.:** Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi, İstanbul 1984.

**Özman, A.:** Deniz Hukuku I (Kaynaklar-Kişiler-Nesneler-Ulusal Deniz Alanları), Ankara 2006.

**Sav, Ö.:** Akdeniz Deniz Çevresinin Korunması ve Bölgesel Bir Düzenleme Örneği, Ankara 2001.

**Stephen, J.:** The Oil Pollution Act's Criminal Penalties: On a Collision Course with the Law of the Sea, B. C. Env. Aff. L. Rev., Fall 93, Vol. 21, Issue 1, s. 89 vd.

**Swanson, S.:** OPA 90 + 10: The Oil Pollution Act of 1990 After Ten Years, J. Mar. L. & Com. January 2001, Vol. 32, No.: 1, s. 135 vd.

**Tandoğan, H.:** 2872 Sayılı Çevre Kanununa Göre Çevrenin Kirletilmesinden Doğan Sorumluluk, YD Ocak-Nisan 1986, C. 12, S. 1-2, s. 31 vd.

**Tekil, F.:** Deniz Hukuku, Uluslararası Konvansiyonlar, İstanbul 1987. (Anılış: Uluslararası Konvansiyonlar).

**Tekil, F.:** Deniz Hukuku, B.5, İstanbul 1998.

**Tütüncü, A.:** Gemi Kaynaklı Deniz Kirlenmesinin Önlenmesi, Azaltılması ve Kontrol Altına Alınmasında Devletin Yetkisi, Yenilenmiş B.3, İstanbul 2004.

**Ulusan, İ.:** Çevre Kirlenmesinden Doğan Sorumlulukta Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi, YD Ocak-Nisan 1986, C. 12, , S. 1-2, s. 57 vd.

**Ünan, S.:** Gemilerden Sızan veya Bırakılan Hidrokarbonların Yol Açtığı Zararlardan Hukuki Sorumluluk, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 1986.

**Yavuz, C.:** Türk Hukukunda Çevre Kirlenmelerin Hukuki Sorumluluğu, Hukuk Araştırmaları, C.V, S. 1-3, s. 35 vd.

## **B – Rapor, Tutanak ve İnternet Kaynakları**

TBMM Tutanak Dergisi: Dönem: 22, C. 76, Yasama Yılı: 3, 66. Birleşim, 3/3/2005 Perşembe, s. 1-49  
(<http://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem22/yil3/bas/b066m.htm>).

TBMM Tutanak Müdürlüğü: Çevre Komisyonu, Birinci Oturum, Giriş: 10.30, T. 3.11.2004.

The 1992 Fund Secretariat: The International Oil Pollution Compensation Fund 1992, Explanatory Note, August 2002.

LEG/CONF. 6/66, May 25, 1984.

LEG/CONF. 6/67, May 25, 1984.

LEG/CONF.10/DC.2, May 2, 1996.

LEG/CONF.10/DC.3, May 2, 1996.

LEG/CONF. 12/19, March 27, 2001.

LEG/CONF. 17/10, May 4, 2010.

LEG 82/12, November 6, 2000, Annex 2 Resolution Leg.1 (82).

LEG 82/12, November 6, 2000, Annex 3 Resolution Leg.2 (82).

92FUND/A. 6/4/1, September 14, 2001.

92FUND/EXC.6/5, February 15, 2000.

<<http://www.imo.org/About/Conventions/StatusOfConventions/Documents/Status%20-%202010.pdf>>  
<[www.Kazanci.com.tr/khoz/belediye/files/3hd-1997-458.htm](http://www.Kazanci.com.tr/khoz/belediye/files/3hd-1997-458.htm)>

<<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss718m.htm>>

<<http://www.imo.org/About/Conventions/StatusOfConventions/Pages/Default.aspx>>

## BAĞIMSIZ İDARİ OTORİTELER

Önder PERÇİN\*

### ÖZET

Dünya çapında genel kabul görmüş bulunan bağımsız idari otoritelerin ortaya çıkışı regülasyon kavramı ile ilişkilendirilmektedir. Tarihsel açıdan ilk örnekleri 1887 yılına tarihlenen bu kurumların dünya genelinde yaygınlaşmaları ise 1990'lı yılların ortalarını bulmuştur. Türkiye'de de dünya konjonktürüne uygun şekilde 1990'lı yılların son döneminde yaygınlaşan bu kurumlar çeşitli tartışmalara konu olmuştur. Bu tartışmalar içinde söz konusu kurumları ifade etmek için kullanılması gereken terimin ne olması gerektiği hususu da önem arz etmektedir. Ancak, 5018 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesiyle birlikte terim konusunda belirli bir uygulama birliği sağlanmış gibi görünmektedir. Nihayet bu kurumlar Türk idari teşkilatı ve hukukunda da yerleşik müesseseler olarak kabul görmüş bulunmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Bağımsız idari otoriteler, düzenleyici ve denetleyici kurumlar, regülasyon.

### *INDEPENDENT REGULATORY AUTHORITIES*

### ABSTRACT

The emergence of independent regulatory authorities, worldwide accepted institutions, regarded within the concept of regulation.

---

\* Avukat, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu Bankacılık Uzmanı.

Proliferation of these institutions began at the middle of 1990's whereas the first models are dated to 1887. These institutions, proliferated at the late 1990's in Turkey as a part of global conjuncture, fostered many debates. Terminology takes an important part among these debates; however, by the Act No. 5018 a unity seems appeared in practice. Consequently, today, these institutions represent settled organizations of Turkish administration and law.

**Keywords:** Independent regulatory authorities, regulatory institutions, regulation

## GİRİŞ

Devlet, erkler ayrılığı, insan hakları, temel hak ve özgürlükler, bireyin mutluluğu, anayasa ve benzeri değer taşıyan kavram ve müesseselerin hepsi, toplumsal yaşamın başlamasından itibaren var olan, genel anlamda yönetenler ve yönetilenler arasındaki mücadeleye ilişkin evrensel sürecin ürünüdür. Bu süreç günümüzde de tüm hızıyla, hatta geçmişte hiç ulaşmadığı bir hızda, devam etmekte, kimi zaman yeni kavram ve müesseseler oluşturmakta kimi zaman ise var olanları değiştirmektedir<sup>1</sup>.

Söz konusu sürecin, günümüzde ortaya çıkardığı kavramlardan birisi de “regülasyon”dur. Regülasyon, siyasi iktidarın tarihsel açıdan ilk görünüş şekli olan mutlak monarşi ya da oligarşi şeklinde tek elde toplanmasından<sup>2</sup>; siyasi iktidarın erklerle ayrılarak birbirini dengelediği demokrasiye kadar olan süreçte yeni bir aşama gibi algılanmaktadır. Bu çerçevede, *“regülasyon; yasama, yürütme ve yargı erklerinin birbirlerini dengelemesini öngören sistemin de ötesine geçerek, siyasi iktidarı yürütme erkinin içinde de ayrıca sınırlamayı öngörmektedir. Bu bağlamda, regülasyonun, 19. yüzyıldan beri gelişmekte olan süreçte*

---

<sup>1</sup> Önder Perçin, “BDDK ve TMSF'nin Bağımsız İdari Otoriteler Ekseninde İncelenmesi”, BDDK Uzmanlık Tezi, BDDK Kütüphanesi, Tez/BDDK/UT-75/2004, 2004, Ankara, s. 1.

<sup>2</sup> Bertrand Russell, *İktidar*, Cem Yayınevi, İstanbul, 1990, s.17, 52.



*liberalizm, sosyalizm, sosyal demokrasi, neoliberalizm zincirinin son halkası olan regüle edilmiş liberalizm temeline oturduğu ifade edilmektedir.”<sup>3</sup> Diğer taraftan regülasyon işlevsel olarak, “Çağdaş ve demokratik hükümetlerin temel hedefleri,” olan “...halkın ekonomik ve sosyal refahını yükseltmek amacıyla, makroekonomik istikrarı sağlamak, yüksek istihdam düzeyine ulaşma, eğitim ve öğretim düzeyini yükseltmek, fırsat eşitliğini sağlamak, yeniliği ve girişimciliği desteklemek, çevre, sağlık ve sosyal güvenlik alanlarında yüksek kalite standartlarına erişmek için politikalar geliştirmek...” şeklindeki kamusal politika amaçlarına ulaşmada önemli araçlardan biri olarak nitelendirilmektedir<sup>4</sup>.*

“Regülasyon”un uygulamaya geçirilmesi ise, genel olarak, hukukçuların bağımsız idari otorite, kamu yönetimcilerin ise üst kurul olarak adlandırmayı tercih ettiği<sup>5</sup> kurumlar vasıtasıyla olmaktadır. Bu kurumlara ilişkin ülke uygulamaları farklı yapıda olmakla birlikte, belli başlı ortak özellikler taşımaktadır. Ülke uygulamalarında ortaya çıkış zamanları ve nedenleri farklıklar gösterebilmekle birlikte, bir kurumun, bağımsız idari otorite ya da üst kurul olup olmadığına ilişkin kıstaslar belirlenebilmiştir<sup>6</sup>.

Bu çerçevede bağımsız idari otoriteleri genel olarak incelemeyi amaçlayan bu çalışmada öncelikle bağımsız idari otorite terimine ilişkin görüşlere yer verilecek ardından kavramsal açıklama amacıyla bağımsız idari otoritelerin ortaya çıkış nedenlerine ve tarihsel gelişimine kısaca değinilecektir.

<sup>3</sup> Ali Ulusoy, Bağımsız İdari Otoriteler, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, s. 29.

<sup>4</sup> OECD, Türkiye’de Düzenleyici Reformlar: Ekonomik İyileşme İçin Önemli Destek, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 2002’den atıf: M. Tamer Müftüoğlu, H. Baha Karabudak, İktisadi Politikalar Bağlamında Hukuki Düzenleme (Regülasyon) Üzerine Düşünceler, *Rekabet Dergisi*, S. 11, Temmuz – Ağustos – Eylül 2002, s. 3.

<sup>5</sup> Bu kurumların adlandırılmalarına ilişkin ayrıntılı açıklama aşağıda “Bağımsız İdari Otorite Terimi” başlığı altında yer almaktadır.

<sup>6</sup> Ö. Perçin, 2004, s. 15 vd.

## 1. Bağımsız İdari Otorite Terimi

“Amerikan Hukukunda, genel olarak “Bağımsız Düzenleyici Birimler” (IRA - Independent Regulatory Agencies) olarak adlandırılan bu kurumlar, İngiliz Hukukunda “Yarı Özerk Hükümet Dışı Örgütler” (QUANGOS - Quasi Autonomous Non Governmental Organization), Fransız Hukukunda “Bağımsız İdari Otoriteler” (AAI - Autorites Administratives Independentes) olarak isimlendirilmektedir. Amerika Birleşik Devletleri’nde bankacılık alanında faaliyet gösteren bağımsız idari otoriteler ise, “Supervisory Authority” olarak adlandırılmaktadır. İsveç’te “ämbetsverk” ve Hollanda’da “zelfstandige bestuursorganen” bağımsız idari otorite olarak değerlendirilmektedir”<sup>7</sup>. Bağımsız idari otorite terimi ilk olarak 1978 tarihinde Fransa’da yasa koyucu tarafından “Bilişim ve Özgürlükler Ulusal Komisyonu” (Comission National de l’Informatique et des Libertés- CNL) için kullanılmıştır<sup>8</sup>.

Türkiye’de ise bu kavramı doğrudan ifade etmek için kullanılan, genel kabul görmüş sabit bir terim bulunmamaktadır. Pozitif hukukta, yargı kararlarında ve doktrinde bir terim birliği sağlanamamıştır.

Pozitif hukuk açısından değerlendirildiğinde, bağımsız idari otorite niteliğini haiz kurum ve kuruluşları da kapsama almak amacıyla hazırlanan bazı düzenlemelerde, doğrudan tek bir terim kullanılmamakla birlikte, bu otoriteleri tanımlayan bazı ifadeler bulunduğu tespit edilmektedir. Bu ifadelerde söz konusu otoriteler;

- “özel kanunlarla kamu tüzel kişiliğini haiz olarak kurul, üst kurul, kurum, enstitü, teşebbüs, teşekkül, fon ve sair adlarla kurulmuş olan bütün kamu kurum ve kuruluşları”<sup>9</sup>,

---

<sup>7</sup> M. Zahid Sobacı, “Türk İdari Teşkilatındaki “Adalar”: Bağımsız İdari Otoriteler”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2006, C.55, Sayı 2, s. 160.

<sup>8</sup> Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006a, s. 310.

<sup>9</sup> “631 Sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Mali ve Sosyal Haklarında Düzenlemeler İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik

- “*özel kanunlarla kurulmuş kamu tüzel kişiliğini, idari ve mali özerkliği haiz düzenleyici ve denetleyici kurumlar*”<sup>10</sup>,
- “*özel kanunlarla kurulmuş kamu tüzel kişiliğini ve idari ve mali özerkliği haiz kurul, üst kurul ve bunlara bağlı kurumlar*”<sup>11</sup>,
- “*Düzenleyici ve denetleyici kurumlar*”<sup>12</sup>

olarak geçmektedir<sup>13</sup>.

Terim meselesi, Türk pozitif hukukunda ikincil kaynak olan yargı kararları açısından incelendiğinde görülmektedir ki, yargı mercileri de önlere gelen olaylarda bağımsız idari otoriteler için sabit bir terim kullanma imkânına sahip olmuşken bundan kaçınarak, Türk İdari Yargılama Usulü Hukukundaki teamülün devamı olarak “davalı idare” terimini kullanmayı tercih etmişlerdir<sup>14</sup>.

Doktrinde ise tam anlamıyla bir terim birliği sağlanmış değildir. “*Bağımsız Düzenleyici Kurumlar*”<sup>15</sup>, “*Bağımsız İdari Kurumlar*”<sup>16</sup> ve

---

Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname” (Resmi Gazete 13.07.2001, 1. Mükerrer 24461)

<sup>10</sup> 2002 Yılı Programı İle 2002 yılı Programının Uygulanması, Koordinasyonu ve İzlenmesine Dair Bakanlar Kurulu Kararı, m 13 ve 27/k. (Resmi Gazete 17.09.2001, 2. Mükerrer 24556 )

<sup>11</sup> “4743 Sayılı Mali Sektöre Olan Borçların Yeniden Yapılandırılması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” (Resmi Gazete 24.04.2003, 25088)

<sup>12</sup> “5018 Sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu” (Resmi Gazete 24.12.2003, 25326)

<sup>13</sup> Ö. Perçin, 2004, s. 5.

<sup>14</sup> A. Ulusoy, 2003, s. 52.

<sup>15</sup> TÜSİAD, Bağımsız Düzenleyici Kurumlar ve Türkiye Uygulaması, Tüsiad Yayınları, Ankara, 2002a, s. 150 vd.

<sup>16</sup> Metin Günday, İdare Hukuku, İmaj Yayınları, Ankara, 2003, s. 490 vd.

“Bağımsız İdari Otoriteler”<sup>17</sup> doktrinde kullanılan terimlerdenidir. Kamu yönetimi alanında kullanılan terimler ise “Üst Kurul”<sup>18</sup>, “Düzenleyici Kurul”<sup>19</sup> ya da “Bağımsız Düzenleyici Kurul”<sup>20</sup> şeklinde olmaktadır.

Pozitif hukuk normlarında, yargı kararlarında ve doktrinde kullanılan terimler incelendiğinde; bu çalışmada bağımsız idari otorite olarak adlandırılan kavramın ifade edilmesi için, her alanda farklı özelliklerini vurgulayan nitelikte bir terim tercih edildiği görülmektedir:

- Pozitif hukuk normlarında -ki bu normların bir kısmı yasama organı bir kısmı ise yürütme organından hâsıl olmaktadır - tercih edilen terim, bağımsız idari otoritelerin kurum - “kamu kurumu”- olma sıfatlarını ön plana çıkartır niteliktedir.
- Yargı kararlarında ise bağımsız idari otoritelerin “idare” olma - yani idari teşkilat içinde yer alma - niteliklerini vurgulayan bir terim tercih edilmiştir.
- Hukuk doktrininde tercih edilen terimlerde, bağımsız idari otoritelerin bağımsızlık unsuru; kamu yönetimi doktrininde ise yürütme içindeki “sıra dışı” konumları vurgulanmaktadır.

Bu tespit, erkler ayrımı bağlamında değerlendirilecek olursa; yasama ve yürütme erklerinin, bağımsız idari otoriteleri kamu kurumu olarak değerlendirdiği, yargının ise bağımsız idari otoriteleri, bütünsel anlamda idareden ayırt etmediği sonucuna ulaşılmaktadır.

---

17 Bkz.: A. Ulusoy, 2003; E. Ethem Atay, “Fransız İdare Hukukunda Bağımsız İdari Otoriteler(BİO’lar): Rekabet Konseyi”, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Mart, 2000a.

18 Bkz.: Sonay Bayramoğlu, Yönetişim Zihniyeti, İletişim Yayınları, İstanbul, 2005; Birgül Ayman Güler, Yeni Sağ ve Devletin Değişimi, İmge Kitabevi, Ankara, 2005, s. 135 vd.

19 Bkz.: Seriyeye Sezen, Türk Kamu Yönetiminde Kurullar Geleneksel Yapılanmadan Kopuş, TODAİE Yayınları, Ankara, 2003s 111 vd.

20 Bkz.: Turgay Ergun, Kamu Yönetimi, TODAİE Yayınları, Ankara, 2004, s.324, s. 471, s.481; Tekin Avaner, “Türkiye’de Uluslararası Alana Yeni Bir Eklemlenme Yolu: Bağımsız Düzenleyici Kurumlar”, Memleket Siyaset Yönetim, S. 2, 2006, s. 111 – 135.

Diğer taraftan, yasama ile yürütmenin terim tercihinin aynı olması parlamenter sistemin bir sonucu olarak görülmektedir. Zira her ne kadar teorik anlamda, yasama ile yürütme ayrı erkler olsa da, parlamenter sistem gereği yürütmenin “sıklıkla” yasama içerisinden çıkması<sup>21</sup> ve uygulamada yasama sürecine konu olan norm metinlerinin taslaklarının yürütme ajanları tarafından hazırlanması nedenleriyle, yasama ve yürütmenin pozitif hukuk normlarında aynı tercihleri yansıttığı görülmektedir. Bu çerçevede, bağımsız idari otoritelerin hukuk sistemimizde ağırlığını hissettirdiği 57. koalisyon hükümeti ve ardından 58. ve 59. tek parti hükümetleri döneminde, gerek yasama organından gerek yürütme organından hâsıl olan pozitif hukuk normlarında bağımsız idari otoritelere yaklaşım paralel olmuş ve bu kurumların – ayrı kamu tüzel kişilikleri, idari ve mali bağımsızlıkları olsa da – kamu kurumu olmaları vurgulanmıştır<sup>22</sup>.

Yargı kararlarında ise, “*Danıştay tarafından henüz benimsenmemiş olsa da, uygulamaya yerleşmesi ile birlikte, bağımsız idari otorite teriminin zamanla kabul edileceği*”<sup>23</sup> öngörülmüş ancak, bu öngörünün ortaya çıktığı zamandan bu yana geçen sürede bağımsız idari otoriteler hakkında verilen yargı kararları incelendiğinde, yargı kararlarındaki terim tercihinin öngörü doğrultusunda gelişmediği tespit edilmiştir<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> Matthew Soberg Shugart, John M. Carey, *Presidents and Assemblies, Constitutional Design and Electoral Dynamics*, Cambridge University Press, Cambridge, 1992, s. 61., nakleden Bülent Yücel, “Yarı-Başkanlık Sisteminin Hükümet Modeli Üzerine Karşılaştırmalı Bir Çalışma: Fransa Modeli ve Komünizm Sonrası Polonya”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 2003, C. 52, S.4, s. 338.

<sup>22</sup> Ö. Perçin, 2004, s. 6.

<sup>23</sup> A. Ulusoy, 2003, s. 52-53.

<sup>24</sup> Konuya ilişkin olarak Kazancı İçtihat ve Mevzuat Arama Motoru vasıtasıyla Danıştay Kararları arasında 2011 yılının Nisan ayı içerisinde tarama yapılmış, tarama neticesinde içinde “bağımsız idari otorite” teriminin kullanıldığı 3 adet karar bulunmuştur. Söz konusu kararlar Danıştay 5. Dairesinin 07.11.2008 tarih, 2006/532 E., 2008/5466 K. sayılı kararı, Danıştay 13. Dairesinin 09.03.2007 tarih, 2006/1511 E., 2007/1189 K. sayılı kararı ile Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulunun 15.06.2006 tarih ve 2005/1846 E., 2006/746 K. sayılı kararlarıdır.

Bağımsız idari otoritelere ilişkin terimin ülkemizde kullanımı yukarıda açıklandığı şekilde tezahür etmektedir. Bu çalışmada ise “*idare hukukçularının Fransızca “Les Autorites Administratives Independantes” teriminden tercüme ettikleri*”<sup>25</sup> “bağımsız idari otorite” terimi kullanılmıştır. Doktrinde, otorite teriminin Türk kamu yönetiminde yaygın şekilde kullanılan bir kelime olmaması nedeniyle tercih edilmediği<sup>26</sup> hatta kulağa hoş gelmediği<sup>27</sup>, otorite teriminin Fransızcada kurum karşılığı kullanıldığı, Amerika’da bu kavrama karşılık olarak “agency” teriminin kullanıldığı, dolayısıyla ülkemizde de “kurum” ifadesinin kullanılmasının daha doğru olacağı<sup>28</sup> ifade edilmektedir. Ancak, bağımsız idari otoritelerin, Türk kamu yönetiminde var olan müesseselerin bir benzeri olmadığı, kamu yönetimine ve hukuka yeni bir kavram getirdiği; dolayısıyla yeni kavram için de yeni bir terim kullanılmasının daha uygun olacağı fikrinden hareketle bu çalışmada bağımsız idari otorite terimi tercih edilmiştir.

## 2. Bağımsız İdari Otoritelerin Ortaya Çıkış Nedenleri ve Tarihsel Gelişimi

Bağımsız idari otoriteler “*devletin belirli bir alanda ve özellikle de ekonomide genel regülasyon misyonunun gerçek anlamda yerine getirilmesine imkan tanıyan, iyice düşünüldükten sonra kararlar alıp ve uygulamaya aktaran organlar*”<sup>29</sup> olarak tanımlanabilirse de ülke uygulamalarına göre farklılık gösteren bağımsız idari otorite modelleri bulunması nedeniyle, bağımsız idari otorite tanımı belirsizliğini korumaktadır<sup>30</sup>. “Hatta farklı ülkelerde yasa koyucular toplumun gelişimi ve ihtiyaçları ile dengeli bir uyumu sağlayabilmek için tek bir model

---

<sup>25</sup> TÜSİAD, 2002a, s.151.

<sup>26</sup> a.g.e. , s.151.

<sup>27</sup> Metin Günday, 1999, s. 61.

<sup>28</sup> İlhan Özay, “Bağımsız İdari Otorite Olarak BDDK”, *Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu Kredi Kuruluşları Kanunu Tasarısı Taslağı Sempozyumu*, Ankara,2004.

<sup>29</sup> E. Ethem Atay, “Bağımsız İdari Otoriteler ve Türkiye Uygulaması”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. X, S.1–2, Y. 2006b, s. 270.

<sup>30</sup> a.g.m., s. 270.

oluşturmayı istememektedir.”<sup>31</sup> Bu nedenlerle bağımsız idari otorite kavramının anlaşılabilmesi için ortaya çıkış nedenleri ve tarihsel gelişimini ele almak faydalı bir yöntem olarak değerlendirilmektedir.

Bağımsız idari otoritelerin ortaya çıkış nedenlerine ilişkin olarak, ilgili yazında, genelde aynı kavramlardan kaynaklanan sebepler, farklı ifade tarzları ile ileri sürülmektedir.

Bu sebeplerin başlıcası, önemli alanların siyasetin etkisinden çıkarılması ve objektif kıstaslarla belirlenmiş genel kamu çıkarları doğrultusunda idare edilmesini temin etmektir.

Bu sebebi ekonomik açıdan inceleyen görüşe göre, bağımsız idari otoritelerin oluşturulmasının önemli birinci nedeni güvenilir taahhüt sorunu ve siyasi belirsizliktir<sup>32</sup>. Bu görüş, iktisadi büyüme ve sabit sermaye yatırımlarının artırılması amacını esas alarak; bu amaçların oluşumunu, hükümetlerin, hukuk ve düzeni, hukukun üstünlüğü ilkesi çerçevesinde tesis edeceği yönünde taahhütte bulunması şartına bağlamakta, aynı zamanda, bu taahhüdün güvenilir olmasını aramaktadır. Bu noktada, bir tespit daha yapılarak, seçimle gelen hükümetlerin “zaman içerisinde tutarsız” politikalar izlemeleri nedeni ile verdikleri taahhütlerin güvenilir nitelikte olmadığı ifade edilmektedir. Zaman içerisinde tutarsız politika ise, gelecek için hazırlanan en iyi politikaların, uygulandığı dönemde dahi en iyi politika olmamaları olarak tanımlanmaktadır. Başka bir deyişle, seçimle gelen hükümetlerin, kamu menfaatine uygun düşmeyen çeşitli kısa vadeli politikaları, kamu menfaati ile uyumlu olan uzun vadeli politikalara tercih etmesi ve bunun sonucunda ortaya çıkan tutarsızlıkların yukarıdaki taahhütlerin güvenilir olmasını engellemesi şeklinde tanımlanabilir. İşte tam da bu noktada, geleceğin göreceli ehemmiyetinin, cari döneme tercih edilmemesini sağlayacak karar alma

<sup>31</sup> E. E. Atay, “Fransız İdare Hukukunda Bağımsız İdari Otoritelerin Yargısal Denetimi, 2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu, Ankara 11–12 Mayıs”, Danıştay Yayın Bürosu Yayınları, No:59, Ankara, 2000b, s. 219–272., s.220.

<sup>32</sup> TÜSİAD, 2002a, s. 60.

mekanizmasına duyulan ihtiyaç, bağımsız idari otoritelerin ortaya çıkışına neden olmaktadır. Bu görüş, devamla, seçimlerde iktidar değişikliklerinin neden olduğu siyasi belirsizliğin etkilerine de değinmektedir. Bu görüşe göre, demokratik sistemde siyasi hakların kullanımı uzun bir süre için ve kesin olmadığından, siyasî aktörler iktisadi kararlarında maliyet ve verimlilik gibi olgulardan çok, kendi siyasi mülkiyet haklarını güvence altına almak isterler. Siyasi aktörlerin bu tarz davranışlarının önüne geçilmek istenmesi de bağımsız idari otoritelerin ortaya çıkma nedenlerindedir.

Aynı kavramdan hareketle, bağımsız idari otoritelerin doğmasının birinci nedeninin, yukarıdaki görüşe paralel olarak, temel hak ve özgürlüklerle doğrudan ilgileri nedeni ile duyarlı sektörler olan alanların, hem politikanın ve politikacının hem de ilgili sektörlerde faaliyet gösteren aktörlerin etkisinden arındırılması ihtiyacı<sup>33</sup>; başka bir deyişle bazı görevlerin yerine getirilişini siyasal müdahale dışında tutma kaygısı<sup>34</sup> olduğu ifade edilmektedir.

Dolayısıyla, bağımsız idari otoritelerin ortaya çıkmasını gerektiren ön plandaki nedenin, belirli alanlara ilişkin faaliyetlerde karar mekanizmasının, sadece kamu çıkarlarına öncelik vermesini sağlama ihtiyacı olduğu söylenebilir. Bu cümleden hareketle, karar mekanizmasının sadece kamu çıkarlarına öncelik vermesi demek, karar alma sürecinde karar mekanizmasını etkileyebilecek bir takım odakların devre dışı tutulması anlamına gelmektedir. Bu odaklar nelerdir sorusunun ilk cevabı, bizzat karar mekanizmasını oluşturan siyasetçiler olmaktadır. İkinci olarak ise, o alanda faaliyet gösteren ve dolayısıyla o alanda alınan kararlardan doğrudan etkilenecek aktörler gelmektedir. Buradaki anlamı ile aktörleri, sadece ilgili alanda mal veya hizmet sunan taraf olarak anlamamak gerekir. Bu mal ve hizmetleri alan taraf da ilgili alana ilişkin kararlardan doğrudan etkileneceğinden, karar mekanizması dışında

---

<sup>33</sup> A. Ulusoy, 2003, s.5.

<sup>34</sup> E. E. Atay, 2006b, s.54.



tutulması gereken aktörlerdendir. Bu noktada kamu çıkarının kime göre belirleneceği hususu tereddüt yaratabilir, ancak, bir alana ilişkin düzenlemede kamu çıkarı, o alanın objektif olarak sağlıklı işlemesi şeklinde tezahür eder<sup>35</sup>.

Karar mekanizmasının dış etkilerden bağımsız çalışmasına duyulan ihtiyacın yanı sıra, bağımsız idari otoritelerin ortaya çıkmasının bir önemli sebebi de bu kuruluşların bakanlık örgütüne göre daha etkin olmalarıdır<sup>36</sup>. *“Bu sebep, siyasi, ekonomik, sosyal ve teknolojik alanlardaki konjonktürel değişimlerle ilgilidir. Bilindiği üzere, ekonomik, siyasi, sosyal ve teknolojik alanlardaki konjonktürel değişimler, hukuk sistemlerinde doğrudan etki gösterirler. Bu etki, bir yandan, hukuk sistemlerinde var olan ancak, değişen konjonktür sonucunda ihtiyaçlara cevap veremez hale gelmiş kavram ve müesseselerin, uygulamadan kaldırılmasını veya yeniden şekillendirilmesini zorlama; diğer yandan, ortadan kaldırılan kavram ve müesseselerin yerlerine, ihtiyaca cevap verebilecek nitelikte olanların konulmasını gerektirme şeklinde somutlaşır. İşte, BİO’lar da 20. yüzyıla kadar olan ekonomik, siyasi, sosyal ve teknolojik alanlardaki konjonktürel değişimlerin, hukuk sistemleri üzerindeki etkilerinin bir sonucudur”*<sup>37</sup>.

Bağımsız idari otorite kavramı, bir taraftan ekonomik konjonktürdeki değişimin sonucudur. Zira 20. yüzyıl sonlarına doğru liberal ekonomi sistemleri dünya genelinde hâkimiyet sağlamış, bununla birlikte şirketler ülke ekonomilerinin – devletten sonraki – en önemli aktörleri haline gelmiştir. Liberal doktrinde ifade edildiği üzere, varlık nedeni ve amacı kâr artırımı olan bu şirketler, faaliyetlerinin ülkesel pazarların dışına taşmaya başlaması ile ulusal niteliklerinin ötesine geçip uluslararası nitelikler kazanmışlardır<sup>38</sup>. Ancak, uluslararası pazarda söz sahibi olan devlet benzeri bir otorite olmadığından, uluslararası şirketler bu

<sup>35</sup> Ö.Perçin, 2004, s.11.

<sup>36</sup> E. E. Atay, 2006b, s. 54

<sup>37</sup> Ö. Perçin, 2004, s. 11.

<sup>38</sup> S. Bayramoğlu, 2005, s. 93.

alanın baş aktörü haline gelmiştir. Fakat bu şirketler ulusal niteliğin ötesine geçmesine rağmen, doğal olarak, bu şirketlerin yaşam alanları olan pazarlar için böyle bir şey söz konusu olmamıştır. Pazarlar yine bir devletin kontrolü altında bulunmaya ve bu pazarlara giriş, çıkış ve söz konusu pazarlarda faaliyet gösterebilmek ilgili ülkenin mevzuatına tâbi olmaya devam etmiştir. Ancak, kimi ülkelerde bu mevzuat, pazarın geleceği ile ilgili öngöründe bulunabilmeyi imkânsız hale getirdiğinden, uluslararası şirketlerin çıkarları ile çelişir durumdadır. Bu durum ise, uluslararası şirketlerin yaşama alanları olan “pazarları” genişletme hedefleri ile çelişir. Bu noktada, uluslararası şirketler açısından en iyi çözüm, söz konusu pazarlara giriş çıkışın standart kurallara bağlanmasını ve bu piyasaların rekabete olabildiğince açık ve öngörüye müsait hale getirilmesini temin etmek olmuştur. Başka bir ifade ile bağımsız idari otoritelerin ortaya çıkışlarındaki “esas belirleyici etken liberal ekonomik değerlerin güvence altına alınmasıdır”<sup>39</sup>. Uluslararası şirketlerin menfaatleri açısından yola çıkarak gelinen bu noktanın, kapitalist ideoloji çerçevesinde, pazarların asıl sahipleri olmaları nedeni ile bu şirketlerle karşı saflardaymış gibi görünen ülkelerin yönetilenleri ve yönetenleri açısından da fayda sağladığı söylenebilir<sup>40</sup>. Şöyle ki, küreselleşmenin etkisi ile uluslararası piyasaların gelişmesi sonucunda çoğu ülkenin, toplumsal refahı artırmak amacıyla, dışa açılmak ve yabancı sermayeyi çekmek yolunu benimsemesi, iktidarları, yabancı sermaye için ülke pazarını cazip hale getirmeye zorlamıştır. Bunun sonucunda da ülkelerin amaçları, yabancı sermayeyi çekebilmek için, pazarlarını öngörüye müsait ve rekabete açık hale getirmeye çalışmak olmuştur. Yönetilenler açısından ise, rekabet ortamının sağlanması, daha ucuza daha kaliteli mal ve hizmet alımı anlamına gelmektedir. İşte bağımsız idari otoritelerin ortaya çıkış nedenlerinden birisi de bu gerekliliklerdir<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> Refik Tiryaki, “Bağımsız İdari Kurum Olarak RTÜK”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 2002, C. 51, Sayı 4, s. 171.

<sup>40</sup> Ö. Perçin, 2004, s. 12.

<sup>41</sup> Bu durumun farklı değerlendirmesi için bkz: S. Bayramoğlu, 2005, s.239 vd.

*“Bağımsız idari otorite kavramı, diğer taraftan siyasi ve sosyal alandaki konjonktürel değişimlerin bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Zira devlet kavramı - özellikle görevleri ve yetkileri açısından - ortaya çıkışından beri yönetilenlerin ortak bilincinde sürdürdüğü ve sürdürmeye devam edeceği evrim süreci içinde 20. yüzyıl sonlarına doğru yeni bir forma ulaşmış, yeni bir anlama bürünmüştür. Bu anlam gereğince devlet, yönetilenlerin mutluluğunu sağlama amacıyla görevli, hatta yönetilenler mutsuz ise bu durumun baş sorumlusu olarak addedilmiştir. Bu düşünce gereğince, devletin yapılanmasının dahi yönetilenlerin mutluluğunu sağlayacak şekilde oluşturulması gereği, yönetilenlerin yükümlülüğü haline gelmiştir. Bu bağlamda yapısal nedenlerle, işlemlerinde sorunlarla karşılaşılacak alanlarda yeni bir yapılanmaya gitme ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Bu ihtiyaca cevap veren çözüm ise, bağımsız idari otoriteler olarak belirlemiştir. Bu bağlamda, bağımsız idari otoritelerin ortaya çıkışında, devlete, yönetilenlerin mutluluğunu sağlama misyonu yüklenmiş olmasının da katkısı olduğu ortadadır”<sup>42</sup>.*

Bağımsız idari otorite kavramı, teknoloji alanındaki konjonktürel değişimlerin de bir sonucudur<sup>43</sup>. Zira 20. yüzyıl sonlarına doğru teknolojinin ulaştığı seviye, toplum hayatını kökünden değiştirmiş ve diğer pek çok yeni kavramın olduğu gibi bağımsız idari otorite kavramının da ortaya çıkmasına katkı sağlamış, hatta gerektirmiştir. Zira artık geleneksel yapısıyla devlet, kamu yararı için gerekli önlemleri almakta ve gerekli müdahaleleri göstermekte yavaş kalmış, özellikle bilişim teknolojisi alanında yaşanan baş döndürücü gelişmeler, klasik sistemde yapılanmış olan devletin hantallığını gözler önüne açıkça sermiştir. Kamu yararı için gerekli önlemleri zamanında almak ve gerekli müdahaleleri zamanında göstermek için, ilgili alanların hızına ve esnekliğine paralel ve

<sup>42</sup> Ö. Perçin, 2004, s.12.

<sup>43</sup> R. Tiryaki, 2002, s. 172.

o alanda uzmanlaşmış yeni bir yapılanmaya ihtiyaç duyulmuştur<sup>44</sup>. Bu ihtiyaca bağımsız idari otorite kavramının çözüm olması beklenmektedir.

İşte bu gereklilikler, “devlet”i, belirli alanlarda etkinliği sağlayabilmek için, bağımsız idari otoriteleri hukuk sistemine dâhil etmeye zorlamıştır<sup>45</sup>.

Kaldı ki, var olan anayasal emellere karşı bağımsızlık güvencesi ile donatılmış özerkleşmiş kurumlara düzenleme ve denetleme görevinin verilmesi düşüncesi, pek çok ülkede 19. yüzyıldan beri destek bulmuştur<sup>46</sup>. Ancak, bağımsız idari otoriteler, ilk olarak Anglo-Sakson hukuk sistemi içerisinde yer alan ve federal devlet yapısına göre şekillenen Amerikan hukuk sisteminde<sup>47</sup> ortaya çıkıp gelişmiş ve daha sonra Kara Avrupası hukuk sistemlerine geçmiştir<sup>48</sup>. ABD’deki ilk bağımsız idari otorite 1887 yılında kurulan Interstate Commerce Commission’dur<sup>49</sup>. Bu kurumun ortaya çıkış gerekçesi, 1800’lü yıllarda, şirketler tarafından işletilen demiryollarının hizmet ve fiyatlarına karşı kamuoyunda oluşan yoğun tepkilerdir. Bağımsız idari otoritelerin ilk örneği olan bu kurumun, kurulmasından, 1995 yılında kapanmasına kadar geçirdiği nitelik değişiklikleri, bağımsız idari otorite kavramının anlaşılması açısından ilgi çekici bir seyir izler: Kurulduğu yıllarda Amerikan Kongresi’nin bu kurumun kuruluş amacına yönelik olarak çalışması için gerekli düzenlemeleri geçirmekte ayak diremesi ve

---

<sup>44</sup>Türksel Kaya Bensghir, *Bilgi Teknolojileri ve Örgütsel Değişim*, TODAİE, Ankara, 1996, s. 10 vd.

<sup>45</sup> Ö. Perçin, 2004, s. 14.

<sup>46</sup> M. Akıncı, 1999, s. 47.

<sup>47</sup> A. Ulusoy, 2003, s.6; TÜSİAD, 2002a, s. 84.; Oğuz Sancakdar, “İdare Hukuku Yönüyle Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumunun Kısa Bir Değerlendirmesi”, *Bankacılar Dergisi*, 2001, S. 37, s. 45; Doğan Kestane, “Kamu Kesiminde İdari Kuruluşların Genel Görünümü ve İdari Yapıda Yeni Organizasyonlar Olarak Bağımsız İdari Otoriteler(Üst Kurullar)”, *Maliye Dergisi*, S. 139, Ocak – Nisan 2002, s. 25.

<sup>48</sup>Turgut Tan, “Bağımsız İdari Otoriteler”, *Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları*, Ocak, 2000, s. 13.

<sup>49</sup>E. E. Atay, 2006b, s. 52; TÜSİAD, 2002a, s. 84; ayrıca bkz.: <http://www.infoplease.com/ce6/history/A0825369.html>, <http://www.u-s-history.com/pages/h743.html>, 22.04.2011.

Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin, kurumun yetkileri ile ilgili sınırlayıcı yorumları nedeni ile ICC etkin şekilde faaliyet gösterememiştir. 1906 yılında çıkarılan Hepburn Yasası, kurumun etkinliğini sağlamak için gerekli şartları oluşturmakla kalmamış, kurumun faaliyet alanını, demiryolları dışında diğer taşıma araçlarını da kapsayacak şekilde genişletmiştir. Bu yetki genişlemesi zamanla artarak devam etmiş, öyle ki, 1940 yılına gelindiğinde kurum hava taşımacılığı hariç, eyaletler arasındaki her türlü taşımacılığı düzenler hale gelmiştir. Zaman içinde Kongre faaliyetleri ve Yüksek Mahkeme'nin yetkilerini genişletici yorumları ile ICC, öncelikle taşımacılık fiyatlarını belirlemiş, sonraları, fiyat belirleme için gereken her türlü bilgiyi toplama ve soruşturma yapma yetkisine sahip olmuş, daha sonraları da özel demiryolu şebekelerinin konsolide edilmesi ve ulaşım sektöründe işçi – işveren arasındaki anlaşmazlıklarda hakemlik yapmak gibi işlevleri üstlenmiştir. 1966 yılına kadar geçen sürede ICC, tam anlamıyla bağımsız idari otorite haline gelmiştir. Bu tarihten itibaren ise, geriye dönüş başlamış, yetkileri zaman içinde başka mercilere devredilerek, 1995 yılında kapatılmıştır<sup>50</sup>.

İlk bağımsız idari otorite modeli 1995 yılında ortadan kalkmıştır ancak, özellikle ekonomik ve teknik işlemlerdeki federal nitelikli çıkarları yöneten ve farklı alanlarda boy gösteren yirmi<sup>51</sup> civarında bağımsız idari otoritenin Amerika'da faaliyette bulunduğu ifade edilmektedir<sup>52</sup>.

## SONUÇ

Bağımsız idari otorite kavramının dünya çapında yaygınlaşmasına neden olan olay, “regülasyon” kavramının Anglo - Amerikan hukukunda, özellikle 80'li yıllarda<sup>53</sup>, “Thatcher ve Reagan'cı liberal politikalar”ın etkisiyle gündeme gelmesi ve Kara Avrupası sistemlerini de

<sup>50</sup> TÜSIAD, 2002a, s. 84.

<sup>51</sup>Bu sayı Ali İhsan Karacan'a göre yüz civarındadır. Ali İhsan Karacan, “Özerk Kurumların Özerkliği”, *Rekabet Dergisi*, S. 8, Ekim-Kasım- Aralık 2001, s. 3.

<sup>52</sup> E. E. Atay, 2006b, s. 53.

<sup>53</sup> Bu durumun 1970'li yıllarda başladığı da ifade edilmektedir. Bkz.: Kestane, 2002, s. 33.

etkilemesidir<sup>54</sup>. Türkiye'nin bağımsız idari otorite benzeri kurumlarla tanışması ise 90'lı yıllarda olmuş<sup>55</sup>, ancak, tam anlamıyla bağımsız idari otorite niteliğine sahip kurumlar 1999<sup>56</sup> yılından itibaren oluşturulmaya başlanmıştır<sup>57</sup>. Diğer taraftan, bağımsız idari otorite kapsamına hangi kurumların girdiği konusundaki belirsizlik bağımsız idari otorite teriminin geniş ve dar anlamlarından bahsedilmesine kadar varmış<sup>58</sup> olmakla birlikte 10.12.2003 tarih ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra anılan Kanunun III Sayılı Cetvelinde “Düzenleyici ve Denetleyici Kurumlar” başlığı ile sayılan kurumların bağımsız idari otorite olarak kabulü yönünde genel bir uzlaşma sağlanmış gibi görünmektedir. Nihayet farklı terimlerle ifade edilmelerine rağmen, bu kuruluşlar, Türk idari teşkilatı ve hukukunda yerleşik müesseseler olarak kabul görmüş bulunmaktadır.

## KAYNAKÇA

**Atay, E. Ethem** (2000a), “Fransız İdare Hukukunda Bağımsız İdari Otoriteler(BİO'lar): Rekabet Konseyi”, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, 06 Mart, s. 51- 106.

(2006a), İdare hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara.

---

54 A. Ulusoy, 2003, s. 22; S. Sezen, 2003, s. 112.

55 Kestane, 2002, s. 38.

56 Sermaye Piyasası Kurulu, 30.7.1981 tarih ve 17416 sayılı Resmi Gazete'de yayımlan 28.07.1981 tarih ve 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu ile kurulmuş ise de, bağımsız idari otorite niteliğini kazanması, 18.12.1999 tarih ve 23910 sayılı Resmi Gazete'de yayımlan 15.12.1999 tarih ve 4487 sayılı Kanunun 6 ncı maddesi ile olmuştur.

57 Türkiye'de ilk BİO örnekleri olarak Sigorta Murakabe Kurulu ve Diyanet İşleri Başkanlığı da gösterilmektedir. Bkz.: Lütfi Duran, “Türkiye'de Bağımsız İdari Otoriteler”, Amme İdaresi Dergisi, C. 30, S.1, Mart 1997, s.1.; Ayrıca, Osmanlı İmparatorluğu döneminde kurulmuş olan Duyunu Umumiye'nin de “... karar mekanizması, yapısıyla, günümüzde uygulanan “üst kurul” ya da öbür adıyla “bağımsız idari otorite” tipi yönetim modellerinin öncülü...” sayılabileceği de ifade edilmektedir. Bkz. : Birgül Ayman Güler, “Yönetimde Özerklik Sorunu: Duyunui Umumiye Meclisi İdaresi 1881-1948”, Memleket Siyaset Yönetim, S. 1, 2006, s. 116.

58 S. Sezen, 2003, s 139.

\_\_\_\_\_ (2000b), “Fransız İdare Hukukunda Bağımsız İdari Otoritelerin Yargısal Denetimi, 2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu, Ankara 11–12 Mayıs”, Danıştay Yayın Bürosu Yayınları, No:59, Ankara, s. 219–272.

\_\_\_\_\_ (2006b), “Bağımsız İdari Otoriteler ve Türkiye Uygulaması”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. X, 2006b, S. 1–2, s. 259 – 293.

**Avaner, Tekin** (2006), “Türkiye’de Uluslararası Alana Yeni Bir Eklemlenme Yolu: Bağımsız Düzenleyici Kurumlar”, Memleket Siyaset Yönetim, S. 2, s. 111 – 135.

**Ayman Güler, Birgül** (2005), Yeni Sağ ve Devletin Değişimi, İmge Kitabevi, Ankara.

\_\_\_\_\_ (2006), “Yönetimde Özerklik Sorunu: Duyunu Umumiye Meclisi İdaresi 1881–1948”, Memleket Siyaset Yönetim, S. 1, s. 97 – 121.

**Bayramoğlu, Sonay** (2005), Yönetişim Zihniyeti, İletişim Yayınları, İstanbul.

**Bensghir, Türksel Kaya** (1996), Bilgi Teknolojileri ve Örgütsel Değişim, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü, Ankara.

**Duran, Lütfi**, (1997), “Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler”, Amme İdaresi Dergisi, 30/1 (Mart 1997), s. 3–10.

**Ergun, Turgay** (2004), Kamu Yönetimi, TODAİE Yayınları, Ankara.

**Günday, Metin** (1999), Rekabet Hukuku ve Yargı, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara.

**Karacan, A. İhsan** (2001), “Özerk Kurumların Özerkliği”, Rekabet Dergisi, 8. Sayı, Ekim-Kasım- Aralık, s. 3 – 35.

**Kestane, Doğan** (2002), “Kamu Kesiminde İdari Kuruluşların Genel Görünümü ve İdari Yapıda Yeni Organizasyonlar Olarak Bağımsız İdari

Otoriteler(Üst Kurullar)”, Maliye Dergisi, S. 139, Ocak – Nisan, s. 24 – 48.

OECD (2002), Türkiye’de Düzenleyici Reformlar: Ekonomik İyileşme İçin Önemli Destek’ten 2002’den aktaran M. Tamer Müftüoğlu ve H. Baha Karabudak, İktisadi Politikalar Bağlamında Hukuki Düzenleme (Regülasyon) Üzerine Düşünceler, Rekabet Dergisi, S. 11, Temmuz – Ağustos – Eylül 2002, s. 3.

**Özay, İlhan** (2004), Bağımsız İdari Otorite Olarak BDDK, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu Kredi Kuruluşları Kanunu Tasarısı Taslağı Sempozyumu, 23 Eylül, Ankara.

**Perçin, Önder** (2004), BDDK ve TMSF’nin Bağımsız İdari Otoriteler Ekseninde İncelenmesi, BDDK Uzmanlık Tezi, BDDK Kütüphanesi, Tez/BDDK/UT-75/2004.

Russell, Bertrand (1990), İktidar, Cem Yayınevi, İstanbul.

**Sancakdar Oğuz** (2001), “İdare Hukuku Yönüyle Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu’nun Kısa Bir Değerlendirmesi”, Bankacılar Dergisi, S. 37, s. 44-73.

**Sezen, Seriya** (2003), “Türk Kamu Yönetiminde Kurullar Geleneksel Yapılanmadan Kopuş”, TODAİE, Ankara, 2003.

**Sobacı, M. Zahid** (2006), “Türk İdari Teşkilatındaki “Adalar”: Bağımsız İdari Otoriteler”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 55, Sayı 2, s. 157- 180.

**Tan, Turgut** (2000), Bağımsız İdari Otoriteler, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, No: 4, Ankara.

**Tiryaki, Refik** (2002), “Bağımsız İdari Kurum Olarak RTÜK”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 51, S. 4, s. 169 – 205.



Türkiye Sanayici ve İşadamları Derneği (2002a), Bağımsız Düzenleyici Kurumlar ve Türkiye Uygulaması, TÜSİAD Yayınları, Yayın No: TÜSİAD-T/2002-12/349, Ankara.

**Ulusoy, Ali** (2003), Bağımsız İdari Otoriteler, Turhan Kitabevi, Ankara.  
**Yücel Bülent** (2003), “Yarı-Başkanlık Sisteminin Hükümet Modeli Üzerine Karşılaştırmalı Bir Çalışma: Fransa Modeli ve Komünizm Sonrası Polonya”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 52, S. 4, s. 335-364



## DAMNUM INIURIA DATUM'DA INIURIA VE CULPA İLİŞKİSİ

Bahar ÖCAL\*

### ÖZET

Damnum iniuria datum, hukuka aykırı olarak mala verilen zararı ele alan ve Lex Aquilia'da düzenlenmiş bir haksız fiildir. Bu düzenlemeye göre söz konusu haksız fiilden sorumluluğun unsurları: zarar (damnum), zarar veren eylem ve hukuka aykırılık (iniuria) olarak belirtilmiştir. Ancak söz konusu düzenlemede failin kusurlu olup olmaması hususuna değinilmemiştir. Gaius'un Institutiones'inde ve Digesta'nın damnum iniuria datum'dan söz eden metinlerinde ise kusur (culpa) kavramının, kimi zaman hukuka aykırılık (iniuria) kavramı ile birlikte kimi zaman da hukuk aykırılık (iniuria) kavramından bağımsız olarak kullanılmış olduğu dikkat çekmektedir. O nedenle çalışmamızda öncelikle culpa ile iniuria kavramlarını birlikte ele alan metinler incelenecek ve iki kavram arasındaki ilişki anlaşılmaya çalışılacaktır. Ardından tek başına culpa (kusur) kavramını ele alan metinler incelenerek, Lex Aquilia kapsamındaki haksız fiilden sorumluluk bakımından culpa'nın (kusur) bir unsur olarak tanınıp tanınmadığı araştırılacak ve culpa (kusur) kavramının kapsamı belirlenmeye çalışılacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Lex Aquilia, damnum iniuria datum, sorumluluk, kusur, hukuka aykırılık.

---

\* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Özel Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi (ocalbahar@gmail.com).

## **RELATIONSHIP BETWEEN INIURIA AND CULPA IN DAMNUM INIURIA DATUM**

### **ABSTRACT**

Damnum iniuria datum which deals with the wrongful damage of things is a delict regulated under Lex Aquilia. According to this act, the conditions of liability were stated as damage (damnum), act caused damage and wrongfulness (iniuria). However, the issue of the fault of the wrongdoer was not dealt with by that act. On the other hand, it is noticed that the concept of fault (culpa) was sometimes used together with the concept of wrongfulness (iniuria) or on its own in the texts which mentioned damnum iniuria datum of the Institutiones of Gaius and Digesta. Therefore, in this article, the texts which referred to the concepts of culpa and iniuria together will be examined to understand the relationship between these two concepts. Then the texts which discussed the concept of culpa on its own will be examined to understand whether the culpa was recognized as a condition for the Aquilian liability and to define the scope of the concept of culpa.

**Keywords:** Lex Aquilia, damnum iniuria datum, liability, fault, wrongfulness.

### **GİRİŞ**

Damnum iniuria datum, yani hukuka aykırı olarak mala verilen zarar haksız fiili, tarihi tam olarak bilinmemekle birlikte M.Ö. III. yy.'da<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Schulz, F.: Classical Roman Law, Oxford 1969, s. 587; Koschaker P.-Ayiter K.: Modern Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, İzmir 1993, s. 264; Tahiroğlu B.: Roma Borçlar Hukuku, İstanbul 2003, s. 261. Kaser'e göre M.Ö. 286 yılında çıkarılmıştır: Kaser, M.: Roman Private Law, s.213; Cursi, 19.yy. Roma Hukuku doktrinine uzanan ve oldukça yaygın olan yaklaşıma göre Lex Aquilia'nın M.Ö. 287-286 yıllarında çıkarılmış olduğuna ilişkin görüşün, modern Roma Hukuku doktrininde aşılması gerektiği; her ne kadar Lex Aquilia'nın tarihinin kesin bir şekilde tespiti mümkün değilse de M.Ö. IV.yy. ile M.Ö. III. yy. çıkarılmış olduğu görüşündedir: Cursi, M. F.: Iniuria Cum Damno: Antigiuridicità e Colpevolezza nella Storia del Danno Aquiliano, Milano 2002, s. 147 vd. [Cum Damno].

çıkarıldığı tahmin edilen bir plebiscitum<sup>2</sup> olan Lex Aquilia'da<sup>3</sup> düzenlenmiştir.

D.9.2.1.pr. (Ulpianus 18 ad ed.)

“*Lex Aquilia omnibus legibus, quae ante se de damno iniuria locutae sunt, derogavit, sive duodecim tabulis, sive alia quae fuit: quas leges nunc referre non est necesse. 1.Quae lex aquilia plebiscitum est, cum eam aquilius tribunus plebis a plebe rogaverit.*”

D.9.2.1.pr. (Ulpianus 18 ad ed.)

*Lex Aquilia*, hukuka aykırı olarak verilen zararı ele alan kendisinden önceki tüm kanunların, gerek On İki Levha Kanunları gerek başka kanunların, <ilgili bölümlerini> yürürlükten kaldırdı. Söz konusu kanunları anmaya gerek yoktur. 1. Bahsi geçen *Lex Aquilia, Tribunus Aquilius* tarafından pleb meclisine teklif edilen bir plebiscitum'dur.

<sup>2</sup> Gai.Ins.1.3. “*Plebiscitum est, quod plebs iubet atque constituit.*” (*Plebiscitum*, pleb'lerin emir ve vazettiğidir). *Gaius*'un metninden de anlaşıldığı üzere *Plebiscitum*, Pleb Meclisi tarafından çıkarılan kurallardır. M.Ö.286 yılında çıkarılan *Lex Hortensia*'ya kadar yalnızca *pleb*'leri bağladığı kabul edilmekteydi. Söz konusu kanun ile *plebiscitum*'ların *patricius*'lar da dahil tüm Roma Halkını (*Populus Romanus*) bağladığı kabul edildi. Bkz. *Umur, Z.*: Roma Hukuku Tarihi Giriş, İstanbul 1965, s. 51; *Masiello, T.*: Corso di Storia del Diritto Romano, Bari 2010, s. 43; *Umur, Z.*: Roma Hukuku Lügati, İstanbul 1983, s. 158 [Lügat]; *Gruppo Editoriale*: Dizionario Giuridico Romano, Napoli 2006, s. 398. Ancak bazı yazarlara göre *Lex Hortensia*'dan yaklaşık 163 yıl önce M.Ö. 449-448 yıllarında çıkarıldığı tahmin edilen *Lex Valeria Horatio* ile *plebiscitum*'ların, Senato tarafından onaylandıktan sonra tüm Roma vatandaşlarını bağladığı kabul edilmektedir. Söz konusu yazarlar, M.Ö. 339 tarihinde çıkarılan *Lex Publilius Philo* ile *plebiscitum*'ların Pleb Meclisi'ne sunulmadan önce Senato'ya sunulması gerektiği kuralının getirildiği; ancak *Lex Hortensia* ile öncesinde ve sonrasında Senato'nun onayına tabi olmaksızın *plebiscitum*'ların tüm Roma vatandaşlarını bağladığının kabul edildiği görüşündedir. Ayrıntılı bilgi için bkz: *Okandan, R.G.*: Roma Amme Hukuku, İstanbul 1944, s.47; *Arsal, S.M.*: Umumi Hukuk Tarihi, İstanbul 1948, s. 198; *Serrao, F.*: Diritto Privato Economia e Società nella Storia di Roma: 1-Dalla Società Gentilizia alle Origini dell'Economia Schiavistica, Napoli 2006, s. 99-103.

<sup>3</sup> Ancak *Lex Hortensia*'dan sonra çıkarılmış olduğu ve bu nedenle *Lex* olarak adlandırıldığı tahmin edilmektedir: *Somer P.*: Mala Verilen Zarar, İstanbul 2008, s. 5.

Alıntı yapmış olduğumuz metinde *Ulpianus*, *Lex Aquilia*'nın hukuka aykırı olarak mala verilen zararı düzenleyen kendisinden önceki kanunların -gerek On İki Levha Kanunları gerekse diğerlerinin- ilgili bölümlerini ilga ettiğini ve *Tribunus Aquilius*'a başvurularak çıkarılmış bir *plebiscitum* olduğunu belirtmektedir.

*Lex Aquilia* üç bölümden oluşmaktadır. Yasanın *adstipulatio*'ya ilişkin olan ikinci bölümünde, borçluyu hileli bir şekilde borçtan kurtaran *adstipulator*'a karşı vekalet sözleşmesinden doğan bir dava hakkı tanınmaktaydı. Bu bölüm herhangi bir gelişme göstermeksizin Klasik Dönemde varlığını korumuş; ancak *Iustinianus* döneminde ortadan kalkmıştır<sup>4</sup>.

Bu nedenle çalışmamızda “*Lex Aquilia* kapsamında sorumluluktan” bahsedilirken, *Lex Aquilia*'nın birinci ve üçüncü bölümünde düzenlenen haksız fiilden sorumluluk kastedilmektedir.

## **II. *Lex Aquilia*'da Damnum Iniuria Datum Haksız Fiilinin Düzenlendiği Bölümler**

*Lex Aquilia*'nın birinci bölümünde, başkasının kölesi ya da dört ayaklı bir sürü hayvanını (*pecudes*)<sup>5</sup> hukuka aykırı olarak öldüren kimsenin, köle ya da dört ayaklı hayvanın o yıl içindeki en yüksek değerini malike vermeye mahkum edileceği şeklinde bir yaptırım öngörülmüştür.

Gai. Ins. 3. 210

“*Damni iniuriae actio constituitur per legem Aquiliam, cuius*

---

<sup>4</sup> D.9.2.27.4 (Ulpianus 18 ad ed.); *Erişgin Söğütü, Ö.*: Haksız Fiil Benzerleri (*Quasi Delicta*) Ankara 2002, s.15; *Umur, Lügat*, s. 114-115.

<sup>5</sup> Köleler ve *pecudes* yani dört ayaklı hayvanların öldürülmesi neticesinde verilen zararın *Lex Aquilia*'da ayrı bir bölümde düzenlenmiş olması, Roma'nın başlangıçta bir tarım toplumu olmasıyla açıklanabilir: *Erişgin Söğütü Ö.-Karaş F.T.*, Tarihsel Açıdan Malvarlığı Zararı ve Bu Zararın Belirlenmesi, BATİDER, C. XXIII, Sayı 3, Ankara 2006, s.161.

*primo capite cautum est, ut si quis hominem alienum alienamve quadrupedem, quae pecudum numero sit, iniuria occiderit, quanti ea res in eo anno plurimi fuerit, tantum domino dare damnetur.*"<sup>6</sup>

Gai. Ins. 3. 210

*Actio damni iniuriae* (hukuka aykırı olarak mala verilen zarara ilişkin dava), *Lex Aquilia*'da öngörülmüştür. Birinci bölümünde, bir başkasının kölesi ya da büyük bir sürünün parçası olan dört ayaklı hayvanını hukuka aykırı olarak öldüren kimsenin malın son yılda ulaştığı en yüksek değeri malikine vermeye mahkûm edileceği düzenlenmektedir.

*D.9.2.2. pr. (Gaius 7 ad ed. provinc.)*

*“Lege Aquilia capite primo cavetur: «ut qui servum servamve alienum alienamve quadrupedem vel pecudem iniuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino damnas esto».*”

*D.9.2.2. pr.(Gaius 7 ad ed. provinc.)*

*Lex Aquilia*'nın birinci bölümündeki düzenleme şu şekildedir: “Eğer bir kimse bir başkasının erkek ya da kadın kölesini veya dört ayaklı bir sürü hayvanını hukuka aykırı olarak öldürürse, malın o yıl içindeki en yüksek değerini malike vermeye mahkum olsun”<sup>7</sup>.

Yasanın üçüncü bölümünde ise birinci bölüm dışında kalan diğer zararlar ele alınmıştır (*si quis alteri damnum faxit*). Şöyle ki; hukuka aykırı biçimde herhangi bir eşyasını yakarak, kırarak ya da parçalayarak bir başkasına zarar veren kimsenin, eşyanın takip eden otuz gün içindeki değerini malike vermeye mahkum edileceği öngörülmüştür. Ayrıca

<sup>6</sup> Ayrıca bkz. Ius.Ins.4.3.pr.

<sup>7</sup> Çeviri'de Somer'den yararlanılmıştır: *Somer*, s.6.

birinci bölümde bahsi geçen köle ya da pecudes grubuna dahil olan bir hayvanın yaralanması da yasanın bu bölümüne göre yaptırıma tabidir.

Gai. Ins. 3. 217

*“Capite tertio de omni cetero damno cavetur. itaque si quis servum vel eam quadrupedem, quae pecudum numero est, vulneraverit sive eam quadrupedem, quae pecudum numero non est, velut canem, aut feram bestiam, velut ursum, leonem, vulneraverit vel occiderit, hoc capite actio constituitur. in ceteris quoque animalibus, item in omnibus rebus, quae anima carent, damnum iniuria datum hac parte vindicatur. si quid enim ustum aut ruptum aut fractum fuerit, actio hoc capite constituitur, quamquam potuerit sola rupti appellatio in omnes istas causas sufficere; ruptum enim intellegitur, quod quoquo modo corruptum est; unde non solum usta aut rupta aut fracta, sed etiam scissa et collisa et effusa et quoquo modo vitiata aut perempta atque deteriora facta hoc verbo continentur.”<sup>8</sup>*

Gai. Ins. 3. 217

Üçüncü bölümde, diğer tüm zararlar inceleniyor: Bir kimse, bir köleyi ya da sürü hayvanı sayılan dört ayaklı bir hayvanı yaralarsa ya da sürü hayvanı olmayan, örneğin; köpek ya da ayı veya aslan gibi vahşi bir hayvanı yaralar ya da öldürürse bu bölüme göre bir dava tanınır. Diğer hayvanlara ve cansız eşyalara hukuka aykırı olarak verilen zararlar da bu bölümde yaptırım altına alınmaktadır. O takdirde bu bölümde yakılan, kırılan ya da parçalanmış eşyalarla ilgili olan dava düzenlenmiştir. Aslında ruptum (parçalama) kavramı tüm bu halleri anlatmaya yeterlidir. Zira ruptum'dan herhangi bir şekilde tahrip olma (*corruptum*) anlaşılır. Dolayısıyla, bu kavram yalnızca yanma, kırılma ya da parçalanmayı değil ve fakat bölünme, paramparça etme, fırlatma ve herhangi bir

---

<sup>8</sup> Ayrıca bkz. Ius.Ins.4.3.13.



şekilde zarar verme ya da yok etme ya da kötüleşmeyi de içerir.

D.9.2.27.5 (Ulp.18 ad ed.)

“*Tertio autem capite ait eadem lex Aquilia: «ceterarum rerum praeter hominem et pecudem occisos si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria, quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto».*”

D.9.2.27.5 (Ulp.18 ad ed.)

*Lex Aquilia*'nın üçüncü bölümünde “köle ya da sürü hayvanının öldürülmesi hariç diğer zararlarla ilgili olarak, eğer birisi bir başkasına <herhangi bir eşyasını> hukuka aykırı olarak yakmak, kırmak veya parçalamak suretiyle zarar verirse, eşyanın son 30 gün içindeki değerini malike vermeye mahkum olsun” denilmektedir<sup>9</sup>.

*Lex Aquilia*'nın birinci ve üçüncü kısmında düzenlenmiş olan haksız fiil bakımından karşılaştırmalı bir inceleme yapacak olursak:

a) Birinci bölümüne konu olan *damnum* yani zarar, köle ya da dört ayaklı sürü hayvanının öldürülmesini içermektedir (*ut qui servum servamve -alienum alienamve- quadrupedem vel pecudem occiderit*). Üçüncü bölümde ise *damnum*; birinci bölümde sözü edilen köle ya da dört ayaklı sürü hayvanının yaralanması, sürü hayvanı olmayan diğer hayvanların öldürülmesi ya da yaralanması ve diğer eşyanın parçalanması, kırılması ya da yakılması halinde söz konusu olmaktadır (*quod usserit fregerit ruperit iniuria*). Yasanın birinci bölümünde zarar verilen mal özel olarak ekonomik değeri bulunan köle ya da *pecudes* grubuna dahil bir hayvan olarak belirlenmiştir. Yasanın üçüncü bölümünde ise herhangi bir mala yani *res'e* verilen zarar düzenlenmiştir.

<sup>9</sup> Çeviri'de Somer'den yararlanılmıştır: Somer, s. 7.

b) Birinci bölümde zarar veren eylem öldürme (*occidere*), üçüncü bölümde ise zarar veren eylem yakma (*urere*), parçalama (*rumpere*) veya kırma(*frangere*) olarak belirlenmiştir.

c) Gerek birinci bölümde gerekse üçüncü bölümde hukuka aykırı olarak (*iniuria*) verilen zarar yaptım altına alınmaktadır.

d) Birinci bölümde yaptırım, zarar verenin kölenin ya da dört ayaklı hayvanın öldürülmesi neticesinde malike köle ya da dört ayaklı hayvanın öldüğündeki değerini değil; o yıl içerisindeki en yüksek değerini ödemeye mahkum edilmesi şeklindedir. Üçüncü bölümde ise yaptırım, zarar verenin yakmak, parçalamak ya da kırmak suretiyle zarar verdiği malın (*res*), takip eden otuz gün içindeki değerini malike vermeye mahkum edilmesi olarak düzenlenmiştir.

Tek başına *damnum*<sup>10</sup> yani zararın varlığı, *Lex Aquilia* kapsamındaki haksız fiilden sorumluluk bakımından yeterli değildir. Aynı zamanda *damnum datum* yani mala fiilen zarar verilmiş olması şartı aranır. Başka bir anlatımla, zarar tehdidinin ya da tehlikesinin olması yetmez; fiilen zararın gerçekleşmiş olması gerekir. *Lex Aquilia*'ya dayanılarak, doğrudan açılan davada sorumluluğun söz konusu olabilmesi için zararın fiziksel bir hareket sonucunda -bedenden bedene (*corpore corpori*)- meydana gelmiş olması gerekmektedir. Zarar veren bizzat kendi bedeni ile zarara neden olmuşsa doğrudan *actio Legis Aquiliae*'den sorumlu olur. Bu unsurun eksikliği halinde zarar veren, *praetor* tarafından yaratılan *actio utilis* ya da *actio in factum*'dan sorumlu olacaktır<sup>11</sup>. Klasik Dönemdeki en büyük gelişme, *Lex Aquilia*'da düzenlenen haksız fiilden sorumluluk bakımından, *praetor*'ların ölümüne neden olma veya zarar

---

<sup>10</sup> “*Damnum*” ibaresi taksim etmek, paylaşmak anlamına gelen “*da*” kökünden gelmekte ve belki de vermek, tahsis etmek, neden olmak vs. anlamlarına gelen “*do, dare*” sözcüğünün daha eski biçimini oluşturmaktadır: *Daube D.: On the Use of the Term Damnum*, Studi in Onore di Siro Solazzi, Napoli 1948, s. 3.

<sup>11</sup> Gai. Ins. 3. 219.

nedenini hazırlama durumlarında *actio utilis* ya da *actio in factum* tanımak suretiyle zararın “*corpore corpori*” verilmiş olması koşulunu genişletmiş olmalarıdır<sup>12</sup>. Bu koşulu tamamlayan diğer unsur ise iniuria yani hukuka aykırılıktır<sup>13-14</sup>. Zararın hukuka aykırı olarak verilmiş olması, yani *damnum iniuria datum*<sup>15</sup> ile *Lex Aquilia* kapsamındaki haksız fiilden sorumluluk için gerekli olan temel unsurlar tamamlanmış olur. *Culpa* yani kusur kavramının bu sorumluluktaki yeri ise Roma Hukuku doktrinde tartışmalara neden olmuş önemli bir sorundur.

Çalışmamızda öncelikle *culpa* ile *iniuria* kavramları birlikte incelenecek ve Romalı Hukukçuların bu iki kavramı kullanış şekilleri bakımından bir değerlendirme yapılarak, *culpa* yani kusurun *Lex Aquilia* kapsamındaki haksız fiilden sorumluluk bakımından bir unsur olarak tanınıp tanınmadığı anlaşılmaya çalışılacaktır. Ardından *culpa* yani kusur

<sup>12</sup> Erişgin Söğütü, s. 21; Erişgin Söğütü - Karakaş, s. 163-164.

<sup>13</sup> D.9.2.3 (Ulpianus 18 ad ed.): “*Si servus servave iniuria occisus fuerit, Lex Aquilia locum habet. iniuria occisum esse merito adicitur: non enim sufficit occisum, sed oportet iniuria id esse factum.*” (Eğer bir köle hukuka aykırı (*iniuria*) olarak öldürülmüşse *Lex Aquilia* uygulama alanı bulur. Öldürmenin hukuka aykırı olması gerektiği haklı olarak eklenir. Nitekim öldürme yalnız başına yeterli değildir; hukuka aykırı olarak yapılmış olması gerekir). *Ulpianus*'un bu metninde *iniuria*, *Lex Aquilia* kapsamındaki haksız fiil bakımından olmazsa olmaz (*sine qua non*) bir unsur olarak belirtilmiştir. Zira tek başına kölenin öldürülmesi eylemi yeterli görülmemiş, bu eylemin hukuka aykırı olması halinde *Lex Aquilia* kapsamında sorumluluğun söz konusu olacağına değinilmiştir.

<sup>14</sup> D.9.2.52.pr.(Alfenus 2 dig.): “*Si ex plagis servus mortuus esset neque id medici inscientia aut domini neglegentia accidisset, recte de iniuria occiso eo agitur.*” (Eğer bir köle yaralarından öldüyse, sahibinin dikkatsizliği ve doktorun bilgisizliği gibi rol oynayan başka etken olmasa da, dava açılacaktır çünkü hukuka aykırı olarak öldürülmüştür). Ancak MacCormak, *Alfenus*'un bu metindeki görüşünden hareketle, *Lex Aquilia* kapsamındaki sorumluluk koşulları bakımından bir şey yapmak zorunda olan için dikkatsizliğin ve becerisini göstermek durumunda olan için bilgisizliğin kusur yönünden değerlendirilmesinin zeminini hazırladığı görüşündedir: *MacCormak, G: Aquilian Studies, SDHI 41, 1975 s. 46.*

<sup>15</sup> Kelly'e göre *Lex Aquilia*, *iniuria* ve *damnum iniuria datum* arasındaki ayrımın başlangıç noktasıdır. Ekonomik kayba neden olan haksız fiiller *Lex Aquilia de damno iniuria* ile cezalandırılmaya başlanmıştır. Ancak *damnum iniuria datum* şeklindeki adlandırma daha geç bir dönemde Post-Klasik Hukukçular tarafından kullanılmıştır: *Kelly J.M.: The Meaning of the Lex Aquilia, LQR, Vol. 80, London 1964, s. 83.*

kavramının kapsamı ve sorumluluk bakımından değerlendirilmesi yapılarak, genel çerçevesi çizilmeye çalışılacaktır.

## **II- Lex Aquilia Kapsamındaki Haksız Fiilden Sorumluluk Bakımından Iniuria (Hukuka Aykırılık) ve Culpa (Kusur) İlişkisi**

*Lex Aquilia*'nın birinci ve üçüncü bölümünde, *damnum iniuria datum* yani hukuka aykırı olarak verilmiş olan zarar nedeniyle sorumluluktan söz edilmektedir. Yukarıda alıntı yapmış olduğumuz *Lex Aquilia*'nın birinci bölümüne ilişkin Gai.Ins.3.210 ve D.9.2.2.pr.'daki metinlerden, bu bölümdeki düzenlemenin aşağıdaki şekilde olduğu varsayılmaktadır:

*“Ut qui servum servamve alienum alienamve quadrupedem vel pecudem iniuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino damnas esto”<sup>16</sup>*

“Eğer bir kimse bir başkasının erkek ya da kadın kölesini veya dört ayaklı bir sürü hayvanını hukuka aykırı olarak öldürürse, malın o yıl içindeki en yüksek değerini malike vermeye mahkum olsun”.

Üçüncü bölümüne ilişkin Gai.Ins.3.217 ve D.9.2.27.5'deki metinlerden, *Lex Aquilia*'nın üçüncü bölümündeki düzenlemenin ise aşağıdaki şekilde olduğu varsayılmaktadır:

*“Ceterarum rerum praeter hominem et pecudem occisos si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria, quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto”<sup>17</sup>*

---

<sup>16</sup> Cursi'ye göre bu metin, “*si quis servum servumve alienum alienumve quadrupedemve pecudem alienam iniuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare ero damnas esto*” şeklindedir: Cursi, Cum Damno, s. 180.

<sup>17</sup> Cursi bu metni, “*ceterarum rerum praeter hominem et pecudem occisos si quis alterum damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria, quanti ea res fu(er)it in diebus*

“Köle ya da sürü hayvanının öldürülmesi hariç diğer zararlarla ilgili olarak, eğer birisi bir başkasına <herhangi bir eşyasını> hukuka aykırı olarak yakmak, kırmak veya parçalamak suretiyle zarar verirse, eşyanın son 30 gün içindeki değerini malike vermeye mahkûm olsun”.

Bu metinlerin de yol göstermesi ile *damnum iniuria datum* haksız fiilin düzenlendiği *Lex Aquilia*'nın birinci ve üçüncü bölümünde, failin ruhsal durumu ya da ihmali ya da kusurlu davranışı ile ilgili açık bir düzenleme<sup>18</sup> bulunmadığı anlaşılmaktadır<sup>19</sup>.

Ancak *Digesta*'nın kimi metinlerinde “*iniuria datum*” yani hukuka aykırı olarak verilen ibaresinin yerine “*culpa datum*” yani “kusurla verilen” ibarelerinin kullanılmış olduğu görülmektedir. Bu durum *Lex Aquilia* kapsamındaki haksız fiilden sorumluluk bakımından *culpa* yani kusur kavramının, Klasik Dönem Hukukçuları tarafından haksız fiilin ayrı bir unsuru olarak kabul edildiği fikrini ortaya çıkarmaktadır<sup>20-21</sup>. Bazı

*triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto*” şeklinde yeniden oluşturmaktadır: *Cursi, Cum Damno*, s. 207-208.

<sup>18</sup> *Corpus Iuris Civilis*' de *culpa* 'ya yapılan atıfların *interpolatio* görmüş olduğunu savunan görüşe göre, Klasik Hukukçular daha çok dava *formula* 'ları ile ilgilenmiş ve sorumluluk bakımından *culpa* 'dan pek söz etmemişler; ancak *culpa* 'nın varlığını varsaymışlardır: Oğuz, A.: Roma ve Çağdaş Türk Hukukunda Kusur Sorumluluğu, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 1989, s. 80.

<sup>19</sup> Ancak bu durum, failin psikolojik durumunun sorumluluk bakımından bütünüyle ilgisiz olduğu anlamına gelmemektedir: *Ibbetson, David: Wrongs and Responsibility in Pre-Roman Law, The Journal of Legal History*, 2004, s. 114; *Lex Aquilia* kapsamındaki sorumluluk bazı olguların meydana gelmesine bağlanmıştır yani duruma bağlıdır. Bu olguların neler olduğu ise rastlantısal bir biçimde belirlenmemiştir. Ancak bu olgular doğal olarak kasıtlı davranış sonucu meydana gelmektedir: *Descheemaeker, E.: The Roman Division of Wrongs: A New Hypothesis, Roman Legal Tradition* 5, 2009, s. 17.

<sup>20</sup> Talamanca'ya göre *Lex Aquilia* 'dan kaynaklanan sorumluluk *dolus* ve *culpa* yani kasıt ve ihmale bağlı subjektif bir sorumluluktur: *Talamanca M.: Istituzioni di Diritto Romano*, Milano 1990, s. 627; Zimmermann da *Lex Aquilia* 'da düzenlenen haksız fiil bakımından sorumluluğun *culpa* yani kusura dayandığı görüşündedir: *Zimmermann, R.: The Law of Obligations: Roman Foundations of Civilian Tradition*, Cape Town 1992, s.1004; Koschaker-Ayiter'e göre Kanunun hukuka aykırı olarak mala verilen zarardan bahsetmesi, hukukçuların fiilin kusurlu (*dolus* ve *culpa*) olması fikrine yönelmesine neden olmuş ve *actio Legis Aquiliae* 'de *culpa* kavramı işlenmiştir. Ancak sorumluluk için *culpa in faciendo* (zarar verenin bir şeyi yapması gibi olumlu bir hareketine dayanan

*Digesta* metinlerinde ise *culpa* yani kusur kavramının, *iniuria* yani hukuka aykırılık kapsamında ele alınmış olması Klasik Hukukçuların her iki kavramı bir arada değerlendirdiği ve iki kavram arasında bir ayırım yapmadığı düşüncesine neden olmaktadır<sup>22</sup>. Ancak Romalı hukukçuların tanımlamalardan uzak durması<sup>23</sup> ve *Digesta* metinlerinin *interpolatio*<sup>24</sup>, ya uğramış olması şüphesi nedeniyle kesin bir çıkarım yapmak oldukça güçtür.

D.47.10.1.pr. (Ulpianus 56 ad ed.)

“*Iniuria ex eo dicta est, quod non iure fiat: omne enim, quod non iure fit, iniuria fieri dicitur hoc generaliter. specialiter autem iniuria dicitur contumelia. interdum iniuriae appellatione damnum culpa datum significatur, ut in lege*

---

kusur) esas alınmaktaydı; yoksa *culpa in non faciendo* (zarar verenin bir şeyi yapmaması, örneğin engel olmaması gibi, olumsuz bir hareketine dayanan kusur) söz konusu değildi: *Koschaker -Ayiter*, s. 265.

<sup>21</sup> *Iniuria* kavramının *damnum* ile birlikte *Lex Aquilia* ile ortaya çıktığı; ancak *culpa* kavramının *Lex Aquilia*'dan 150 yıl sonra hukukçular tarafından ortaya koyulduğu kimi yazarlarca kabul edilmektedir. Bu yazarlara göre ilk olarak klasik öncesi dönemde *Quintus P. Mucius*'un eserlerinde *culpa* ile karşılaşılacaktır. Örneğin, D.9.2.39 ve D.9.2.31 (metinler aşağıda incelenmiştir: bkz. s. 17 vd. ve s. 18 vd.); *Pugsley D.*, On the Lex Aquilia and Culpa, *Tijdschrift Voor Rechtsgeschiedenis, The Legal History Review*, S.50, 1982, s. 11 [Lex Aquilia and Culpa]; *Jansen, N.*: Duties and Rights in Negligence: A Comparative and Historical Perspective on the European Law of Extracontractual Liability, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 24, No. 3, 2004, s. 448.

<sup>22</sup> Kimi yazarlarca, Klasik Dönemde *iniuria* ve *culpa* kavramlarının ayırt edilmediği hatta *culpa* kavramının *Iustinianus* döneminde kendine özgü bir kavram olarak benimsendiğini ileri sürmektedir: *Somer*, s. 21; *Oğuz*, s.79-80). Ancak Söğütlü Erişgin'e göre Klasik Öncesi ve Klasik Hukuk Döneminde *dolus*'un yanı sıra ihmalden de sorumluluk doğuracağı düşüncesi sorumluluk hukukuna girmiş ve bu sayede kasıttan ve ihmalden oluşan kusur kavramına doğru bir gelişim başlamıştır. Klasik Sonrası Hukuk Döneminde *culpa*'nın alt ayrımları yapılmış ve *culpa* teknik bir anlam kazanmıştır. *Iustinianus* zamanında ise kusur (*culpa*), nedensellik bağı ve hukuka aykırılık (*iniuria*) unsurları birbirinden ayrılmış ve kusur kavramının içeriği belirlenmiştir. *Iustinianus* Döneminde ayrıca kasıt (*dolus*), ağır ihmal (*culpa lata*) ve hafif ihmal (*culpa levis*) kavramları geliştirilmiştir: *Söğütlü Erişgin*, s.17-24.

<sup>23</sup> D.50.17.202. (Iavolenus 11 epist.)”*Omnis definitio in iure civili periculosa est: parum est enim, ut non subverti posset*” (Hukukta tüm tanımlamalar tehlikelidir; nitekim <tanımlamaların> dönüştürülebilmesi zordur).

<sup>24</sup> *Iustinianus*'un emriyle, *Corpus Iuris Civilis*'i derleyen hukukçuların, klasik hukuk metinlerini günün ihtiyaçlarına uyarlamak ve kanunlaştırmak amacıyla yapmış oldukları değişikliklerdir: *Umur*, Lügat, s. 95; *Gruppo Editoriale*, s. 260.

*aquilia dicere solemus: interdum iniquitatem iniuriam dicimus, nam cum quis inique vel iniuste sententiam dixit, iniuriam ex eo dictam, quod iure et iustitia caret, quasi non iuriam, contumeliam autem a contemnendo*<sup>25</sup>.”

D.47.10.1.pr. (Ulpianus 56 ad ed.)

Hukuka uygun yapılmayan her şeye, *iniuria* denir. O halde, hukuka aykırı olarak yapılan her şey *iniuria* olarak yapılmış demektir. Bu geneldir<sup>26</sup>. Özel olarak ise *iniuria*'ya *contumelia* denir. Bazen *iniuria* kelimesi ile *damnum culpa datum* kastedilir, *Lex Aquilia*'da söylendiği gibi. Bazen de bir kimse haksız ya da hukuka aykırı bir şekilde hüküm verdiğinde haksız deriz. <Burada> adalet ve hukuka uygun olmadığı için *iniuria* denir. Diğer yandan *contumelia* “aşağılamak, küçümsemek”ten türemiştir.

Alıntı yapmış olduğumuz *Ulpianus*'un bu metninde *iniuria*, genel olarak “hukuka uygun olmayan, hukuka aykırı olarak yapılan” biçiminde tanımlanmıştır. Metnin devamında *iniuria*'nın, özel olarak *contumelia*<sup>27</sup> haksız fiili anlamında kullanıldığı belirtilmiştir. *Ulpianus*, *Lex Aquilia* kapsamında ise *iniuria*'yı “*damnum culpa datum*” yani kusurla verilen

<sup>25</sup> Bu metinde “*omne enim*”, “*specialiter*” ve “*generaliter*” ibarelerinin sonradan eklendiği yönünde şüpheler vardır. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Schipani, S.*: Responsabilità “Ex Lege Aquilia” Criteri di Imputazione e Problema della “Culpa”, Torino 1969, s. 299, dipnot. 55.

<sup>26</sup> Çeviri aynen alıntı: *Söğütü Erişgin*, s. 16.

<sup>27</sup> Şeref ve haysiyete yapılan manevi tecavüz. Cumhuriyet döneminin sonlarından itibaren hem şeref ve haysiyete yapılan manevi tecavüz yani *contumelia* hem de kişinin vücut varlığına yapılan maddi tecavüz, *Ius Civile* tarafından tanınan *iniuria* haksız fiili kapsamında değerlendirilmekteydi: *Umur*, Lügat, s. 88; Kısmen yabancıların ve stoisyen düşüncenin etkisi ile Roma toplumuna giren *contumelia*, bir başkasına hakaret etmek, küçük görmektir. *Contumelia*'dan söz edebilmek için bir kimseye hakaret etme kastının bulunması gerekir (D.47.10.3.1). M.Ö. III. yy.'dan itibaren fiziki tecavüz (*iniuria*) ve hakaret (*contumelia*) birbirinden ayrılmıştır. *Contumelia*'nın etkisi ile *iniuria* suçu, manevi anlamda şahsiyete yapılan bütün tecavüzleri içeren bir suç haline gelmiştir: *Tahiroğlu B.*: Roma Hukukunda Iniuria, İstanbul 1969, s.121 vd. [Iniuria].

zarar biçiminde ifade etmiştir: “*interdum iniuriae appellatione damnum culpa datum significatur, ut in lege aquilia dicere solemus*”.

D.9.2.5.1.(Ulpianus 18 ad ed.)

“*Iniuriam autem hic accipere nos oportet non quemadmodum circa iniuriarum actionem contumeliam quandam, sed quod non iure factum est, hoc est contra ius, id est si culpa quis occiderit: et ideo interdum utraque actio concurrat et legis aquiliae et iniuriarum, sed duae erunt aestimationes, alia damni, alia contumeliae. igitur iniuriam hic damnum accipiemus culpa datum etiam ab eo, qui nocere noluit.*<sup>28</sup>”

D.9.2.5.1.(Ulpianus 18 ad ed.)

Burada *iniuria*’ yı *actio iniuriarum*’daki <şahsa karşı> bir çeşit hakaret (tecavüz) gibi anlamamak gerekir; öyle ki hukuka uygun olarak yapılmayandır, hukuka aykırı olandır yani birisi kusurla öldürdüyse. Bu yüzden bazen her iki davaya da başvurulur, hem *Lex Aquilia*’dan kaynaklanan davaya hem de *actio iniuriarum*’a; ancak <hâkim tarafından> davanın konusunun takdiri yapılacaktır; birisi zarar için, diğeri hakaret (tecavüz) için. Dolayısıyla burada *iniuria* ile zarar vermek istemese dahi bir kimsenin kusurla verdiği (*culpa datum*) zarar kast edilmektedir<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> Schipani, bu metnin “*et ideo-contumeliae*” kısmının metnin devamındaki konu ile doğrudan bağlantılı olmadığı; ancak davaların yarışması bakımından değerlendirilebileceği kanaatindedir. Fakat metnin sonundaki “*igitur*” kelimesi ile başlayan son cümlenin metne sonradan eklendiğine ilişkin şüpheler olsa da “*nocere noluit*” ibaresi ile bağlantı kurularak, bir sonraki paragrafta ortaya koyulan sorun ile ilgili bir açıklama olarak kabul edilebileceği kanaatindedir: *Schipani*, s. 298.

<sup>29</sup> Çeviri’de Somer’den yararlanılmıştır. *Somer*, s. 47. *Cursi*, bu metinde *iniuria*’nın aynı zamanda zararın meydana getirilmesindeki subjektif unsuru belirttiği ve o nedenle *damnum iniuria datum* ile *damnum culpa datum* ifadelerinin eş anlamlı olduğu görüşündedir. Yazara göre *Ulpianus*, zararın kusurla (*culpa*) ya da hukuka aykırı olarak (*iniuria*) meydana getirilmiş olması arasında bir ayrım yapmamaktadır. Zira psikolojik davranış, *culpa* yani kusura denk gelmekte; kusur ise hukuka aykırı (*iniuria*) zararı meydana getirmektedir: *Cursi*, Cum Damno, s. 94.



*Ulpianus*, bu metinde *Lex Aquilia* bakımından *iniuria*'nın, *actio iniuriarum*<sup>30</sup> kapsamındaki şahsa karşı tecavüz anlamında değerlendirilmemesi gerektiğini belirtmiştir<sup>31</sup>. Burada bir eylem, *non iure* yani hukuka uygun değilse ve *contra ius* yani hukuka aykırı ise *iniuria* olarak nitelendirilmiştir. Bu açıdan *Ulpianus*'un yukarıdaki iki metni arasında bir uyum vardır. *Lex Aquilia* bakımından *iniuria* ile ilgili olarak yapılan değerlendirmelere gelince; *Ulpianus* ilk metinde *Lex Aquilia* bakımından *iniuria* kavramını “*damnum culpa datum*” yani kusurla verilen zarar şeklinde tarif etmiştir. İkinci metinde ise, *iniuria* hukuka aykırı olan şekilde ifade edildikten sonra birisinin kusurla öldürülmesi *iniuria*'ya örnek olarak gösterilmiştir<sup>32</sup>. Metnin sonunda da zarar vermek istemeyenin kusurla verdiği zarar *iniuria* olarak nitelendirilmiştir: “*igitur iniuriam hic damnum accipiemus culpa datum etiam ab eo, qui nocere noluit*”.

*Ulpianus*'un bu konudaki değerlendirmesi oldukça ilginçtir. Zira her iki metnin başında da *iniuria* hukuka aykırılık olarak nitelendirilmişken, ardından *culpa* ile ilişkilendirilmiştir<sup>33</sup>. Birinci metinde

<sup>30</sup> Kişilik haklarının ihlali halinde, *praetor*'larca tanınmış olan ceza davası: *Umur*, Lügat, s. 8; *Gruppo Editoriale*, s. 28.

<sup>31</sup> Pugsley, *damnum iniuria datum*, ve *iniuria*'nın birbiri ile bağlantılı olduğunu ve benzer haksız fiili kapsadığını ileri sürmektedir: *Pugsley D.*: Damni Iniuria, *Tijdschrift Voor Rechtsgeschiedenis, The Legal History Review*, s.36, 1968, s. 376 ve s.386. Ancak *Cursi*'ye göre *Ulpianus*, bu metinde net bir şekilde *actio iniuriarum* ve *Lex Aquilia* kapsamındaki *iniuria* kavramlarını birbirinden ayırmaktadır. Birincisinde *contumelia* kastedilmektedir, ikincisinde ise hukukçu hukuka aykırılık ve *culpa* –burada kusur olarak anlaşılmalıdır- arasında gidip gelmektedir: *Cursi M.F.*: *Damnum e Iniuria nella Collatio, Crimina e Delicta Nel Tardo Antico*, Milano 2003, s. 62-63.

<sup>32</sup> *Corbino*'ya göre, bu metinde *iniuria*'nın *culpa*'nın varlığına bağlı olduğu şeklinde bir çıkarım yapmak oldukça güçtür: *Corbino A.*: *Il Danno Qualificato e la Lex Aquilia*, Catania 2003, s. 173. Ancak *Schulz*'a göre *iniuria*, hukuka aykırılık anlamında kullanılmakla birlikte hem kasit hem de ihmal bakımından *culpa* kavramını da içermektedir. *Schulz*, s. 588. *Cursi*'ye göre ise burada “*si culpa quis occiderit*” ile kusurlu davranış ifade edilmektedir. Burada “*id est*”(yani) ibaresi kullanılarak, “*quod non iure factum est, hoc est contra ius*” şeklinde hukuka aykırı davranış ifade eden önceki cümle ile kusurlu davranış ifade eden “*si culpa quis occiderit*” cümlesi arasında bağlantı sağlanmıştır: *Cursi*, *Cum Damno*, s. 31-32.

<sup>33</sup> *Cursi*, *Cum Damno*, s. 32.

*Lex Aquilia*'daki *iniuria*'nın "*damnum culpa datum*" yani kusurla verilen zarar anlamında kullanıldığı ifade edilmiştir. İkinci metinde ise kusurla öldürme *iniuria*'ya örnek gösterilmiştir. Metnin devamında bir kimsenin zarar vermek istemese dahi kusurla verdiği zarar, *iniuria* olarak değerlendirilmiştir. Bu da iniuria-hukuka aykırılığın, kusuru kapsayan bir üst kavram olarak değerlendirildiği fikrini akla getirmektedir<sup>34</sup>.

D.47.10.15.46 (Ulpianus 77 ad ed.)

"*Si quis servo verberato iniuriarum egerit, deinde postea damni iniuriae agat, Labeo scribit eandem rem non esse, quia altera actio ad damnum pertineret culpa datum, altera ad contumeliam.*"

D.47.10.15.46 (Ulpianus 77 ad ed.)

Eğer efendi kölesinin kırbaçla dövüldüğünden bahisle, *actio iniuriarum* ve ardından hukuka aykırı zarar için dava açarsa; *Labeo*, iki davanın konusunun aynı olmadığını, ikinci davanın kusurla verilen zararlar ilgili olduğunu, önceki davanın şeref ve haysiyete yapılan tecavüzler için olduğunu söyler.

Bu metinde de yine *iniuria* haksız fiili ile *damnum iniuria datum* haksız filli arasında bir karşılaştırma yapıldığı göze çarpmaktadır. *Labeo*, bu iki haksız fiil nedeniyle açılacak davaların farklı olduğunu vurgulamaktadır. Bunu yaparken dikkat çeken husus, kölenin kırbaçlanması olayı ile ilgili olarak mala verilen zarar (*damnum iniuria datum*) nedeniyle açılacak olan davanın<sup>35</sup> kusurla verilen zarar (*culpa*

---

<sup>34</sup> Söğütü Erişgin, s. 20.

<sup>35</sup> Gai. Ins. 4.9; Ius. Inst. 4.6.19. *Actio Legis Aquiliae*: Klasik Dönemde bu davanın daha çok *poenalis* yani ceza davası özelliklerini taşıdığı; ancak *Iustinianus* Döneminde *mixta* yani karma dava olduğu kabul edilmektedir: *Somer*, s. 82. Corbino'ya göre Klasik Dönemde de söz konusu dava ne tam olarak *poenalis* (ceza) ne de tam olarak *rei persecutio* (tazminat) olarak nitelendirilmektedir. Zira bu dava ile zarar görenin zararının tazmini olanağı gündeme gelmektedir. Burada daha önceden olduğu gibi belirli ve sabit bir ceza (*poena*) öngörülmemekte; ancak basit bir tazminat da söz konusu olmamaktadır. Yalnız *infitiatio* yani inkar durumunda, zarar veren failin *duplum*-talep edilen para

*datum*<sup>36</sup>) sonucunda açılabilir<sup>37</sup>. Kölenin kırbaçlanması<sup>38</sup> nedeniyle şeref ve haysiyete yapılan manevi tecavüz (*contumelia*) gerekçesiyle ise *actio iniuriarum* açılacaktır<sup>39</sup>.

*Ulpianus*, D.9.2.5.1'deki metinde *Lex Aquilia* kapsamında *iniura*'yı (hukuka aykırılık) açıklarken, bu kavramın *iniuria* haksız

miktارının iki katına- mahkum edilmesi söz konusu olmaktadır. (D.9.2.2.1); *Corbino*, s. 45. Pugsley'e göre de tam olarak davanın ceza davası olduğuna dair bir değerlendirme yapmak güçtür. Davalının yalnızca zarardan değil fazlasından sorumlu tutulması nedeniyle ceza davası olduğu düşünülebilir: Pugsley, *Lex Aquilia* and *Culpa*, s. 2. Albenese ise *infilitatio*-inkar durumunda- *poena* ve *res* bir arada bulunduğundan bu davanın hem tazminat davası hem de ceza davası özellikleri taşıdığını savunmaktadır: *Albanese B.*: Cenni sullo Svolgimento Storico dell'Illecito Privato in Roma, *Synteleia Vincenzo Arangio-Ruiz*, Napoli 1964, s. 118. Ancak D.9.2.23.8'de *Ulpianus*'un bu davanın zarar görenin mirasçıları ve diğer haleflerine de verilebileceği; fakat karşı tarafın mirasçıları ya da diğer haleflerine karşı iler sürülemediği çünkü ceza davası (*cum sit poenalis*) olduğu ifadelerini içeren metni ile karşılaşıyoruz.

<sup>36</sup> Schipani'ye göre *culpa datum* ibaresi *interpolatio* değildir. Yazara göre bu metnin alıntı yapıldığı *Basilica* 60.21.14'deki metinde "*culpa datum*" ibaresinin bulunmaması, bu ibarenin *Corpus Iuris Civilis*'i derleyenler tarafından D.47.10.15.46'daki metne eklenmediği yönünde önemli bir delil olarak kabul edilebilir: *Schipani*, s. 218.

<sup>37</sup> Pugsley'e göre eğer *iniuria*'dan bahsediliyorsa *actio Legis Aquiliae* kapsamında sorumluluk söz konusu olmaktadır; ancak eğer *culpa*'dan bahsediliyorsa o takdirde *actio utilis* ya da *actio in factum* kapsamında sorumluluk söz konusu olmaktadır. Bu tezine kaynak olarak gösterdiği D. 9.2.31, D. 9.2.39. pr., D.9.2.30.3, D.9.2.8. pr.'de yer alan metinler ve *Collatio* ile yaptığı karşılaştırma neticesinde yazar, ne zaman ki *culpa reus est* ifadeleri kullanılıyorsa *actio Legis Aquiliae* kapsamında sorumluluktan bahsedilmediği, *praetor* davaları kapsamında sorumluluktan bahsedildiği sonucuna ulaşmaktadır: *Pugsley D., Lex Aquilia* and *Culpa*, s. 12.

<sup>38</sup> Başlangıçta sadece özgür kimselere karşı *iniura* haksız fiilinin işlenebileceği kabul edilmekteyken, *praetor* beyannamesi ile kölenin maruz kaldığı ağır *iniura* haksız fiili nedeniyle efendisinin isterse kendi adına isterse köle namına *iniura* davası açabileceği kabul edilmişti. Beyannamede bir ayrıma gidilmekteydi. Buna göre sahibinin rızası olmadan bir başkasının kölesini kırbaçlayan veya işkence yapan kimseye karşı efendi *iniuria* davası açabilirdi: *Tahiroğlu, Iniuria*, s. 205-206; D.47.10.15.34, D. 47.10.15.43.

<sup>39</sup> Cursi, D.47.10.50.1'deki metnin de incelenmesi sonucunda *verberatio* yani kırbaçlamanın bir çeşit *ruptio* yani genel anlamda tahrir etme kapsamında olduğu görüşündedir. Ancak D.47.10.15.46'daki metinde *actio Legis Aquiliae* ve *actio iniuriarum*'un birlikte değerlendirilmesinin nedenleri farklıdır. Yazara göre *verberatio* yani kırbaçlama eylemi nedeniyle köleye yani *res*'e zarar verilmiş olması nedeniyle *actio Legis Aquiliae* söz konusu olmaktadır. Ancak *verberatio* eylemi nedeniyle kölenin efendisinin onuru zedelenmekte ve bu suretle *contumelia* haksız fiili dolayısıyla *actio iniuriarum* söz konusu olmaktadır: *Cursi, Cum Damno*, s. 121 vd.

fiilinden farklı bir biçimde anlaşılması gerektiğini belirtmiş; ancak *iniuira* (hukuka aykırılık) kavramını zarar verenin kusurla verdiği zarar olarak nitelendirerek, kusur ile ilişkilendirmiştir. D. 47.10.1.pr.'da *Ulpianus*, *iniuria*'yı genel olarak "hukuka aykırılık" olarak tanımladıktan sonra, özel olarak kişilik hakkının ihlali yani *iniuria* haksız fiili anlamında kullanıldığını ifade etmiştir. Ancak daha sonra, *Lex Aquilia* bakımından *iniuria* kavramının "*damnum culpa datum*" yani kusurla verilen zarar için kullanıldığını belirtmiştir. D.47.10.15.46'daki metinde ise *Ulpianus*, bu kez *Labeo*'nun görüşüne yer vermektedir. *Labeo* kölenin kırbaçlanması üzerine efendinin, şeref ve haysiyete tecavüz (*contumelia*) nedeniyle *actio iniuriarum* talep edebileceğini belirttikten sonra, efendinin hukuka aykırı zarar (*damni iniuriae*) nedeniyle de dava açabileceğini; ancak bu davanın kusurla verilen (*culpa datum*) zarar halinde söz konusu olabileceğini ifade etmektedir<sup>40</sup>. *Ulpianus*, D.9.2.5.1'de kusur (*culpa*) kavramını hukuka aykırılık (*iniuira*) ile birlikte ele almıştır. Her ne kadar D.47.10.1.pr.'da *Ulpianus*, *Lex Aquilia*'da *iniuria* ile "*damnum culpa datum*" yani kusurla verilen zararın kastedildiğini belirtmiş olsa da D.47.10.15.46'daki *Labeo*'nun ifadeleri ile *Ulpianus*'un ifadeleri arasında fark vardır. *Labeo*, kusuru mala verilen zarar (*damnum iniuira datum*) haksız fiilinin bir unsuru olarak ele almaktadır<sup>41</sup>. *Ulpianus* ise *Lex Aquilia* bakımından

<sup>40</sup> D.44.7.34. pr. (Paulus I.S. de concurr. act.) "*Qui servum alienum iniuriose verberat, ex uno facto incidit et in aquiliam et in actionem iniuriarum: iniuria enim ex affectu fit, damnum ex culpa et ideo possunt utraeque competere....*". Bu metinde de *Paulus* kölenin *iniuriose* yani hukuka aykırı olarak, kırbaçla dövülmesine ilişkin yaptığı değerlendirmesinde; buradaki tek eylem nedeniyle hem *actio iniuriam* hem de *actio Legis Aquiliae*'nin söz konusu olacağını belirtmektedir. Hukukçuya göre *iniuria* haksız fiilinden bahsedebilmek için eylemin, *ex affectu* yani isteyerek işlenmiş olması gerekmektedir. Hukuka aykırı verilen zarardan bahsedebilmek için ise eylemin *ex culpa* yani kusurla işlenmiş olması gerekmektedir. *Cursi*, *ex affectu* ibaresini *animus iniuriandi* yani şahsa karşı tecavüz haksız fiilini kasıtlı olarak yapmak şeklinde değerlendirmektedir. Metinde geçen *ex culpa* ibaresini ise kasıt ve ihmali de kapsayacak şekilde anlamak gerektiği görüşündedir. Zira yazara göre her iki haksız fiilden de bahsedebilmek için zarara sebep olan eylem kasıtlı işlenmelidir: *Cursi*, *Cum Damno*, s.124-125.

<sup>41</sup> *Cursi*, *Lex Aquilia* kapsamındaki haksız fiil dolayısıyla ele alınan hukuka aykırılık (*iniuira*) kavramının *Labeo* tarafından da kusur (*culpa*) biçiminde anlaşıldığı, o nedenle de subjektif bir niteliği olduğu görüşündedir. *Cursi* *Cum Damno*, s. 98.

*iniuria* ile “*damnum culpa datum*”<sup>42</sup> yani kusurla verilen zararın kastedildiğini belirterek, *iniuria*'yı sanki *Lex Aquilia* kapsamında kusurla zarar veren davranış olarak değerlendirmektedir.

Gai. Ins. 3.211.

“*Iniuria autem occidere intellegitur, cuius dolo aut culpa id acciderit, nec ulla alia lege damnum, quod sine iniuria datur, reprehenditur; itaque inpunitus est, qui sine culpa et dolo malo casu quodam damnum committit.*”

Gai. Ins. 3.211.

Hukuka aykırı öldürme, kasıt ya da ihmalle meydana gelmişse söz konusudur; yoksa hukuka aykırılık olmadan verilen zarar hiçbir yasada yaptırım altına alınmamıştır. Öyle ki; kasıt ya da ihmâl olmaksızın kazayla zarar veren herhangi biri cezasız kalmıştır<sup>43</sup>.

Bu metinde *Gaius*, kasıt ve ihmâl olmadan bir kimsenin öldürülmesinin hukuka aykırı (*iniuria*) biçimde öldürme olarak kabul edilmeyeceğini belirtmektedir. Hukukçu ardından hukuka aykırılık

<sup>42</sup> Burada *damnum ve culpa datum*, “*interdum iniuriae appellatione*”’yi nitelemek amacıyla kullanılmıştır. Şöyle ki; *iniuria* hukuka aykırılık olarak açıklanmış ve “*damnum dare*” ile başkasının kölesinin öldürülmesi gibi somut bir biçimde ifade edilmiştir. *Culpa* ise *dare* ile birlikte davranışı belirtecek şekilde kullanılmıştır: *Schipani*, s. 300.

<sup>43</sup> Ibbetson, *Gaius*'un sorumluluğu *dolus, culpa ve casus* açısından üçü için de, ele aldığı görüşündedir: *Ibbetson*, s.114; *Schipani*'ye göre de *Gaius*'un bu metindeki üç cümle ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Yazara göre birinci cümlede *Lex Aquilia* kapsamındaki haksız fiilden sorumluluk bakımından kullanılmakta olan bir kural yorumlanmaktadır. Buna göre kasıtlı bir davranış ya da ihmâl (*dolo aut culpa*) hukuka uygun değildir. İkinci cümlede bir eylemin yaptırım altına alınabilmesi için hukuka aykırı olması gerektiği ifade edilmekte ve bir nevi *argumenta* (akıl yürütme) yapılmaktadır. Üçüncü cümlede ise nedensellik bağı bakımından birden fazla etkenin söz konusu olduğu hallerde sorumluluğun kime atfedileceği durumu değerlendirilmektedir. *Schipani*, *Gaius*'un eğitsel bir amaç güderek, soyut ölçütler getirerek somut olaylara çözüm aramak istediği ve metinde söz konusu olan haksız fiilden bir kimsenin sorumlu olup olmadığının *culpa* kavramı ile bağlantılı bir biçimde ele alındığı görüşündedir: *Schipani*, s. 250 vd.

olmadan verilen zararın hiçbir yasa tarafından yaptırım altına alınmadığını ifade etmektedir. Metindeki son değerlendirmeye göre ise kasıt ya da ihmal olmaksızın, kazayla bir zarara neden olunmuşsa yaptırım söz konusu olmamaktadır<sup>44</sup>.

*Gaius*, hukuka aykırılık olmadan yaptırım olmaz şeklindeki ifadesi ile hukuka aykırılığı yaptırım uygulanabilmesi için temel unsur olarak kabul etmiştir. Kasıt ve ihmal ise hukuka aykırı davranışı nitelendirmektedir<sup>45</sup>. *Gaius*, kaza ile kusurlu davranışı da birbirinden ayırmıştır. Şayet kaza ile bir eylem gerçekleştirilmişse yaptırım söz konusu olmamaktadır. Ancak kasıt ve ihmal söz konusu ise yani kişi kusurlu davranışı ile eylemi gerçekleştirmiş ise sorumluluk söz konusu olmaktadır. Elimize ulaşan

<sup>44</sup> Cic. *Rhetoric ad Herennium*, 2.16.24: “*Si autem imprudentia reus se peccasse dicet, primum quaeretur, utrum potuerit nescire an non potuerit; deinde, utrum data sit opera, ut sciretur, an non; deinde, utrum casu nescierit an culpa. Nam qui se propter vinum aut amorem aut iracundiam figisse rationem dicet, is animi vitio videbitur nescissem non imprudentia; quare non imprudentia se defendet, sed culpa contaminabit*” (Eğer davalı bilgisizliği yüzünden hataya düşmüş olduğunu söylerse, ilk soru şu olacaktır: Kendisi haberdar edilebilmiş ya da haberdar edilememiş midir? Sonra, kendisi bilgilenecek için çaba harcamış mı harcamamış mıdır? Ardından, onun bilgisizliği kaza (*casus*) ya da kendi kusuru (*culpa*) olarak nitelendirilebilir mi? Şarap ya da aşk ya da öfke yüzünden mantıksız hale gelmiş olduğunu ifade eden bir kimse, <bu hallerde> bilgisizlikten ziyade karakterinde oluşan bozukluktan dolayı kavrama yeteneğinden yoksun gibi görünecektir, dolayısıyla bilgisizliğe dayanarak kendisini aklamayacaktır; ancak kusuru ile kendisini lekeleyecektir). *Cicero*’dan alıntı yapmış olduğumuz bu metin, Cumhuriyet Dönemi sonundaki retorik metinlerde sorumluluk kavramının ele alındığını göstermektedir. *Cicero*, bir kimsenin kendisine yöneltilen suçlamayı bilmediği, bilebilmek için her yolu deneyip denemediği ve bu kimsenin bilgisizliğinin kaza ya da kendi kusur olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğini ele almaktadır. *Cicero*’ya göre eğer şarap, aşk ya da öfke gibi bir etkene dayanılıyorsa bu durum bilgisizliğin kaynağı olamaz. Kişinin kavrama yeteneğini etkileyen ve karakterinde bozukluğa neden olan bu durum ancak kusur yani *culpa* olarak kabul edilebilir. *Gaius*’un metninde de *Cicero*’nun metninde ki gibi zarara neden olan eylem kaza (*casus*) ve kusur (*culpa*) kavramları açısından değerlendirilmiş ve benzer terminoloji kullanılmıştır: *Ibbetson*, s. 114.

<sup>45</sup> Zimmermann, *Lex Aquilia*’da bahsi geçen haksız fiilden sorumluluğun kusur temelinde bir sorumluluk olduğu ve gerek *Gaius*’un söz konusu metninden gerekse D.9.2.5.1.’deki *Ulpianus*’un metninden hareketle, *damnum iniuria datum* yani hukuka aykırı verilen zararın *damnum culpa datum* yani kusurla verilen zararı da kapsamaya başladığı görüşündedir: *Zimmermann*, s. 1004. *Schipani*’ye göre ise burada *Gaius*, *iniuria* ile *culpa* ve *dolus* arasında bağlantı kurmakta ve üstü kapalı bir şekilde *iniuria* ile ilgili değerlendirmesine bu kavramları da dahil etmektedir: *Schipani*, s. 253-254.

kaynaklardan en yalın ve saf kaynak olduğuna inanılan *Gaius*'un *Institutiones*'inde yer alan bu değerlendirme, o dönemde *iniuria* ve *culpa*'ya ilişkin kavramsal bir ayırım yapılmadığını göstermektedir.

### III- Kusur Anlamında “Culpa”

Roma Hukuku metinlerinde culpa hem kusur anlamında hem de ihmal anlamında karşımıza çıkmaktadır<sup>46</sup>. Yukarıda kusur anlamında culpa kavramının, *iniuria* yani hukuka aykırılıkla birlikte değerlendirildiğine ilişkin metinler incelenmiştir. Kusur anlamında culpa kavramının *iniuria*'dan bağımsız bir biçimde ele alındığı metinlerin incelenmesiyle ise culpa yani kusurun, *Lex Aquilia* kapsamındaki haksız fiilin bir unsuru olarak değerlendirilip değerlendirilmediği hususu anlaşılacaktır.

#### D.9.2.5.2 (Ulpianus 18 ad ed.)

*“Et ideo quaerimus, si furiosus damnum dederit, an legis aquiliae actio sit? et Pegasus negavit: quae enim in eo culpa sit, cum suae mentis non sit? et hoc est verissimum. cessabit igitur aquiliae actio, quemadmodum, si quadrupes damnum dederit, aquilia cessat, aut si tegula ceciderit. sed et si infans damnum dederit, idem erit dicendum. quodsi impubes id fecerit, labeo ait, quia furti tenetur, teneri et aquilia eum: et hoc puto verum, si sit iam iniuriae capax.”*

#### D.9.2.5.2 (Ulpianus 18 ad ed.)

Ve bu nedenle eğer akıl hastası zarar verirse *Lex Aquilia*'dan kaynaklanan davanın uygulama alanı bulup bulmayacağı sorunu ortaya çıkar. *Pegasus* bunu reddeder: akıl sağlığı yerinde olmayan birine hangi kusur isnat edilir? Bu görüş son derece doğrudur. *Lex Aquilia*'dan kaynaklanan dava uygulama alanı bulmayacaktır, sanki zarara dört ayaklı bir hayvan ya da damdan düşen bir kiremit neden olmuş gibi. Eğer bir infans

<sup>46</sup> *Umur*, Lügat, s. 51.

zarar vermişse de aynı şey söylenecektir. Peki, bir *impubes* söz konusu ise, *Labeo* hırsızlıktan sorumlu olduğu gibi *Lex Aquilia*'dan kaynaklanan davadan da sorumlu olacağını söyler; eğer hukuka aykırılığı kavramaya ehil ise bu kanı doğrudur<sup>47</sup>.

Bu metinde *Ulpianus*, *Pegasus*'un görüşüne yer vermektedir. Buna göre akıl hastası tarafından zarar meydana getirilmişse, sorumluluk söz konusu olacak mıdır sorusuna *Pegasus*, akıl hastasına kusur isnat edilemeyeceğinden, ona karşı *actio Legis Aquiliae* açılmayacağı yanıtını vermektedir. *Pegasus*, benzer şekilde dört ayaklı bir hayvana ve *infans*<sup>48</sup>'a da kusur isnat edilemeyeceğini belirtmektedir. Ancak *impubes*<sup>49</sup> söz konusu ise *Labeo*, *impubes*'in hırsızlıktan sorumlu olduğu gibi, *Lex Aquilia*'dan kaynaklanan davadan da sorumlu olacağını belirtmektedir. *Ulpianus*, şayet *impubes* hukuka aykırılığı kavramaya ehil ise sorumlu tutulacağını söylemekte ve bu değerlendirmenin ardından kişinin yaptığı eylemin hukuka aykırılığını anlayabilecek bilinç düzeyinde ise eyleminden sorumlu tutulacağı sonucuna ulaşmaktadır<sup>50-51</sup>.

<sup>47</sup> Çeviri'de Somer'den yararlanılmıştır. Somer, s. 46.

<sup>48</sup> Cumhuriyet Dönemi ve Klasik Dönemde, henüz konuşmadığı için fiil ehliyetinden tamamen yoksun çocuk. *Iustinianus* Döneminde ise 0-7 yaş arası tam ehliyetsiz küçük: *Umur*, Lügat, s. 86.

<sup>49</sup> Ergenlik çağına ulaşmamış 7-14 yaş arası küçük: *Umur*, Lügat, s. 84.

<sup>50</sup> Roma Hukukunda hayvanlar, akıl hastaları ve küçükler (*infantia*) yaptıkları eylemin bilincinde olmadıklarından, hukuka aykırı eylemlerinden kendileri sorumlu tutulmuyorlardı. Ancak onları gözetmekle yükümlü olan kişilerin sorumluluğu söz konusu oluyordu: *Jhering R.V.* (Çev. *Fusillo, F.*) : *Il Momento della Colpa Nel Diritto Privato Romano*, Napoli 1990, s. 39-40. Roma Hukukunda sorumluluk için kusurun varlığı aranan durumlarda, yaptığı eylemin sonuçlarının bilincinde olma kriterinin varlığı araştırılıyordu. Roma'da yedi yaşından küçükler (*infantia*), bu anlamda bilinç sahibi olmadıkları için haksız eylemlerinden sorumlu tutulmuyorlardı. *Impuberes infantia maiores* yani 7 ile 12-14 yaş arasındakilerin, haksız fiil bakımından durumları tartışmalı olmakla birlikte; *puberes minores* yani 12-14 yaşından büyük olanların haksız fiil ehliyetine sahip oldukları kabul ediliyordu. Roma Özel Hukukunda tüm haksız fiillerin suç sayılması nedeniyle söz konusu ayırımın yapıldığı kabul edilebilir: *Çelebican Karadeniz Ö.*: Roma Hukuku, Ankara 2005, s. 261.

<sup>51</sup> Ibbetson, bu metinde failin ruhsal durumuna dayanan subjektif bir değerlendirme yapıldığı görüşündedir. Bu da yazara göre, Cumhuriyet Dönemi ve İmparatorluk Dönemi başlarında temelleri atılan sübjektivizmin devamı niteliğindedir: *Ibbetson*, s.117.



Metindeki örneklerde, *Lex Aquilia*'da düzenlenen haksız fiilden sorumluluğun söz konusu olabilmesi için zarara neden olan kişiye yani faile kusur isnat edilebilmelidir. Zira kusur isnat ediliyorsa (*quae enim in eo culpa sit*), kişi eyleminden sorumludur ve kendisine *actio Legis Aquiliae* açılabilir. Ancak faile kusur isnat edilemiyorsa, akıl hastasında olduğu gibi (*cum suae mentis <culpa> non sit*), o takdirde failin eyleminden sorumlu olması beklenemez<sup>52</sup>.

#### D.9.2.52.4 (Alfenus 2 dig.)

“*Cum pila complures luderent, quidam ex his servulum, cum pilam percipere conaretur, impulit, servus cecidit et crus fregit: quaerebatur, an dominus servuli lege aquilia cum eo, cuius impulsu ceciderat, agere potest. respondi non posse, cum casu magis quam culpa videretur factum.*”

#### D.9.2.52.4 (Alfenus 2 dig.)

Birden fazla kişi top oynarken ve aralarından birisi topu almaya çalışırken genç bir köleyi iterse ve <köle> yere düşer de dizinin biri kırılırsa; genç kölenin efendisinin <köleyi> itekleyerek düşürene karşı *Lex Aquilia*'ya dayanarak, dava açıp açamayacağı sorunu ortaya çıkar. Verilmiş olan cevaba göre açamaz. Çünkü <olayın> kusurdan çok kazayla meydana geldiği kabul edilir.

Bu metinde *Alfenus*, zarar kazayla meydana gelmişse sorumluluğun söz konusu olmayacağını belirtmiştir<sup>53</sup>. Metnin son

<sup>52</sup>*Labeo*'nun görüşünden hareketle, haksız fiilden sorumluluğun tespitinde objektif unsurun yanı sıra, failin psikolojik davranışının yani subjektif unsurun da dikkate alındığını söylemek mümkündür. Ergen küçüğün *Lex Aquilia* kapsamındaki haksız fiilden sorumlu tutulup tutulamayacağına ilişkin *Labeo*'ya yönlendirilen soruya hukukçu, hırsızlıktan sorumlu olduğu gibi *Lex Aquilia* kapsamındaki haksız fiilden de sorumlu olacağı yanıtını vermektedir. *Labeo, Lex Aquilia*'da öngörülmemiş bir hususu, kıyas yöntemi ile çözüme kavuşturmaktadır: *Schipani*, s. 220-222.

<sup>53</sup>Metinde bahsi geçen olayda birden fazla kişi top oynarken meydana gelen bir eylem söz konusu olduğundan, öncelikle eyleme sebep olan kişinin tespiti önem taşımaktadır. Dolayısıyla metindeki somut olay bakımından haksız fiilden sorumluluğun tespitinde ilk

cümlesindeki ifade önemlidir. Zira *Alfenus*, olay kusurdan çok kazayla (*casu magis quam culpa*) meydana geldiği için *Lex Aquilia*' ya dayanılarak dava açılmayacağını söylemektedir. Diğer bir anlatımla kusur sorumluluk kapsamında değerlendirilmiştir<sup>54</sup>.

D.9.2.11.pr (Ulpianus 18 ad ed.)

*“Item Mela scribit, si, cum pila quidam luderent, vehementius quis pila percussa in tonsoris manus eam deiecerit et sic servi, quem tonsor habebat, gula sit praecisa adiecto cultello: in quocumque eorum culpa sit, eum lege aquilia teneri. Proculus in tonsore esse culpam: et sane si ibi tondebat, ubi ex consuetudine ludebatur vel ubi transitus frequens erat, est quod ei imputetur: quamvis nec illud male dicatur, si in loco periculoso sellam habenti tonsori se quis commiserit, ipsum de se queri debere.”*

D.9.2.11pr. (Ulpianus 18 ad ed.)

Aynı şekilde Mela şöyle yazar; birkaç kişi top oynarken biri topa o kadar kuvvetli vurur ki; top bir berberin eline çarpar ve berberin tıraş etmekte olduğu kölenin boğazı kesilirse bunlardan hangisinin kusuru varsa *Lex Aquilia*'ya göre <o> sorumludur. *Proculus* kusurun berberde olduğu kanaatindedir. Gerçekten de her zaman oyun oynanan bir yerde ya da çok sık geçilen bir yerde <köleyi> tıraş ediyor idiyse, kusur ona isnat edilebilir. Bununla birlikte tehlikeli bir yere sandalye koyan bir

---

olarak nedensellik bağı önemlidir. İkinci olarak da zarara neden olmuş kişinin eyleminin hukuka uygun olup olmadığı meselesi dikkate alınmaktadır. Zira zarar top oynarken meydana gelmiştir. Her ne kadar tehlikeli bir faaliyet olsa da oyun esnasında yani meşru bir faaliyet sırasında, zarar meydana geldiğinden sorumluluk söz konusu olmamaktadır. Metinde bahsi geçen olayda ise *culpa* yani kusur bakımından değerlendirme yapılmış ve zarara neden olan davranış somut olayın koşullarına göre ele alınarak, kusurlu bir davranış olarak nitelendirilmemiş ve sorumluluğun söz konusu olmayacağı sonucuna varılmıştır: *Schipani*, s. 176-177.

<sup>54</sup>Gai.3.211.'de *Gaius* da olay kazayla meydana gelmişse sorumluluğun söz konusu olmayacağını belirtmiştir. Bkz.s.11.

berberde tıraş olmak için kendini riske atanın da kendisinden şikayet etmesi gerektiği haklı olarak söylenebilir<sup>55</sup>.

Bu metinde *Ulpianus*, öncelikle *Mela*'nın görüşünü alıntı yapmıştır. Buna göre birkaç kişinin top oynadığı sırada, onlardan birisinin topa kuvvetli vurmalarıyla ve topun berberin eline çarpmasıyla berberin tıraş etmekte olduğu kölenin boğazı kesilir de ölürse, kölenin ölümünden kimin sorumlu olacağı sorusu ortaya çıkmaktadır. Metinde bu soruya, kölenin ölümünde kimin kusuru varsa onun *Lex Aquilia*'da düzenlenen haksız fiilden sorumlu olacağı şeklinde cevap verilmektedir. Ancak sorumluluk bakımından yapılacak değerlendirmenin, topu atan açısından mı yoksa berber açısından mı yapılacağı yönünde metinde tam bir açıklık yoktur<sup>56</sup>. *Ulpianus* metnin devamında, *Proculus*'un görüşüne yer vermiştir. Buna göre her zaman top oynanan ya da sık geçilen bir yerde köleyi tıraş ediyorsa kusur, berbere isnat edilebilir. Ancak tehlikeli bir yerde sandalye koymuş olan berberde tıraş olan kölenin de riske girmesi nedeniyle kusurlu olabileceği akla gelmektedir<sup>57</sup>.

<sup>55</sup> MacCormack, bu metinde *Mela* ve *Proculus*'un *Lex Aquilia* kapsamındaki haksız fiilden sorumluluğunu *culpa* yani kusur bakımından tartıştığı görüşündedir: *MacCormack, G.: Culpa*, SDHI 38, 1972, s. 150 [Culpa].

<sup>56</sup> MacCormack'a göre, *Ulpianus* tarafından alıntı yapılan *Mela*'nın değerlendirmesine göre, "in quocumque eorum culpa sit, eum lege Aquilia teneri" cümlesinden hareketle burada kullanılan "eorum" topa vuran kişi ve berberi işaret etmektedir. Burada sorumluluk hangisinin kusurlu olduğuna göre belirlenir. Ancak her ikisinin birden sorumluluğu söz konusu olmaz: *MacCormack*, s. 48. Schipani ise burada öncelikle zarar veren davranışa gereksinim duyulduğu ve nedensellik bağının da bu değerlendirmeye eklendiği görüşündedir. Yazar, metinde hukukçuların karar vermesinde etkin olan hususun *culpa* yani kusur ile yakından ilgili olduğu ve zarar verenin kusurunun tanınması ile birlikte *iniuria* kavramına ilişkin yorumların üstesinden geldiği kanaatindedir: *Schipani*, s. 331-333.

<sup>57</sup> Somer, bu metni zarar görenin birlikte kusuru bakımından değerlendirmektedir. Yazara göre zarar, haksız fiil failinin ihmali sonucu ortaya çıkmıştır ve kölenin ihmali de zararın meydana gelmesinde etkili olmuştur. Bu durumda müterafik kusurdan bahsedilir. Ancak haksız fiil faili, zarara kasıtlı bir şekilde neden olmuş olsa idi o takdirde kölenin ihmalinin bulunması tazminat açısından bir fark yaratmazdı: *Somer*, s. 56.

## 1. Kasıt (*Dolus*)

Zarar veren bilerek ve isteyerek, zarara neden olmuşsa *dolus* yani kasıt söz konusu olmaktadır<sup>58</sup>. Kasıt (*dolus*), belirli bir hareket şeklinin ve iradenin varlığına işaret etmekte<sup>59</sup> ve kasıtlı davranış, *Lex Aquilia*'da düzenlenen haksız fiilden sorumluluğa neden olmaktadır. Hatta pek çok yazar, bu haksız fiilin temel unsurlarından biri olan *iniuria* kavramının aynı zamanda *dolus* yani kasta işaret ettiğini savunmaktadır<sup>60</sup>.

D.9.2.30.3 (Paulus 22 ad ed.)

*“In hac quoque actione, quae ex hoc capitulo oritur, dolus et culpa punitur: ideoque si quis in stipulam suam vel spinam comburendae eius causa ignem immiserit et ulterius evagatus et progressus ignis alienam segetem vel vineam laeserit, requiramus, num imperitia eius aut negligentia id accidit. nam si die ventoso id fecit, culpa reus est ( nam et qui occasionem praestat, damnum fecisse videtur): in eodem crimine est et qui non observavit, ne ignis longius procederet. at si omnia quae oportuit observavit vel subita vis venti longius ignem produxit, caret culpa.”*

<sup>58</sup> *Umur*, Lügat, s. 60.

<sup>59</sup> *Somer*, s. 49.

<sup>60</sup> Kaser'e göre buradaki *iniuria* sadece eylemin hukuka aykırı olarak yapılmış olmasını ifade etmez aynı zamanda kasıtlı yapılmış olmasını da ifade eder. Kaser, bu tezini *furtum*, *iniuria* gibi Eski Hukuk Döneminden beri var olan haksız fiillerin cezai karaktere sahip olması ve eylemin cezalandırılabilmesi için kasıtlı olarak işlenmiş olmasının gerekliliğine dayandırmış ve *Lex Aquilia*'da düzenlenen haksız fiilden sorumluluk bakımından da *iniuria*'nın *dolus* yani kasıt ve hatta Klasik Öncesi Hukukçuların yorumları ile *culpa* yani ihmali de kapsamaya başladığı sonucuna ulaşmıştır: *Kaser*, s. 153 ve 214; Söğütlü Erişgin, Kaser'le hemfikiridir. *Lex Aquilia*'nın yorumu ile *dolus* yani kastın yanı sıra *culpa* yani ihmalin de sorumluluk doğuracağı düşüncesinin, Klasik Öncesi ve Klasik Hukuk Döneminde sorumluluk hukukuna girdiği görüşündedir: *Söğütlü Erişgin*, s. 21. Buckland'a göre ise *Lex Aquilia* kapsamında sorumluluktan söz edilebilmesi için zararın hukuka aykırı bir şekilde verilmiş olması gerekir; ayrıca kasıtlı olarak zarar verilmiş olması şartı aranmaz, ihmâl yeterlidir: *Buckland W.W.: The Text Book of Roman Law From Augustus to Justinian*, Cambridge 1950, s. 586.

## D.9.2.30.3 (Paulus 22 ad ed.)

<Lex Aquilia'nın> bu bölümünden kaynaklanan davada kasıt ve ihmal cezalandırılır. Dolayısıyla eğer birisi kendi anızını ya da çalı çırpıyı ateşe verdiğiğinde, ateş genişleyerek ve ilerleyerek, başkasının üzüm bağına ya da ekinine zarar verirse; tecrübesizliğinden ya da dikkatsizliğinden mi meydana geldiğini inceleyelim. Nitekim eğer rüzgarlı bir günde yaptıysa kusurludur (çünkü o da vesile olmuştur, zarara neden olduğu kabul edilir) ve ateşin daha ileriye gitmesini engellemek için önlem almayan kişi de aynı şekilde sorumludur. Ancak kişi önlem aldıysa ya da rüzgarın ani gücü ile ateş uzağa taşınmışsa o kusurdan yoksundur.

*Paulus*, alıntı yapmış olduğumuz bu metinde *Lex Aquilia*'nın üçüncü bölümünden kaynaklanan davada kasıt (*dolus*) ve ihmalin (*culpa*) cezalandırılacağını ifade etmektedir<sup>61</sup>. Ancak metnin devamında verdiği örnekten hareketle, kişinin kendi çalısını ya da anızını ateşe vermesi nedeniyle kendisine kusur isnat edilemez. Ancak yaktığı bu ateş bir başkasının malına zarar verirse, *imperitia* yani tecrübesizlik ve *neglegentia* yani dikkatsizlik göz önünde bulundurulacaktır<sup>62</sup>. Eğer rüzgarlı bir günde ateşe verme işi yapıldıysa kusurun varlığı kabul edilir; fakat ateşin ilerlemesini engellemek için önlem alındıysa ya da ani bir rüzgar gücü ile ateş yayıldıysa kişiye kusur isnat edilmez. *Paulus* kasıt ve ihmalle hareket edilmiş olmasını genel anlamda sorumluluk kapsamında değerlendirmiş, ardından dikkatsizlik-*neglegentia* ve tecrübesizlik-

<sup>61</sup> MacCormack'a göre *Paulus* bu metinde *dolus* (kasıt) kavramı üzerinde durmamakta, özellikle kusur anlamında *culpa*'yı oluşturan olgular üzerinde durmakta ve belirli bazı durumların kusur olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği hususunu ele almaktadır: *MacCormack, Culpa*, s. 130.

<sup>62</sup> Burada öncelikle kişi kendi malını ateşe verdiğiinden *iniuria* yani hukuka aykırılık söz konusu olmamaktadır. Zira kişinin eylemi başlangıçta hukuka uygundur. Ancak daha sonra rüzgarın etkisi ile ateş, bir başkasının malına zarar vermiştir. Bu durumda kusur (*culpa*) bakımından bir değerlendirme yapılarak, eğer kişi dikkatsizliği ya da tecrübesizliği ile bir başkasının malına zarar vermişse, o takdirde sorumlu olacağı sonucuna ulaşılmaktadır. Schipani'ye göre kusur (*culpa*), metinde sözü edilen olayda sorumluluğun tespitinde temel bir işleve sahiptir: *Schipani*, s. 370-371.

imperitia'yı da *Lex Aquilia*'da düzenlenmiş olan haksız fiilden sorumluluk bakımından bir ölçüt olarak kabul ederek, sorumluluğun kapsamını genişletmiştir.

D.9.2.9.4 8 (Ulpianus 18 ad ed.)

*“Sed si per lusum iaculantibus servus fuerit occisus, aquiliae locus est: sed si cum alii in campo iacularentur, servus per eum locum transierit, aquilia cessat, quia non debuit per campum iaculatorium iter intempestive facere. qui tamen data opera in eum iaculatus est, utique aquilia tenebitur.”*

D.9.2.9.4 (Ulpianus 18 ad ed.)

Eğer bir köle eğlenmek için cirit atanların attığı cirit ile ölürse, *Lex Aquilia*'dan kaynaklanan dava uygulama alanı bulur. Ancak eğer köle cirit atmak için tahsis edilmiş sahadan geçtiyse *Lex Aquilia*'dan kaynaklanan dava uygulama alanı bulmaz; çünkü köle cirit atıldığı sırada böyle bir alandan geçmemelidir. Bununla birlikte <zarar veren> bile bile ona doğru fırlatırsa *Lex Aquilia*'dan <kaynaklanan davadan> sorumlu olur.

Bu metinde *Ulpianus*, eğlenmek için cirit atanların attığı ciritin isabet etmesi nedeniyle kölenin ölmesi halinde *Lex Aquilia*'dan kaynaklanan davanın uygulama alanı bulacağını öngörmektedir. Ancak devam eden değerlendirmesinde, eğer köle cirit atmak için ayrılmış alandan geçiyor idiyse *Lex Aquilia*'dan kaynaklanan davanın uygulama alanı bulmayacağı<sup>63</sup> (*aquilia cessat, quia non debuit per campum iaculatorium*); zira kölenin o anda o alandan geçmemesi gerektiği (*iter intempestive facere*) belirtilmektedir. Kölenin hareketi intempestive yani zamansız, uygun olmayan şekilde nitelenmiştir. Ancak eğer cirit bilerek, yani kasıtlı köleye doğru atılmışsa *Lex Aquilia* kapsamında sorumluluk söz konusu olacaktır.

---

<sup>63</sup> D.9.2.10 (Paulus 22 ad ed.): *“Nam lusus quoque noxius in culpa est.”* (Nitekim, zarara neden olan bir oyun da kusura dahildir).

D.9.2.39pr. (Pomponius 17 ad q. muc.)

*Quintus Mucius scribit: equa cum in alieno pasceretur, in cogendo quod praegnas erat eiecit: quaerebatur, dominus eius possetne cum eo qui coegisset lege aquilia agere, quia equam in iciendo ruperat. si percussisset aut consulto vehementius egisset, visum est agere posse.1. Pomponius. quamvis alienum pecus in agro suo quis deprehendit, sic illud expellere debet, quomodo si suum deprehendisset, quoniam si quid ex ea re damnum cepit, habet proprias actiones. itaque qui pecus alienum in agro suo deprehenderit, non iure id includit, nec agere illud aliter debet quam ut supra diximus quasi suum: sed vel abigere debet sine damno vel admonere dominum, ut suum recipiat.*

D.9.2.39pr.

Pomponius 17 ad q. muc.

*Quintus Mucius* şöyle yazar; gebe bir kısrak başkasının arazisinde otlarken, kovulduğu sırada düşük yaparsa, sahibi kovalayana karşı, *Lex Aquilia*'ya dayanarak dava açabilir mi sorusu yöneltir. Çünkü düşüğe neden olurken ona zarar vermiştir. Ona şiddetle vurduysa ya da vahşi bir şekilde kovaladıysa, <*Lex Aquilia*'ya dayanarak> dava açılacağı kabul edilir. 1. *Pomponius*. Birisi kendi arazisinde başkasının sürü hayvanını bulursa, onu kendi hayvanını kovalıyormuş gibi kovalamalıdır. Çünkü davranışının sonucunda hemen bir zarar meydana gelirse, <bu yüzden> belirlenmiş davadan sorumlu olur. Öyleyse kendi arazisinde başkasının sürü hayvanını bulanın onu kapatma hakkı yoktur, dediğimiz gibi, kendi hayvanıymış gibi davranmaktan başka türlü davranamaz. Yani ya zarar vermeden gitmesini sağlamalı ya da gelip alması için sahibine haber vermelidir.

Alıntı yapmış olduğumuz bu metinde *Pomponius, Quintus Mucius*'un görüşüne yer vermektedir. Buna göre bir başkanının arazisinde otlamakta olan kısrak, eğer şiddet uygulanarak ya da vahşi bir şekilde kovulduysa ve bu nedenle düşük yaptıysa *Lex Aquilia* kapsamında dava açılacağı kabul edilmektedir<sup>64</sup>. *Pomponius, Quintus Mucius*'un görüşünden hareketle, bir başkasının sürü hayvanının bulunması halinde ona kendi hayvanıymış gibi muamele edilmesinden başka bir alternatifin bulunmadığı belirtmektedir. *Pomponius*'a göre araziye girmiş bulunan sürü hayvanına zarar vermeden araziden çıkması sağlanmalı ya da sahibine haber verilmelidir. Zira aksi davranış nedeniyle bir zararın meydana gelmesi halinde arazi sahibi, *Lex Aquilia*'dan kaynaklanan davadan sorumlu olunacaktır<sup>65</sup>.

## 2- İhmal Anlamında “*Culpa*”

*Lex Aquilia* ile ilgili metinlerde dolus yani kasıt kavramına ilişkin değerlendirmelere sık rastlamamakla birlikte *culpa* yani ihmal ile ilgili pek çok yorum ile karşılaşırız. Hatta aşağıda alıntı yapmış olduğumuz ilk *Digesta* metninde, en hafif ihmalin dahi *Lex Aquilia* kapsamında sorumluluk nedeni olduğunun açıkça ifade edilmiş olduğunu görüyoruz<sup>66</sup>.

<sup>64</sup> Pugsley'e göre bu metinde *Quintus Mucius*'tan yapılan alıntıdan hareketle eğer eylem kasıtlı yapıldıysa *Lex Aquilia*'dan kaynaklanan dava açılabilir: *Pugsley, Lex Aquilia and Culpa*, s. 12. MacCormak'e göre ise *Quintus Mucius* sorunu hakkın aşırı kullanımı ya da suistimali yönünden incelemektedir. O nedenle buradaki değerlendirme eylemin *iniuria* yani hukuka aykırılığı ile ilgilidir: *MacCormak*, s. 44.

<sup>65</sup> Schipani, *Quintus Mucius*'un görüşünden hareketle, metinde bahsi geçen olayda bir başkasının eşyasına zarar verildiği için mülkiyet hakkına aykırılık oluşturduğu ve bu nedenle metnin öncelikle *iniuria* (hukuka aykırılık) bakımından değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Ancak metnin devamında yer alan “*si percussisset aut consulto vehementius egisset, visum est agere posse.*” yani “ona şiddetle vurduysa ya da vahşi bir şekilde kovaladıysa, <*Lex Aquilia*'ya dayanarak> dava açılacağı kabul edilir.” cümlesinden hareketle yazar, özellikle subjektif bir değerlendirme yapıldığı ve failin kasıtlı hareketinden bahsedildiğini vurgulamaktadır: *Schipani*, s. 140.

<sup>66</sup> Lenel tarafından geliştirilen ve genel olarak kabul gören görüşe göre, *culpa lata* ve *culpa levis* ayrımı Klasik Döneme ait bir ayrım değildir, Klasik Sonrası ya da Bizans Dönemine aittir. Bu doğrultuda Klasik Dönem hukukçularının teknik anlamda kullanmadıkları ve en hafif kusuru ifade eden *culpa levis* kavramı, Klasik Sonrası döneme aittir. Bu görüşe göre *culpa levis*'in yer aldığı tüm metinler *interpolatio*'ya uğramıştır: *Erişgin Sözümlü*, s. 22.



D.9.2.44pr. (Ulpianus 42 ad sab.)

*“In lege Aquilia et levissima culpa venit.”*

D.9.2.44pr. (Ulpianus 42 ad sab.)

*Lex Aquilia'da en hafif ihmâl de dikkate alınır<sup>67</sup>.*

D.9.2.31 (Paulus 10 ad sab.)

*“Si putator ex arbore ramum cum deiceret vel machinarius hominem praetereuntem occidit, ita tenetur, si is in publicum decidat nec ille proclamavit, ut casus eius evitari possit. sed Mucius etiam dixit, si in privato idem accidisset, posse de culpa agi: culpam autem esse, quod cum a diligente provideri poterit, non esset provisum aut tum denuntiatum esset, cum periculum evitari non possit. secundum quam rationem non multum refert, per publicum an per privatum iter fieret, cum plerumque per privata loca volgo iter fiat. quod si nullum iter erit, dolum dumtaxat praestare debet, ne immittat in eum,*

<sup>67</sup> Bu metinle ilgili olarak geliştirilen bir başka görüş ise, metnin kendisinden sonra gelen D.9.2.44.1 (Ulpianus 42 ad sab.): *“Quotiens sciente domino servus vulnerat vel occidit, aquilia dominum teneri dubium non est”*. (Bir köle malikinin bilgisi ile yaraladığı veya öldürdüğü zaman, malikin *Lex Aquilia* <kapsamında> sorumlu olacağına şüphe yoktur.) şeklindeki paragrafı tamamladığı yönündedir. Roma Klasik Hukukundaki genel kurala göre; kölenin işlediği haksız fiil nedeniyle efendisi, *noxal* sorumluluk hükümleri gereğince sorumluydu. Eğer köle sahibinin emri üzerine haksız fiili gerçekleştirdi ise o takdirde haksız fiilden efendisi, “kendi adına” sorumlu olmaktadır (D.9.4.2.pr.). Efendi kölenin eyleminden haberdar ise ve engelleyebilecekken bunu yapmamış ise kendisi bizzat sorumlu olmaktadır (D.9.2.45.pr.). Tellegen, öncelikle MacCormack’ın efendisinin bilgisi dahilinde kölenin işlediği haksız fiil nedeniyle efendinin sorumlu tutulmasını, *“culpa levissima”* kapsamında değerlendiren görüşünü ele almakta ve kendi değerlendirmesi kapsamında D.9.2.44.pr.’da sözü edilen en hafif ihmâlin de *Lex Aquilia*’dan kaynaklanan sorumluluk için dikkate alınacağını, genel bir kural olmadığını belirtmektedir. Yazara göre de D.9.2.44.pr.’da bahsi geçen kural, kendisinden sonra gelen D.9.2.44.1.’deki kölesinin eyleminden haberdar olan efendinin, bu eylemden kendisinin sorumlu olmasına ilişkin kural ile bağlantılıdır. Ancak bu iki metni D.9.2.45.pr ile birlikte ele alan Tellegen, kölenin haksız fiilini bilmekte iken ona engel olmaması nedeniyle efendinin sorumluluğunun, *culpa levissima* yani en hafif ihmâl kapsamında değerlendirileceği ve efendinin bizzat kendisinin bu eylemden sorumlu olacağı sonucuna ulaşmaktadır. *Tellegen-Couperus, O.: The Limits of Culpa Levissima, The Legal History Review, 76(1) 2008, s. 1 ve 9-10.*

*quem viderit transeuntem: nam culpa ab eo exigenda non est, cum divinare non potuerit, an per eum locum aliquis transiturus sit.”*

D.9.2.31. (Paulus 10 ad sab.)

Eğer bir ağaç budayıcısı bir ağaç dalını aşağıya düşürürse ya da bir işçi <çatıdan aşağıya bir şey düşürürse> ve gelip geçen bir köleyi öldürürse, kamuya ait yola düşmüşse ve kazayı önlemek için bağırمامışsa sorumludur. Ancak *Mucius* şöyle der; eğer özel alanda meydana gelseydi, ihmal yüzünden dava açılırdı. Dikkatli bir insanın öngörebileceğinin öngörülememesi yahut tehlike önlenebilecekken zamanında uyarıma, ihmaldir. Bu anlayışa göre, kamusal alanda ya da özel alanda meydana gelmiş olması fark etmez. Kaldı ki; sık sık özel alandan geçilmektedir. Eğer ki; başka geçiş yoksa sadece kasıttan sorumlu olur, yani oradan geçtiğini gördüğü birisinin üzerine bir şey düşürmemesi gerekir. Nitekim oradan birinin geçebileceğini tahmin edemeyenin ihmalden söz edilemez<sup>68</sup>.

*Paulus*'un, alıntı yapmış olduğumuz metninde kamuya ait bir yola düşürülmüş olan bir ağaç dalı ya da çatıdan düşen bir cisim nedeniyle bir kölenin ölmesi halinde, eğer fail kazayı önlemek için bağırمامışsa yani uyarıda bulunmamışsa zarar verenin, *Lex Aquilia* kapsamında sorumlu olduğu kabul edilmiştir. Metnin devamında ise *Quintus Mucius*'un görüşüne başvurulmaktadır. Buna göre dikkatli bir insanın öngörebileceğinin öngörülememesi ya da tehlike önlenebilecekken uyarıda bulunmama ihmal olarak (*culpam autem esse, quod cum a diligente provideri poterit, non esset provisum aut tum denuntiatum esset, cum periculum evitari non possit*) değerlendirilmiştir<sup>69-70</sup>.

---

<sup>68</sup> Bkz. I.4.3.5.

<sup>69</sup> MacCormack'a göre *Quintus Mucius, culpa* 'yı *Lex Aquilia* kapsamındaki haksız fiilden sorumluluğun bir koşulu olarak değerlendirmiş ve *culpa* 'yı “dikkatli bir insanın

D.9.2.8.pr. (Gaius 7 ad ed. provinc.)

“*Idem iuris est, si medicamento perperam usus fuerit. sed et qui bene secuerit et dereliquit curationem, securus non erit, sed culpa reus intellegitur.*”

D.9.2.8.pr. (Gaius 7 ad ed. provinc.)

Yanlışlıkla bir ilaç kullanıldıysa <uygulanacak> hukuk aynıdır. Ancak bir kimse ameliyatı iyi yapmışsa ve bakımını ihmal ettiyse, sorumluluktan kurtulamayacaktır. İhmalden sorumlu olacağı kabul edilecektir.

Bu metinde *Gaius*, ameliyat sonrası bakımın gereği gibi yerine getirilmemesi halinde “ihmalden” sorumlu olunacağını belirtmektedir. Ancak metnin başında yanlışlıkla ilaç kullanılması halinde de uygulanacak hukukun aynı olduğu belirtilmektedir. Dolayısıyla doktorun ameliyat sonrası bakım görevini yürütürken, görevini ihmal etmiş olması

öngörebileceğinin öngörülememesi” olarak yani ihmal anlamında değerlendirmiştir. Benzer bir değerlendirmeye D.9.2.8.1’de (metin aşağıda incelenmiştir, bkz. s.19) rastlanmaktadır: *MacCormack, Culpa*, s. 127 ve s.148.

<sup>70</sup> Pugsley’e göre *Paulus*’un eğer ki *iniuria* yani hukuka aykırı bir eylem söz konusu ise, zarar verici eylemin kamusal alanda meydana gelmesi halinde, *Lex Aquilia* kapsamındaki davadan sorumluluğun söz konusu olacağını ifade ettiğini; ancak *Quintus Mucius*’tan yapmış olduğu alıntıda da eğer ki eylem özel mülkiyetteki bir yerde gerçekleşmişse o takdirde ihmalden sorumlu olunacağını belirtildiğine değinir. Yazar, *Quintus Mucius*’un burada ihmal nedeniyle *Lex Aquilia* kapsamındaki sorumluluğa atıf yapmadığı kanaatindedir. Daha sonraları *actio utilis* ve *actio in factum* olarak isimlendirilecek olan *preator*’lar tarafından verilen davalardan sorumluluktan bahseden ilk yazarın *Quintus Mucius* olabileceğini ileri sürmektedir: *Pugsley, Lex Aquilia and Culpa*, s. 11. *MacCormack*’e göre ise makul bir insanın neyi öngörebileceği ve uyarıda bulunma zorunluluğu somut olayın koşullarında ihmal yani *culpa*’dan sorumluluk açısından değerlendirilmiştir. Yoksa *Quintus Mucius* tarafından *culpa*’ya ilişkin kesin bir tanım yapıldığından bahsedilemez: *MacCormack*, s. 45. *Schipani, Quintus Mucius*’un *culpa* kavramını somut terimlerle açıkladığı kanaatindedir. Bu açıdan *culpa*, öngörülen yoksunluk anlamında kullanılmamakta, yani yalnızca öngörme yükümlülüğü getirmemekte; ancak buna göre davranma yükümlülüğü getirmektedir. Dolayısıyla bir yanı ile hukuka aykırı davranış söz konusu olmaktadır. Yazara göre söz konusu metin, *iniuria* ve *culpa* arasındaki ilişkinin devamını gösteren bir metin olarak kabul edilmelidir: *Schipani*, s. 152.

nedeniyle sorumlu tutulacağı sonucuna varmanın söz konusu olup olamayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır ki; kimi yazarlara göre bu mümkündür <sup>71</sup>.

### 3- Diğer Kusur Ölçütleri: Dikkatsizlik (*Neglegentia*), Tecrübesizlik (*Imperitia*) ve Zayıflık (*Infirmitas*)

*Lex Aquilia* kapsamındaki haksız fiilden sorumluluğa ilişkin metinlerde kusura ilişkin farklı ölçütlere yer verilmektedir.

D.9.2.7.2 (Ulpianus 18 ad ed.)

*Sed si quis plus iusto oneratus deiecerit onus et servum occiderit, aquilia locum habet: fuit enim in ipsius arbitrio ita se non onerare. nam et si lapsus aliquis servum alienum onere presserit, Pegasus ait lege aquilia eum teneri ita demum, si vel plus iusto se oneraverit vel neglegentius per lubricum transierit.*

D.9.2.7.2 (Ulpianus 18 ad ed.)

Eğer birisi aşırı şekilde yüklüyse ve yola yük atarak, bir köleyi öldürdüyse *Lex Aquilia* 'dan kaynaklanan dava vuku bulacaktır. Nitekim o kadar yüklenmemek onun elindedir. Kuşkusuz ki, yükü düşerken başkasının kölesini ezerse, *Pegasus*, sadece aşırı yüklenmişse ya da dikkatsizliği ile kaygan bir zeminden geçmişse *Lex Aquilia* 'dan kaynaklanan davadan sorumlu olacağı beyan eder.

Alıntı yapmış olduğumuz bu metinde *Ulpianus*, *Pegasus* 'un görüşlerine başvurmaktadır. Buna göre *neglegentia* yani dikkatsizlik de *Lex Aquilia* kapsamındaki sorumluluk içinde değerlendirilmektedir.

---

<sup>71</sup> *Dias R.W.M.*: The Duty Problem in Negligence, *The Cambridge Law Journal*, 13., 1955, s. 208. Schipani de belirli bir faaliyetin yerine getirilmesi sırasında ihmal söz konusu olduğu için bu metni aynı zamanda *imperitia* kapsamında değerlendirmekte ve doktorun sorumlu olacağı sonucuna ulaşmaktadır: *Schipani*, s. 246.

D.19.2.9.5 (Ulpianus 32 ad ed.)

*Celsus etiam imperitiam culpa adnumerandam libro octavo digestorum scripsit: si quis vitulos pascendos vel sarciendum quid poliendumve conduxit, culpam eum praestare debere et quod imperitia peccavit, culpam esse: quippe ut artifex, inquit, conduxit.*

D.19.2.9.5 (Ulpianus 32 ad ed.)

*Celsus, Digesta'sının sekizinci kitabında şöyle yazar: tecrübesizlik (imperitia) de kusur (culpa) olarak addedilmelidir. Eğer bir kimse, buzağları otlatmak ya da bir şeyi tamir etmek ya da temizlemek için sözleşme yaparsa, kendi kusurundan sorumlu olmalıdır, tecrübesizliği nedeniyle yaptığı yanlış da kusura dahildir. Çünkü Celsus'un ifade ettiği gibi bu kimsenin zanaatkar olarak sözleşmeye taraf olduğu bellidir.*

*Ulpianus* burada *Celsus*'un görüşüne başvurmaktadır. Buna göre öncelikle genel bir değerlendirme yapılarak, *imperitia* yani tecrübesizlik de kusur olarak kabul edilmektedir. Metnin devamında tecrübesizliğin kusur olarak değerlendirilebilmesi için kişinin zanaatkar olarak (*ut artifex*) yani o işin ehli olarak bir faaliyeti yerine getirmesi hususu vurgulanmaktadır<sup>72</sup>.

D.9.2.8.1.(Gaius 7 ad ed. provinc.)

*Mulionem quoque, si per imperitiam impetum mularum retinere non potuerit, si eae alienum hominem obtriverint, volgo dicitur culpa nomine teneri. idem dicitur et si propter infirmitatem sustinere mularum impetum non potuerit: nec*

<sup>72</sup> Martin'e göre burada *Celsus*, zanaatkarların *locatio operis* (istisna sözleşmesi) kapsamında bir iş yüklediklerinde, bunu usta bir şekilde yerine getirmekle yükümlü olduklarını vurgulamak istemektedir: *Martin, S. D.: Imperitia: The Responsibility of Skilled Workers in Classical Roman Law, American Journal of Philology, Vol. 122, Number 1, Spring 2001, s. 115-116.*

*videtur iniquum, si infirmitas culpae adnumeretur, cum affectare quisque non debeat, in quo vel intellegit vel intellegere debet infirmitatem suam alii periculosam futuram. idem iuris est in persona eius, qui impetum equi, quo vehebatur, propter imperitiam vel infirmitatem retinere non poterit.”*

D.9.2.8.1.(Gaius 7 ad ed. provinc.)

Eğer bir katırcı genel olarak söylendiği şekilde; tecrübesizliği ile katırların coşkusu kontrol edemezse ve katırlar bir başkasının kölesini ezerse kusurlu olarak kabul edilir. Zayıflığı ile neden olmuşsa ve katırların coşkusu engelleyemediyse de benzer şey söylenir. Zayıflığın kusur olarak değerlendirilmesi haksız görülmez. Çünkü zayıflığın bir başkasını tehlikeye sokacağını bildiği veya bilmesi gerektiği yerde <kişi> bir şeyi yapmaya çalışmamalıdır. Aynı şey at binmekte olanın tecrübesizliği ya da zayıflığı ile atın coşkusu engelleyemediyse de söz konusudur.

Burada *Gaius, Lex Aquilia* kapsamındaki haksız fiil bakımından tecrübesizlik ve zayıflığı kusur kavramının içinde değerlendirmiştir. Öncelikle, katırcının tecrübesizliği (*imperitia*) ile katırları kontrol edememesi nedeniyle bir başkasının kölesi zarar görür ise katırcı bu fiilden sorumlu olacaktır. İkinci olarak ise fiziksel zayıflık (*infirmitas*) da kusur kapsamında değerlendirilmiştir: “*nec videtur iniquum, si infirmitas culpae adnumeretur*”. Buna göre zayıflığın bir başkasını tehlikeye sokacağını bildiği veya bilmesi gerektiği yerde kişinin, eylemi yapmaktan kaçınması gerektiği belirtilmektedir<sup>73</sup>.

---

<sup>73</sup> Benzer şekilde: D.9.2.27.29 (Eğer malzeme işlenmek üzere zanaatkara verilmişse, zanaatkar genellikle hasara katlanmayacak şekilde iş sahibi ile anlaşarak işi kabul etmekteydi: “*et ideo plerumque artifices convenire solent, cum eiusmodi materiae dantur, non periculo suo se facere*”. Bu sayede gerek *actio locatio* gerekse *Lex Aquilia* kapsamındaki haksız fiil bakımından sorumluluktan kurtuluyordu yani zarardan sorumlu olmuyordu.) ve D.9.2.7.8. (Bir doktor beceriksizce bir köleyi kötü bir biçimde ameliyat

## SONUÇ

*Damnum iniuria datum*, yani hukuka aykırı olarak mala verilen zarar haksız fiili, *Lex Aquilia*'nın birinci ve üçüncü bölümlerinde düzenlenmiştir. İncelemiş olduğumuz Gai.Ins.3.210 ve D.9.2.2.pr.'daki metinler yasanın birinci bölümüne ilişkin düzenlemeye atıf yapmaktadır. Bu metinlerin yol göstermesi ile yasanın birinci bölümündeki düzenleme uyarınca bir başkasının kadın ya da erkek kölesi ya da dört ayaklı bir sürü hayvanını hukuka aykırı olarak öldüren bir kimse, köle ya da sürü hayvanının o yıl içindeki en yüksek değerini malikine vermeye mahkum edilecektir. Gai.Ins.3.217 ve D.9.2.27.5'deki metinlerde ise yasanın üçüncü bölümündeki düzenlemeye atıf yapılmaktadır. Bu metinlerden hareketle yasanın üçüncü bölümünde, hukuka aykırı bir biçimde herhangi bir eşyasını yakarak, kırarak ya da parçalayarak bir başkasına zarar veren kimsenin zarar verilen eşyanın takip eden otuz gün içindeki değerini malikine vermeye mahkum edileceği düzenlemesi getirilmiştir.

Yasanın birinci ve üçüncü bölümündeki düzenlemede, *damnum iniuria datum* haksız fiilinden sorumluluğun unsurları; zarar (*damnum*), zarar veren eylem ve hukuka aykırılık (*iniuria*) olarak açıkça belirtilmekteyken zarar verenin kusurlu hareket edip etmemiş olmasına değinilmemiştir. Ancak *damnum iniuria datum* haksız fiiline ilişkin *Digesta* metinlerinde kusur (*culpa*) kavramının, kimi zaman hukuka aykırılık (*iniuria*) kavramı ile birlikte kimi zaman da hukuk aykırılık (*iniuria*) kavramından bağımsız olarak kullanılmış olduğu göze çarpmaktadır.

---

ederse, *actio locati* ya da *Lex Aquilia*'dan kaynaklanan dava ile karşı karşıya kalacaktır). İkinci metinde kölenin sahibinin seçimi söz konusu olmaktadır. Efendi *actio locati*, yani istisna akti nedeniyle kararlaştırılmış olan belirli bir işin yapılmaması halinde açılan davayı, talep edebileceği gibi köleye verilen zarardan ötürü *Lex Aquilia*'dan kaynaklanan davayı da açabilir: *Martin*, s. 113. Zimmermann'a göre ikinci metinde bahsi geçen doktorun ve D.9.2.8.1'de sözü edilen katırcının *imperitia* nedeniyle sorumlu tutulmasının kendi tecrübeleri ya da zararı öngörebilmeleri ile ilgili değildir; ancak yaptıkları iş nedeniyle kendilerinde olması beklenen vasıf ve becerilerden dolayı sorumluluklarının söz konusu olmaktadır: *Zimmermann*, s. 1009.

İncelemiş olduğumuz D.47.10.1.pr. D.9.2.5.1'deki metinlerde *Ulpianus*, *iniuria* ibaresini “hukuka aykırılık” anlamında kullanmaktadır. Her iki metinde de *iniuria* yani kişilik hakkının ihlali haksız fiili ile *Lex Aquilia* kapsamındaki sorumluluk açısından *iniuria* karşılaştırılmakta ve *Lex Aquilia* bakımından *iniuria* açıklanırken *culpa*'dan yararlanılmaktadır. Ancak ilk metinde *Ulpianus*, *Lex Aquilia* bakımından *iniuria* ile “*damnum culpa datum*”un kastedildiğini belirtmektedir. Bu kullanım, *iniuria*'nın hukuka aykırı davranışı temsil ettiği ve “*damnum culpa datum*” yani kusurla verilen zarar ifadeleri ile bu davranışın tarif edildiği şeklinde yorumlanabilir. D.47.10.15.46'daki metinde ise *Ulpianus*, *Labeo*'nun görüşüne başvurmaktadır. Burada da yine *iniuria* haksız fiili ile bir karşılaştırma yapılmaktadır. Ancak *Lex Aquilia* bakımından açılacak davanın “*damnum culpa datum*” yani kusurla verilen zarar halinde söz konusu olacağı vurgulanmaktadır. *Labeo*, *Ulpianus*'tan farklı bir biçimde *culpa* yani kusuru *Lex Aquilia* kapsamındaki haksız fiilden sorumluluğun bir unsuru olarak değerlendirmektedir. Bu metinlerde ilgi çeken husus, üçünde de *iniuria* haksız fiili ile karşılaştırma yapılmış olması ve *Lex Aquilia* bakımından *iniuria* açıklanırken “*culpa datum*” ibaresinden yararlanılmış olmasıdır. “*Culpa datum*” ibaresinin *iniuria* haksız fiili ile karşılaştırma yapılan metinlerde kullanılmış olması oldukça ilginç bir durumdur.

Bu durum iki soruyu akla getirmektedir. Birincisi, söz konusu metinlerde *iniuria* haksız fiili ile *damnum iniuria datum* haksız fiili arasında karşılaştırma yapılırken karışıklığa mahal vermemek adına “*damnum iniuria datum*” ifadesi yerine “*damnum culpa datum*” ifadesi mi tercih edilmiştir? İkincisi ise *damnum iniuria datum* haksız fiilinden sorumluluğun subjektif unsurunun kusur (*culpa*) olduğunu belirtme ihtiyacı mı duyulmuştur? Söz konusu metinlerde kanımca kavramlar arasındaki karışıklık önlenmek istenmiş olabilir; ancak metinlerin birlikte değerlendirilmesi sonucu *damnum iniuria datum* haksız fiilinin subjektif unsurunu belirtme amacı taşındığı hükmüne varmak oldukça zorlama



olacaktır. Zira D.47.10.1.pr. ve D.9.2.5.1'deki metinlerde *culpa datum* yani kusurla verilen ifadesi daha çok hukuka aykırılığı yani *iniuria*'yı anlatmak için kullanılmıştır. Yalnızca D.47.10.15.46'daki *Labeo*'dan yapılan alıntıda *damnum iniuria datum* haksız fiilinden sorumluluk bakımından *culpa* yani kusur ayrıca değerlendirilmiş ve *damnum iniuria datum* haksız fiilin bir unsuru olarak belirtilmiştir.

İncelediğimiz metinlerde dikkat çeken bir diğer husus ise kaza (*casus*) ile kusurun (*culpa*) bir arada ele alınmış olmasıdır. Özellikle Gai. Ins. 3.211 ve D. 9.2.52.4'te gerek *Gaius* gerek *Alfenus* her iki kavramı birlikte ele almış ve zarar veren eylem, failin kusurlu davranışı ile meydana gelmiş ise sorumluluğun doğacağı; ancak kaza ile gerçekleşmiş ise sorumluluğun söz konusu olmayacağı sonucuna ulaşmışlardır. *Alfenus*'un yaptığı değerlendirmede, eğer olay kusurdan çok kaza ile meydana gelmişse faile, *Lex Aquilia* kapsamındaki dava açılmayacaktır. *Gaius* ise kasıt ya da ihmal olmaksızın kaza ile zarar veren kimseye yaptırım uygulanmayacağını belirtmek suretiyle hem kasıt hem de ihmal ifadelerini kullanarak, bir değerlendirme yapmıştır. Bu da sorumluluk bakımından zarara neden olan kimsenin bilinçli hareketinin arandığını göstermektedir. Cic. *Rhetoric ad Herennium*, 2.16.24'de de *Cicero* failin davranışının *casus* yani kaza ya da *culpa* yani kusur açısından ele almakta ve failin şarap, aşk ya da öfke gibi nedenlerle mantıklı düşünemediğine ilişkin yaptığı savunmasında, söz konusu hallerin kusur (*culpa*) kapsamında değerlendirileceği sonucuna ulaşmaktadır.

Gai.Ins.3.211'deki metin başka açılardan da oldukça önemlidir. Zira *Gaius*, bu metinde genel olarak hukuka aykırılığı yaptırım uygulanması bakımından temel unsur olarak kabul etmiştir. Kasıt ve ihmal ise hukuka aykırı davranışı nitelerek için kullanılmıştır.

Bu metinlerin incelenmesi neticesinde, Romalı hukukçuların kusurlu hareketin (*culpa datum*) sonucunun hukuka aykırılık (*iniuria*) olduğu şeklinde bir değerlendirme yaptığı sonucuna ulaşmaktadır.

*Culpa* yani kusurun tek başına *Lex Aquilia* kapsamındaki haksız fiil bakımından ayrıca bir unsur olarak değerlendirilip değerlendirilmediği meselesine gelince, D.9.2.5.2'den hareketle *culpa* yani kusurun *Lex Aquilia*'da düzenlenmiş olan *damnum iniuria datum* haksız fiilinin bir unsuru olduğu söylenebilir. Zira söz konusu metinde, *Pegasus*'un akıl sağlığı yerinde olmayan birine kusur isnat edilemeyeceği için *Lex Aquilia* kapsamındaki haksız fiilden sorumlu olmayacağı şeklindeki görüşüne yer verilmiştir. *Pegasus*, dört ayaklı bir hayvan ya da damdan düşen bir kiremidin zarara neden olması ile bir akıl hastasının zarara neden olması arasında bir fark görmemektedir. Metnin devamında tam ehliyetsiz küçüğün de aynı kapsamda değerlendirildiği; ancak *Labeo*'nun görüşünden hareketle ergenlik çağına ulaşmamış 7-14 yaş arası küçüğün hırsızlıktan sorumlu olduğu gibi *Lex Aquilia* kapsamındaki haksız fiilden de sorumlu olduğu belirtilmiştir. *Ulpianus* metnin sonunda "hukuka aykırılığı kavramaya ehil ise bu kanı doğrudur" demek suretiyle *Labeo*'nun görüşüne katılmaktadır. *Ulpianus*'un ifadelerinden de anlaşıldığı üzere eğer kişi eyleminin sonuçlarını anlayabilecek bilinç düzeyinde ise zarar veren davranışından sorumlu tutulmaktadır. Bu da bizi kusurun haksız fiil bakımından bir unsur olarak arandığı sonucuna götürmektedir. D.9.2.11.pr. da ise kimin kusuru varsa onun zarardan sorumlu olacağı belirtilmektedir.

Roma Hukuku metinlerinde *culpa* hem kusur hem de ihmal anlamında kullanılmakla birlikte *dolus* ibaresi kasıt manasında kullanılmaktadır. *Lex Aquilia ilgili Digesta*'daki metinlerde, *dolus*-kasıt ile ilgili değerlendirmelere pek sık rastlamamakla beraber D.9.2.30.3'te açıkça kasıtlı davranışın *Lex Aquilia*'dan kaynaklanan davada cezalandırılacağı belirtilmektedir. Benzer şekilde D.9.2.9.4'te bilerek bir kölenin ölümüne neden olan kimsenin, *Lex Aquilia* kapsamındaki haksız fiilden sorumlu olacağı; D.9.2.39.pr.'da ise bir başkasının kısırağı şiddetle vurulmak ya da vahşice kovalanmak suretiyle düşük yaptırıya, zarar veren kimsenin *Lex Aquilia*'da düzenlenmiş olan haksız fiilden sorumlu olacağı ifade edilmektedir.

*Lex Aquilia* kapsamındaki haksız fiil bakımından ihmal anlamında *culpa*'ya ilişkin değerlendirmelere gelince, D.9.2.44.pr.'da en hafif ihmalin de *Lex Aquilia*' dan kaynaklanan sorumluluğun bir nedeni olduğunun açıkça ifade edilmiş olduğu görülmektedir. Ancak *culpa levissima* yani en hafif ihmalin *Lex Aquilia* bakımından sorumluluğa neden olan genel bir unsur olarak değerlendirilmesi hususu Roma Hukuku doktrininde tartışmalıdır. **Lenel** tarafından geliştirilen ve genel olarak kabul gören görüşe göre, *culpa lata* yani ağır kusur ve *culpa levis* yani hafif kusur arasındaki ayrım Klasik Döneme ait değildir; Klasik Sonrası ya da Bizans Dönemine ait bir ayrımdır. Buna göre Klasik Dönem hukukçularının teknik anlamda kullanmadıkları ve en hafif kusuru ifade eden *culpa levis* kavramı Klasik Sonrası döneme ait olduğundan *culpa levis*'in yer aldığı tüm metinler interpolatio'ya uğramıştır. Bir diğer görüş ise D.9.2.44pr.'un kendisinden sonra gelen ve kölesinin haksız fiilinden haberdar olan efendinin doğrudan *Lex Aquilia*'dan kaynaklanan davadan sorumlu olacağına ilişkin D.9.2.44.1'deki metin ile bağlantılı olduğu şeklindedir. Bu görüşe göre kölesinin haksız fiilinden haberdarken onu engellemeyen efendinin davranışı *culpa levissima* olarak değerlendirilir ve efendi doğrudan *Lex Aquilia* kapsamındaki haksız fiilden sorumlu olur. İkinci görüşle ilgili olarak, eğer kölenin haksız fiilinden efendinin haberi yoksa o takdirde efendi, *noxal* dava ile karşı karşıya kalacaktır. Ancak efendinin kölenin eyleminden önceden haberdar olması; ancak engelleyebilecekken köleyi durdurmaması halinde D.9.2.45.pr.'da belirtildiği üzere bizzat kendisi bu eylemden sorumlu olacaktır. Burada haksız fiil köle tarafından işlendiğinden kölenin kastından bahsedilebilir; efendi ise ancak ihmalden sorumlu tutulabilir. Dolayısıyla, kanımca, D. 9.2.44.pr.'daki "*culpa levissima*" ibaresi *Corpus Iuris Civilis*'i derleyenler tarafından metne eklenmiş olmakla beraber buradaki kural genel bir kural değildir ve kendisinden sonra gelen paragrafla bağlantılıdır.

D.9.2.31'de ihmal anlamında *culpa*'dan sorumluluğa yer verilmiş ve metindeki somut olayda dikkatli bir insanın öngörüsüne sahip olmamak

ve tehlike öngörülebiyecekken önlem almamak ihmal anlamında *culpa* olarak değerlendirilmiştir. D.9.2.8.pr.'da yine ihmal ele alınmış ve ihmali davranışın *Lex Aquilia* kapsamında sorumluluğa neden olduğu belirtilmiştir.

*Lex Aquilia*'dan kaynaklanan sorumluluk bakımından tecrübesizlik (*imperitia*) ve zayıflık (*infirmitas*) da kusur kavramının içinde değerlendirilmiştir. Hatta zayıflığın bir başkasını tehlikeye sokacağını bildiği veya bilmesi gerektiği yerde kişinin, eylemi yapmaktan kaçınması gerektiği değerlendirilmiştir. Benzer şekilde *neglegentia* yani dikkatsizlik de *Lex Aquilia* kapsamındaki sorumluluk içinde değerlendirilmektedir.

### **KISALTMALAR**

Ad ed.	: Ad Edictum
Ad ed. Provic.	: Ad Edictum Praetoris Provinciale
bkz.	: Bakınız
Cic.	: Cicero
Çev.	: Çeviren
D.	: Digesta, Iustiniani
Dig.	: Digestorum
Gai.Ins.	: Gaius Institutiones
Ius.Ins.	: Iustinianus Institutiones
Md.	: Madde
M.Ö.	: Milattan Önce
M.S.	: Milattan Sonra
pr.	: Principium
s.	: Sayfa
SDHI	: Studia Documenta Historiae et Iuris
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
Vol.	: Volume
yy.	: Yüzyıl

## 5411 SAYILI BANKACILIK KANUNU İLE İZNE BAĞLANAN PAY EDİNİM VE DEVİRLERİ

Özge YÜCEL\*

### ÖZET

Bankaların diğer anonim ortaklıklara göre daha önemli bir iktisadi fonksiyona sahip olması, anonim ortaklıklardan farklı düzenlemelere tabi olmalarına ve işleyişlerine ilişkin olarak kamu gücünün çeşitli müdahalelerde bulunmasına sebep olmaktadır. Söz konusu kamu müdahalelerinden biri de, 5411 sayılı Bankacılık Kanununun m.18 hükmündeki belirli oranı aşan ve belirli nitelikleri taşıyan banka payı edinim ve devirlerinin pay defterine kaydının Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulunun izni ile mümkün olabilmesine ilişkin düzenlemelidir. Anılan madde uyarınca bir kişinin banka sermayesinin %10 veya daha fazlasını temsil eden payları edinmesi, bir ortağa ait payların banka sermayesinin %10, %20, %33 ve %50'sini aşması sonucunu doğuran pay edinimleri, bir ortağa ait payların banka sermayesinin anılan oranların altına düşmesi sonucunu doğuran pay devirleri, banka yönetim kuruluna ve denetim komitesine üye belirleme imtiyazı veren payların tesisi, devri ve yeni imtiyazlı pay ihracı, paylar üzerinde intifa hakkı tesisi ve oy hakkı edinilmesi, hisseleri borsada işlem gören banka payının edinimi ve devri, banka ortağı tüzel kişinin hisselerinin el değiştirmesi hallerinde Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulunun izni aranmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Banka, Bankacılık Kanunu, Banka Hisseleri, Hisse Senedi, Hisse Senedi Devri.

---

\* Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu Bankacılık Uzmanı.

Bu çalışmada belirtilen görüşler yazarına ait olup, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumunun görüşlerini yansıtmamaktadır.

***ACQUISITION AND TRANSFER OF BANK SHARES WHICH  
ARE SUBJECTED TO PERMISSION IN THE TERMS OF BANKING  
LAW NO.5411***

**ABSTRACT**

In order that the banks fulfil an important economic function than the other joint stock companies, they are subject to different regulations and various interventions of the public power. Banking Regulation and Supervision Board permission relating to the the acquisition and transfer of bank shares that result in acquisition or assignment of shares which represent stated percent or qualified is one of these public interventions. According to the Article 18 of Banking Law, acquisition of shares that result in the acquisition by one person of shares representing ten percent or more of the capital of a bank, shares held by one shareholder exceed ten percent, twenty percent, thirty-three percent or fifty percent of capital, assignments of shares that result in shares held by one shareholder falling below these percentages, assignment and transfer of preferential shares with the right of promoting a member to the board of directors or audit committee or issue of new shares with privilege, acquisition of voting rights and establishment of usufructory rights on shares, transactions to be performed in case the shares of banks whose shares are exchanged on the market are purchased from the stock exchange, the transfer of shares of legal persons who own capital of a bank are subjected to the Board permission.

**Key Words:** Bank, Banking Law, Bank Shares, Stock, Stock Transfer

## GİRİŞ<sup>1</sup>

Anonim ortaklıklarda pay sahibinin kişiliği değil ortaklığa getirdiği sermaye miktarı önem taşıdığından, kural olarak payın serbestçe devredilebilirliği ilkesi geçerlidir. Bununla beraber, bu ilkenin sınırsız uygulanmasının anonim ortaklık açısından yaratabileceği tehlikelerin önlenmesi için payın serbestçe devredilebilirliği ilkesine kanuni<sup>2</sup> ve iradi<sup>3</sup> sınırlamalar getirilmiştir. Ayrıca, payın devri bazı hallerde resmi bir dairenin iznine bağlanmıştır.

5411 sayılı Bankacılık Kanununun (BankK) m.18 hükmünde de banka payının devrinin Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulunun (Kurul) iznine tabi olduğu haller düzenlenmiş bulunmaktadır<sup>4</sup>. Nitekim

<sup>1</sup> Çalışmamızın hazırlandığı dönemde 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunda 13.01.2011 tarihinde kabul edilmiş ve 14.02.2011 tarihli, 27846 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun m.1534 hükmünde, “Kenar başlıkları metne dâhil olan bu Kanun 1/7/2012 tarihinde; geçici 2 nci ve geçici 3 üncü maddeler ise bu Kanunun yayımı ile birlikte yürürlüğe girer. 1524 üncü madde, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl sonra yürürlüğe girer...” denilmektedir. Bu sebeple, çalışmamızda mer’i mevzuat hükümleri esas alınacak, dipnotlarda ve önemi nedeniyle gerektiği takdirde metin içerisinde ilgili 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümlerine yer verilecektir.

<sup>2</sup> Anonim ortaklıklarda payın serbestçe devredilebilirliği ilkesine getirilen kanuni sınırlama halleri, ayın karşılığı olan payların devir yasağı (TTK m.m.404), anonim ortaklığın kendi paylarını devralması (TTK m.329), anonim ortaklığın kuruluşundan veya sermaye artırımının tescilinden önce yapılan devirler (TTK m.302, m.395/3, m. 412), bedeli tamamen ifa edilmemiş olan payın devri (m. 418/3) halleridir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununda ise ayın karşılığı olan payların devrine ilişkin yasak yer almamaktadır. Bununla birlikte anonim ortaklığın kendi paylarını devralması m.309 hükmünde, bedeli tamamen ifa edilmemiş olan payın devri m.491 hükmünde, anonim ortaklığın kuruluşundan veya sermaye artırımının tescilinden önce yapılan devirler ise m.352, m.486 hükümlerinde düzenlenmiştir.

<sup>3</sup> Anonim ortaklıklarda payın serbestçe devredilebilirliği ilkesine getirilen iradi sınırlama hali, anonim ortaklık sözleşmesinde yer alan bağlam hükümleridir (*Tekinalp, Ü. (Poroy, R. /Çamoğlu, E.): Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, B.11, İstanbul 2009, s. 674*). Ayrıca, taraflar kendi aralarında sözleşme özgürlüğü prensibine dayanan bir sözleşme yapmak suretiyle payların devrini çeşitli kısıtlamalara tabi tutabilirler (*Sevi, A.M.: Anonim Ortaklıklarda Payın Devri, Ankara 2004, s. 90-93*).

<sup>4</sup> Devletin finansal politikası ile ilgili BankK m.18 hükmündeki hususlar bağlam niteliği taşımamaktadır (*Tekinalp (Poroy /Çamoğlu, s.469)*). Kaldı ki, TTK hükümleri uyarınca bağlam, hisse senedinin devrinin kanunen ya da şirket ana sözleşmesi ile tamamen ya da belirli şartlar altında anonim şirketin iznine bağlandığı durumlarda söz konusudur. Bu

BankK’da bir bankanın faaliyetlerini güvenli bir yürütebilmesi amacıyla kamu gücünün çeşitli müdahaleleri düzenlenmiştir. Bunlardan biri de belirli bir oranı aşan ve belirli nitelikleri taşıyan banka payı edinim ve devirlerinin pay defterine kaydının Kurulun izni ile mümkün olabilmesidir<sup>5</sup>.

Nitekim, bankaların denetlenmesi kuruluşta kurucuların kuruculuk şartlarını sahip olup olmadığını denetlenmesi ile birlikte, sonradan pay devralan büyük ortakların kim olduğunun bilinmesini ve banka ortağı olma yeterliliğini sahip olup olmadığını denetlenmesini de içerir. Bankanın yönetimindeki etkinliğini ve gücünü değiştiren pay edinim ve devirleri ayrıca izlenerek, banka ortaklık yapıları ile ortaklar için öngörülen hükümlere uygunluğun izlenmesi ve banka kaynaklarının ortaklar tarafından suiistimaline neden olabilecek, denetimi engelleyecek yapılanmaların önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. Bu kontrol aynı zamanda banka ortağının hisselerini devretmek suretiyle BankK’nın öngördüğü müeyyideleri dolanmasını engellemeyi de içermektedir<sup>6</sup>. Bu denetim ihtiyacı, azalma veya artma şeklinde iki yönlü ve hem devralan hem de devreden yönünden iki taraflı olmalıdır<sup>7</sup>.

Ayrıca, Basel Bankacılık Denetim Komitesi tarafından yayımlanan Etkin Bankacılık Denetimi İçin Temel İlkelerde<sup>8</sup> banka

---

itibarla, bağlamın söz konusu olabilmesi için nama yazılı hisse senedinin devrine izin verme yetkisinin anonim şirketin bizzat kendisinde olması gerekir. Gerek ana sözleşme ile gerek yasa hükmü ile düzenlenen bağlamlardan pay sahipliğinin devrine izin verme yetkisinin anonim şirketin kendisinde olması halinde bahsedilir. Payın devrinin üçüncü bir kişi bu vesile ile Kurulun izniyle mümkün olması, TTK anlamında bağlam olarak nitelendirilemeyecektir. Zaten, TTK’da nama yazılı hisse senetlerinin yasal ve ana sözleşmesel bağlamla devrinin sınırlandırılmasına izin vermekle güdülen amaçla, BankK m.18 hükmündeki izin müessesesinin düzenlenmesindeki amaç birbirinden farklıdır.

<sup>5</sup> *Taşdelen, S.*: Bankacılık Kanunu Şerhi, Ankara 2006, s. 267

<sup>6</sup> *Alici, Y.*: Bankacılık Kanunu Şerhi, İstanbul 2007, s. 192

<sup>7</sup> *Battal, A.*: Bankacılık Kanunu Şerhi, Ankara 2006, s.129

<sup>8</sup> [www.bis.org/publ/bcbs30a.pdf](http://www.bis.org/publ/bcbs30a.pdf), Etkin Bankacılık Denetimi İçin Temel İlkelerin çevirisi için bkz. *Er, S.*: Etkin Bankacılık Denetimi İçin Temel İlkeler, Bankacılar Dergisi, 2006, S.59, s.126-132



denetim otoritesinin mevcut bankalardan diğer gruplara sahiplik değişimi ya da dolaylı veya dolaysız hisse değişimi niyetini gözden geçirme ve reddetme gücüne sahip olması gerektiği belirtilmektedir.

Bu çalışmamızda BankK m.18 hükmünde Kurulun iznine tabi olduğu düzenlenen banka payı edinim ve devirleri incelenerek, hangi hallerde Kurulun izninin arandığı ortaya konulmaya çalışılmıştır.

## **A. BankK m.18 Hükmü Uyarınca İzne Tabi Pay Edinim ve Devirleri**

### **1. Bir Kişinin Doğrudan veya Dolaylı Olarak Pay Sahipliği Yoluyla Banka Sermayesinin % 10 veya Daha Fazlasını Temsil Eden Payları Edinmesi**

BankK m. 18/1 uyarınca, bir kişinin banka sermayesinin % 10 veya daha fazlasını temsil eden payları edinmesi Kurulun iznine tabidir. Bu durumda bir bankanın ortağı olmayan gerçek veya tüzel kişinin banka sermayesinin % 10 veya daha fazlasını iktisap etmesi söz konusudur<sup>9</sup>. Belirtilen oranın hesaplanmasında kişinin doğrudan edindikleri payları yanında, dolaylı olarak<sup>10</sup> sahip olduğu paylarda dikkate alınacaktır.

<sup>9</sup> Tekinalp, Ü: Ünal Tekinalp'in Banka Hukukunun Esasları, (Banka Hukuku), İstanbul 2009, s. 152

<sup>10</sup> Dolaylı pay sahipliği kavramı, BankK'ya özgü bir kavramdır. Bu kavram, bir kimsenin bir ortaklıkta pay sahibi olmadan, pay sahibi olduğu bir veya birden çok sermaye veya şahıs şirketi aracılığıyla dolaylı bir şekilde sahip bulunduğu pay sahipliğini ifade etmekle birlikte, bu durumdan daha geniş bir şekilde aile bağı, ekonomik birliktelik, menfaat birliği gibi nedenlerle hesaben kendisine ait varsayılan payları da içerir. Dolaylı pay sahipliği BankK m.5 hükmünde düzenlenmiş olup, anılan hükümde "Bu Kanunun uygulanmasında, gerçek kişilere ait dolaylı pay sahipliğinin belirlenmesinde, bir gerçek kişi ile eş ve çocuklarına ve bunların sınırsız sorumlulukla katıldıkları ortaklıklara veya bu kişi veya ortaklıkların ayrı ayrı veya birlikte kontrol ettikleri ortaklıklara ait paylar birlikte dikkate alınır. Tüzel kişilere ait dolaylı pay sahipliğinin belirlenmesinde, bunlara ait paylar ile bunların kontrol ettikleri ortaklıklara ait paylar birlikte hesaplanır." denilmektedir.

Örneğin, (A) şahsının bir bankanın sermayesinin % 8'ini edinmesi Kurulun iznine tabi değil ise de; % 10 veya daha fazlasını edinmesi Kurulun iznine tabi olacaktır. Banka sermayesinin % 8'ini temsil eden payların (A) şahsı tarafından, %7'sini temsil eden payların ise eşi tarafından edinilmesi durumunda, belirtilen oranın hesaplanmasında dolaylı pay sahipliği de dikkate alındığından, hem (A) şahsı hem de eşi açısından Kurulun izni gerekmektedir<sup>11</sup>.

## **2. Bir Ortağa Ait Doğrudan veya Dolaylı Payların Banka Sermayesinin %10, %20, %33 ve %50'sini Aşması Sonucunu Doğuran Pay Edinimi**

BankK m. 18/1 uyarınca, bir bankanın ortağı olan gerçek veya tüzel kişinin yeni pay edinmesi her ihtimalde izne tabi olmayacak, yalnızca yeni pay edinilmesi sonucunda toplam payın banka sermayesinin %10, %20, %33 ve % 50'si oranını aşması halinde Kuruldan izin alınması söz konusu olacaktır. Belirtilen oranların hesaplanmasında kişinin doğrudan edindikleri payları yanında, dolaylı olarak sahip olduğu paylarda dikkate alınacaktır (BankK m.5).

Örneğin<sup>12</sup>,

- Bir bankanın ortağı gerçek veya tüzel kişi banka sermayesinin doğrudan veya dolaylı %10 oranından az paya sahipse, %10 veya bu oranı aşması sonucunu doğuran doğrudan veya dolaylı pay edinimleri izne tabidir.

-Banka ortağı banka sermayesinin doğrudan veya dolaylı %10 ile %20 arasında pay sahibi ise %20'yi aşan doğrudan veya dolaylı pay edinimleri aşım hangi oranda olursa olsun izne tabidir. Bu durumda, %12

---

<sup>11</sup> *Alıcı*, s.193

<sup>12</sup> Açıklamalı 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu: Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, Ankara 2006, s. 320; Benzer örnek için bkz. *Reisoğlu, S.*: Bankacılık Kanunu Şerhi, (Şerh), Ankara 2007, s.319-320. Diğer örnekler için bkz. *Tekinalp*, (Banka Hukuku), s. 152, *Alıcı*, s. 195-196

oranında pay sahibi ise %20 paya ulaşınca kadar izne gerek olmaksızın pay edinebilir.

-Banka ortağı banka sermayesinin doğrudan veya dolaylı %20 ile % 33 arasında paya sahipse, bu kişinin %33 oranını aşma sonucunu doğuran doğrudan veya dolaylı herhangi bir orandaki hisse edinimi izne tabi olacaktır. Buna göre, %24 oranında pay sahibi olan bir ortak %33 oranına ulaşınca kadar izne gerek olmadan pay edinebilecektir.

- Banka ortağı banka sermayesinin doğrudan veya dolaylı %33 ile % 50 arasında paya sahip ise, bu kişinin % 50 oranını aşma sonucunu doğuran doğrudan veya dolaylı herhangi bir orandaki hisse edinimi izne tabidir. Buna göre, %35 oranında pay sahibi olan bir ortak %50'ye ulaşınca kadar izne gerek olmadan pay edinebilecektir.

### **3. Bir Ortağa Ait Doğrudan veya Dolaylı Payların Banka Sermayesinin %10, %20, %33 ve %50'sinin Altına Düşmesi Sonucunu Doğuran Pay Devirleri**

Bu durumda payı edinecek ortağın değil, payının söz konusu oranların altına düşecek şekilde kısmen veya tamamen devredecek ortağın izin alması söz konusu olmaktadır<sup>13</sup>. Örneğin banka sermayesinin %35'ini tekabül eden miktarda pay sahibi olan gerçek veya tüzel kişinin, banka sermayesinin %3'ünü temsil eden payını devretmesi (%33 eşiğinin altına düştüğünden) veya banka sermayesinin %16'sını temsil eden hisselerini devretmesi (%20 eşiğinin altına düştüğünden) Kurulun iznine tabi olacaktır. Payların anılan hükümde belirtilen oranlar arasında el değiştirmesi Kurulun iznine tabi değildir.

Kurulun buradaki incelemesi kural olarak hissesini devredecek ortak bakımından olacak ve bu ortağın BankK'daki müeyyideleri dolanmak amacıyla hareket edip etmediği değerlendirilecektir<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> *Alıcı*, s.196

<sup>14</sup> *Alıcı*, s.196. Ayrıca, böyle bir durumun bankanın yeni ortaklık yapısının bankanın sevk ve idaresinde yetersiz kalması sonucunu doğurabileceğinden, söz konusu hüküm ile

Bununla birlikte, her pay devrinde bu payı edinen ile devreden açısından izne tabi olup olmadığının ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir. Zira her pay devrinde alıcı ve satıcı bulunacağından ve satıcının bankadaki pay oranı azalırken, alıcının pay oranı artacağından pay devrinin izne tabi olup olmadığı her iki taraf açısından değerlendirilmelidir. Örneğin banka sermayesinin %35'i oranında paya sahip ortağın %11 oranındaki payını bir kişiye devretmek istemesi halinde payı devralacak ortak açısından da izin incelemesi yapılacaktır. Bu itibarla, bir ortağın payını devretmeye yönelik talebi Kurul tarafından devreden ortağa ait nedenlerle reddedilebileceği gibi, devralacak kişiye ait nedenlerle de reddedilebilecektir<sup>15</sup>.

#### 4. İmtiyazlı Payların Devri

BankK m. 18/2 hükmü ile bankalarda “*yönetim kuruluna veya denetim komitesine*<sup>16</sup> üye belirleme” imtiyazı veren payların tesisi, devri veya yeni imtiyazlı pay ihracı anılan maddenin birinci fıkrasında belirtilen oransal sınırlara bakılmaksızın Kurulun iznine tabi tutulmuştur. Bankaların İzne Tabi İşlemleri ile Dolaylı Pay Sahipliğine İlişkin

---

mevcut ortakların paylarını elden çıkarmalarının bankanın sevk idaresini olumsuz hale getirmesini önlemeyi amaçlandığı belirtilmiştir. (*Taşdelen*, s. 274)

<sup>15</sup> *Alıcı*, s. 196

<sup>16</sup> Denetim komitesi ise BankK ile getirilmiş bir kavram olup, BankK m.24 uyarınca yönetim kurulunun denetim ve gözetim faaliyetlerinin yerine getirilmesine yardımcı olan bir organdır. Denetim komitesine üye belirlemek hükmü uyarınca kanun gereği yönetim kurulunun yetkisindedir. Denetim komitesi en az iki üyeden oluşur ve icrai görevi bulunmayan yönetim kurulu üyeleri arasından seçilir (BankK m.24/1). Bütünsel bir bakış açısıyla denetim komitesi, bankanın iç sistemleriyle dış denetiminin eşgüdümünü sağlayan, bu süreçten bankanın faaliyetlerinin güven içinde ve bankacılık mevzuatına uygun bir şekilde yürütülmesini sağlayacak sonuçlar çıkaran ve bu sonuçları yönetim kuruluyla paylaşan organdır. Görevleri özü itibariyle iç sistemlerin ve bağımsız dış denetiminin layıkıyla yürütülmesini sağlamak, ana ortaklık niteliğindeki kuruluşlarda konsolidasyonu sağlamak ve farklı kaynaklardan gelen verileri bütünsel olarak değerlendirip yönetim kurulunun değerlendirmesine sunmaktır. (*Altay, A.*: Bankacılık Kanunu'nun Temel Esasları ve Yeni Kurumlar, Banka Hukuku Atölye Çalışmaları: II, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 2008, No: 58, s.41-42). Denetim komitesi üyelerinin taşınması gereken diğer nitelikleri ile yetki ve sorumlulukları Bankaların İç Sistemleri Hakkında Yönetmeliğin 6 ncı ve 7 nci maddelerinde düzenlenmiştir

Yönetmeliğin<sup>17</sup> “Pay edinim ve devirleri” başlıklı m.11/3 hükmünde *herhangi bir pay devri söz konusu olmasa dahi, mevcut paylar üzerine imtiyaz tesisi, imtiyazın kaldırılması* da bu maddede belirtilen usul ve esaslar çerçevesinde Kurulun iznine tabi olduğu düzenlenmiştir. Söz konusu hükümde kastedilen yönetim kuruluna veya denetim komitesine üye belirleme imtiyazı veren paylardır<sup>18</sup>. Bu itibarla, yönetim kuruluna veya denetim komitesine üye belirleme imtiyazı veren payların sadece devri değil, aynı zamanda tesisi, yeni imtiyazlı pay ihracı ve kaldırılması da izne tabidir. Söz konusu imtiyazları veren payların tesisi, ihracı ve kaldırılmasında Kurul izninin aranmasının nedeni, ortada bir devir işlemi olmamasına rağmen, yönetime etkili bir değişikliğin bulunmasıdır<sup>19</sup>. Diğer taraftan, imtiyazlı pay senetlerine ilişkin olarak, Kurul tarafından izin verilmesinde doğrudan veya dolaylı pay sahipliğinden söz edilmediğinden, burada izin doğrudan imtiyazlı pay sahipliği açısından geçerli olacaktır<sup>20</sup>.

Doktrinde imtiyazlı payların ya kuruluş aşamasında ya da ana sözleşme değişikliğinde söz konusu olması ve birinci halde BankK m.6 uyarınca kurucuların ikinci halde ise bankanın Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumundan (Kurum) izin alması gerektiğinden bahisle, bu aşamalarda verilen izinlerin imtiyazlı payların tesisini veya sonradan ihracını da kapsadığından, BankK m.18 hükmü ile imtiyazlı payların tesis veya ihracı için izin alınmasının yeniden öngörülmesinin isabetsiz olduğu öne sürülmüştür<sup>21</sup>. Ancak, kanaatimizce halka açık anonim ortaklık niteliği taşıyan bankalarda Sermaye Piyasası Kanunu (SerPK) 12/5 hükmü uyarınca ana sözleşme değişikliğine gidilmeden yönetim kurulu kararı ile imtiyazlı pay ihraç edilebildiğinden, söz konusu hükmün isabetsiz olduğu yönündeki görüşe katılmamaktayız. Ayrıca, bu işlemin ayrıca BankK m.18/2 uyarınca izne tabi olduğunun öngörülmesi, söz konusu işlemin

<sup>17</sup> 01.11.2006 tarihli ve 26333 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

<sup>18</sup> *Reisoğlu*, (Şerh), s.323

<sup>19</sup> *Battal*, s. 130

<sup>20</sup> *Reisoğlu*, (Şerh), s.323

<sup>21</sup> *Alıcı*, s.197; *Taşdelen*, s. 282

alelade bir ana sözleşme değişikliği olarak değil de, BankK m.18 hükmünün konuluş amacı çerçevesinde “banka üzerindeki kontrol ilişkilerini etkileyecek düzeyde” bir işlem olarak değerlendirilmesini sağlamaya yöneliktir<sup>22</sup>.

Yönetim kurulu ve denetim komitesine üye belirleme imtiyazı, ortaklıktaki imtiyazlı pay grubuna yönetim kurulu veya denetim komitesine aday gösterme şeklinde olabileceği gibi, yönetim kurulu ve denetim komitesinin bazı üyelerinin belirli bir grup pay sahipleri arasından seçilmesi şeklinde de olabilir<sup>23</sup>.

Doktrinde, ana sözleşmede imtiyazlı pay senedi çoğunluğuna aday gösterme hakkı tanındığında, ancak imtiyazlı payların çoğunluğunun devri veya devralanın çoğunluğu oluşturacak miktarda hisse senedi devralması halinde Kurulun izninin aranacağı; ana sözleşmede bir ayırım yapılmaksızın sadece örneğin (A) grubu hisse senetlerine bu tür bir imtiyaz tanınmış ise her hisse senedinin devri için Kuruldan izin alınacağı belirtilmiştir<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> *Altay*, s. 59

<sup>23</sup> Bununla birlikte doktrinde BankK m.24/1 hükmü uyarınca denetim komitesine üye belirleme yetkisinin yönetim kurulunda olması nedeniyle banka ortaklarının doğrudan denetim komitesine üye seçme imkânlarının bulunmadığı, bu nedenle BankK m.18/2 hükmündeki “denetim komitesine üye belirleme imtiyazı” şeklindeki ifadenin gerçek durumu yansıtmadığı belirtilmiştir. (*Özdamar, M.: Bankaların İç Denetiminde Yeni Bir Organ “Denetim Komitesi”, (Denetim Komitesi), Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, Ankara 2008, s.1510* ). Ancak denetim komitesine üye belirleme imtiyazı ifadesi ile kastedilen, banka ortaklarının doğrudan denetim komitesine üye belirlemeleri olmayıp; yönetim kurulu tarafından belirlenecek denetim komitesine aday gösterme veya yönetim kurulu tarafından seçilecek denetim komitesinin bazı üyelerinin belirli bir grup pay sahipleri arasından seçilmesi imtiyazı veren paylardır.

<sup>24</sup> *Reisoğlu, (Şerh)*, s.323; *Özdamar, M.: Türk Banka Hukukunda Nitelikli Pay Kavramı, (Nitelikli Pay), Haluk Konuralp Anısına Armağan, Ankara 2009, s. 739-741*. Ancak *Özdamar*, ana sözleşmede aday belirleme imtiyazının çoğunluğun kararıyla alındığını belirtilmiş ise, çoğunluğa karşı gelen devirlerde Kurul izninin alınması gerektiğini, buna karşılık ana sözleşmede hüküm olmadığı takdirde ortaya bir boşluğun çıktığını, zira TTK m.389 hükmünde imtiyazlı pay sahiplerinin nasıl toplanıp karar alacaklarının açıkça hükmüne bağlanmadığını, toplantılarda hiçbir yeter sayının aranmaması görüşü kabul edilecek olursa, her bir payın devri için Kuruldan izin alınacağını, ana sözleşme

Ancak söz konusu görüşe katılma olanağı bulunmamaktadır. Zira, bu durumda bir bankanın kontrolünü sağlayabilecek orandaki payların veya buna imkân veren imtiyazlı payların devrinin veya ediniminin denetlenmesini öngören BankK'nın amacı ve ilgili hükmü, bir sözleşme niteliğindeki banka ana sözleşmesi ile dolanılabilir, ana sözleşmede açıkça imtiyazlı payların “çoğunluğuna aday gösterme hakkının tanındığı” ifade edilmişse, imtiyazlı paylar olmasına rağmen imtiyazlı payların çoğunluğuna ulaşmayan pay edinim ve devirleri Kurul iznini gerektirmeyecektir. Kanaatimizce, grup halinde kullanıldığı ve tek tek sahiplerine yönetim kuruluna üye önerme imkânı vermediği gerekçesi ile BankK m. 18/2 hükmüne rağmen söz konusu hisselerin devrinde Kurul iznini aramamak kanun koyucunun iradesi ile bağdaşmamaktadır.

##### 5. Oy Hakkı Edinilmesi ve Paylar Üzerinde İntifa Hakkı Tesisi

BankK m.18/4 hükmünde “... *Oy hakkı edinilmesi ve hisseler üzerinde intifa hakkı tesisinde bu hüküm uygulanır*” denilmek suretiyle, dolaylı olarak<sup>25</sup> oy hakkı edinilmesi ve hisseler üzerinde intifa hakkı tesisi de Kurul iznine tabi tutulmuştur. BankK ile özellikle yönetsel hakların, banka ortağı olmayı hak etmeyen kişiler tarafından kullanılmasını önlemeye yönelik kurallar konulduğundan, payın devri niteliğinde olmasa da yönetime katılma sonucu doğuran işlemler ve bu kapsamda pay sahibince başka kişilere oy hakkının devredilmesi işlemleri Kurulun denetimine ve iznine tabi tutulmuştur<sup>26</sup>.

değişikliklerinde aranan yetersayıların kullanılması gerektiği görüşü kabul edilir ise, sadece çoğunluğu sağlayan devirlerde izin gözetileceğini ifade etmiştir.

<sup>25</sup> Dolaylı olarak Kurul iznine tabi tutulduğu yorumu, anılan hükmün düzenlendiği fıkradan kaynaklanmaktadır. Nitekim BankK m. 18/4 hükmün başında, “*Ortak sayısının beşten aşağı düşmesine yol açan işlemler ile izin alınmadan yapılan pay devirleri pay defterine kaydolunmaz. Bu hükme aykırı olarak pay defterine yapılan kayıtlar hükümsüzdür...*” denilmektedir. Bu düzenlemenin, anılan maddenin ilk fıkrasında yer verilmesi daha uygun olacaktır.

<sup>26</sup> *Battal*, s.134

### a. Paylar Üzerinde İntifa Hakkı Tesisi:

Oy hakkı edinilmesinin en çok görülecek biçimi pay üzerinde intifa hakkı kurulmasıdır. Ancak, kanun koyucu oy hakkı edinilmesi ile pay üzerinde intifa hakkının tesisini farklı anlam ve kapsamda kullanmıştır<sup>27</sup>.

İntifa hakkı, belirli bir kişiye başkasına ait bir eşya, hak veya malvarlığı üzerinde tam yararlanma imkânı sağlayan bir irtifak hakkıdır<sup>28</sup>. Pay da bir malvarlığı değeri olduğundan intifa hakkının konusunu oluşturabilmektedir. Pay üzerinde intifa hakkı kurulması ise, kural olarak bir hukuki işleme ya da kanun hükmüne dayanır<sup>29</sup>.

Türk Ticaret Kanununun (TTK) m. 360/4 hükmünde<sup>30</sup>, “Üzerinde intifa hakkı bulunan bir hisse senedinden doğan rey hakkı, intifa hakkı sahibi tarafından kullanılır. Şu kadar ki; intifa hakkı sahibi, menfaatlerini hakkaniyete uygun bir şekilde göz önünde tutarak hareket etmemiş olmasından dolayı malike karşı mesuldür.” denilerek, oy hakkının pay sahibi tarafından kullanılması kuralına önemli bir istisna getirilmiştir<sup>31-32</sup>. Ancak, söz konusu hüküm emredici nitelik

<sup>27</sup> 3182 sayılı Kanunun 512 ve 538 sayılı KHK’ler ile değişik m. 5 /3 hükmünde yer alan “İntifa hakkı ile oy hakkının edinilmesinde de bu fıkra hükümleri uygulanır.” şeklindeki hüküm intifa hakkı yoluyla oy hakkının edinilmesinde de bu fıkra hükümleri uygulanır şeklinde anlaşılmıştır. Benzer yorum 4389 sayılı Kanunun m.8/2-a hükmü içinde yapılmıştır. Oysa, söz konusu madde hükümlerinde oy hakkı edinilmesi ile intifa hakkı tanınması ayrı cümlelerde ayrı kavramlar olarak kullanılmıştır. (Alıcı, s.198). Öte yandan, BankK m.18 hükmünün uygulanması bakımından bunların aynı ya da biri diğerinin sonucu anlamına geldiği yönünde de görüşler mevcuttur. ( Taşdelen, s. 277 ; Battal, s.134)

<sup>28</sup> Oğuzman, M. K./Seliçi, Ö. /Oktay-Özdemir, S.: Eşya Hukuku, İstanbul 2004, s.627

<sup>29</sup> Kendigelen, s.71

<sup>30</sup> Bu husus 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun m.432 hükmünde, “Bir payın üzerinde intifa hakkı bulunması hâlinde, aksi kararlaştırılmamışsa, oy hakkı, intifa hakkı sahibi tarafından kullanılır. Ancak, intifa hakkı sahibi, pay sahibinin menfaatlerini hakkaniyete uygun bir şekilde göz önünde tutarak hareket etmemiş olması dolayısıyla pay sahibine karşı sorumludur.” şeklinde düzenlenmiştir.

<sup>31</sup> Aytaç, Z.: Sermaye Piyasası Hukuku ve Hisse Senetleri, Ankara 1998, s.122. Öte yandan, intifa hakkı sahibinin oy hakkına sahip olabilmesi için pay üzerindeki intifa hakkı oranının ne olması gerektiği tartışmalıdır. (Tartışmalar ilişkin olarak Kendigelen,



taşımadığından, taraflar arasında yapılacak bir sözleşme ile oy hakkının pay sahibine bırakılması serbestçe kararlaştırılabileceği gibi, ana sözleşmede yer alması zorunlu bir hükümlerle intifa konusu paylardan kaynaklanan oy hakkı pay sahibine tahsis edilebilecektir<sup>33</sup>. Bu tür bir sözleşme ile genel kurulda oy kullanma hakkını yeniden elde eden pay sahibi, bu hakkını temsilci sıfatıyla değil, bizzat oy hakkının sahibi olarak kullanacaktır<sup>34</sup>.

s.248-257). Yargıtay tarafından, pay üzerinde kısmi intifa hakkının bulunması halinde, paydan kaynaklanan oy hakkının tek başına intifa hakkına sahip olduğu görüşü benimsenmiştir. Ancak TTK m. 360/4 hükmü karşısında, intifa hakkının oranına göre bir çözüm kabul etmek ve hiç olmazsa %50'den düşük orandaki intifa hakkı bakımından oy hakkını pay sahibinin kullanımına sunmak gerekmektedir. (*Tekinalp (Poroy /Çamoğlu)*, s. 72-973, *Çeker*, s.171; *Kendigelen*, s. 256-257

<sup>32</sup> Bununla birlikte, TTK'da oy hakkının intifa hakkı sahibi tarafından kullanılacağı belirtilmekle birlikte, oy hakkı dışında kalan bilgi edinme, denetleme ve iptal davası gibi yönetime ilişkin hakların malik tarafından mı intifa hakkı sahibi tarafından mı kullanılacağı hususunda bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Doktrinde, *Tekinalp*, intifa hakkı sahibine tanınan oy hakkına bağlı genel kurula katılma, genel kurul içinde denetleme ve iptal davası açma haklarının oy hakkı anlam kazansın diye tanıdığını, sayılan hakları paya yani asıl cevhere sahip olan malikin de haiz olduğu belirtmiştir (*Tekinalp (Poroy /Çamoğlu)*, s. 580). *Teoman* ise, intifa hakkı sahibine oy hakkı tanınmış olması karşısında pay sahipliğinden doğan sorumluluk davası açmak, bilanço görüşmelerinin ertelenmesi veya özel denetçi atanmasını istemek gibi pay sahipliğinden doğan bazı bireysel ve azınlık haklarını kullanabileceği, bilgi alma hakkı açısından oy hakkından yararlanan intifa hakkı sahibinin bu yararlanmasının doğal olduğu, ancak malikin de kendi hukuki durumunu belirleyebilmek amacı ile bilgi alma hakkından yararlanmasının mümkün olabileceği, iptal davası açma hakkı açısından, oy kullanma ve iptal davası açmak hakları bir bütün teşkil ettiğinden, bu hakkın salt intifa hakkı sahibi tarafından kullanılması gerektiğini ileri sürmüştür. (*Teoman*, Ö.: Anonim Ortaklıkta Paylar Üzerinde İntifa Hakkı Bulunması Durumunda Oy Hakkı Dışındaki Yönetim Haklarının Kimin Tarafından Kullanılacağı Sorunu, Otuz Yıl Ticaret Hukuku –Tüm Makalelerim-, C.I, 1971-1982, s. 337-341. *Aytaç'ta* oy hakkının intifa hakkı sahibine tanınmasının doğal olarak oy hakkına bağlı olan genel kurula katılma, öneride bulunma ve denetleme haklarının da kendisine verilmesi sonucunu doğurduğu, iptal davası açma hakkının intifa hakkı sahibine ait sayılacağı, bilgi edinme hakkı açısından hem malike hem de intifa hakkı sahibine tanınabileceği görüşündedir. (*Aytaç*, s.123-124) *Kendigelen* ise, iptal davası açma hakkından intifa hakkı sahibinin yanısıra malikin de yararlanabileceği, iptal davası açma hakkı ile bağlantılı genel kurul toplantısına katılma, bilgi alma hakları için de bunun geçerli olduğunu belirtmiştir. (*Kendigelen*, s. 204-334)

<sup>33</sup> *Tekinalp (Poroy /Çamoğlu)*, s.579; *Çeker*, s.172; *Kendigelen*, s. 261-262

<sup>34</sup> *Kendigelen*, s.261

Öte yandan, oy hakkının yapılan bir sözleşme ile payın malikine tahsis edildiği durumlarda bile intifa hakkı sahibinin genel kurul kararlarına karşı iptal davası açma, genel kurul toplantısına katılma hakkı gibi yönetim haklarını haiz olduğu kabul edilmektedir<sup>35</sup>.

Dolayısıyla, banka payı üzerindeki intifa hakkının, intifa hakkı sahibinin oy hakkına sahip olmayacak şekilde tesis edilmesi halinde de intifa hakkı sahibi diğer yönetim haklarını kullanabileceğinden, her tür intifa hakkı tesisinin Kurulun iznine tabi olduğu düşünülmektedir. Kaldı ki, intifa hakkının Kurulun izni alınmadan tesis edildiği durumda uygulanacak BankK m.18/7 hükmünde, sadece oy kullanma hakkı değil bu paylara ait temettü hariç ortaklık haklarının Fon tarafından kullanılacağı hükmü de bu görüşümüzü desteklemektedir.

Banka payı üzerinde intifa hakkı tesisi, adeta banka payının devri hükümlerine tabi tutulduğundan, BankK m.18/1 hükmünde belirtilen oranlardaki pay üzerinde intifa hakkı tesisi veya anılan hükümde gösterilen eşiklerin altına düşecek şekilde intifa hakkının sona erdirilmesi Kurulun iznine tabi olacaktır<sup>36</sup>. Bu itibarla, Kurulun izninin gerekip gerekmediğinin tayininde intifa hakkı tesisi, hak sahibi için “devralma”, malik için “devretme” gibi kabul edilecektir. Buna göre, örneğin bir kişi lehine banka sermayesinin %10’unu veya daha fazlasını temsil eden pay üzerinde intifa hakkı tesisi Kurulun iznine tabi olacaktır. Aynı şekilde, banka sermayesinin %22’sine sahip bir ortağın, banka sermayesinin %5’ini temsil eden paylar üzerinde diğer bir kişi lehine intifa hakkı tesis etmesi halinde, malikin haklarına tam sahip olduğu pay miktarı %20 eşliğinin altına düştüğünden Kurulun izni aranacaktır<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> *Kendigelen*, s.320

<sup>36</sup> *Reisoğlu*, (Şerh), s. 326; *Alici*, s. 199. Aksi yönde, *Taşdelen*, s. 277 . *Taşdelen*, intifa hakkı tesisinde veya tesis edilmiş intifa hakkından vazgeçilmesinde intifa hakkı tesis eden senetlerin toplam sermayeye oranı ne olursa olsun Kurulun izninin gerektiğini belirtmiştir.

<sup>37</sup> *Alici*, s. 199

## **b. Oy Hakkı Elde Edinilmesi:**

BankK m. 18/4 hükmünde yer alan oy hakkı edinilmesi ise, banka hukukuna özgü bir kavram olup; intifa hakkı tesisi dışındaki oy hakkı edinimlerini belirtmek üzere kullanılmıştır<sup>38</sup>. Ancak, madde gerekçesinde “oy hakkı edinilmesi” ile neyin kastedildiği hususunda bir açıklama olmadığı gibi, doktrinde de konuya ilişkin görüş birliği bulunmamaktadır.

*Taşdelen*, vekâleten oy kullanılmasının anılan hüküm kapsamına girmediğini, hisse senedi satış vaadi sözleşmelerinde ise vaadin oy hakkı edinilmesi anlamına girmediğinden madde kapsamında değerlendirilemeyeceğini, ancak satış vadeden tarafın edimini yerine getirmek istediğinde Kuruldan izin alınması gerektiğini belirtmiştir<sup>39</sup>. *Reisoğlu'da*, genel kurulda oy kullanma açısından hissedarlarla yapılan anlaşmalar “oy hakkı edinilmesi” şeklinde değerlendirildiğinde, belli oranların üzerinde Kurulun izninin gerekeceği yönünde görüş bildirmiştir<sup>40</sup>. *Alıcı* ise, payın rehininde rehinli alacaklıya oy hakkının kullanılmasına ilişkin olarak temsil yetkisi verilmesi ile oy sözleşmesinin uygulanmasının güvence altına alınması amacıyla hisse senetlerinin tevdi edilmesi durumunda oy hakkının edinilmesinin gerçekleşeceğini ve Kurulun iznine tabi olacağını belirtmiştir<sup>41</sup>.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, oy hakkının temsilci aracılığıyla kullanıldığı durumlarda Kurulun izninin gerekmediği yönündeki görüşe kısmen katılmaktayız. Zira, TTK'nın m. 360/2 hükmüne göre<sup>42</sup>, “*rey hakkını haiz olan pay sahibi, umumî heyet toplantılarında bu hakkını bizzat kullanabileceği gibi pay sahibi olan veya esas mukavelede hilâfına hüküm bulunmadıkça, pay sahibi olmıyan üçüncü bir şahıs vasıtasıyla de*

<sup>38</sup> *Alıcı*, s.199

<sup>39</sup> *Taşdelen*, s.278

<sup>40</sup> *Reisoğlu*, (Şerh), s. 326

<sup>41</sup> *Alıcı*, s.199-202

<sup>42</sup> Bu husus 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun m.425 hükmünde “*Pay sahibi, paylarından doğan haklarını kullanmak için, genel kurula kendisi katılabileceği gibi, pay sahibi olan veya olmayan bir kişiyi de temsilcisi olarak genel kurula yollayabilir...*” şeklinde düzenlenmiştir.

*kullanabilir*”. Görüldüğü üzere, genel kurul toplantılarına katılmak istemeyen pay sahibi, atayacağı temsilci aracılığıyla oy hakkını kullanarak, ortaklık yönetiminde söz sahibi olmaktadır.

Temsilci aracılığıyla oy kullanma, pay sahiplerince tayin edilen temsilcilerin kişiliğine göre iki gruba ayrılmıştır. Pay sahibinin genel kurulda oy kullanmak üzere belirli bir kişinin atandığı *bireysel temsilde*, temsil açık temsil veya gizli temsil olarak verilebilmektedir. Açık temsilde, temsilci şirkete karşı bu sıfatını ispat etmek suretiyle kendisine yetki veren pay sahibi adına oy kullandığından, temsilcinin oy hakkı edinmesinden bahsedilemeyecektir<sup>43</sup>. Öte yandan, genel kurulda oy kullanma yetkisi verilen kişinin, şirket yönetim kurulunun gösterdiği biri veya şirket yönetiminde kontrolü sağlamak isteyen kişi ya da hisse senetlerinin saklanmak üzere depo edildiği bir banka veya aracı kurumun<sup>44</sup> olduğu *kurumsal temsilde*<sup>45</sup>, pay sahibini temsil edecek kişiler, kendilerine başvuracak her kişiyi temsile hazır bulunur. Bu durum bireysel temsilden daha farklı sonuçlar doğurmakta olup, temsilci pay sahibinin iradesinin genel kurula ulaşmasını sağlamanın yanısıra, şirket

---

<sup>43</sup> Çeker, s. 263. Öte yandan, gizli temsilde pay sahibi hisse senetlerinin mülkiyetini temsilciye devretmek suretiyle temsilcinin ortaklığa karşı pay sahibi sıfatı ile hareket etmesini sağlamaktadır. Böylece temsilci oy hakkını, kendi adına pay sahibi hesabına kullanmaktadır. Ancak nama yazılı hisse senetlerinde genel kurulda oy hakkını kullanmak için ayrıca pay defterine kayıt gerektiğinden gizli temsil pek kullanılmamaktadır. (Çeker, s. 263) Kaldı ki, pay edinim ve devirlerinin gerçekleştiği durumlarda zaten Kurulun izni aranmaktadır.

<sup>44</sup> Yönetim kurulunca temsil, ortaklık yönetim kurulu veya uygun gördüğü kişinin temsilci tayini ve pay sahiplerinin bu kişiye yetki vermesi halinde gerçekleşir. Vekâlet toplananlarca temsil ise anonim ortaklıkta pay sahiplerine çağrıda bulunarak vekâlet toplanmasıdır. Bu durumda oy gücü belirli bir kişi veya grubun eline geçmektedir. Vekâlet toplanmasının amacı, ortaklıkta kontrolü sağlamak veya yönetimi ele geçirmek olduğundan, temsilci pay sahibinin iradesi ve menfaati gözetilmeksizin oy kullanır Söz konusu yöntem halka açık anonim ortaklıklar açısından kabul edilmiştir. Banka ve aracı kurumlarca temsilde ise, bu kurumların saklama hizmeti sundukları hisse senetlerinden doğan oy hakkının pay sahipleri adına kullanılması esasına dayanmakta olup; bu şekilde pay sahibi adına genel kurulda oy kullanan bu kurumların elinde önemli bir oy gücü bulunmaktadır. (Çeker, s. 277-300)

<sup>45</sup> Bu anlamda kurumsal temsil, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun m.428-431 hükümlerinde düzenlenmiş bulunmaktadır.

yönetimini ele geçirme ve yönetimde etkili olma imkânına da kavuşmaktadır<sup>46</sup>. Bu şekilde, ortaklıkta kontrolü sağlamak ve yönetimi ele geçirmek amaçlı yapılan kurumsal temsillerde BankK. m.18 hükmünün amacı da düşünüldüğünde, Kuruldan izin alınması gerektiği kanaati taşımaktayız.

Öte yandan, rehinli alacaklıya oy hakkının kullanılmasına ilişkin olarak temsil yetkisi verilmesi durumunda Kurulun izninin gerekip gerekmeyeceğine ilişkin olarak, söz konusu temsil yetkisinin verilmesi ile ulaşılmak istenen amaca bakılması gerektiği düşünülmektedir. TTK m.360/3 hükmü uyarınca<sup>47</sup>, payların rehni halinde oy hakkı kural olarak malike aittir. Ancak söz konusu düzenleme emredici olmayıp, oy hakkının kullanılması rehinli alacaklıya bırakılabilmektedir. Bu ise, pay sahibinin rehinli alacaklıya oy hakkının kullanılmasına ilişkin olarak temsil yetkisi vermesi ile gerçekleşir. Bu durumda oy hakkının kendisi değil, sadece ileri sürülmesine dair hak rehinli alacaklıya devredilmiş olmaktadır<sup>48</sup>. Rehin hakkı, pay sahipliğinden kaynaklanan yönetsel nitelikli haklara değil, sadece malvarlıksal nitelikte olanlara yönelik olduğundan<sup>49</sup>, rehin alacaklısına temsil yetkisi verilmesinin amacı rehin konusu şeyi özenle muhafaza edilmesinin sağlanmasıdır. Dolayısıyla, rehinli alacaklıya oy hakkının kullanılmasına ilişkin olarak temsil yetkisi verilmesi ortaklık kontrolünü ve yönetimini ele geçirilmesine yönelik olmadığından, bu durumda bireysel temsile ilişkin yaptığımız açıklamalarımız doğrultusunda, Kurulun iznine gerek olmadığını düşünmekteyiz.

---

<sup>46</sup> Çeker, s. 277

<sup>47</sup> Bu husus 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun m.427/2 hükmünde “*Hamiline yazılı pay senedini, rehin, hapis hakkı, saklama sözleşmesi veya kullanım öduncü sözleşmesi ve benzeri sözleşmeler sebebiyle elde bulunduran kimse, pay sahipliği haklarını, ancak pay sahibi tarafından özel bir yazılı belge ile yetkilendirilmişse kullanabilir.*” şeklinde düzenlenmiştir.

<sup>48</sup> Göksoy, Y.C.: Anonim Ortaklıklarda Payın Rehni, s.289

<sup>49</sup> Göksoy, s.281

Oy sözleşmeleri ise, oy hakkının ortaklık karar organlarında belli bir yönde kullanılması, kullanılmaması veya kullanımında çekimser kalınması taahhüdü içeren sözleşmelerdir<sup>50</sup>. Anonim ortaklıklarda pay sahiplerinin, oyların farklı yönlerde dağılımından doğabilecek sakıncaları önlemek, belirli bir karara ulaşılmamasını sağlamak ve ortaklık yönetiminde etkili olabilmek amacıyla oy sözleşmeleri yapmaları mümkündür. Oy sözleşmesi ile oy hakkı paydan veya pay sahibinden ayrı olarak bir başkasına devredilmeyip pay sahibinde kalmakta ve ortaklık genel kurulunda sözleşmede taahhüt edilen şekilde oy kullanma borcu doğmaktadır<sup>51</sup>. Bu sözleşmeler, nisbi karakterinin sonucu olarak sadece taraflar arasında hüküm ve sonuç ifade eder, oy sözleşmesinin ortaklığa ibraz edilerek genel kurulda oy kullanılırken sözleşme hükümlerinin göz önüne alınması söz konusu olamaz. Bu itibarla, oy hakkının devri gerçekleşmediği için, salt sözleşme yapılması halinde sözleşmeye konu banka pay senetlerinin miktarı ne olursa olsun Kurul iznini gerektirmediği düşünülmektedir.

Ancak oy sözleşmesine uyulmasını güvence altına alma amacıyla lehine taahhütte bulunulan kimseye veya onun belirlediği üçüncü kişiye TTK m. 360/2-3 hükümlerine göre temsil yetkisi verilmesi ile birlikte hisse senetlerinin Borçlar Kanunu hükümlerine göre tevdi edildiği durumlarda Kurul izni aranacaktır<sup>52</sup>.

Neticeten, pay sahibinden başka kişilerin oy hakkı edinmesi sonucunu doğuran hallerin varlığı halinde, BankK m.18/1 hükmünde belirtilen oranlara göre Kuruldan izin alınması gerekmektedir.

## **6. Banka Payının İcradan Satın Alınması Hali**

BankK m.18/8 hükmünde, bir bankanın hisse senetlerinin icra dairesinden satın alınması durumunda gerçekleştirilecek işlemlere ve bu

---

<sup>50</sup> Tekinalp (Poroy /Çamoğlu), s.593

<sup>51</sup> Moroğlu, E.: Oy Sözleşmeleri, (Sözleşme), İstanbul 2007, s.4-5.

<sup>52</sup> Alıcı, s.200-201

maddenin uygulanmasına dair usûl ve esaslar Kurulca belirleneceği düzenlenmektedir. Söz konusu hükmün uygulanmasına dair usul ve esaslar Bankaların İzne Tabi İşlemleri ve dolaylı Pay Sahipliğine İlişkin Yönetmelikte belirlenerek; anılan Yönetmeliğin m.11/4 hükmünde “Bir bankanın hisselerinin 09/06/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre icra dairesinden satın alınması durumunda yukarıdaki hükümler uygulanır.” denilmektedir. Görüleceği üzere, banka hisselerinin icra dairesinden satın alınması halinde de anılan Yönetmeliğin m.11 hükmündeki pay edinim ve devirlerindeki usul ve esaslar uygulama alanı bulacaktır. Buna göre, yönetim kuruluna veya denetim komitesine üye belirleme imtiyazı veren paylar ile BankK m.18/1 hükmünde belirtilen oranlar kapsamındaki doğrudan veya dolaylı pay edinimlerinin icra dairesi aracılığıyla gerçekleşmesi durumu da Kurulun iznine tabidir<sup>53</sup>.

Ancak banka hisse senetlerinin icradan satın alınması halinin ayrıca düzenlenmesine gerek olmadığı kanaati taşımaktayız. Zira BankK m. 18 hükmünde, belli nitelikleri haiz ve belli oranlarda pay edinimi ve devirleri Kurulun iznine tabi tutulmuş bulunmaktadır. Anılan hükümde “edinim” ifadesinin kullanılmasından, iradi veya iradi olmayan Kanunda belirtilen oran ve nitelikteki banka payı kazanımlarının Kurulun iznine tabi olacağı sonucuna ulaşılmaktadır<sup>54</sup>. Bu sebeple, kanun koyucu tarafından banka hisselerinin icra dairesinden satın alınmasına ilişkin ayrıca hüküm sevk edilmeseydi bile, anılan Yönetmeliğin m.11/4 hükmünde belirtilen sonuca ulaşılabilecektir.

### 7. Hisse Senetlerinin Borsada İşlem Görmesi Hali

BankK m.18/8 hükmünde ayrıca hisseleri borsada işlem gören bankaların hisselerinin borsadan alınmasına ve bu maddenin

<sup>53</sup> Alıcı, s.214

<sup>54</sup> Alıcı, s. 194; *Taşdelen*, maddede kullanılan “payların edinimi” ibaresinin eski Türkçe’de iktisabın karşılığı olduğunu ve satın almadan daha geniş bir anlam taşıdığını belirtmiştir. (*Taşdelen*, s. 268), *Battal’a* göre edinim, her türlü pay edinme biçimini kapsamakta olup, bunlar, miras yolu gibi kanunî nedenlerden kaynaklanabileceği gibi iradî bir yolla da olabilecektir; edinim ile devir arasındaki fark, sadece ifade biçiminden kaynaklanmakta ve Kanun koyucu burada, aynı işin farklı tarafları için ve aynı anlamda kullandığını ifade etmektedir. (*Battal*, s. 131)

uygulanmasına dair usûl ve esaslar Kurulca belirleneceği düzenlenmektedir.

Banka payının borsadan satın alınması ise, Bankaların İzne Tabi İşlemleri ve Dolaylı Pay Sahipliğine İlişkin Yönetmeliğin 11/A maddesinde ayrıca düzenlenmiştir<sup>55</sup>.

Yönetmeliğin 11/A maddesinde,

*“(1) Hisseleri borsada işlem gören bankaların hisselerinin Kanununun 18 inci maddesinin birinci fıkrasında öngörülen oranlarda edinilmesi halinde, bu hisselerle ilgili temettü hariç ortaklık haklarının kullanılabilmesi için anılan fıkra uyarınca Kuruldan izin alınması zorunludur. Söz konusu oranların, bankaların borsa dışından elde edilen hisseleri de dahil olmak üzere borsada işlem gören hisselerin edinilmesi ile gerçekleşmesi halinde de bu fıkra hükmü uygulanır.*

*(2) Yönetim kuruluna veya denetim komitesine üye belirleme imtiyazı veren payların borsadan alınması halinde oy hakkını kullanma amacı bulunup bulunmadığına bakılmaksızın Kanununun 18 inci maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen iznin alınması zorunludur.*

...

*(6) Bu madde hükmünde yer aldığı şekilde edinilen hisselerin devredilmesi halinde de yukarıda yer alan hükümler uygulanır”*

Hükmüne yer verilmiştir.

Söz konusu düzenleme ile banka payının borsadan kazanılması haline açıklık getirilerek, hisseleri borsada işlem gören bankalar açısından BankK m. 18/1 ve 18/2 hükümlerinde belirtilen oran ve esaslardaki pay devirlerinin de izne tabi olduğu düzenlenmiştir. Ayrıca, BankK m.18

---

<sup>55</sup> Banka paylarının borsadan satın alınması halinde yaşanan tereddütler üzerine Bankaların İzne Tabi İşlemleri ile Dolaylı Pay Sahipliğine İlişkin Yönetmelikte 08.10.2010 tarihli ve 27723 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Yönetmelik ile yapılan değişiklik ile Yönetmeliğe 11/A maddesi eklenerek, banka payının borsadan edinilmesi durumuna uygulanacak hükümler açıklığa kavuşturulmuştur.



hükümünde belirtilen oranlara borsa dışından ve borsada işlem gören hisselerin birlikte elde edilmesi suretiyle ulaşılabildiği durumda Kurulun izni gerektiği hususu açıkça hükme bağlanmıştır.

Hisse senetlerinin kaydileştirilmesi SerPK'nın m. 10/A hükmünde düzenlenmiş olup<sup>56</sup>; anılan hükümde *hisse senetlerine ilişkin kayıtların Merkezi Kayıt Kuruluşu tarafından bilgisayar ortamında ihraççılar, aracı kuruluşlar ve hak sahipleri itibariyle tutulacağı, kayden izlenen sermaye piyasası araçları üzerindeki hakların üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesinde, Merkezi Kayıt Kuruluşuna yapılan bildirim tarihi esas alınacağı, kayıt edilen hakların SerPK. m.7 uyarınca senede bağlanmayacağı, payların devrinin, Türk Ticaret Kanununun 417 nci maddesi çerçevesinde ortaklıklar tarafından pay defterine kaydında, ilgililerin başvurusuna gerek kalmaksızın Merkezi Kayıt Kuruluşu nezdinde ihraççılar itibariyle tutulan kayıtlar esas alınacağı* belirtilmiştir. Kayıtların nasıl tutulacağı ve kayıtların tutulmasında yapılacak işlemlere ilişkin usul ve esaslar ise Sermaye Piyasası Kurulunun (SPK) Seri: IV No.28 Tebliği<sup>57</sup> ile düzenlenmiştir. SerPK'nın m. 10/A hükmü, hisse senetlerini borsada işlem gören bankaların payları açısından uygulama alanı bulacaktır<sup>58</sup>.

<sup>56</sup> Türk hukukunda hisse senetlerinin kaydileştirilmesine ilişkin ilk düzenleme 558 sayılı KHK ile SerPK'nın m.22 hükmüne eklenen (n) bendi ile yapılarak, sermaye piyasası araçlarının takası, saklanması veya kaydi değer haline getirilmesi SPK'ya bırakılmıştır. SerPK'da söz konusu görev ve yetkiler doğrultusunda Seri: IV N.22, Sermaye Piyasası Araçlarının Kaydi Değer Haline Getirilmesine İlişkin Esaslar Tebliği'ni yayınlamıştır. Ancak SPK'ya sermaye piyasası araçlarının kaydileştirilmesi hususunda yetki veren SerPK m.22/n hükmü Anayasa Mahkemesinin 13.11.1995 tarihli ve E:1995/45; K: 1995/58 sayılı kararı ile iptal edilmiştir. Bunun üzerine Danıştay 10. Dairesinin 26.04.2000 tarihli ve E:1997/577; K: 2000/1934 sayılı kararı ile Seri: IV N.22 Tebliğ iptal edilmiştir. Daha sonra 15.12.1999 tarihli ve 4487 sayılı Kanun ile SerPK.'ya eklenen 10/A maddesi ile kaydi sistemin mevcut yasal çerçevesi belirlenmiştir. (Manavgat, Ç.: Sermaye Piyasası Kanununun 10/A Maddesi Hükmüne Göre Kaydi Sistemin Esasları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.50, S.2, s. 167-170)

<sup>57</sup> 22.12.2002 tarihli ve 24971 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

<sup>58</sup> Öte yandan, SerPK m. 10/A hükmündeki “ sermaye piyasası araçlarının kaydileştirilmesi” ifadesi ile SerPK m.7 hükmüne yapılan atıf söz konusu hükmün uygulama alanının halka açık anonim ortaklıklar olduğunu akla getirebilecektir. Ancak,

Kaydi sistemde, kayıtlar esas itibariyle anonim ortaklık paylarını temsil etmek üzere oluşturulmuş olup, paylar üzerindeki haklar kayıtlarla izlenmekte ve kaydi sistemde pay üzerindeki hakkın intikali kayıtlar üzerinden gerçekleşmektedir. Nitekim kaydi sistemde, elle tutulabilir bir fiziki varlık göstermemekle birlikte, anonim ortaklık paylarını temsil eden hisseler bilgisayar kayıtları olarak izlenebilmekte, bu kayıtlar üzerinde hâkimiyet kurulabilmekte ve kayıtlar iktisadi bir değer içermektedir.

SerPK m. 10/A kapsamındaki banka hisse senetleri senede bağlanmayacağından, ciro edilmesi de mümkün bulunmayacaktır. Bu itibarla, SerPK m.10/A hükmü uyarınca senede bağlanmamış banka payı kaydi değer niteliği taşıyan paydan doğan haklardan ibaret olduğundan, bu hakların devrine de genel hüküm niteliğinde olan alacağın temlik hükümleri uygulanır<sup>59</sup>. Ayrıca, İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Kotasyon Yönetmeliği'nin<sup>60</sup> m.9/1-m hükmü ile Borsaya yapılacak ilk kotasyon için *nama yazılı hisse senetlerinin bulunması durumunda bu senetlerin devir ve temlikinde beyaz cironun kabul edildiğine dair yönetim kurulu kararı* aranarak, nama yazılı payların devrinde beyaz ciro yeterli görülmüştür<sup>61</sup>.

---

payları borsada işlem görmemesine rağmen pay sahiplerinin sayısı 250'yi aştığından halka açık anonim ortaklık hükümlerine tabi olan ortaklıkların, SerPK m. 10/A kapsamında değerlendirilmesi kanun koyucunun amacı ile bağdaşmamaktadır. (*Tekinalp, Ü.: Nama Yazılı Kaydi Payların Devrinde Merkezi Kayıt Kuruluşunun Kayıtlarının Etkisi ve Niteliği*, (Kaydi Pay), Prof. Dr. Tahir Çağa'nın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s.539-540) Zaten, SerPK m.50 hükmünde anılan Kanun hükümlerinin, ortak sayısı bakımından bankalar hakkında uygulanmayacağı hükme bağlandığından, SerPK m. 10/A kapsamındaki bankaların hisse senetleri borsada işlem gören bankalar olduğu hususunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır.

<sup>59</sup> *Tekinalp*, (Kaydi Pay), s.542; *Sevi*, s. 246; *Manavgat*, s. 186

<sup>60</sup> 24.06/2004 tarihli ve 25502 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

<sup>61</sup> Söz konusu hükmün amacı, Borsanın anonim ortaklıktan “beyaz ciroyu kabul ettiği” beyanın önceden almak suretiyle, Borsada nama yazılı pay senedi satın alan kimsenin kayıt başvurusunun beyaz cironun geçersiz olduğu gerekçesi ile ortaklık tarafından reddedilmesini önlemek ve Borsada nama yazılı pay senetlerinin devir ve tedavülünü kolaylaştırmaktır. (*Moroğlu, E.: Nama Yazılı Pay Senetlerinin Devri ve Yargıtay Kararları*, (Nama Yazılı), Makaleler I, İstanbul 2001, S.XIII, s. 259)

Ayrıca, Merkezi Kayıt Kuruluşu kayıtları nama yazılı kaydi paylar bakımından pay defterinin niteliğini değiştirmemiş, TTK'nın m.417 hükmündeki pay defterine kayıt yükümlülüğünün esası ile ilgili herhangi bir değişiklik yapmamıştır<sup>62</sup>. Nitekim Merkezi Kayıt Kuruluşuna yapılacak kayıtlar, paydan doğan hakların ve pay sahipliği sıfatının kazanılması açısından açıklayıcı nitelik taşımaktadır.<sup>63</sup> TTK sisteminde olduğu gibi nama yazılı payların devrinde pay defterine yapılacak kayıt, kaydi sistemde de ortaklığa karşı pay sahipliği sıfatının kazanması bakımından aranmaktadır<sup>64</sup>. Ancak, pay defterine kayıt yükümlülüğü ile ilgili olarak kaydi sistemle uyum sağlayacak yeni bir düzenleme getirilerek, SerPK m. 10/A-5 hükmü ile, pay defterine yapılacak kayıtlarda tarafların başvurusuna gerek olmaksızın, Merkezi Kayıt Kuruluşu nezdinde tutulan ihraççı hesaplarında yer alan kayıtların esas alınacağı düzenlenmiştir. Merkezi Kayıt Kuruluşu'na kayıt yapılırken devrin usulüne uygun olarak yapıldığını gösteren belgelerin ibraz edilmesi sonucu olumlu sonuca ulaşılması halinde kayıt gerçekleşeceğinden, anonim ortaklık pay defterine yapılacak kayıtlarda Merkezi Kayıt Kuruluşu tarafından tutulan kayıtların esas alınması yöntemi benimsenmiştir<sup>65-66</sup>.

<sup>62</sup> *Sevi*, s.246

<sup>63</sup> *Tekinalp*, (Kaydi Pay), s. 543; *Sevi*, s.245; *Manavgat*, s.181-182. Aksi yönde, *Turanboy*, A.: 2249 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'na 4487 Sayılı Kanunla Eklenen 10/A Maddesine Göre Kaydi Değer Düzenlemesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.48, S.1-4, s.50-51.

<sup>64</sup> *Sevi*, s.246; *Tekinalp*, (Kaydi Pay), s.543

<sup>65</sup> *Tekinalp*, (Kaydi Pay), s.541; *Sevi*, s.247

<sup>66</sup> 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun m.496 hükmünde, "Borsaya kote edilmiş nama yazılı payların borsada satılmaları hâlinde, Merkezî Kayıt Kuruluşu, Sermaye Piyasası Kurulunun düzenlemelerine uygun olarak devreden kimliğini ve satılan payların sayısını şirkete bildirir veya şirketin bu bilgilere teknik erişimini sağlar." denilerek, Merkezi Kayıt Kuruluşunun hali hazırda mevcut olan bu fonksiyonu izah edilmiştir. Ayrıca, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun m.499/5 hükmünde pay defterine kayıtlarla ilgili olarak, *Merkezî Kayıt Kuruluşu tarafından kayden takibi yapılan nama yazılı paylara ilişkin Sermaye Piyasası Kanunu hükümleri ile ilgili diğer düzenlemeler saklı tutularak*, kaydi sistemle ve sermaye piyasası mevzuatıyla da uyum sağlanmıştır.

Merkezi Kayıt Kuruluşu, hisse senetleri borsada işlem gören bankanın veya ortağın başvurusu üzerine ihraççılar nezdinde tutulan kayıtları bankaya bildirdiğinde, bu bildiriye göre bankanın pay defterine kayıtlı ortakları belirlenecektir. Ancak, BankK'nın SerPK'ya göre özel kanun olması nedeniyle, Merkezi Kayıt Kuruluşu kayıtlarının Kuruldan izin alınmasını gerektiren bir devir içermesi halinde, Kuruldan izin alınıncaya kadar söz konusu devirler pay defterine kaydedilmeyecektir<sup>67</sup>.

### **8. Banka Ortağı Tüzel Kişilerin Hisselerinin El Değiştirmesi**

BankK m.18/6 hükmü ile *bir bankanın sermayesinin yüzde on veya daha fazlasına sahip olan tüzel kişilerin paylarının doğrudan veya dolaylı olarak anılan maddenin birinci fıkrasında belirtilen oranlar veya esaslar dahilinde el değiştirmesi, devralacak ortağın kurucularda aranan nitelikleri taşıması şartıyla* Kurulun iznine tabi tutulmuştur.

Buna ilişkin olarak madde gerekçesinde, “...bankalardaki dolaylı ortaklık yapısının izlenmesi amacıyla, sermayede yüzde on veya daha fazla oranda pay sahibi olan tüzel kişi ortakların sermaye yapısında meydana gelen değişiklikler de Kurulun iznine tabi tutulmuştur.” denilmektedir. Kamunun tasarrufları toplayan bir güven ve itibar müessesesi olan bankaların yönetimlerinde söz sahibi olanların BankK belirtilen şartları taşıyan ehil kişiler olmaları gerekmektedir. Bu ise, tüzel kişilerin banka ortağı olmaları halinde bunları yönetim ve denetimleri altında bulunduranların BankK'da belirtilen şartları sağlaması suretiyle gerçekleşebilecektir. Bu nedenle, BankK'nın amacının gerçekleşmesini teminen bankaların sermayelerinde BankK'nın izne tabi tuttuğu oranlarda pay sahibi olan kişilerin yönetim ve denetiminin el değiştirmesi sonucu veren hisse edinim ve devirlerinde Kurulun izninin alınması gerekmektedir.

Burada banka ortağı tüzel kişinin mülkiyetindeki banka paylarının devredilmesi söz konusu olmamakta, buna karşılık banka ortağı tüzel

---

<sup>67</sup> Alıcı, s.214

kişinin payları el değiştirmekte, böylelikle banka ortağı tüzel kişinin kontrolünün el değiştirmesiyle banka üzerindeki kontrol el değiştirmektedir. Kanun koyucu bu fıkra ile bir banka ortağının paylarının el değiştirmesinde nasıl izne gerek varsa, aynı sonucu doğurabilecek banka ortağının hisselerinin el değiştirmesini Kurulun iznine bağlamaktadır<sup>68</sup>.

Anılan hüküm gereğince bankanın tüm tüzel kişi ortakları değil, yalnızca banka sermayesinin %10 veya daha fazlasını temsil eden paylara sahip tüzel kişi ortakların payının el değiştirmesi Kurulun iznine tabidir. Ancak, bankanın dolaylı sermayesinin % 10 veya daha fazlasına sahip olan kişiler bu fıkra hükümlerine tabi olmayacaklardır<sup>69</sup>. İzinin tayininde, tüzel kişi ortak “banka” gibi değerlendirilecek ve BankK. m.18/1 hükmündeki oran ve esaslar dikkate alınacaktır<sup>70</sup>.

Anılan maddede bir bankanın sermayesinin doğrudan en az %10’una sahip tüzel kişilerin paylarının doğrudan veya dolaylı olarak BankK. m.18/1 hükmünde belirtilen usul ve esaslar dâhilinde el değiştirmesi Kurulun iznine tabi tutulduğundan, BankK m. 18/2 hükmünde yer verilen banka ortağı tüzel kişinin imtiyazlı paylarının devri, tesisi ve yeni imtiyazlı pay ihracı anılan Kanunun açık hükmü karşısında Kurulun iznine tabi tutulmayacaktır<sup>71</sup>. Nitekim Bankacılık Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı’nın<sup>72</sup> m.8 hükmü ile BankK. m.18/6 hükmünde değişikliğe gidilerek, “*Bir bankada nitelikli paya sahip tüzel kişilerin paylarının doğrudan veya dolaylı olarak birinci fıkrada belirtilen oranlar veya esaslar dâhilinde el değiştirmesi veya yönetim veya denetim kurullarına üye belirleme imtiyazı veren payların*

<sup>68</sup> Reisoğlu, (Şerh), s.330

<sup>69</sup> Reisoğlu, (Şerh), s.330

<sup>70</sup> Alıcı, s.210

<sup>71</sup> Reisoğlu ise, anılan hükümdeki “esaslar” ifadesinden imtiyazlı payların kastedildiğini belirterek, banka ortağı tüzel kişinin imtiyazlı paylarının el değiştirmesinde Kurulun izninin gerektiği belirtmiştir (Reisoğlu, (Şerh), s.330).

<sup>72</sup> <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0682.pdf>

*tesisi ve devri, kuruculara aranan nitelikler taşınması şartıyla Kurulun iznine tabidir.”* şeklinde bir düzenleme yapılması öngörülmüştür. Bu yönde bir değişikliğe gidilmesi de mevcut düzenlemede banka ortağı tüzel kişilerin yönetim veya denetim kurullarına üye belirleme imtiyazı veren payların tesisi ve devrinin Kurulun iznine tabi olmadığını göstermektedir. Ayrıca, Kanun tasarısı ile sadece bankanın %10 veya daha fazlasını temsil eden paylara sahip tüzel kişilerin değil, BankK m.3 hükmünde yer verilen nitelikli pay sahipliği tanımı uyarınca, bankanın oy hakkının %10 veya daha fazlasını teşkil eden paylar ile bu oranın altında olsa dahi yönetim kuruluna üye belirleme imtiyazı veren paylara sahip tüzel kişilerin paylarının el değiştirmesinin izne tabi tutulması öngörülmektedir.

Öte yandan, Bankaların İzne Tabi İşlemleri ile Dolaylı Pay Sahipliğine İlişkin Yönetmeliğin m. 11A/4 hükmünde<sup>73</sup>, söz konusu düzenlemenin uygulanmasının takibinde yaşanan sıkıntılar nedeniyle, bankaların %10 veya daha fazla paya sahip olup hisseleri borsada işlem gören tüzel kişilerin hisselerinin borsada yapılan işlemlerle elde edilmesi ayrıca düzenlenmiştir.

Yönetmeliğin m. 11A/4 hükmünde, *“Hisseleri borsada işlem gören ve bir bankanın sermayesinin yüzde on veya daha fazlasına sahip bir tüzel kişinin borsada işlem gören paylarının hakim ortağın değişmesine yol açacak oranlar dahilinde borsadan edinilmesi halinde ilgili bankanın bu paylara tekabül eden hisselerine ait temettü hariç ortaklık haklarının kullanılabilmesi için Kanununun 18 inci maddesinin altıncı fıkrası uyarınca Kuruldan izin alınması zorunludur... Hâkim ortağın değişiminin, ilgili tüzel kişinin borsa dışından elde edinilen hisseleri de dâhil olmak üzere borsada işlem gören hisselerinin edinilmesi ile gerçekleşmesi halinde de bu fıkra hükümleri uygulanır.”* düzenlemesine yer verilmiştir.

---

<sup>73</sup> Bankaların İzne Tabi İşlemleri ile Dolaylı Pay Sahipliğine İlişkin Yönetmelikte 08.10.2010 tarihli ve 27723 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Yönetmelik ile yapılan değişiklik ile eklenmiştir.

Görüldüğü üzere, bu düzenleme ile BankK m. m.18/6 hükmünde belirtilen tüzel kişi ortakların paylarının borsadan edinildiği durumlarda, sadece tüzel kişinin hâkim ortağı<sup>74</sup> değiştiren pay edinimlerinin izne tabi olması öngörülmektedir.

Ancak, Kanunun m.18/6 hükmünde anılan hükümde belirtilen oranda pay sahibi olan banka tüzel kişi ortaklarının doğrudan veya dolaylı olarak BankK m.18/1 hükmünde belirtilen oranlar dâhilinde el değiştirmesinin izne tabi olduğu düzenlendiğinden, banka ortağı tüzel kişinin hisselerinin borsada işlem görmesi durumunda sadece bu tüzel kişinin kontrolünün el değiştirmesi sonucunu doğuran borsa aracılığıyla gerçekleşen hisse edinimlerinin izne tabi tutulmasının Kanuna aykırı bir düzenleme olduğu kanaatini taşımaktayız.

Ayrıca anılan hüküm uyarınca, banka sermayesinin doğrudan en az %10'una sahip tüzel kişilerin paylarının doğrudan veya dolaylı olarak BankK. m.18/1 hükmünde belirtilen usul ve esaslar dâhilinde el değiştirmesinde, devralacak kişinin kurucularda aranacak nitelikleri taşıması gerekmektedir.

## 9. Banka Payının Rehni

4389 sayılı Bankalar Kanununun m.8/2-a hükmü ile, banka paylarının rehn edilmesi Kurulun iznine tabi tutulmuş bulunmaktaydı.

---

<sup>74</sup> Hâkim ortak, BankK m.3 hükmü uyarınca bir ortaklığı doğrudan veya dolaylı olarak tek başına veya birlikte kontrol eden gerçek veya tüzel kişiyi ifade etmektedir. Kontrol kavramı ise, bir tüzel kişinin; sermayesinin, asgarî yüzde elli birine sahip olma şartı aranmaksızın, çoğunluğuna doğrudan veya dolaylı olarak sahip olunması veya bu çoğunluğa sahip olunmama ile birlikte imtiyazlı hisselerin elde bulundurulması veya diğer hissedarlarla yapılan anlaşmalara istinaden oy hakkının çoğunluğu üzerinde tasarrufta bulunulması suretiyle veya herhangi bir suretle yönetim kurulu üyelerinin karara esas çoğunluğunu atayabilme ya da görevden alma gücünün elde bulundurulmasını, ifade eder (BankK m.3)

Ancak söz konusu düzenlemeye BankK'da yer verilmeyerek, banka payının rehni için Kurulun izin şartı kaldırılmıştır<sup>75</sup>.

Banka payının rehni, senede bağlanmamış ise Medeni Kanunun (MK) m. 955/3 uyarınca yazılı rehin sözleşmesiyle gerçekleşir. Senede bağlanmış ise nama yazılı hisse senedi olan (BankK m. 7/1-b) banka hisse senetlerinin rehni, yazılı rehin sözleşmesi yapılması ve borç belgesi oluşturan nama yazılı senetlerin üzerinde hiçbir işlem yapılmaksızın rehin alana devredilmesi (MK m. 955/1) ile rehin cirosu yapılarak senedin zilyetliğinin nakledilmesi (MK m. 956) olmak üzere iki şekilde kurulur<sup>76</sup>. MK m.955/2 hükmüne göre kurulmuş olan rehin, bankaya bildirilebilir. Ancak, bankaya yapılacak bu bildirim kurucu bir etkisi bulunmamaktadır<sup>77</sup>. Rehin ile rehin konusu şeyin paraya çevirme yetkisi tanındığı için, rehin hakkına sadece pay sahipliğine bağlı malvarlıksal haklar konu olur. Oy hakkı, genel kurul kararlarına karşı dava açma hakkı, bilgi alma ve inceleme hakkı gibi yönetsel haklar paraya çevirme özelliği taşımadığı için rehin hakkının kapsamı dışında kalır<sup>78</sup>. Pay üzerinde rehin hakkı kurulması açısından rehnin pay defterine kaydına gerek yoktur<sup>79</sup>.

Görüldüğü üzere, rehnin geçerliliği pay defterine kayıt ile bağlı olmadığından hisse senedi rehninin pay defterine kaydı için Kurulun izninin aramak, rehin açısından hiçbir hukuki sonuç doğurmayan gereksiz bir düzenleme olacaktır. Zira, Kurul tarafından izin verilmemesi durumunda işlemin deftere kaydı önlenmekte, ancak bu durum rehnin

---

<sup>75</sup> *Reisoğlu, (Şerh), s.327; Altı, s.202; Taşdelen, s.278*

<sup>76</sup> *Tekinalp, (Poroy/Çamoğlu), s.672*

<sup>77</sup> *Tekinalp, (Poroy/Çamoğlu), s.693; Göksoy, s.90*

<sup>78</sup> *Göksoy, s.59-60*

<sup>79</sup> *Tekinalp, (Poroy/Çamoğlu), s.693; Göksoy, s. 125; Pulaşlı, H.: Bağlı Nama Yazılı Pay Senetleri, Ankara 1992, s.170; Aytaç, s.115. Ancak, her ne kadar rehin hakkının kurulmasında pay defterine kaydın herhangi bir işlevi bulunmasa da, durumun açıklanması noktasında rehnin pay defterine kaydedilmesinde herhangi bir engel bulunmamaktadır.*



geçerli olmasını engelleyememektedir<sup>80</sup>. Ayrıca, rehin hakkı tesisi ile rehin konusu şeyin paraya çevirme yetkisi tanındığı için, rehin alacaklısının yönetim haklarını kullanması mümkün olmadığından, banka payının rehininde Kurulun izninin aranması BankK m. 18 hükmü ile güdülen amaçla da bağdaşmayacaktır. Kaldı ki, rehin alacaklısının rehni paraya çevirmesi durumunda, zaten payı satın alacak kişinin pay defterine kaydı için Kurulun izni aranacaktır<sup>81</sup>.

## SONUÇ

Halktan tasarruflarını toplamak suretiyle kaynak sağlayan ve bu kaynakları başta kredi olmak üzere çeşitli yollarla ulusal ekonomiye aktaran bankalar, yüklendikleri bu işlev nedeniyle bir anonim ortaklık olmasına rağmen Türk Ticaret Kanununda düzenlenen anonim ortaklıklardan farklı düzenlemelere tabi tutulmaktadır. Bankalar açısından farklı düzenlemelere gidilmesinin nedeni tasarrufların teşvik edilerek yatırımlara kanalize edilmesi sürecinin herhangi bir nedenle sekteye uğramasının, toplumun geniş bir kesimini, dolayısıyla kamuyu etkileyecek olmasıdır. Bu sebeple, BankK'da bankanın faaliyetlerini güvenli bir şekilde yürütebilmesi amacıyla kamu gücünün çeşitli müdahaleleri düzenlenmiştir. Söz konusu kamusal müdahalelerinden biri de, BankK m.18 hükmündeki belirli bir oranı aşan ve belirli nitelikleri taşıyan banka payı edinim ve devirlerinin Kurulun izniyle mümkün olabilmesine ilişkin düzenlemedir.

BankK m.18 hükmünde hangi hallerde Kurul izninin aranacağı hükme bağlanmıştır. Anılan madde uyarınca doğrudan pay sahipliği haricinde dolaylı pay sahipliği değişimlerinde de Kurulun izninin aranması, dolaylı pay sahipliği tanımına bakıldığında bu tür sahiplik değişimlerinin tespitinde uygulamada güçlüklerle karşılaşılması sonucunu doğurabilecektir. Ayrıca, oy hakkı edinilmesi ve paylar üzerinde intifa

<sup>80</sup> *Taşdelen*, s. 279; *Reisoğlu*, S.: Bankalar Kanunu Şerhi, (Bankalar Kanunu), Ankara 2002, s. 198

<sup>81</sup> *Taşdelen*, s.280

hakkı tesis edilmesinde hangi durumda Kurulun izninin aranacağına ilişkin olarak, doktrinde net bir görüş bulunmamaktadır. Bununla birlikte, uygulamada yaşanan sıkıntılar sebebiyle 08.10.2010 tarihli ve 27723 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Yönetmelik ile Bankaların İzne Tabi İşlemleri ve Dolaylı Pay Sahipliğine İlişkin Yönetmelikte değişikliğe gidilerek, özellikle banka payının borsadan satın alınması ile hisseleri borsada işlem gören ve bir bankanın sermayesinin yüzde on veya daha fazlasına sahip bir tüzel kişinin borsada işlem gören paylarının edinilmesi halinde uygulanacak esaslara açıklık getirilmiştir.

BankK m. 93/1-a hükmü uyarınca bankaların hisse değişimini düzenlemek, uygulamak, uygulanmasını sağlamak, uygulamayı izlemek ve denetlemek Kurumun görev ve yetkisinde olduğundan, BankK m.18 hükmünün uygulama esasları ancak Kurul kararları, Kurum uygulamaları ile yargı içtihatları çerçevesinde netlik kazanabilecektir.